

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

**TEORIA METÓDICA ESTRUTURANTE NA CONCREÇÃO DOS
DIREITOS SOCIAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

Renata Martins de Souza

Belo Horizonte
2011

Renata Martins de Souza

**TEORIA METÓDICA ESTRUTURANTE NA CONCREÇÃO DOS DIREITOS
SOCIAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

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

Orientador: Prof. Dr. Lucas de Alvarenga Gontijo

**Belo Horizonte
2011**

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S729t Souza, Renata Martins de
Teoria metódica estruturante na concreção dos direitos sociais no sistema
jurídico brasileiro / Christiano Rodrigo Gomes de Freitas. Belo Horizonte, 2011.
127f.

Orientador: Lucas de Alvarenga Gontijo
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Direitos sociais. 2. Direito constitucional. 3. Estado de direito. 4.
Pragmatismo. 5. Hermenêutica. I. Gontijo, Lucas de Alvarenga. II. Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.
III. Título.

CDU: 342.7

Renata Martins de Souza

***Teoria metódica estruturante na concreção dos direitos sociais no sistema
jurídico brasileiro***

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

Lucas Alvarenga Gontijo (Orientador) - PUC Minas

Fernando José Armando - PUC Minas

Leonardo Militão Abrantes - Escola Superior de Negócios de Belo Horizonte

Marcelo Campos Galuppo - PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte, 7 de fevereiro de 2011.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo! Em especial pelos dons de força e dedicação a mim atribuídos, os quais me levaram a este resultado, fruto de muita superação e amor pelo Direito e pela Justiça!

Aos meus familiares, pelo amor e incentivo.

A Rogimar, pelo apoio, presença e carinho.

À direção do Instituto de Ensino Superior de João Monlevade, pelos tantos créditos de confiança.

Aos meus alunos e amigos da Defensoria Pública, pelo compartilhamento de vivências.

Ao meu orientador, professor Dr. Lucas Alvarenga Gontijo, pelas lições deixadas.

E a todos, que de alguma forma, contribuíram para a realização deste trabalho.

RESUMO

Esta dissertação é resultado de uma análise filosófica e constitucional sobre como se dá a criação do direito no contexto pós-positivista. A norma jurídica que era concebida como um juízo hipotético para o positivismo passa a ser entendida como o produto de um processo que considera direito e a realidade elementos da ação jurídica, que é realizada pela linguagem na estrutura textiforme da democracia fundada no Estado de Direito, e não categorias abstratas opostas. Partindo do reconhecimento de que o direito nunca funciona sem a mediação da linguagem, o filósofo Friedrich Müller elabora uma abordagem pragmática a esse respeito, considerando as possíveis variantes no significado do texto normativo tomando por base o contexto do caso individual a ser analisado. A teoria metódica estruturante de Müller não visa prescrever regras precisas de solução para o caso concreto; busca, em verdade, descrever a estrutura de concretização da norma em um caso particular, ao fornecer importantes critérios para aferição da racionalidade das decisões judiciais. Tal medida caracteriza-se como uma técnica interpretativa, de caráter argumentativo e descritivo, que se coaduna perfeitamente com os ditames do Estado Democrático de Direito, tornando insustentável o argumento de que as disposições programáticas seriam carecedoras de efetividade. A compreensão da experiência normativa passa a ser vista como o fruto de um processo que surge da correlação entre o ato normativo e o ato hermenêutico, considerado o constante dinamismo ocorrente em uma sociedade plural, que reconhece que toda norma de direito, como objeto cultural, está sempre aberta a novas interpretações. Neste cenário, o processo de construção da normatividade, no qual também se inclui o operador do direito, parte, não só das características semânticas da linguagem, mas também da pré-compreensão acerca de situações de fato historicamente constituídas, que precede a discussão e solução do caso concreto. Concretizar, pois, é algo mais do que interpretar, é, em verdade, interpretar com acréscimo, com criatividade.

Palavras-Chave: Direitos constitucionais sociais. Normas programáticas. Estado Democrático de Direito. Concreção normativa. Metódica estruturante. Friedrich Müller. Pragmatismo. Hermenêutica.

ABSTRACT

This discussion is the result of a philosophical and constitutional analysis on how is the creation of the right in the post-positivist. The rule of law was conceived as a hypothetical judgement for positivism is understood as the product of a process that considers right and reality elements of legal action, which is held by the language structure textiform democracy founded on the rule of law and not abstract categories opposite. Recognizing that the right never works without the mediation of language, the philosopher Friedrich Muller establishes a pragmatic approach in this regard, considering the possible variations in meaning from text building on the normative context of the individual case to be analyzed. The theory methodical structuring of Muller is not intended to prescribe precise rules for solving the case; search, in fact, describes the structure of concretization of the standard in a particular case, to provide important criteria to measure the rationality of judicial decisions. This measure is characterized as an interpretative techniques, argumentative and descriptive character, which fits perfectly with the dictates of Democratic Rule of Law, making the untenable argument that the provisions would be programmatic lacking affection. Understanding the normative experience is now seen as the result of a process that arises from the correlation between the normative act and the hermeneutic act, considered the constant dynamism taking place in a pluralistic society, which recognizes that all provisions of law as cultural object is always open to new interpretations. In this scenario, the construction process of regulations, which also includes the operator's right hand, not only the semantic features of language, but also the pre-understanding of actual situations historically constituted, which precedes the discussion and solution the case. Realizing, then, is something more than interpretation, is, in fact, playing with growth creativity.

Key-words: Constitutional rights, social, programmatic standards, democratic state, concretion, normative methodical structuring, Friedrich Muller, pragmatism, hermeneutic.

Não foi possível descobrir ilhas rochosas em meio a esse tema oceânico; foi, porém, possível localizar fachos de luz nitidamente visíveis, emitidos por faróis, que possibilitam uma orientação do trabalho jurídico- e com isso também uma comunicação democrática sobre ele (MÜLLER, Friedrich, 2005a, p. 152).

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. Artigo

CR- Constituição da República

Inc. Inciso

STF- Supremo Tribunal Federal

TED- Teoria Metódica Estruturante do Direito

TJMG- Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TSE- Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 INEFICIÊNCIA DOS MÉTODOS TRADICIONAIS DE INTERPRETAÇÃO E NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.....	14
2.1 Método Hermenêutico tradicional.....	15
2.1.1 <i>Método gramatical.....</i>	<i>16</i>
2.1.2 <i>Método histórico e sociológico</i>	<i>18</i>
2.1.3 <i>Método teleológico</i>	<i>19</i>
2.2 Nova hermenêutica constitucional: métodos e princípios de interpretação constitucional	21
3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	29
3.1 Concepção Liberal De Estado.....	29
3.2 Estado Social.....	36
3.3 Estado Democrático de Direito	40
4 NORMATIVIDADE DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS.....	50
4.1 Eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais.....	50
4.2 Origem e importância das normas constitucionais programáticas no contexto do Estado contemporâneo	54
4.3 Normas programáticas de fins sociais e o caráter hipertroficamente simbólico da linguagem constitucional	60
4.4 Da Intervenção Judicial para a efetivação dos direitos sociais	63
5 SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO PELO PÓS-POSITIVISMO E A CONCREÇÃO NORMATIVA DE FRIEDRICH MÜLLER.....	77
5.1 Gênese do positivismo jurídico: sua insuficiência metodológica e sua superação a partir da perspectiva argumentativista.....	78
5.2 Pós-positivismo e a metódica estruturante	83
5.3 Processo dinâmico da concretização.....	101
6 CONCREÇÃO DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO SEGUNDO O NOVO PARADIGMA DO DIREITO: A METÓDICA ESTRUTURANTE	105
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	113
REFERÊNCIAS.....	118

1 INTRODUÇÃO

O estudo da Constituição tem como objetivo buscar o reconhecimento de sua força normativa e do caráter imperativo de suas disposições, objetos de constantes debates que envolvem o Estado Democrático de Direito. Não se pode, portanto, ater-se ao tratamento dado à Constituição atribuindo a muitas de suas cláusulas tão somente valor moral de conselhos ou lições.

O reconhecimento da força normativa das Constituições e o estudo da jurisprudência demonstram a insuficiência da neutralidade positivista, por meio de uma interpretação normativa lógico-dedutiva, para a concretização dos ditames constitucionais, em especial das normas tidas como “programáticas”.

Sabe-se que as normas constitucionais revelam problemas relativos à sua interpretação e à plenitude de seus efeitos. Assim, tomando por base o enunciado de cada dispositivo, as normas constitucionais são classificadas segundo sua eficácia e aplicabilidade da seguinte forma: normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata; normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata e normas de eficácia limitada ou reduzida, definidoras de princípio institutivo ou programático, constituindo-se as últimas o objeto do presente estudo.

Essa separação, no entanto, não pode servir de escudo para a não efetividade e inaplicabilidade de normas que representam as necessidades fundamentais de um povo. A Constituição da República de 1988 (CR) (BRASIL, 1988) há de ser um instrumento de ação social, devendo os valores descritos em suas normas atender aos anseios populares, sendo primordial, para tanto, o empenho do Poder Público no sentido de concretizar os dispositivos constitucionais, dando-lhes plena efetividade, ainda que a princípio apresentem uma vagueza maior de sua linguagem, tal como geralmente ocorre com as normas programáticas.

A Constituição surge das experiências do passado, em especial, como uma resposta às arbitrariedades do Estado absoluto, com vistas à melhoria do futuro, por constituir-se base e fundamento de todo o ordenamento jurídico. Dentro do sistema de normas, tal documento é tido como fundamento não só das leis que o compõem, mas também das decisões judiciais proferidas pelo Estado. Trata-se, pois, de norma de ordem superior que, além de estabelecer a estrutura do Estado e a organização

dos Poderes, resguarda a esfera mínima de todo cidadão, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto, dada a importância do texto constitucional, doutrina e jurisprudência buscam, diuturnamente, aferir a aplicabilidade das normas programáticas que, embora a princípio tidas como desprovidas de eficácia plena e autoexecutoriedade, são indubitavelmente exigíveis, vez que traçam o perfil ideológico do texto constitucional. Não é, pois, admissível desconhecer-lhes o valor jurídico, conforme sustenta o constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 365). Dada a sua força normativa, a Constituição é vista como uma lei vinculativa dotada de efetividade e aplicabilidade, o que afasta a tese aceita entre fins do século XIX e as primeiras décadas do século XX a qual atribuía à Constituição um caráter programático desprovido de força jurídica.

Assim, escreve Canotilho (2003, p. 1176) que continua válido o sentido histórico-político e jurídico da Constituição - ordem jurídica fundamental de uma comunidade - que estabelece os instrumentos de governo, a garantia de direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas. Rompendo, contudo, com a doutrina clássica, o constitucionalista fala da morte das normas programáticas quando afirma que o sentido dessas normas não é o assinalado pela doutrina tradicional: simples programas, declarações ou sentenças políticas, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Para ele, às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos demais preceitos constitucionais; afirma, ainda, que todos os Poderes do Estado estão vinculados à sua realização.

No texto constitucional dos Estados modernos, dispositivos diversos encontram-se relacionados a valores individuais e sociais, sendo estes, em grande parte, despidos de eficácia social, dado o fato de lhe serem atribuídos valor meramente programático, sendo certo que a falta de concretização normativa jurídica do texto constitucional está muitas das vezes associada à sua função simbólica. (NEVES, 2007, p. 115).

No Brasil, o emperramento da concretização dos dispositivos jurídicos decorre do idealismo presente em seu conteúdo, da inércia do poder público e, não raras vezes, dos interesses particulares ou do poder de veto que alguns grupos políticos detêm. Como consequência, surge um hiato, tendo, de um lado, a expectativa

gerada pela expansão dos direitos formais de cidadania e, de outro, sua realização no cotidiano dos cidadãos. Em razão disso, passa-se a crer que os direitos existem para não serem realizados, sendo, apenas, formulações eivadas de abstratividade e, portanto, não exequíveis. Diante disso a questão da efetividade e a aplicabilidade das normas programáticas merecem um olhar cuidadoso visto que, em leitura atenta sobre o tema, observa-se, inclusive, certa dificuldade dos juristas para se chegar a um consenso quanto à sua definição.

Com o objetivo de solucionar tal questão, tem-se desenvolvido uma interpretação constitucional que visa eliminar os aspectos simbólicos que dificultam o processo de concretização das normas tidas como programáticas, com o fito de garantir plena eficácia aos textos constitucionais. Diante desse contexto, destacam-se os estudos sobre concretização jurídica ou metódica estruturante do alemão Friedrich Müller, ex-professor catedrático da Universidade de Heidelberg, que propõe, em síntese, uma configuração procedimental interpretativa de produção jurídica, na medida em que seus postulados contribuem de forma significativa para assegurar eficácia não só jurídica, mas, sobretudo, social (ou seja, aplicabilidade prática) às ditas normas programáticas. No juízo do constitucionalista, Paulo Bonavides (2001, p. 207), através de suas investigações críticas, que recaem, principalmente, no domínio da metodologia, da teoria do direito e do constitucionalismo, busca Müller fundamentar uma teoria material do direito, afastando-se, por completo das correntes formalistas e, em especial, do normativismo kelseniano, ao apontar a insuficiência do positivismo no que tange à fundamentação do direito; razão pela qual se torna inquestionavelmente um dos mais fecundos e originais juristas contemporâneos.

A Teoria Metódica Estruturante do Direito (TED) encontra-se inserida num contexto pós-positivista e se propõe à tarefa de estruturar a ação jurídica a partir das exigências do Estado Democrático de Direito.

O pós-positivismo surge, sobretudo, para embasar o Estado Democrático de Direito, importando não mais na positivação de direitos, mas na efetivação destes e da Constituição, compartilhando de teses de inspiração linguístico-pragmática.

Com efeito, não é mais possível admitir, atualmente, que a fundamentação de muitas das decisões judiciais provenha da mera relação lógica, estabelecida entre as normas individuais e os enunciados normativos previstos no ordenamento jurídico.

À luz de tal compreensão, apreende-se que a norma, ao ser uma espécie de significado extraída de textos legislativos, vai além do significado lingüístico de tais textos, sendo necessárias, para determiná-la, informações contextuais (extralingüísticas), relacionadas com as circunstâncias concretas de sua aplicação.

Nesse sentido, a proposição de Friedrich Müller (2005a) busca adicionar ao teor literal da norma, o qual apresenta diversas possibilidades de compreensão, o âmbito da norma consistente no recorte da realidade social e tido como fator co-constitutivo da normatividade, discussão e fundamentação dos resultados.

Segundo tal concepção, o sentido e alcance de uma determinada norma terão que ser delimitados pelo intérprete, em cada situação concreta a ser apreciada pelo Poder Judiciário, na medida em que se reconhece que a normatividade daquilo que é prescrito não decorre apenas do seu texto, sendo este apenas o ponto de partida para o processo de sua concreção. Assim, tendo em vista garantir um controle racional das decisões, defende Müller (2005a) que a idéia de concretização objetiva evidenciar que a normatividade se dá na decisão do caso concreto; não reflete necessariamente o texto positivado na lei.

Diante da importância do assunto, a presente dissertação centra-se na análise da contribuição da teoria estruturante de Müller para a concretização efetiva das normas constitucionais sociais programáticas, especificamente no texto constitucional brasileiro, na medida em que se reconhece que o texto da norma se constitui apenas em um dos elementos da normatividade, sendo certo que a mera imprecisão de seu texto não constitui o bastante para impedir a sua eficácia.

Este trabalho foi dividido em sete capítulos, sendo o primeiro composto por esta introdução.

Para o desenvolvimento do trabalho, no segundo capítulo, será feita uma abordagem sobre a ineficiência dos métodos tradicionais de interpretação normativa diante dos textos constitucionais adotados pelos Estados Democráticos de Direito, oportunidade em que serão mencionados os métodos e princípios apontados pela nova hermenêutica constitucional.

No terceiro capítulo, debruçamo-nos sobre a evolução das concepções de Estado, bem como sobre o processo contínuo de formação do Estado Democrático de Direito.

No quarto capítulo, será realizado um estudo sobre normatividade, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, em especial das normas constitucionais programáticas, sendo, posteriormente analisada a questão que envolve a intervenção judicial para a efetivação dos direitos sociais.

Posteriormente, já no quinto capítulo, será feita uma identificação dos aspectos políticos e filosóficos que condicionaram o processo histórico de edificação das principais teorias do denominado pós-positivismo, bem como uma pesquisa sobre a guinada lingüístico- pragmática. Nessa parte pretende-se demonstrar que o modelo de interpretação do direito de cunho objetivista é superado por um novo modelo, que reconhece toda linguagem como indeterminada, sendo seu sentido esclarecido diante do contexto em que se coloca, a partir da linha da nova hermenêutica filosófica de Gadamer. Igualmente, será buscada a caracterização do pós-positivismo de Friedrich Müller, para estipular qual seja seu sentido e sua aplicabilidade.

Por fim, com os dados obtidos, nos capítulos finais, pretende-se demonstrar a importância da teoria da metódica estruturante enquanto elemento decisivo da interpretação constitucional na construção de um Estado Democrático de Direito e a importância de se buscar a máxima efetividade das normas programáticas na realização dos direitos fundamentais sem, contudo, ter a pretensão de esgotar o tema.

2 INEFICIÊNCIA DOS MÉTODOS TRADICIONAIS DE INTERPRETAÇÃO E NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Definir direito é algo complexo, não sendo, pois, um problema que a Ciência Jurídica ou a Filosofia do Direito tem ou pretende ter por resolvido. O Direito, enquanto fenômeno cultural, afasta-se por completo das ciências ditas naturais, visto que, quanto a estas, as conclusões a que se chegam se revestem das verdades resultantes do método empírico-indutivo a que se submetem as realidades próprias das ciências naturais. O Direito é uma ciência cultural, que se vale do método da compreensão, na medida em que descreve e analisa a realidade histórica e social, produto das ações humanas; não vê os fatos apenas em seus possíveis enlaces causais, mas há sempre uma tomada de posição diante deles, que se revolvem num ato valorativo. Assim, o problema da ciência do direito reduz-se, de certa maneira, à melhor interpretação da lei. (REALE, 2002, p. 23-32).

Ao escreverem sobre a hermenêutica constitucional e os direitos fundamentais, esclarecem Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco (2000, p. 55-56) que a interpretação de qualquer norma jurídica é uma atividade intelectual que tem por finalidade precípua tornar possível a aplicação de enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações da vida, naturalmente particulares e concretas, na medida em que seu conteúdo apenas se revela diante destas.

O estudo da interpretação, em especial das normas constitucionais, consistente em desvendar o sentido das normas que tratam dos direitos fundamentais, torna-se imprescindível para chegarmos ao ponto principal deste trabalho, porque as normas que integram o Ordenamento Jurídico se encontram fundadas nos preceitos constitucionais estabelecidos.

O acesso à linguagem surge como ponto de partida para o processo de interpretação das normas. Registra o Professor Eduardo Bittar (2006, p. 35) que “deve-se partir do pressuposto de que não há Direito sem linguagem, e de que o texto jurídico constitucional é, desde sua promulgação, parte das tramas da linguagem jurídica e, como tal, carente de interpretação para sua aplicação”.

A principal fonte do direito, no início da evolução social (nas sociedades primitivas), mormente antes de surgir a escrita, residia em princípios cediços, ou seja, nos costumes. Posteriormente, porém, surge a lei como fonte principal. Assim, com base no sistema romano germânico, o direito brasileiro, em regra, é constituído por leis escritas, razão pela qual se torna a interpretação instrumento indispensável para a busca do sentido de suas normas. Acentua Ferrara (2002, p.24) que “a missão do intérprete é justamente descobrir o conteúdo real da norma jurídica”, afirmando, ainda, Carlos Maximiliano (2003, p. 07) que interpretar consiste em “explicar, esclarecer, dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado, mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”.

Importante aqui é destacar que toda norma jurídica é objeto de interpretação que busca justamente esclarecer o significado, sentido e alcance das normas.

É preciso reconhecer, porém, que o processo de interpretação não pode ficar restrito aos estritos termos da lei, dada a limitação da linguagem para bem exprimir todo o sentido almejado pelo direito.

No presente caso, vamos nos ater ao objeto deste trabalho que é a interpretação da norma constitucional, antes, porém, serão analisadas as deficiências apresentadas pelos métodos tradicionais de interpretação.

2.1 Método Hermenêutico tradicional

Os métodos de interpretação, consoante o magistério de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p. 286), constituem-se em “regras técnicas que visam à obtenção de um resultado. Com elas procuram-se orientações para os problemas de decidibilidade dos conflitos. Esses problemas são de ordem sintática, semântica e pragmática”.

Os métodos clássicos equiparam a Constituição à lei, defendendo que aquela deve ser interpretada pelos mesmos métodos aplicados às demais normas legais.

Atualmente, porém, a teoria e a dogmática constitucional são unânimes no sentido de que a interpretação da Constituição deve ser realizada com métodos

diferenciados, ou seja, diferentes da hermenêutica tradicional.

Inobstante tal fato, será de fundamental relevância abordar aqui, mesmo que de forma superficial, os métodos tradicionais de interpretação, já que esses não foram considerados inválidos, mas apenas insuficientes quando se trata de interpretação constitucional.

Citamos como métodos de interpretação, conforme a teoria tradicional, os métodos gramatical, histórico, sociológico e teleológico.

2.1.1 Método gramatical

A referida interpretação funda-se nos termos lingüísticos contidos na norma. Utilizando-se de tal elemento, o intérprete busca o sentido literal do texto normativo, valendo-se das possibilidades semânticas das palavras que integram o seu relato (questão léxica). De acordo com tal critério, o intérprete, por meio de um raciocínio lógico, procede a uma análise isolada de cada texto normativo, à procura do sentido literal dos termos empregados no referido texto.

Tal método era utilizado, em princípio, pelos intérpretes da Escola da Exegese, que surgiu na França, mais precisamente, com advento do Código Civil Francês de 1804. As principais características da Escola da Exegese eram a inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo; a onipotência do legislador; a interpretação da lei fundada na intenção do legislador; o culto ao texto da lei e o respeito pelo princípio da autoridade. Tais características fizeram com que os intérpretes dessa escola obtivessem uma visão limitada do direito. Na França existiam faculdades que visavam ao estudo jurídico, sendo que, para a garantia da interpretação, tida como correta à época, foi necessário substituir essas faculdades por escolas de direito sob o controle direto das autoridades estatais, com o intuito de submeter o estudo apenas e tão somente à letra da lei, de forma que predominasse a vontade do legislador sob a interpretação. Os juristas eram tidos como meros aplicadores da lei, mediante justificativa respaldada no fato de acreditarem que esta tinha todas as respostas. A aplicação do Direito ficava simplificada a uma operação lógico-dedutiva, sendo a situação fática encaixada à

norma. (BOBBIO, 1995, p. 83-89).

Esclarece Maximiliano (2003, p. 88) que o referido processo exige os seguintes requisitos: conhecimento perfeito da língua empregada no texto (palavras e frases); informação segura sobre a vida; hábitos e estilo de leitura do autor do texto normativo; conhecimento global e histórico do assunto de que se trata; bem como a certeza da autenticidade do texto. Aponta o autor para a dificuldade de aplicação de tal processo, dada a constatação de variedade do texto, a linguagem própria adotada pelo indivíduo, dentre outros.

Muito embora sua técnica encontre fácil aplicabilidade no tocante aos textos normativos que estabelecem um sentido unívoco, como, por exemplo, no caso da norma que dispõe acerca do número de ministros do STF estabelecida no art. 101 da CR (BRASIL, 1988); ou, ainda, da norma que prevê idade mínima de 35 anos para alguém se candidatar a Presidente da República, disposta no art. 14 da CR; fato é que, no tocante às normas que possuem uma linguagem mais aberta, tais como as que estabelecem o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da moralidade administrativa, a adoção de conceitos jurídicos indeterminados acabam por inibir a aplicação de tal elemento interpretativo.

Tal dificuldade é também sentida por Lenio Streck (1999, p. 17), o qual, ao reconhecer a ambigüidade e a vagueza das palavras da lei, ressalta não ser possível pelo processo interpretativo buscar o sentido unívoco do texto jurídico, “mas, sim, a produção de um sentido originado de um processo de compreensão, onde o sujeito, a partir de uma situação hermenêutica, faz uma fusão de horizontes a partir de sua historicidade. Não há interpretação sem relação social”.

Toda norma de direito, como objeto cultural, está sempre aberta a novas interpretações. Ademais, conforme veremos adiante, a adoção do pós-positivismo acaba por rejeitar a aplicação de tal método na medida em que, ao compartilhar de teses de inspiração linguístico-pragmática, despreza a superioridade do texto legal e reconhece a necessidade da interpenetração entre a linguagem e a realidade. Assim, importante é lembrar que a interpretação literal da norma, conforme adverte Müller (2005a, p. 47), se constitui em somente um dos elementos que compõem o processo de concretização da norma jurídica. Isso porque, conforme sustenta Müller (1995, p. 42-44), a norma jurídica é mais do que o seu teor literal; a linguagem sempre tem caráter de signo, o qual pode deter vários significados, a depender da

realidade para o qual se direciona.

2.1.2 Método histórico e sociológico

Segundo Maximiliano (2003, p. 41), o método sociológico “obriga o juiz a aplicar o texto de acordo com as necessidades da sociedade contemporânea, a olhar menos para o passado do que para o futuro, a tornar-se um obreiro, inconsciente ou consciente, do progresso”. Entende-se que a imobilidade dos textos legais traz a necessidade de o direito adaptar-se às exigências da época em que se aplica, tomando por base as condições sociais e econômicas de tal tempo.

O método histórico, por sua vez, baseia-se na averiguação dos antecedentes da norma, do desenvolvimento histórico do processo legislativo desta. Tal mecanismo desfruta de certa relevância nos países do *common Law*, na medida em que este trabalha com precedentes.

Inobstante tal distinção, ao tocar na matéria, anota Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003) que:

Podemos distinguir entre a interpretação sociológica e a histórica conforme se leve em consideração a estrutura momentânea da situação ou sua gênese no tempo. Na prática, porém, é difícil sustentar a distinção. A busca do sentido efetivo na circunstância atual ou no momento de criação da norma mostra que ambos se interpenetram. Daí, às vezes, a idéia de uma interpretação histórico-evolutiva. É preciso ver as condições do tempo em que a norma incide, mas não podemos desconhecer as condições em que ocorreu sua gênese. (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 290-291.

Para o levantamento das condições históricas, segundo Limongi França (1988, p. 28), deve o intérprete realizar uma investigação sobre o projeto e os fatores que condicionaram sua elaboração, bem como analisar os aspectos de sua discussão e aprovação pelo Poder Legislativo (trabalhos preparatórios), indagando sobre as causas pretéritas da solução dada por este poder.

Ocorre, porém, que nem sempre há viabilidade de se interpretar o direito moderno pelo antigo, dada a possibilidade de a evolução social implicar mudança de orientação jurídica sobre determinado assunto. Entender o contrário seria o mesmo que permitir a estagnação e a imobilidade do direito.

A partir dessa premissa, observam Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco (2009, p. 78) que “a cada concretização os modelos normativos se ampliam e se enriquecem, adquirindo sempre novas possibilidades de utilização, que não poderiam ter sido imaginadas nem pelo mais profético dos legisladores históricos”.

Ressaltam ainda, os referidos autores (2009, p. 91), ao mencionarem a advertência feita por Hans-Georg Gadamer, em sua obra *Verdade Método*, que a compreensão do significado de um texto, embora deva olhar para o passado e atentar para a tradição, não pode ignorar-se a si mesmo, nem desconsiderar a concreta situação hermenêutica em que ela se encontra, já que o ato de concretização de qualquer norma jurídica ocorre no presente e não no tempo de sua entrada em vigência. (GADAMER apud MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 91).

Em termos mais gerais, o direito deve estar voltado para o futuro e não para o passado, sendo certo que, para compreendê-lo melhor, deve-se ter em conta a consciência efetiva da historicidade de sua aplicação e falar do passado só faz sentido com referência a um presente que pode ser distinguido (constitutivamente) dele.

2.1.3 Método teleológico

Trata-se de método que busca a finalidade do texto normativo, para determinar seu sentido. De acordo com tal critério, a interpretação do direito deve ser teleológica, dada a constatação de ser o mesmo uma ciência normativa e finalista. Assim, os termos do dispositivo legal devem ser interpretados em função do propósito para o qual foi emitido e sempre em relação ao sentido e ao alcance dos fatos particulares. Nesse caso, o intérprete tem de indagar qual a sua *ratio*, isto é, o motivo ou causa determinante do dispositivo, o que lhe permite abarcar, no preceito, todo o fenômeno compreendido na mesma ordem racional. Tal método se baseia, pois, na *ratio legis*, que nada mais é do que o motivo ou finalidade para os quais a norma foi posta.

Segundo Maximiliano (2003, p. 41), o processo teleológico “dirige a interpretação conforme o fim colimado pelo dispositivo, ou pelo Direito em geral”. O autor alerta ainda (2003, p. 124), porém, para o fato de que o fim da norma não é constante, absoluto, eterno e único. Da mesma forma, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p. 292) aponta para a dificuldade consistente no fato de que nem sempre é possível atribuir propósitos e finalidades a todas as normas.

Desta feita, assim como ocorre com os demais métodos tradicionais acima apontados, resta demonstrada também a insuficiência deste para incidir com justeza em uma sociedade pluralista como a nossa, em que o direito acaba sendo utilizado como um instrumento mutável que visa a atender finalidades dos mais diversos setores sociais, tornando-se, de fato, inviável, atribuir uma finalidade única para cada um dos dispositivos legais previstos.

Em análise sobre a interpretação-aplicação dos modelos jurídicos, Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco (2000, p. 75- 82) avaliam ter perdido sentido a disputa entre os métodos de interpretação do direito, reconhecendo que todos devem ser utilizados em conjunto e complementarmente, adotando a perspectiva integradora da atividade hermenêutica, na medida em que se reconhece que nenhuma interpretação ocorre no vazio. “Ao contrário, trata-se de uma atividade contextualizada, que se leva a cabo em condições sociais e históricas, produtoras de usos lingüísticos dos quais deve partir qualquer atribuição de significado, em todos os domínios da hermenêutica jurídica”.

Atualmente, a hermenêutica constitucional nos indica que o operador do direito não interpreta de forma isolada, partindo o mesmo não só da compreensão do texto normativo, mas também da análise do contexto e das questões materiais para estabelecer uma idéia plural de interpretação, reconhecendo que a Constituição apresenta conceitos abertos que estão a depender também da análise e concreção do magistrado.

O advento da nova hermenêutica constitucional, a reação contra o formalismo positivista, faz com que seja superada a visão que encarava a linguagem como instrumento de mera designação dos objetos (semântica), que passa a analisada em conjunção com os signos e seus usuários (pragmática). As teorias semânticas de interpretação buscavam extrair o significado do texto da norma em si, desvinculado e independente da realidade à qual se aplicava a nova hermenêutica. O pragmatismo,

ao ser inserido no âmbito da interpretação do Direito, surge para solucionar o problema da ineficácia prática das normas constitucionais semanticamente indeterminadas ou incompletas, para cuja interpretação e efetivação, o Positivismo e a Hermenêutica clássica não possuem mecanismos adequados, dada a neutralidade dessas ciências. (BONAVIDES, 2007a, p. 592).

Nesse contexto, adiante passamos à análise dos métodos e princípios voltados à interpretação constitucional.

2.2 Nova hermenêutica constitucional: métodos e princípios de interpretação constitucional

A compreensão da experiência normativa é fruto de um processo que surge da correlação entre o ato normativo e o ato hermenêutico, considerado o constante dinamismo ocorrente em uma sociedade plural, tal como menciona a própria Constituição do Estado brasileiro. Nesse aspecto, importante é salientar que a Constituição se faz em base e fundamento de todo o Ordenamento Jurídico, sendo composta, não apenas por regras, mas, sobretudo, por princípios, os quais, por vezes, se encontram relacionados a direitos fundamentais, cláusulas abstratas e genéricas, cuja aplicação requer do intérprete certa diligência criativa, dada a constatação de que os tradicionais métodos e critérios de interpretação, atrelados à estrita literalidade da lei, não são suficientes para resolver os casos levados ao judiciário em busca de uma solução.

Parecem-nos oportunas aqui as observações de Norberto Bobbio (1995, p. 211) quando afirma que a função interpretativa da jurisprudência para o juspositivismo consistia numa atividade puramente declarativa de um direito preexistente, o que implicava em mera interpretação do direito e vedação da atividade criativa do juiz diante do caso concreto.

Ocorre, porém, que na fase “pós-positivista”, não apenas as regras, mas também os princípios estabelecidos pelo Ordenamento jurídico estão a exigir aplicabilidade, tornando-se imprescindível a elaboração de uma nova Hermenêutica.

Conforme ressalta Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2007, p. 274-276), a concepção legalista de Direito, destituída de qualquer reflexão sobre o caso concreto, demonstra a insuficiência das regras, passando a ser sustentado um papel de proeminência dos princípios no ordenamento jurídico. De fato, no juízo de Barroso (2009, p. 196), “uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional de *status* de norma jurídica”.

Ronald Dworkin (2002) focalizou o problema, mostrando que, em uma Constituição concebida sob a égide do paradigma do Estado Democrático de Direito, tanto os princípios quanto as regras devem necessariamente ser entendidos como normas. Em sua obra *Levando os Direitos a Sério*, a teoria dos princípios é trabalhada por Ronald Dworkin (2002, p. 39), sustentando o autor que a forma de aplicação das regras suscita apenas problemas de validade, enquanto que os princípios não fixam absolutamente sua aplicação, eis que exigem uma atitude reflexiva do intérprete de modo a respeitar-lhe a dimensão de peso, estando adstritos à questão da importância ou valor, daí a necessidade de um estudo mais profundo acerca desses.

A Hermenêutica tradicional foi concebida para interpretação das regras, mais precisamente das regras de Direito privado, o que se fazia perfeitamente mediante a subsunção, quando o caso concreto se enquadrava à norma legal em abstrato. Quando, porém, se trata de princípios, isto é, de normas que identificam valores a preservar, o modelo tradicional mostra-se totalmente insuficiente, necessitando, assim, de métodos específicos de interpretação, o que foi criado com o advento da nova hermenêutica constitucional. De fato, conforme esclarece Paulo Bonavides (2007a):

os métodos tradicionais, a saber, gramatical, lógico, sistemático e histórico, são de certo modo rebeldes a valores, neutros em sua aplicação, e por isso mesmo impotentes e inadequados para interpretar direitos fundamentais. Estes se impregnam de peculiaridades que lhes conferem um caráter específico, demandando técnicas ou meios interpretativos distintos, cuja construção e emprego gerou a Nova Hermenêutica. (BONAVIDES, 2007a, p. 592)

Diante disso, é possível afirmar que a hermenêutica jurídica passou por mudanças radicais, abandona os antigos métodos de interpretação que aprisionavam o aplicador do direito à estrita literalidade da lei e passa a admitir

novas pautas axiológicas mais amplas e flexíveis, que permitem ao operador do direito ajustar os modelos jurídicos às necessidades de um mundo cada vez mais complexo.

Da mesma forma, Niklas Luhmann (2002, p. 217), em análise sobre o tema, assinala que, desde o século XIX, diante da constatação de que as grandes codificações já têm se mostrado caducas “*se discute la pluralidad de métodos en las interpretaciones de las leyes y cada vez menos se habla de deducción severa*”.

Ainda recorrendo sobre o assunto, leciona Bonavides (2007a, p. 633):

Com efeito, na Velha Hermenêutica *interpretava-se* a lei, e a lei era tudo, e dela tudo podia ser retirado que coubesse na função elucidativa do intérprete, por uma operação lógica, a qual, todavia, nada acrescentava ao conteúdo da norma; em a Nova Hermenêutica, ao contrário, *concretiza-se* o preceito constitucional, de tal sorte que concretizar é algo mais do que interpretar, é, em verdade, interpretar com acréscimo, com criatividade. Aqui ocorre e prevalece uma operação cognitiva de valores que se ponderam. Coloca-se o intérprete diante da consideração de princípios, que são as categorias por excelência do sistema constitucional. (BONAVIDES, 2007a, p. 633)

Arremata Bonavides (2007a, p. 476-477) tal pensamento, ao asseverar que a moderna interpretação constitucional que visa adequar direito e sociedade e tornar legítimo e justo o Estado, surge do inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal, predominante no Estado Liberal, período em que prosperava a vontade do legislador e da lei.

Os princípios normativos, portanto, não são elementos secundários na aplicação do Direito e permitem uma compreensão racional da organização do sistema jurídico. Em razão disso, vale lembrar que a hermenêutica constitucional, estribada em princípios próprios, tem grande relevância para conferir às normas programáticas a real aplicabilidade que todos esperamos.

Diante desse novo contexto pós-positivista, passaremos nesse momento a tratar especificamente de alguns dos novos métodos e princípios de interpretação constitucionais, comumente citados pela doutrina contemporânea.

Os modernos métodos de interpretação constitucional, como visto, caracterizam-se pelo abandono do formalismo e pela construção de uma hermenêutica material da Constituição. De fato, o método clássico acaba por conceber a interpretação como uma atividade acrítica de subsunção do fato à

norma, puramente técnica de conhecimento do sentido do texto constitucional, mostrando-se, pois, insuficiente ante às crescentes reivindicações operadas pelo Estado Democrático de Direito, em que se exige a aplicação do Direito, de forma mais atenta, às demandas de uma sociedade plural.

Assim, ao contrário do método clássico, o método tópico problemático, desenvolvido pelos juristas alemães, Theodor Viehweg e Josef Esser, na década de 50 do século XX, não está centrado na norma ou no sistema jurídico, mas no problema. Através da técnica da argumentação, parte-se do problema para a norma, concebendo o direito como fruto do bom argumento. (VIEHWEG, 1979).

Já o método concretista destaca a importância não só do problema concreto a solucionar, mas também da norma a ser concretizada, e ainda da necessidade da pré-compreensão do agente da interpretação para a realidade objetiva existente. Tal método foi desenvolvido por três juristas alemães: Friedrich Müller (2005a), Konrad Hesse (1991) e Peter Häberle (1997), tendo asseverado o primeiro (2005a p. 2-3) que “a concretização prática da norma é mais do que a interpretação do texto”.

Além desses, o constitucionalista Pedro Lenza (2009, p. 92-93) ainda cita os seguintes métodos: o científico-espiritual, o qual estabelece que a análise da norma constitucional não se fixa na literalidade da norma, mas parte da realidade social e dos valores subjacentes do texto da Constituição; bem como o da comparação constitucional, que afirma que a interpretação dos institutos se implementa mediante comparação nos vários ordenamentos.

Os atos jurídicos em geral, inclusive as normas jurídicas, consoante doutrina clássica, comportam três planos distintos de análise: existência - validade - eficácia. A norma passa a existir no Ordenamento Jurídico desde sua vigência, sendo considerada válida se compatível com os ditames constitucionais. A eficácia, por sua vez, concerne à sua capacidade de realização. (MIRANDA, 2000, p. 221ss.).

Quando se trata da apreciação das normas constitucionais, principalmente as programáticas, surge a necessidade de se tratar da questão da efetividade dessas, dada a abertura de sua linguagem. Sustenta-se que, entre interpretações alternativas e plausíveis, o intérprete constitucional deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando-se, no limite do possível, soluções embasadas no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.

Para discorrer sobre a efetividade de uma norma jurídica, imprescindível compreender que sua aplicabilidade e eficácia constituem fenômenos conexos vistos por ângulos diferentes. A aplicabilidade se relaciona à potencialidade, que consiste na possibilidade de se aplicar a norma a um caso concreto. A eficácia, por sua vez, concerne à sua capacidade de realização, à consequência jurídica que deve resultar de sua observância, podendo ser exigida judicialmente, se necessário.

Dada a estatalidade do Direito, a efetividade das normas depende, em primeiro lugar, da sua eficácia jurídica, da aptidão formal para incidir e reger as situações de vida, operando os efeitos que lhe são próprios. Não se trata tão somente da vigência da regra, mas, sobretudo, da capacidade de o texto normativo dar-lhe condições de atuação, de forma isolada ou conjugada com outras normas. Destarte, se o efeito jurídico pretendido for irrealizável, a efetividade se torna impossível. Para Barroso (1996, p. 83), esta seria uma situação anômala em que o Direito, como criação racional e lógica, usualmente não incorreria, salvo nos casos de manipulação em que se usa o Direito como veículo de promessas antecipadamente frustradas.

Nesse diapasão, é inegável que o Direito Constitucional e o seu objeto - a Constituição - existem para se efetivarem e esta efetivação ocorre quando os valores descritos na norma correspondem aos anseios populares.

José Afonso da Silva (1999, p. 139), acerca da aplicabilidade das normas constitucionais, dispõe que todas as normas constitucionais apresentam eficácia, contudo esta pode apresentar-se nas espécies social e jurídica. Ensina o autor que a eficácia social designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; já a eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados.

Acrescenta Silva (2007, p. 467) que a Constituição brasileira se preocupou com a efetividade social integral de suas normas na medida em que determinou em uma norma-síntese que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (redação do art. 5º, §1º, da CR, que representa clara adoção do princípio constitucional da máxima efetividade).

Quando se trata da questão da efetividade ou eficácia social, constata-se que a interpretação possui grande destaque no mundo jurídico. A interpretação legal é

responsável pela criação da norma e sua evolução. Conforme visto linhas alhures, toda lei enseja interpretação, e o processo hermenêutico tem, sem dúvida, relevância superior ao próprio processo de elaboração legislativa, uma vez que será, através da interpretação da lei, que esta será aplicada e inserida dentro de um contexto fático específico, sendo adequada a toda uma realidade histórica e aos valores dela decorrentes. Não se pode olvidar que a norma jurídica é construída pelo intérprete diante de uma situação concreta, figurando o enunciado normativo apenas como o ponto de partida desse processo de construção.

A interpretação do texto constitucional apresenta, porém, conforme ressaltado anteriormente, certa peculiaridade, na medida em que se reconhece que uma Constituição democrática se baseia, não só em regras, mas, sobretudo, em princípios que permitem uma constante evolução interpretativa, condicionada pelos princípios universais de direitos humanos, processos e procedimentos democráticos constitucionalmente previstos e pela livre expressão da vontade consciente dos cidadãos.

A Constituição designa o conjunto de normas jurídicas positivas (regras e princípios) geralmente estabelecidas num documento escrito (constituição escrita e formal) e que apresentam relativamente às outras normas do ordenamento jurídico caráter fundacional e primazia normativa. Longe vai a época em que os princípios eram considerados como elementos secundários no direito, aos quais se recorria apenas na hipótese de lacuna legal. A doutrina contemporânea reforça ao extremo o papel normativo dos princípios, acentuando a sua multifuncionalidade no ordenamento constitucional.

Desta feita, ao lado dos novos métodos de interpretação mencionados, Lenza (2009, p. 94-98) ainda faz menção a princípios específicos de interpretação constitucional, quais sejam:

- a. Princípio da supremacia (ou da constitucionalidade) - Em razão da superioridade jurídica da Constituição, nenhum ato jurídico será válido se for incompatível com ela;
- b. Princípio da unidade da Constituição - Nenhuma norma deve ser considerada isoladamente, devendo os preceitos ser integrados em um sistema unitário de regras e princípios;

- c. Princípio da interpretação conforme a Constituição - Decorre da supremacia das normas constitucionais e da unidade do ordenamento jurídico. Postula que, quando da interpretação de normas infraconstitucionais, devem prevalecer aquelas que lhes confirmam sentido compatível, e não conflitante com a Constituição, o que evitaria a declaração de inconstitucionalidade e sua conseqüente retirada do ordenamento jurídico.
- d. Princípio da presunção de constitucionalidade das leis - Esta presunção, ainda que *iuris tantum*, nos diz que, em havendo dúvida acerca da constitucionalidade, deve a norma ser considerada como válida.
- e. Princípio da força normativa da Constituição - Segundo esse princípio, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, devem prevalecer os pontos de vista que contribuem para uma ótima eficácia da lei fundamental.
- f. Princípio do efeito integrador - Preceitua que, na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar primazia aos critérios favoráveis à integração política e social.
- g. Princípio da relatividade - Todos os direitos, inclusive os direitos e garantias fundamentais, encontram limites estabelecidos por outros direitos constitucionais. Assim, nenhum direito pode ser considerado absoluto.
- h. Princípio da concordância prática - No caso de conflito entre os bens tutelados pela Constituição, devem esses ser tratados de maneira que a proteção de um não implique o sacrifício do outro.
- i. Princípio da máxima efetividade - Também chamado *princípio da eficiência* ou *princípio da interpretação efetiva*, que nos orienta no sentido de que se deve atribuir a uma norma constitucional o sentido que maior eficácia lhe dê.

Os princípios constitucionais de interpretação acima citados são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas contendo valores e bens constitucionais. Ao acolher no plano científico considerações axiológicas, a nova

hermenêutica constitucional, baseada nesses princípios, faz com que os direitos fundamentais apareçam como postulados sociais (dimensão axiológica objetiva) que perdem o seu caráter de normas meramente programáticas. Funcionam tais princípios como vetores que informam o ordenamento constitucional, tornando-se sua aplicação compatível com a instabilidade do direito constitucional e a amplitude de seu conteúdo, na medida em que permitem aos operadores do direito, ponderando valores e interesses, argumentar com racionalidade e bom senso, de modo a assegurar efetividade até mesmo às normas que possuem maior ambiguidade em seu enunciado.

Ademais, a nova hermenêutica também se destaca por atribuir valor aos elementos da realidade, na medida em que reconhece que o positivismo legalista com a sua compreensão do direito como sistema completo (sem lacunas) e da decisão como uma mera subsunção lógica, e com a eliminação de todos os elementos da ordem social não pode mais ser mantida na prática, conforme preconiza Müller (2005a, p. 32-33).

Diante disso, tem-se que a forma do Direito, consubstanciada na mera existência de leis válidas, tradição legada pelo positivismo, não mais se revelava suficiente, sendo instaurada uma nova sistemática jurídica pautada na legitimidade. A propósito, como observa Bonavides (2001):

O legislador positivista despolitizara, de certo modo, o Estado, ao rebaixar ou ignorar o conceito de legitimidade, dissolvido no conceito de legalidade. Manifestava essa posição estranheza e alheação absoluta a valores e fins. De tal sorte que, exacerbando o neutralismo axiológico e teleológico, fazia prevalecer, acima de tudo, o princípio da legalidade. Efetivamente banido ficava, por inteiro, do centro das reflexões sobre o Direito o problema crucial da legitimidade, numa concepção assim de todo falsa e, sobretudo, já ultrapassada. (BONAVIDES, 2001, p. 155)

A técnica da concretização, conforme será exposto mais adiante, admite o uso de tais princípios com o objetivo de abrandar o formalismo clássico e assegurar a realização prática de todos os valores designados na Constituição.

Assim, importante é destacar que os postulados dessa nova hermenêutica constitucional despontaram, sobretudo, no âmbito do Estado Constitucional Democrático de Direito, ao qual dispensaremos especial atenção no próximo tópico.

3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Muito embora o paradigma do Estado Democrático de Direito tenha surgido apenas na década de 60 do século XX, fato é que, desde os movimentos revolucionários do século XVIII, insatisfeita com os abusos praticados pelo Estado absolutista, tem-se apontado o povo como titular do poder constituinte. (MENELICK, 1999).

A busca por esta legitimidade normativa do poder constituinte, nos textos constitucionais modernos, encontra-se intimamente relacionada à noção de democracia, termo que comumente identifica soberania popular e governo de maioria.

Seguindo essa mesma linha e tendência moderna, o texto constitucional brasileiro de 1988, em seu artigo 1º, parágrafo único, estabelece que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. (BRASIL, 1988).

Entre os modelos constitucionais de Estado que serão a seguir expostos, o Estado Democrático de Direito é tido como aquele que mais clama pela participação do povo nos assuntos do Estado.

O Estado Democrático de Direito, resultado de um processo iniciado pelo Estado Liberal e que perpassa pelo Estado social de Direito, possui um conceito que ainda se encontra em processo de construção. A necessidade de amparar a participação de todos nos processos decisórios do Estado, como forma de fazer cumprir a pretensão de legitimidade do governo, por vezes se esbarra na constatação da heterogeneidade de seu povo, conforme será demonstrado doravante.

3.1 Concepção Liberal De Estado

O constitucionalismo ocidental moderno é quase unânime em considerar a primazia axiológica dos direitos fundamentais. Verifica-se que, atualmente, há uma

impressionante imagem de onipresença dos direitos fundamentais no Estado constitucional.

Indubitavelmente a ascensão dessas garantias, ao máximo patamar hierárquico-normativo dos ordenamentos jurídicos ocidentais, decorre do processo de transformação desenvolvido pelo Estado no decorrer dos séculos. Paulo Bonavides, em sua obra intitulada “Teoria do Estado” (2007b), sustenta que:

[...] de sua inauguração até os tempos correntes, o Estado constitucional ostenta três distintas modalidades essenciais: a primeira é o Estado constitucional da separação de Poderes (Estado Liberal), a segunda, o Estado constitucional dos direitos fundamentais (Estado Social), a terceira, o Estado constitucional da Democracia participativa (Estado Democrático-Participativo). (BONAVIDES, 2007b, p. 41).

Prescinde o presente estudo de demonstrar a transição do primeiro modelo para o segundo, e deste para o contemporâneo, a fim de observar a dimensão do grau de expansão substancial dos direitos fundamentais.

A vida em sociedade pressupõe organização e implica a existência do Direito, ou seja, um mínimo de normas, responsáveis pela regulamentação de condutas e que têm por fim uma convivência pacífica e harmônica.

Na antiguidade as normas se faziam prevalecer através da força. Somente após um longo processo civilizatório, é que surge a figura do Estado moderno, em fins da Idade Média. Sintetizando, de forma esclarecida, sustenta o constitucionalista Luiz Roberto Barroso (2009):

Em um estágio mais primitivo da história da humanidade, o poder se legitimava na *força bruta*. A capacidade de um indivíduo sobrepujar fisicamente os demais conferia-lhe ascendência sobre o grupo. A supremacia física dava-lhe, igualmente, capacidade de melhor proteger a coletividade contra as ameaças externas, fossem as da natureza, as dos animais ou as de outros grupos humanos. O processo civilizatório consiste em um esforço de transformação da força em Direito, da dominação em autoridade. Essa conversão da força bruta em poder legítimo se dá, sobretudo, pela definição e observância dos valores supremos do grupo e pelos mecanismos de obtenção do consentimento e da adesão dos destinatários do poder. Nada obstante, a força e o poder, nem sempre acompanhados da justiça, são parceiros inseparáveis em todas as sociedades políticas. (BARROSO, 2009, p. 104).

A partir do momento em que se consolida o Estado moderno (fim do século XIV), em especial, após a queda do absolutismo, passa-se a questionar os

esquemas tradicionais de domínio político e também se passa a exigir uma fundamentação desse poder.

A existência e a convivência do homem gravitam em torno de instituições, materiais e imateriais, que estabelecem certa ordem, as quais concedem estabilidade e tornam possível a convivência. Por essa razão, o homem situa-se em ordens religiosas, éticas morais e jurídicas. A ordem jurídica é a que possui a maior pretensão de efetividade, dado o fato de ser o único processo de adaptação social caracterizado pela coercibilidade, identificando-se com o conjunto de normas em vigor num Estado.

A soberania é um atributo essencial do poder político estatal. A idéia de constitucionalismo moderno surgiu em fins do século XVIII, estando associado aos processos revolucionários francês e americano, que tinham por fim a supremacia da lei (Estado de Direito), a separação dos poderes, bem como a limitação do Poder do Estado, através da previsão expressa em Constituições escritas de direitos e garantias fundamentais. (BULOS, 2007, p. 17).

Os direitos fundamentais, tais como conhecidos na atualidade, são fruto de uma evolução histórica marcada por lutas e rupturas sociais. A sociedade, insatisfeita com os abusos praticados pelo Estado absolutista, buscava estabelecer direitos mínimos e, conseqüentemente, resguardá-los focando, em especial, na exaltação da dignidade humana e respeito à igualdade e liberdade.

A doutrina afirma que, em sua acepção “clássica”, os direitos fundamentais representam garantias cujo manejo se dá, precipuamente, em face do Estado.

Como assinalou Willis Santiago Guerra Filho (2003, p. 22), os direitos fundamentais são, originariamente, direitos humanos; colhe-se, então, que o propósito de restringir o poder político fazia-se presente já na própria gênese de sua positivação.

Nesse contexto, a Constituição surge como o instrumento de afirmação e realização dos direitos humanos, objetivando, precipuamente, conter os abusos do Estado. Dessa forma, o Constitucionalismo e os direitos humanos são as bases sob as quais nasce o Estado Liberal.

A Constituição assume o papel, no ordenamento jurídico, de fundamento de validade do direito posto, organizada em razão do poder público e com o objetivo precípuo de garantir os direitos fundamentais dos indivíduos. Nesse sentido,

Canotilho (1999, p. 48) define-a como uma “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”.

A Constituição surgia como a expressão última do liberalismo iluminista no plano jurídico. Como ensina José Guilherme Merquior (1985, p. 72), na raiz da posição liberal “se encontra sempre uma dose inata de desconfiança ante o poder e sua inerente propensão à violência. Por isso, o primeiro princípio liberal é o constitucionalismo, isto é, o reconhecimento da constante necessidade de limitar o fenômeno do poder”.

Os direitos fundamentais surgem, então, como preocupação em se criar uma teoria capaz de limitar o poder Estatal.

Com a percepção da necessidade de um Estado respeitador e garantidor, inaugura-se a primeira fase dos direitos fundamentais apresentando, como marco, a Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e a Revolução Francesa (1789).

A partir de então, o modelo liberal pregado por uma burguesia emergente e revolucionária foi adotado por vários países, e consagrado em suas respectivas ordens constitucionais.

A propósito, esclarece Norberto Bobbio (1992):

a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/ súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não mais do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade [...] no início da idade moderna. (BOBBIO, 1992, p. 4).

O modelo Liberal se caracterizava pela previsão constitucional dos direitos individuais, dentre os quais se destacava a proteção à propriedade privada. A realização desses direitos individuais se dava a partir de um não- agir do Estado, ou seja, tais direitos seriam como uma garantia do cidadão contra um comportamento positivo do Estado.

O Estado não deveria intervir no domínio econômico, em uma clara adoção do modelo liberal clássico pregado pela teoria de Adam Smith. Assim, verifica-se que o Estado se omitia perante problemas sociais e econômicos, não existindo, inclusive, direitos sociais e econômicos no texto constitucional ou na legislação

infraconstitucional.

Difunde-se a idéia de direitos fundamentais, da separação de poderes, bem como, do império das leis, próprias dos movimentos constitucionalistas que impulsionaram o mundo ocidental a partir da *Magna Charta Libertatum*¹ de 1215.

Com a inversão da polaridade ocorrida com a ascensão da burguesia, constrói-se a idéia de liberdade do homem perante o Estado, com base na concepção burguesa de ordem política. Eram os ideais da liberdade burguesa contra os ideais do absolutismo, o indivíduo contra o Estado.

Os direitos da liberdade são elevados, por intermédio do vitorioso Estado burguês, ao ápice da ordem política. Liberdade essa, indispensável à manutenção do poder político e que, só nominalmente, se estendiam às demais classes.

Conforme impende Bonavides (1996),

disso não advinha para a burguesia dano algum, senão muita vantagem demagógica, dada a completa ausência de condições materiais que permitissem às massas transpor as restrições do sufrágio e, assim, concorrer ostensivamente, por via democrática, à formação da vontade estatal. Ademais, permitia aos burgueses falar ilusoriamente em nome de toda a sociedade, com os direitos da liberdade (fundamentais de primeira geração) que ela mesma proclamara, os quais se apresentavam, em seu conjunto, do ponto de vista teórico, válidos para toda a comunidade humana, embora, na realidade, tivesse bom número deles vigência tão-somente parcial, e em proveito da classe que efetivamente os podia fruir. (BONAVIDES, 1996, p. 44),

Sobremaneira, compreende-se o porquê de as Declarações de Direitos, manifestações jurídicas de maior relevância no período, voltarem-se com tanta ênfase para a salvaguarda da esfera privada de autonomia; tais documentos representavam as preocupações da burguesia.

Especificamente sobre a Declaração Universal dos Direitos do Homem, carta de grande repercussão, diz Eric Hobsbawm (2005):

Mais especificamente, as exigências do burguês foram delineadas na famosa declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Este documento é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios da nobreza, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária. 'os homens nascem e vivem livres e iguais perante as leis', dizia

¹ Sobre o ponto, esclarece Bulos (2007, p. 16): exemplo vigoroso pela busca da limitação do poder foi o advento da Magna Charta Libertatum, outorgada na Inglaterra, a qual, enquanto garantia de direitos fundamentais, antecedeu a moderna disciplina constitucional das liberdades públicas, abrindo precedentes que se incorporaram às constituições vindouras.

seu primeiro artigo; mas ela também prevê a existência de distinções sociais, ainda que somente no terreno da 'utilidade comum'. A propriedade privada era um direito natural, sagrado, inalienável e inviolável. Os homens eram iguais perante a lei e as profissões estavam igualmente abertas ao talento; mas, se a corrida começava sem empecilhos, pressupunha-se como fato consumado que os corredores não terminariam juntos. A declaração afirmava (posição contrária à hierarquia da nobreza ou absolutismo) que 'todos os cidadãos têm o direito de colaborar na elaboração das leis'; mas 'tanto pessoalmente como por meio de seus representantes'. E a assembléia representativa que ela vislumbrava como o órgão fundamental de governo não era necessariamente uma assembléia democraticamente eleita, tampouco, no regime que estava implícito, pretendia-se eliminar os reis. Uma monarquia constitucional baseada em uma oligarquia possuidora de terras era mais adequada à maioria dos liberais burgueses do que a república democrática que poderia parecer uma expressão mais lógica de suas aspirações teóricas, embora alguns também advogassem esta causa. Mas, de modo geral, o burguês liberal clássico de 1789 (e o liberal de 1789-1848) não era um democrata, mas sim um devoto do constitucionalismo, de um Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada e de um governo de contribuintes e proprietários. (HOBSEAWM, 2005, p. 20-21).

Nesse paradigma, o do Estado Liberal, há uma evidente divisão entre o que é público, ligado às coisas do Estado e o privado, em especial, a vida, a liberdade, a individualidade familiar, a propriedade, o mercado. Essa separação era garantida por intermédio do Estado, que, lançando mão do império das leis, garantia a certeza das relações sociais por meio do exercício estrito da legalidade.

Com a distinção entre o espaço privado e o espaço público, o indivíduo guiado pelo ideal da liberdade busca no espaço público a possibilidade de materializar as conquistas implementadas no âmbito do Estado que assumiu a feição de não interventor.

Nesta seara, pondera o professor Marcelo Cattoni Oliveira (2002, p. 55) que, sob a égide do ideal liberal, compete ao Estado, por meio do direito posto, "garantir a certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo", rompendo-se, via de consequência, com a anterior concepção de que o Estado era o único capaz de garantir a satisfação dos indivíduos.

Surgem idéias como o exercício das liberdades individuais, de se poder fazer tudo que não for proibido em lei. Como contraponto à liberdade 'clássica', encarada como participação nas decisões políticas ou liberdade de ser, nasce e se desenvolve em terreno fértil a liberdade dos modernos, encarada como autonomia da conduta

individual, liberdade de ter.

Neste cenário, consagra-se a igualdade de todos, de modo que, em sentido formal, todos são iguais perante a lei, ou “são iguais no sentido de todos se apresentarem agora como proprietários, no mínimo, de si próprios, e, assim, formalmente, todos devem ser iguais perante a lei, porque proprietários, sujeitos de direito, devendo-se por fim aos odiosos privilégios de nascimento”, expõe Menelick de Carvalho Netto (1999, p. 478).

Além dos direitos da liberdade (fundamentais) e da separação de poderes, erige-se o ideal do império das leis. Com observância estrita ao direito posto, garantiu-se ao indivíduo, além de outras prerrogativas, a segurança jurídica.

Em tese, assegurada a esfera de liberdade individual em relação ao Estado, impôs-se a difícil tarefa de estabelecer regras para proporcionar a tão almejada “convivência harmoniosa” dos cidadãos. A consecução desse objetivo se daria com base no princípio da legalidade. A produção legislativa se voltaria para o direito privado, iniciando a era das codificações.

A legislação codificada nascia para desempenhar o mesmo papel das Declarações de Direitos: curvar o sistema jurídico aos interesses da classe economicamente mais forte. Nenhuma “concepção de mundo”, senão a burguesa, importava.

Nesse momento, indiscutivelmente, o grande paradigma legislativo foi o diploma napoleônico de 1804, que viria a exercer grande influência sobre o direito positivo de outros países.

Esclarece Wolkmer (1998, p. 75-76) que o texto francês desencadearia uma codificação em vários países como Áustria, Prússia, Itália, e, posteriormente, Brasil, cujo Código Civil de 1916, elaborado por Beviláqua, manteve-se fiel às mesmas bases liberais, ou seja: o antigo binômio “indivíduo-patrimônio”.

Consagrados os direitos de primeira dimensão, o movimento reflete no reconhecimento do que à época se denominaram direitos naturais. Consagra-se a vida, a liberdade e a propriedade como valores máximos.

No cenário em que se desenvolveu o Estado Liberal, portanto, havia todo um arcabouço político-social a justificar que a geração pioneira dos direitos fundamentais assumisse natureza defensiva, impositiva de deveres de abstenção ao Estado.

De outro lado, considerando que, nesse período, inexistiam direitos trabalhistas, previdenciários ou outros direitos sociais, a insatisfação das massas se acentuava, era crescente a situação de pobreza e miséria nos grandes centros industriais que se desenvolviam. Logo, em pouco tempo, a criminalidade passou a aumentar, tornando-se um problema social a ameaçar os conservadores que estavam no poder.

Assim, o descaso para com os problemas sociais, a crescente industrialização e as disparidades sociais deram origem a reivindicações. A sociedade aspirava por melhores condições, impondo ao Estado posição ativa na busca e concretização de uma justiça social.

O modelo liberal, no qual foi consagrada a abstenção do Estado, já não atendia de maneira satisfatória aos interesses da sociedade que objetivava a materialização dos direitos formais, e, conseqüentemente, outros direitos passam a ganhar espaço entre os direitos fundamentais. O Estado, frente a esses novos direitos, passa a assumir prestações positivas.

Começa a se consolidar o Estado Social, surgindo a segunda dimensão de direitos, como será demonstrado a seguir.

3.2 Estado Social

A fragilidade do sistema liberal que pregava um excessivo não intervencionismo por parte do Estado na sociedade, acabou acentuando ainda mais as desigualdades, sejam elas políticas, econômicas, sociais ou culturais.

A igualdade e a liberdade, previstas pela doutrina liberal, eram apenas formais, não obtendo muitos resultados práticos devido à desigualdade de condições existentes na sociedade.

A vivência das idéias abstratas que conformavam o paradigma do Estado liberal de direito, culminou por fundamentar idéias e práticas sociais no período que ficou caracterizado na história como de maior exploração do homem pelo homem.

O surgimento de idéias socialistas, comunistas e anarquistas, afirma Menelick de Carvalho Netto (1999, p. 478) “animam os movimentos coletivos de massa cada

vez mais significativos e neles reforça com a luta pelos direitos coletivos e sociais”.

Nesse contexto, o sistema liberal sofreu diversas transformações, ligando-se a outros movimentos para se ajustar a novas exigências sociais.

Importante lembrar que vários fatores históricos contribuíram para a necessária revisão do programa liberal. Na virada do século XX, a Europa presenciava um crescente fortalecimento do modo de produção industrial.

Eclodiram as primeiras manifestações sociais, fomentadas por uma classe proletária insatisfeita com o aumento do desemprego, as péssimas condições laborais, o êxodo forçado para as cidades, dentre outros fatores. O liberalismo esfacelava-se pela revolta do homem comum.

O surgimento de um capitalismo monopolista, o aumento das demandas sociais e políticas, além da Primeira Guerra Mundial, fazem culminar a crise da sociedade liberal, possibilitando o surgimento de uma nova fase do constitucionalismo e, em razão disso, inaugura-se o paradigma constitucional do Estado social de direito, ou seja, a segunda geração ou dimensão de direitos na era dos Estados Modernos.

Historicamente, a Constituição Mexicana de 1917 foi a primeira a estabelecer direitos sociais, tais como educação, trabalho. (MORAES, 2008).

Sob o prisma constitucional, a Carta Alemã de Weimar (1919) é tida como o ponto de partida para a trajetória que determinaria o significado contemporâneo dos direitos sociais. (MORAES, 2008).

Exsurge o Estado social, implicando a materialização dos direitos anteriormente formais. A gama de direitos de segunda dimensão (direitos coletivos e sociais) traz em seu bojo a necessidade de se realizar uma releitura historicizada dos primeiros direitos chamados fundamentais, os adaptando à novel demanda social.

Sobre os direitos de segunda dimensão, dispõe Paulo Bonavides (1994):

São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou da coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula. (BONAVIDES, 1994, 518).

Salienta Boaventura de Souza Santos (2000, p. 148-149) que as medidas que envolvem a intervenção do Estado, nas questões relacionadas ao trabalho, segurança, emprego, habitação, planejamento urbanístico, dentre outros, conduziram a uma nova forma de política: O Estado- Providência, bem como implicaram no reconhecimento dos direitos socioeconômicos. A preocupação com sua materialização fez com que o Direito do Estado se tornasse menos formalista e abstrato.

Dessa forma, a liberdade do Estado liberal não pode mais ser considerada como desdobramento da legalidade estrita, mas agora, segundo expõe Menelick de Carvalho Netto (1999, p. 480), “pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação”, de modo a satisfazer materialmente a igualdade.

Sob o paradigma do Estado Social, esclarece Cattoni de Oliveira (2002, p. 59), que “o cidadão-proprietário do Estado Liberal passa a ser encarado como o cliente de uma Administração Pública garante de bens e serviços”.

No modelo social ou de bem-estar social, o Estado vivencia um momento de ampliação na sua esfera de atuação, mormente pela necessidade de abranger tarefas vinculadas aos novos fins econômicos e sociais que lhes são atribuídos, e, conseqüentemente, reduzir as disparidades através da materialização da igualdade. Assim, a atuação estatal já não é mais sinônimo de violação e supressão de direitos; ao contrário, ela passa a ser necessária para concretizá-los.

Nesse novo paradigma, portanto, os direitos fundamentais de segunda dimensão reclamam uma ação positiva do Estado a fim de, efetivamente, garantir às pessoas uma existência compatível com a dignidade inerente a cada um.

O paradigma do Estado Social, no final da segunda Guerra Mundial, começa a ser questionado, dentre outras razões, em virtude de suas crises de legitimação e aprofundamento da crise econômica. Além da impossibilidade de o Estado prestar a devida assistência econômica ao cidadão, também, nesse período, já é possível observar que não se consegue proporcionar uma relativa autonomia da sociedade em relação ao Estado, pelo contrário, na medida em que aquela se torna cada vez mais dependente deste. Como pondera Santos (2000):

Há, aliás, argumentos para defender que, no período do capitalismo organizado, não se fortaleceram apenas os princípios do mercado e do Estado, mas também o princípio da comunidade. De facto, o carácter distributivo das políticas sociais assenta numa noção de solidariedade que se assemelha à obrigação política horizontal, de cidadão para cidadão, que considere ser a essência do princípio da comunidade. No entanto, convém não esquecer que o princípio da comunidade não foi reconhecido nos seus próprios termos. Tratou-se, antes, de um reconhecimento derivado, já que ocorreu sobre a égide do princípio do Estado e como parte integrante da expansão deste princípio. Na verdade, com o Estado-Providência a obrigação política horizontal transformou-se numa dupla obrigação vertical entre os contribuintes e o Estado, e entre os beneficiários das políticas sociais e o Estado. Dessa forma, o exercício da autonomia que o princípio da comunidade pressupunha transformou-se num exercício de dependência relativamente ao Estado. (SANTOS, 2000, p. 148).

No entendimento de Silva (2007, p. 118), a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, estriba-se em um elemento puramente formal e abstrato - a generalidade das leis. Para tentar corrigir tal distorção, criou-se o Estado Social de Direito, que não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação popular no processo político.

A crise do Estado Social acentua-se nas décadas de setenta e oitenta, quando os Estados, na busca por investimento internacional (crescimento dos mercados mundiais), diminuem ainda mais os gastos com políticas públicas destinados à população carente. Diante disso, o Estado-Providência não reúne condições para assumir o monopólio do bem-estar social de que a sociedade necessita, conforme preleciona Santos (2000, p. 156-157).

Na mesma trilha, sobre a insuficiência do Estado Social de Direito, sustentam Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco (2009, p. 69) que esta “residiria em não ter conseguido realizar a desejada e sempre prometida democratização econômica e social, a economia do gênero humano proclamada pelos entusiastas do neocapitalismo”.

Saliente-se, por oportuno, que no Brasil, o Estado social foi muito incipiente. A década de 30 viu o surgimento das primeiras regulações de proteção aos trabalhadores. Nela também ocorreu a criação da Justiça do Trabalho. Mas, tal como nos países da Europa, também aqui a receita do nosso Estado se mostrou insuficiente para atender às demandas de todos os necessitados.

3.3 Estado Democrático de Direito

A noção de democracia surge basicamente no curso do século XX, quando se começa a discutir a questão da fonte legítima do poder e de representação política.

Segundo Menelick (1999, p. 481), com a evidência de novos movimentos sociais (*hippie*, estudantil, pacifista, ecologista), que eclodem na década de 60, o paradigma do Estado democrático de direito exsurge configurando uma alternativa ao modelo de Estado do bem-estar social.

O Estado Democrático visa aperfeiçoar os valores liberdade e igualdade, lastros positivos deixados pelo Estado Liberal e pelo Estado social, respectivamente.

A democracia surge, assim, de um processo dialógico e social de aprendizado, que supera modelos anteriores extremos (Estado Liberal e Estado Social) e que busca conciliar os valores já mencionados.

No tocante à distinção entre os Estados sociais e democráticos, Mário Lúcio Quintão e Baracho (1998) assinalam que:

No estado social pressupõe-se a crença de que a arbitrariedade ou abuso dos direitos fundamentais pode ser evitado mediante o aumento do poder político do Estado para melhor controle das relações baseadas nestes direitos. No Estado democrático de direito há o pressuposto de que as causas destes abusos situam-se nas desigualdades sociais geradas pelas condições econômicas, políticas e sociais. Uma política eficaz para evitar estas arbitrariedades exige transformações econômicas, políticas e sociais, através a participação dos cidadãos nos centros de poder e fortalecimento das instituições democráticas. (QUINTÃO; BARACHO, 1998, p. 104-105).

Ensina-nos Lenio Streck (1999, p. 37) que o Estado Democrático de Direito, ao lado do núcleo liberal, agregado à questão social, representa a vontade constitucional de realização do Estado social, e “tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado através do asseguramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade”.

Tal modelo também pode ser visto como a síntese histórica dos conceitos de constitucionalismo e democracia, próximos, mas que não se confundem; o primeiro caracteriza a limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito) e o segundo implica em soberania popular e governo da maioria.

Além dessa aproximação de valores, no cenário marcado pela divisão entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, surge a necessidade de se buscar uma nova dimensão de direitos fundamentais para se agregar aos já consagrados direitos da liberdade e da igualdade.

Nessa esteira, surgem novos direitos relacionados a valores como humanismo e universalidade, que não se destinam especificamente à proteção de um indivíduo ou de um grupo determinado; tendo por destinatário o gênero humano.

Nesse sentido, as constituições atuais, além dos direitos de primeira e segunda dimensão, preveem os direitos de terceira dimensão, surgida em razão dos processos de industrialização e urbanização.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão caracterizam-se por ter como destinatários não apenas o indivíduo ou um determinado grupo ou um Estado em específico, mas, sim, uma titularidade difusa transindividual, muitas vezes indefinida, pois protege-se o gênero humano como um todo.

Tem-se, como exemplo de direitos de terceira dimensão, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito à comunicação, direito à autodeterminação dos povos e o direito à conservação do patrimônio histórico.

Nesse momento, pode-se notar a preocupação não apenas com o individual ou com um determinado coletivo, mas com toda a humanidade, de forma a universalizar a proteção aos direitos inerentes à pessoa humana.

Desse modo, configuram-se os direitos fundamentais da terceira dimensão como direitos de solidariedade ou de fraternidade, conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet (1998, p. 51), que descreve “em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação”.

Percebemos que tais direitos são frutos dos impactos causados pelo estilo de vida contemporâneo que, a pretexto de desenvolver cada vez mais a ciência tecnológica, tem-se esquecido do respeito e da defesa da qualidade de vida do ser humano.

Assim, ao analisar a evolução histórica dos direitos fundamentais, resta claro que os direitos vão sendo criados e formulados, para posteriormente serem efetivados, com isso será criado um processo cujo direito sempre estará em evolução, variando de acordo com o momento e novas aspirações da sociedade.

Os conceitos evoluem; com o passar dos tempos, surgem novas situações e, com elas, a necessidade de delinear novos direitos ou, apenas, redefinir os direitos tradicionais em consonância com as exigências do momento.

Nesse diapasão, dissertam Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco (2009):

A visão dos direitos fundamentais em termos de geração indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se a compreensão. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 268)

No regime democrático, a autoridade da Constituição deve repousar em sua legitimidade. Diz-se que todo poder emana do povo. De fato, o povo é frequentemente apontado como titular de certas prerrogativas e responsabilidades coletivas dos textos constitucionais modernos, autointitulados democráticos.

Nesse sentido, elenca, em síntese, Barroso (2009) os objetivos que devem ser perseguidos pelos textos constitucionais do mundo moderno:

- a) institucionalizar um Estado democrático de direito, fundado na soberania popular e na limitação do poder;
- b) assegurar o respeito aos direitos fundamentais, inclusive e especialmente as minorias políticas;
- c) contribuir para o desenvolvimento econômico e para a justiça social;
- d) prover mecanismos que garantam a boa administração, com racionalidade e transparência nos processos de tomada de decisão, de modo a propiciar governos eficientes e probos. (BARROSO, 2009, p. 91).

Dessa forma tem-se que a Constituição de todo Estado Democrático de Direito tende a criar mecanismos que irão veicular consensos mínimos, que variam de acordo as circunstâncias políticas, sociais e históricas de cada país, como forma de assegurar o respeito à diversidade e ao pluralismo. A idéia de democracia não mais se reduz à prerrogativa popular de eleger representantes, mas implica na constante necessidade de participação e legitimidade do poder, bem como na necessária observância dos direitos fundamentais e dos valores justiça, liberdade e igualdade. Assim, a democracia passa a ser considerada condição imprescindível para a eficácia dos direitos fundamentais.

Mas, para muitos, o povo, que, em verdade deveria ser a fonte do poder, acaba se manifestando na prática como um objeto de dominação de seus

representantes. Desta feita, para esses, a soberania popular teria mais um caráter ideológico do que real, na medida em que a pretensão do texto constitucional de atribuir o poder do Estado ao povo não chega a ser cumprida integralmente, dada a constatação de que o povo, em sua integralidade, não participa da instituição da Constituição e nem mesmo das tomadas de decisão por parte do Estado.

Antônio Celso Mendes (1996. p. 38) não desconheceu isso, ao salientar que “a ordem jurídica é, dos fenômenos sociais, aquele que mais se apresenta sujeito ao jogo das manipulações ideológicas, dadas as suas características próximas à política e aos interesses do poder”.

Por vezes, é visível a dominação do poder político de um grupo específico dentro Estado que se diz regido por um texto constitucional democrático, espaço em que o poder deveria ser atribuído a todos. Aliás, nesse sentido, adverte com muita oportunidade Friedrich Müller (2004):

Também tomado como texto de Estado de Direito (em vez de texto ideológico), o “poder constituinte do povo” ainda não pôde desfazer-se das relações de propriedade herdadas da tradição: apesar de ser propriedade do povo, enchem a boca com ele somente os que justificam assim o seu Estado. O “poder constituinte do povo” ainda continua sendo um texto dos dominantes; ainda continua sendo o seu conceito finalista e ainda não é o texto do povo, com o fim de permitir a este organizar-se a si mesmo. Talvez seja possível que algum dia o povo (uma multiplicidade em si distinta, mesclada, dividida em grupos, mas organizada igualitariamente e sem discriminações) ainda tome posse do texto sobre o seu poder constituinte. (MÜLLER, 2004, p. 139):

Ainda que, por razões demográficas, não seja possível ao povo governar-se a si mesmo em sua integralidade, tal como ocorre em países de grande extensão territorial como o Brasil, fato é que deveriam ser criadas condições para que o mesmo, ainda que indiretamente, pudesse decidir efetivamente sobre a instituição da Constituição, atendendo ao que determina o próprio texto constitucional, sob pena de tudo se tornar uma ficção.

Com efeito, muito embora a democracia possa ser tratada em sua dimensão formal, que inclui a idéia de governo da maioria e de respeito aos direitos individuais (frequentemente relacionados às liberdades públicas, realizáveis mediante abstenção ou cumprimento de deveres negativos pelo Estado), é o seu sentido material que dá alma ao Estado constitucional de direito, na medida em que implica em governo para todos, e não apenas no governo da maioria. Tal sentido inclui não

apenas as minorias (raciais, religiosas, culturais), mas também os grupos de menor expressão política, ainda que não minoritários, como as mulheres e, em muitos países, os pobres em geral. Por isso, pondera Barroso (2009, p. 41) que, para a realização da democracia nessa dimensão mais profunda, impõe-se ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas de forma equivalente a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, necessários ao estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material, sem a qual não existe vida digna, nem é possível o desfrute efetivo da liberdade.

A realização de uma verdadeira democracia exige também uma participação ativa de todo cidadão nas atividades desempenhas pelo Estado. Escrevendo sobre as necessidades humanas aos direitos, ao tratar da obra *Faticidade e Validade* de Jürgen Habermas, esclarece a autora Miracy Gustin (1999, p. 194) que, para esse sociólogo e filósofo, a legitimidade da ordem jurídica dependeria da implementação de arranjos comunicativos que assegurassem a participação de todos os interessados diretos, segundo critérios de ação discursiva.

De fato, ao dissertar sobre a tensão entre facticidade e validade, imanente ao Direito de um Estado Democrático em evolução, esclarece Habermas que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normalização discursiva. Discorre Habermas (1997) que:

o direito não pode satisfazer apenas às exigências funcionais de uma sociedade complexa, devendo levar em conta também as condições precárias de uma integração social que se realiza, em última instância, através das realizações de entendimento de sujeitos que agem comunicativamente, isto é, através da aceitabilidade de pretensões de validade. (HABERMAS, 1997, p. 114).

Segundo Habermas (1997), a tensão entre a facticidade e a validade se traduz no Direito que possui o dever de estabilizar essas exigências da sociedade moderna de forma a propiciar a maior abertura do uso da comunicação e da linguagem, de maneira a gerar condições melhores de integração social. Ele propõe uma teoria da comunicação, trabalhando o discurso como uma forma de comunicação destinada a fundamentar as pretensões de validade das afirmações e das normas nas quais se baseia implicitamente o agir comunicativo. Para o filósofo (1997):

A tensão entre princípios normativistas, que correm o risco de perder o contato com a realidade social, e princípios objetivistas, que deixam fora de foco qualquer aspecto normativo, pode ser entendida como admoestação para não nos fixarmos numa única orientação disciplinar e, sim, nos mantermos abertos a diferentes posições metódicas (participante versus observador), a diferentes finalidades teóricas (explicação hermenêutica do sentido e análise conceitual versus descrição e explicação empírica), a diferentes perspectivas de papéis (o do juiz, do político, do legislador, do cliente e do cidadão) e a variados enfoques pragmáticos na pesquisa (hermenêuticos, críticos, analíticos, etc). (HABERMAS, 1997, p. 23).

Na linha da teoria do discurso, ensina Habermas (1997, p. 213) que o princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício do poder político orienta-se e legitima-se pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente. As leis obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que se apoia na soberania do povo. Da mesma forma, a jurisdição também não pode desenvolver o direito por uma interpretação construtiva desconectada do poder comunicativo, não sendo, pois, a interpretação da Constituição monopólio da jurisdição.

Desta feita, faz-se necessário que todos os destinatários das leis e decisões judiciais participem de forma efetiva do processo de formação das leis, bem como dos discursos de aplicação jurisdicional do Direito. Segundo Rafael Lazzarotto Simioni (2007, p. 12), essas transformações necessárias ao modo de produção e aplicação do direito, indicadas por Habermas, implicam numa reconfiguração da separação dos poderes, na medida em que tanto o Executivo, como o Legislativo e o Judiciário ganham atribuições e competências cuja legitimidade pressupõe um outro poder, tido como “poder comunicativo”, o qual resulta de uma discussão pública racional onde todos os implicados passam a ser, ao mesmo tempo, destinatários e autores do próprio direito.

Aliás e a propósito, os Professores Marcelo Campos Galuppo e Carvalho (1998, p. 235), em sua tese de doutorado sobre o tema *Direito, discurso e democracia: O princípio jurídico da igualdade e autocompreensão do Estado Democrático de Direito*, advertem que “uma sociedade pluralista deve conceber o procedimento de fundamentação das normas jurídicas, regido pelos princípios do discurso e da universalização”, reconhecendo, porém, a impossibilidade de uma participação atual e efetivamente irrestrita no discurso em sociedades complexas e

pluralistas como a nossa, sendo essa a razão pela qual as democracias recorrem à “regra da maioria” como mecanismo de formação do consenso. Para resguardar, porém, os princípios acima mencionados, as decisões tomadas, através da regra da maioria, não poderão inviabilizar a participação futura de qualquer interessado no discurso (inclusão das minorias), nem tampouco serem consideradas irreversíveis.

Destaca, ainda, Galuppo e Carvalho (1998, p. 237) que, nos Estados Democráticos de Direito, as decisões tomadas por meio da regra da maioria, durante o processo legislativo, que utiliza da representação política como filtro condensador de possíveis discursos de justificação de normas legais, viabiliza idealmente a participação de todos os cidadãos no processo de formulação e fundamentação do direito.

Nessa linha, tem-se que o Estado Democrático de Direito necessita de um sistema político que aproxime o poder administrativo e o poder comunicativo, sob pena de o afastamento entre esses implicar em crise de legitimidade. Nesse quadro, aponta Bonavides (2007a, p. 600) que normatividade apenas se adquire com a legitimidade, a qual se constitui no estuário de todo o processo de concretização das regras constitucionais.

De modo semelhante, Cristiane Rozicki (1999), em artigo versando sobre alguns aspectos da legitimidade normativa de um poder constituinte, assinala que:

Toda atividade normativa, que o titular do poder constituinte põe em prática, só adquire legitimidade se a mesma responder perfeitamente aos anseios do próprio povo que fez depositário da soberania de sua vontade aquele poder. É importante considerar que, qualquer produção normativa ou mudança da ordem jurídica fundamental, consiste uma atividade que sempre deve estar submetida e subordinada às exigências do bem comum, à vontade da sociedade que o poder constituinte representa e aos valores morais, éticos e culturais desta mesma multidão, porquanto consiste a manifestação originária da soberania de todo um povo, expressão da vontade geral, portanto. (ROZICKI, 1999).

O mero ato de instituir o poder do povo, através de uma expressão de linguagem, não é suficiente; sua previsão expressa no texto constitucional está a exigir concreção e efetividade prática, não podendo servir, exclusivamente, como enunciado programático.

Segundo Müller (2003, p. 83), se o Estado procura se prover da legitimidade específica assente no poder constituinte do povo, esse poder deve ser

constitucionalmente positivado, resultando daí exigências práticas. Nas suas palavras, o termo “povo”, contido em textos de normativos, sobretudo nos constitucionais, deve ser compreendido como parte integrante plenamente vigente da formulação da prescrição jurídica, de forma a ser levado a sério como conceito jurídico.

Aponta, porém, o filósofo para o problema do caráter fragmentário desse poder constituinte, dada a ausência de homogeneidade do povo. Esclarece, assim

Em consequência das lutas políticas o conceito de povo se amplia cada vez mais. Uma multiplicidade de grupos sociais adquire consciência dos seus interesses, introduzindo-os no processo político. Durante o combate semântico em torno da ampliação do conceito de povo os agrupamentos inicialmente excluídos forçam a sua inclusão e produzem assim no término do processo o povo soberano idêntico consigo mesmo. (MÜLLER, 2003, p. 83).

Acrescenta, ainda, Müller (2003, p. 40) que a constante inclusão de diferenças entre os grupos sociais faz com que a identidade do soberano popular seja constantemente postergada, bem como incentiva a renovação e continuação do processo democrático. Na sua visão, uma Constituição democrática não alcança de uma vez para sempre a legitimidade, sendo essa atingida por meio de um processo que se renova permanentemente; acrescenta-se que a legitimidade democrática, sobretudo, não pode ser formulada como grandeza absoluta; pelo contrário, na medida em que “o problema deve ser posto de forma graduada a título de orientação prévia (Vorgabe) com vistas a um processo prático, na esteira dos diferentes modos de falar sobre o povo segundo a tradição do constitucionalismo democrático”.

A busca pela legitimação do poder do povo instituidor da ordem jurídica suprema no Estado Democrático de Direito se torna uma tarefa muito complexa, na medida em que se reconhece que o direito é múltiplo, pois não há uma unidade de povo.

A Democracia, assim, também se torna um problema prático, um conceito que se forma, cria-se e recria-se a todo instante, tal como ocorre com o conceito de povo.

A criação, recriação e inclusão constante de diferenças no Estado faz com que o poder do povo tenha uma necessidade constante de relegitimar-se.

O Estado Democrático de Direito, que se encontra, pois, ainda em processo de construção, é tido como um espaço de tolerância e cidadania. A democracia é um conceito aberto, que se constrói permanentemente. Uma Constituição democrática deve estar atenta para o fato de que a soberania popular vai se ampliando na medida em que se reconhecem novos valores e diferenças.

Nessa esteira, dissertam Mário Lúcio Quintão e Baracho (1998) que:

Este tipo de Estado não é uma estrutura acabada, mas uma assunção instável, recalcitrante e, sobretudo, falível e revisável, cuja finalidade é realizar novamente o sistema de direitos nas circunstâncias mutáveis, ou seja, melhor interpretar o sistema de direitos, para institucionalizá-lo, mais adequadamente e para configurar o seu conteúdo mais radicalmente. (QUINTÃO; BARACHO, 1998, p. 106-107).

Além de veicular consensos mínimos, a Constituição contemporânea, inspirada pela dignidade da pessoa humana, tem ainda o papel de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais, a separação dos poderes e de criar mecanismos diretos de participação popular no poder do Estado.

Diante desse contexto, tomando por base a determinação constitucional de que todo poder emana do povo e ainda levando em consideração o fato de que o mesmo texto ainda estipula, em seu artigo 1º, *caput*, que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito [...]” temos, por certo, que a expressão povo deve referir-se à totalidade e não à fração dominante do povo, ou seja, o poder do Estado deve estar nas mãos de todos e não apenas de uma minoria dominadora. (BRASIL, 1988).

O poder normativo de um Estado Democrático de Direito deve efetivamente pertencer ao povo, e manifestar-se através de mecanismos democráticos, que, de fato, assegurem a ampla participação popular, acolhendo os anseios da maioria da população, sem, no entanto, aniquilar os interesses de grupos minoritários

O povo nunca é homogeneamente unido, daí a necessidade de o Estado estar sempre disposto a acatar a opinião de todos os diferentes grupos sociais, como forma de fazer cumprir a pretensão de legitimidade do governo do povo e também garantir a preservação da democracia constitucional.

Além da necessidade da legitimação do poder, aponta Bonavides (2001, p. 22; 36) para o fato de que o Estado democrático participativo deve ter também a

preocupação com a concretização dos direitos estabelecidos em sua Constituição. Esclarece o referido constitucionalista: “a nova legitimidade assenta, pois, a democracia participativa em instrumentos ou órgãos de concretização como a Nova Hermenêutica Constitucional, indubitavelmente sua mais sólida coluna de sustentação e efetivação”.

Diante desse contexto, ganham destaque os estudos sobre concretização jurídica de Müller, a qual contribui de forma significativa na concretização dos ditames constitucionais, mesmo os de caráter meramente programático.

4 NORMATIVIDADE DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

Com o objetivo de demonstrar o real grau de eficácia alcançado pelas normas constitucionais programáticas, será necessário proceder a uma avaliação da normatividade e efetividade de cada um dos grupos de normas previstos no texto constitucional brasileiro.

Conforme restou esclarecido, contemporaneamente, entende-se que a Constituição deixou de ser vista como um documento de caráter essencialmente político, passando a ser dotada também de imperatividade jurídica. Aliás, como bem esclarece Bonavides (2007a, p. 36), a determinação do caráter jurídico ou não das normas programáticas, bem como o grau de eficácia a aplicabilidade das normas constitucionais se constitui em um problema do constitucionalismo contemporâneo. Diante de tal reconhecimento, passa-se a questionar o grau de eficácia de cada uma das normas que tratam dos direitos constitucionais fundamentais.

A presente análise inclui também um estudo sobre a origem e a importância das normas constitucionais programáticas, buscando demonstrar que muitas dessas servem para revelar o caráter hipertroficamente simbólico da linguagem constitucional.

Por fim, busca-se demonstrar que o problema da realização dos ditames estabelecidos pelas normas programáticas na sociedade contemporânea é passível de ser controlado pelo Poder Judiciário.

4.1 Eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais

Diante desse contexto, mister abordar a classificação das normas constitucionais segundo sua eficácia e aplicabilidade.

Consoante magistério de Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 250), inspirado na doutrina e jurisprudência norte-americanas, Rui Barbosa inaugurou a reflexão acerca da eficácia das normas constitucionais no Brasil que foram classificadas quanto à eficácia em autoexecutáveis e não autoexecutáveis. Nas normas autoexecutáveis,

Rui Barbosa reconhece a aptidão para gerar efeitos independentemente de atuação do legislador, dado que seu conteúdo já se encontra devidamente determinado. No que toca às normas não autoexecutáveis, impõe-se como condição à produção de seus efeitos a intervenção legislativa para explicitação de seu conteúdo.

Posteriormente, elaborou José Afonso da Silva (1999, p. 47) uma revisão na doutrina clássica da eficácia das normas constitucionais, estabelecendo que todas são eficazes, embora possuam cargas distintas de eficácia. No entendimento do mencionado constitucionalista, a Constituição traz em seu bojo regras de diversos tipos, função e natureza, vez que demandam finalidades diferentes, entretanto coordenadas e interrelacionadas entre si, formando um sistema de normas que se condicionam mutuamente. Assim, discrimina-as em três categorias: normas de eficácia plena; de eficácia contida e de eficácia limitada ou reduzida.

Incluem-se na categoria de normas constitucionais de eficácia plena aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem ou têm a possibilidade de produzir todos os objetivos a que o legislador constituinte visa, vez que são dotadas de normatividade para isso suficiente. Por isso têm aplicabilidade imediata, direta e integral sobre os interesses, objeto de sua regulamentação jurídica.

No que concerne às normas constitucionais de eficácia contida, temos que, embora produzam ou tenham a possibilidade de produzir todos os efeitos desejados, como as de eficácia plena, preveem meios ou conceitos que permitem conter sua eficácia e, dessa forma, reduzir sua abrangência. Estão, desse modo, sujeitas a uma regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade.

Já as normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que se dividem em duas categorias - as de princípio institutivo e as de princípio programático - são aquelas que não produzem seus efeitos essenciais com a simples entrada em vigor, visto que o legislador constituinte não regulamentou, de forma suficiente, sobre a matéria, deixando essa missão a cargo do legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. Ainda que surtam outros efeitos, não dirigidos aos valores-fins da norma, são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, pois somente incidirá totalmente sobre seus interesses após uma normatividade ulterior que lhes dará eficácia.

Para clarear o acima exposto, necessário se faz explanar, ainda que sucintamente, sobre as normas constitucionais de princípio institutivo, assinalando que são aquelas que contêm esquemas gerais, uma indicação da estruturação de

instituições, órgãos ou entidades, pelo que poderiam ser denominadas normas de princípio organizativo ou orgânico. Silva (1999, p. 125) explica que as normas constitucionais de princípio institutivo se diferem daquelas de princípio programático por seus fins e conteúdos. As programáticas envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômico-social, mediante prestações positivas, a fim de propiciar o bem comum, através da democracia social. As de princípio institutivo, por sua vez, têm conteúdo organizativo e regulativo de órgãos e entidades, respectivas atribuições e relações, tendo, portanto, natureza organizativa e como função primordial esquematizar a organização, criação ou instituição dessas entidades e órgãos.

A norma constitucional de princípio programático pode ser entendida como aquela que estabelece um programa a ser desenvolvido pelo Estado, mediante a regulamentação pelo legislador ordinário, do direito nela previsto. Exemplificando, temos a previsão constitucional, estatuída no inc. XI, do art. 7º, que tange à participação do trabalhador nos lucros e resultados (BRASIL, 1988), conforme definido em lei, questão já regulamentada pela Lei n. 10.101/2000 (BRASIL, 2000). Assim, a norma programática enuncia princípio indicativo da finalidade do Estado, devendo ser observada como regra-matriz para a elaboração, interpretação e integração do sistema jurídico nacional.

José Afonso da Silva (1999, p. 138) concebe como programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

Nessa esteira, identifica Diniz (1998, p. 115) “um gradualismo na eficácia das normas constitucionais, por não serem idênticas quanto à produção de seus efeitos e à sua intangibilidade ou emendabilidade”, oportunidade em que conclui que:

Há um escalonamento na intangibilidade e nos efeitos dos preceitos constitucionais, pois a Constituição contém normas com eficácia absoluta, plena e relativa. Todas têm juridicidade, mas seria uma utopia considerar que têm a mesma eficácia, pois o seu grau eficaz é variável. Logo, não há norma constitucional destituída de eficácia. Todas as disposições constitucionais têm a possibilidade de produzir, a sua maneira, concretamente, os efeitos jurídicos por elas visados (DINIZ, 1998, p. 115).

Para melhor compreensão do tema, imperiosa se faz a apresentação das características essenciais das normas programáticas, especificamente acerca de sua natureza, da discricionariedade dos meios de efetivação, seus destinatários e a sua relação com os direitos socioeconômicos.

Regina Maria Ferrari (2001, p. 220) nos diz que, quanto à natureza, as normas programáticas se igualam às demais, por serem dotadas de imperatividade e hierarquia superior às infraconstitucionais que, caso elas se choquem, ficam eivadas de vícios de formação e consequente inconstitucionalidade. No que tange à discricionariedade dos meios de efetivação, informa que aquelas normas transferem aos poderes políticos um poder discricionário na escolha dos meios para concretizá-la sem, contudo, permitir que os meios escolhidos ou a omissão quanto à escolha desses causem o afastamento de sua aplicação ou esvaziem os seus objetivos. Em se tratando dos destinatários, leciona que se dirigem primeiramente aos poderes públicos, Legislativo, Executivo e Judiciário, vinculando positivamente todos os seus órgãos, o que está doutrinariamente pacificado. Prossegue ensinando-nos que o conteúdo dessas normas se relaciona ao preceituado nas relações econômicas e sociais da sociedade, que passam a ser os elementos fundadores de uma ordem econômica e social sistematicamente disciplinada.

Ao tratar da distinção entre normas constitucionais operativas e programáticas, observam Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco (2009, p.49), que, enquanto as primeiras são dotadas de eficácia imediata, as segundas apenas definem objetivos cuja concretização depende de providências que estejam fora ou além do texto constitucional; esclarecendo que, via de regra, quando se quer negar eficácia a um preceito constitucional diz-se que o mesmo não pode ser aplicado por tratar-se de norma simplesmente programática.

Conforme será demonstrado a seguir, a aceitação, portanto, de tal entendimento, no sentido de que as normas programáticas possuem apenas uma eficácia negativa, na medida em que apenas estabelecem programas constitucionais a serem desenvolvidos, mediante legislação integrativa da vontade do constituinte, implicaria na própria crise da Constituição por déficit de normatividade, pelo que deve ser combatido.

4.2 Origem e importância das normas constitucionais programáticas no contexto do Estado contemporâneo

As ciências sociais aplicadas, nas quais se insere o Direito, ocupam-se, também, do estudo e elaboração de sistemas de idéias, ou seja, da prescrição de um dever-ser. Dessa maneira, não se limita a ciência jurídica à explicação dos fenômenos sociais, posto que, primeiramente, investe-se de um caráter normativo, ordenando princípios concebidos abstratamente, supondo que, uma vez impostos à realidade, produzirão efeitos benéficos.

A Constituição é um sistema de normas jurídicas que institui o Estado, organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais das pessoas e traça os fins públicos a serem alcançados. As normas programáticas, objeto desse estudo, revelam um compromisso entre as forças políticas liberais e tradicionais e as reivindicações populares da justiça social.

Durante a vigência do Estado Liberal, muitas foram as pressões, principalmente econômicas, sofridas pelos cidadãos, o que levou ao intervencionismo estatal. Tem início, então, um processo de democratização sucessiva, contrapondo-se aos princípios liberais. Várias mudanças ocorreram e repercutiram nos textos constitucionais contemporâneos, onde foram inseridas diversas matérias de conteúdo social, muitas delas traduzidas em esquemas genéricos a serem desenvolvidos ulteriormente pelo legislador ordinário.

Insta salientar que as normas disciplinadoras das relações econômico-sociais sofreram duas transformações no decorrer do século XIX, na medida em que passaram de normas abstratas a normas concretas jurídicas positivas, bem como se integraram de outras normas destinadas a uma regulamentação jurídico-constitucional de seus pontos mais sensíveis.

Após a Primeira Grande Guerra, a Constituição mexicana de 1917 e a alemã de Weimar de 1919, renovaram a perspectiva sobre o Estado, o indivíduo e as relações entre ambos, marco histórico da transição entre o Estado Liberal e o Estado Social, cuja proteção dos direitos dos cidadãos se apresentava com um conteúdo negativo de abstenção do Estado. Sustenta Bonavides (2007a), p. 236) que o recurso às normas programáticas, no constitucionalismo social do século XX, visa à

reconciliação do Estado e da sociedade.

Desde 1934, sob a influencia da Constituição de Weimar, as Constituições brasileiras não ficaram alheias a esse movimento, seguindo-a, também, as de 1937 (BRASIL, 1937), 1946 (BRASIL, 1946), 1967 (BRASIL, 1967) sem, entretanto, qualquer efetivação prática daquelas normas. Há que se pontuar, porém, que a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), mais progressista que as anteriores, deu um grande passo no que concerne à democracia social, guardando as idéias socializantes que o neoliberalismo tenta desfigurar. Nesse sentido destacam Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco (2000, p. 205), ao afirmarem que “os direitos a prestações encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, resultando, inclusive, na abertura de um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais”.

A mesma relevância é sentida por Ingo Wolfgang Sarlet (1998, p. 75), quando ressalta que “a Constituição da República de 1988 é a primeira a dispensar aos Direitos Fundamentais o tratamento que lhe é adequado em virtude de sua inegável relevância e indiscutível indispensabilidade”.

No Brasil, pois, a normatividade constitucional dos direitos sociais teve início na Constituição de 1934 (BRASIL, 1934). Tal normatividade, porém, é essencialmente programática, sendo, pois, preciso lembrar que o sistema de proteção dos direitos sociais ainda é muito frágil, na medida em que o legislador, por meio de tais normas, apenas traça fins públicos a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, sem especificar, no entanto, as condutas a serem seguidas para se obter o tal fim. Nesse sentido esclarece Barroso (1996, p. 284) que, por sua natureza, tais normas não se encontram aptas a possibilitar aos jurisdicionados a exigência de comportamentos comissivos dos poderes públicos, na medida em que apenas traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura desses, ou seja, não geram direitos subjetivos aos cidadãos.

No mesmo sentido o entendimento de Jorge Miranda (1990), quando conceitua normas programáticas:

de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores; conferem elasticidade ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora

não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, máxime os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjectivos; aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados. (MIRANDA, 1990, p. 218)

Pelo que se depreende, então, para tais autores, programáticas são aquelas normas, geralmente de conteúdo social, que, em vez de regular, desde o primeiro momento, de modo direto e imediato, determinadas situações e relações regulam comportamentos públicos destinados a incidir sobre ditas matérias, estabelecendo o que os governantes deverão ou poderão fazer.

Não se pode olvidar que a Constituição é norma que repercute sobre o direito ordinário, sem reciprocidade, projetando influência sobre os demais modelos jurídicos, não cabendo ao mundo da infraconstitucionalidade o poder de superar a força normativa emergente da norma constitucional. Sua força normativa caracteriza-a como uma lei vinculativa dotada de efetividade e aplicabilidade.

Sabemos que a Constituição tem em sua forma um complexo de normas - escritas ou consuetudinárias - que abarca em seu conteúdo a conduta humana motivada pelas relações sociais, sejam elas de cunho político, econômico ou religioso. Tem como fim a realização dos valores que apontam para o dever-ser da comunidade e, como causa, o poder que emana do povo.

Não é utópico acreditar que o direito constitucional brasileiro vive um momento virtuoso, visto que mudanças de paradigmas deram-lhe nova dimensão: o compromisso com a efetividade de suas normas e o fato de ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento da sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Com isso, espera-se estar superada a fase em que a Constituição era tratada como um conjunto de aspirações políticas e uma convocação à atuação dos Poderes Públicos.

A força normativa da Constituição visa exprimir, muito simplesmente, que, sendo uma lei, como lei deve ser aplicada. Afasta-se assim a tese generalizante, aceita nos fins do século XIX e, nas primeiras décadas do século XX, que atribuía à Constituição um valor declaratório, uma natureza de simples direção política, um caráter programático, despido de força jurídica atual, caracterizadora das

verdadeiras leis, na medida em que procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.

O movimento constitucionalista do período iluminista consolidou uma concepção nas democracias atuais, segundo a qual o reconhecimento dos direitos fundamentais sustenta a legitimidade do poder, tanto na esfera das instituições públicas quanto das privadas. Nesse norte, pode-se afirmar que os Direitos Fundamentais são o pilar de qualquer atividade humana, seja política, econômica, religiosa ou cultural e que é incontroversa a interação entre os mencionados direitos e uma Constituição Democrática. Diante do indissociável binômio Direitos Fundamentais/Constituição, percebe-se o quão preocupante é o contexto social brasileiro, ainda que a garantia dos direitos fundamentais seja aspecto básico para qualquer sociedade moderna.

A reconstrução do conceito de direitos fundamentais é indispensável para toda a sociedade brasileira, mas, especificamente, e com relevância, para os operadores do direito. São eles peças-chave para a efetivação dessas novas pretensões de uma sociedade cada vez mais complexa, sendo certo que o papel do Direito é ser instrumento de transformação social para o resgate de direitos ainda não realizados.

No que concerne aos direitos sociais, o constitucionalismo atual muito debate sobre a sua plena consagração, enquanto direitos a prestações positivas que podem ser exigidas de acordo com a vontade constitucional. Em nosso país, os direitos sociais - muitas vezes contemplados constitucionalmente através de normas programáticas - buscam sua aplicação em diretrizes prático-rationais e hermenêuticas. Os chamados direitos a prestações materiais, tidos como os direitos sociais por excelência, que visam atenuar as desigualdades sociais, em sua maioria, estão a depender da interposição do legislador para produzir efeitos legais, conforme ressaltam Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco (2000, p. 146). Dada tal constatação, doutrina e jurisprudência travam, diuturnamente, uma batalha acerca da aferição da aplicabilidade dos direitos sociais, enquanto normas constitucionais desprovidas de eficácia plena e autoexecutoriedade, entretanto, plenamente exigíveis, no nosso entender.

A sociedade industrial produziu o Direito Constitucional do Estado Social, ao qual o Brasil se prende desde o advento da Constituição de 1988.

No auge da revolução participatória, que inaugurou esse novo tempo, esse Direito exprime o conflito entre a norma e a realidade, entre o consenso e o dissenso, entre representação e democracia, assim como entre legalidade e legitimidade. Não se pode compreender o constitucionalismo do Estado Social brasileiro se não valorizarmos a teoria dos direitos sociais fundamentais, o princípio da igualdade, os institutos processuais que garantem esses direitos, bem como o Supremo Tribunal Federal - guardião da Constituição.

Ensina Bonavides (2007a, p. 380) que, com o Estado social, o Estado-inimigo cedeu lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança. Vale lembrar, entretanto, que uma vez desatendidos, os direitos sociais básicos se tornam os grandes desestabilizadores das constituições, sobretudo nos países de economia frágil, sempre em crise. Lembra-nos, ainda, o referido autor (2007a, p. 381) que a Constituição do Estado Social na democracia é a Constituição do conflito, do pluralismo, da tensão entre liberdade e igualdade, a Constituição dos direitos sociais básicos e das normas programáticas. É, ao contrário, portanto, da Constituição do Estado Liberal, que pretendia pautar-se na harmonia, na rígida separação de poderes e no divórcio entre Estado e Sociedade. Os direitos sociais básicos formam a espinha dorsal do Estado social brasileiro, posto que a Constituição define princípios fundamentais como os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa, estabelece objetivos fundamentais para a República, como o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, e, de último, em capítulo próprio, enuncia os direitos sociais, abrangendo genericamente a educação, a saúde, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desempregados.

Os direitos fundamentais correspondem aos valores principais do nosso ordenamento jurídico e primam pelas condições mínimas de uma existência digna que, ainda que não possam ser objeto de intervenção do Estado, necessitam de prestações estatais positivas. Nessa esteira, os direitos sociais - reconhecidos como direitos prestacionais - conduzem a uma atividade proativa do Estado. Isso posto, não se rebate a idéia de que os direitos sociais recomendam a atuação do poder público dada a força da eficácia vinculante que se pode extrair da garantia processual-constitucional.

Não é a Constituição apenas um instrumento de ordem, mas também, de progresso social e sua mutabilidade deve acompanhar a realidade social cambiante. Seus princípios e valores não de ser o norte para assegurar todos os direitos e garantias fundamentais do homem. Nessa senda, por possuírem um sentido normativo-constitucional, as normas programáticas têm que cimentar as bases da existência humana.

Em que pesem os protestos do mundo jurídico e da sociedade, não é tênue a linha que separa a proclamação dos direitos sociais e a baixa densidade de sua efetivação. A questão permanece camuflada em meio a discussões acerca do grau de aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais programáticas e da responsabilidade que cabe ao legislador ordinário.

Leciona Bonavides (2007a, p. 371-373) que a Constituição de 88 é, essencialmente, em muitas de suas dimensões, uma Constituição do Estado Social. Dessa forma, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos dela emanados. Diante disto, questiona como juridicizar o Estado Social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos a fim de que as normas a eles relacionados tenham efetividade. Nesse aspecto, para o mencionado autor, houve avanços na Constituição de 1988 através da implantação em nosso sistema do mandado de injunção, do mandado de segurança e da inconstitucionalidade por omissão.

Ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, conforme os ditames da justiça social, as normas programáticas têm característica teleológica. Entretanto, apenas o reconhecimento dos direitos sociais não é suficiente para reequilibrar a situação de inferioridade dos menos favorecidos. Assim, de forma a tentar assegurar a todos uma existência digna, tal como preceituado pelo legislador constituinte de 1988, por vezes o Poder Judiciário se vê instado a criar condições materiais propícias para que os direitos básicos positivados na Constituição sejam traduzidos em realidade, tal como será demonstrado mais adiante.

4.3 Normas programáticas de fins sociais e o caráter hipertroficamente simbólico da linguagem constitucional

O problema da efetividade das normas constitucionais e infraconstitucionais, de igual sorte, tem sido um dos mais graves entraves constatados nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, inclusive no brasileiro, não havendo dificuldades para constatar que, em nosso país, os obstáculos que impedem a concretização dos dispositivos jurídicos decorrem não apenas do caráter de idealidade presente em seu conteúdo, mas também da baixa normatividade e indeterminação quanto aos critérios de aplicação da lei.

Nos tópicos anteriores, restou demonstrado que nos Estados Liberais predominava o entendimento de que o Direito era consubstanciado em um Ordenamento Jurídico completo, composto por normas predominantemente relacionadas a direitos individuais, numa concepção extremamente legalista e, regra geral, destituída de qualquer reflexão sobre o caso concreto ou necessidade de efetivação dessas normas.

Em fins do século XIX e início do século XX, diante das demandas sociais e clamores por justiça social, surge o Estado Social, que trabalha a afirmação dos chamados direitos sociais, os quais já estão a depender de uma atuação positiva do Estado. Não se trata, portanto, de exigir uma abstenção do ente estatal para que o direito não sofra uma interferência, tal como a primitiva idéia de liberdade, mas exatamente o contrário. Está-se diante de uma típica necessidade de intervenção do Estado para a consecução dos direitos.

As constituições passam, com isso, a dirigir a atuação do Estado, através de normas que definem o papel positivo e social a serem colimados por ele - não fugindo à regra a Constituição brasileira de 1988. Para Regina Maria Ferrari (2001, p. 157), porém, na maior parte das vezes, essa veiculação se dá mediante normas de vultuosa imprecisão, comprometendo justamente a sua eficácia e aplicabilidade.

De fato, percebe-se, no texto constitucional dos Estados Modernos, Sociais e também Democráticos, dispositivos diversos relacionados a valores individuais e sociais- difusos, sendo estes últimos, em grande parte, despidos de eficácia. Na prática, o Estado que se intitula Democrático, pelo fato de se dizer comprometido

com a afetividade destes direitos, os prevê, porém, na prática, deixa de criar mecanismos para garantir o seu cumprimento, oferecendo-lhes um caráter meramente programático, na medida em que os faz depender da criação e execução de políticas governamentais.

Acerca do assunto, inclusive, sustenta o pernambucano Marcelo Neves (2007, p. 115), em trabalho destinado à discussão da função simbólica dos textos constitucionais carentes de concretização jurídica, em análise detida sobre a relação entre o texto e realidade constitucional, que é “através das chamadas normas “programáticas de fins sociais” que o caráter hipertroficamente simbólico da linguagem constitucional apresenta-se de forma mais marcante”.

Esclarece Neves (2007, p. 31) haver indícios de legislação simbólica nas situações em que o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem, no entanto, tomar providências no sentido de criar os pressupostos para a sua eficácia, mesmo estando em condições de criá-los. Segundo Neves (2007, p. 30), a legislação simbólica pode ser conceituada como “produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, às finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico”.

A Constituição, do modelo proposto por Niklas Luhmann, citado por Neves (2007, p. 65-66) pode ser definida como um “*acoplamento estrutural*” entre política e direito; estando o problema da constitucionalização simbólica relacionado à ausência de concretização normativa do texto constitucional; bem como na atividade do constituinte e na linguagem constitucional que possuem, em verdade, um papel político-ideológico, na medida em que funcionam como instrumentos que omitem problemas sociais. Salienta Neves (2007), dessa forma, que:

A Constitucionalização Simbólica vai diferenciar-se da legislação simbólica pela sua maior abrangência nas dimensões social, temporal e material. Enquanto na legislação simbólica o problema restringe a relações jurídicas de domínios específicos, não sendo envolvido sistema jurídico como um todo, no caso da constitucionalização simbólica esse sistema é atingido no núcleo, comprometendo-se toda a sua estrutura operacional [...] Fala-se de Constitucionalização Simbólica quando o problema do funcionamento hipertroficante político-ideológico da atividade e dos textos constitucionais afeta os alicerces do sistema jurídico constitucional. Isso ocorre quando as instituições constitucionais básicas - os direitos fundamentais (civis, políticas e sociais), a “separação” dos poderes e a eleição democrática – não encontram ressonância generalizada na práxis dos órgãos estatais e nem

na conduta e expectativas da população [...] institutos abrangentemente na linguagem constitucional são deturpados na práxis do processo concretizador, principalmente a respeito à generalização, à medida que se submetem a uma filtragem por critérios particularistas, em suma, contrária à normatividade generalizada e includente proclamada no texto constitucional. (NEVES, 2007, p. 99-101).

Quando a lei constitucional só atua de maneira simbólica no plano do direito, Marcelo Neves (2007, p. 31-42) prevê a possibilidade desse mesmo diploma surtir efeitos reais no plano político, considerando três objetivos, quais sejam:

- a. confirmar valores sociais;
- b. demonstrar a capacidade de ação do Estado (que se autoimuniza);
- c. adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios.

No primeiro caso, a constitucionalização Simbólica é utilizada para corroborar Valores Sociais; baseia-se na elaboração de normas constitucionais que confirmam o *status quo* de determinado segmento da sociedade, porém esses dispositivos não possuem relevância normativo-jurídica.

No segundo, a Constituição Simbólica apresenta-se sob a forma Constituição Álibi, vez que tem por objetivo apenas fortalecer a confiança dos cidadãos no respectivo governo, ou seja, no Estado, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas.

Por fim, a norma surge com o objetivo de adiar a solução de conflitos sociais, estando presente, entretanto, a perspectiva da ineficácia da respectiva lei por transferir, para um futuro indeterminado, a solução dos referidos conflitos.

Em todos esses casos, o Estado parece atuar com vistas a demonstrar sua capacidade de resolver problemas sociais, editando leis tão somente para causar a impressão de que eles serão dirimidos, transmitindo ao povo uma falsa noção da realidade. (NEVES, 2007).

Daí a necessidade do desenvolvimento de uma interpretação constitucional que vise eliminar os aspectos simbólicos que dificultam o processo de concretização das referidas normas previstas abstratamente no texto constitucional, eis que, como observa Neves, ao tratar da Constitucionalização Simbólica na experiência brasileira (NEVES, 2007):

A falta de concretização normativa jurídica do texto constitucional está associada à sua função simbólica. A identificação retórica do Estado e do governo com o modelo democrático ocidental encontra respaldo no documento constitucional. Em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como álibi: transfere-se a “culpa” para a sociedade “desorganizada e atrasada”, “descarregando-se” de “responsabilidade” o Estado ou o governo constitucional. No mínimo, transfere-se a realização da Constituição para um futuro remoto e incerto. No plano da reflexão jurídico-constitucional, essa situação repercute “ideologicamente”, quando se afirma que a Constituição de 1988 é “a mais programática” entre todas as que tivemos e se atribui sua legitimidade à promessa e esperança de sua realização no futuro [...]. (NEVES, 2007, p. 115).

Diante desse contexto, buscando assegurar a concretização das normas de maneira geral, inclusive, daquelas tidas, a princípio, como meramente simbólicas, ganham importância os estudos sobre concretização jurídica ou metódica estruturante de Friedrich Müller, a qual, inserida num contexto pós-positivista, se propõe à tarefa de estruturar a ação jurídica a partir das exigências do Estado Democrático de Direito, conforme será demonstrado, de forma mais profunda, no capítulo seguinte. Por ora, interessante é mencionar que, acerca da aplicabilidade de tal concepção no contexto brasileiro, já assinala o próprio Müller (2009b) que:

As “dificuldades de efetividade”, a que sua questão se refere, se posicionam diante do triste pano de fundo da tradição latino-americana das constituições “nominais”, “puramente simbólicas”. Os constitucionalistas brasileiros contemporâneos, engajados pela democracia e pelo Estado de Direito, lutam admiravelmente contra este desprezo tradicional da validade de uma constituição, isto é, pela validade de sua constituição progressista de 1988. Eles lutam para que essa constituição seja levada a sério, para que seja cumprida “ao pé da letra”. Nesta luta, eles encontram um apoio claro e inequívoco por parte da TED. (MÜLLER, 2009, p. 296-297).

Adiante será analisado o trabalho realizado pelos operadores do direito no sentido de assegurar a plena validade de todos os textos da norma constitucional.

4.4 Da Intervenção Judicial para a efetivação dos direitos sociais

A preocupação com o cumprimento da Constituição, ou seja, o movimento pela busca da realização e efetividade prática das normas constitucionais, em especial, das normas programáticas, além de atribuir normatividade às normas

constitucionais, contribui, ainda, para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, o qual ganha destaque na função de concretização dos valores e dos direitos constitucionais.

Enfatizam Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco (2000, p. 58) que, no âmbito da jurisdição constitucional, com ampla aceitação nas sociedades democráticas, os tribunais transformam-se em verdadeiros legisladores positivos.

Sustentam ainda Mário Lúcio Quintão e Baracho (1998, p. 117) que, “através dos tribunais constitucionais, os direitos fundamentais e os princípios do estado direito, definidos em abstrato nas constituições e sistemas políticos históricos, são interpretados e densificados nas ordens jurídicas concretas”.

Por seu turno, esclarece Bonavides (2001, p. 22) que, no contexto de um Estado democrático- participativo, se reconhece que ao juiz da legalidade do sistema positivista (que reconhecia ser o magistrado um simples aplicador da lei, restrito aos mecanismos da subsunção e dedução) sucede o juiz da legitimidade, o que demonstra uma transformação substantiva e axiológica do papel do Poder Judiciário.

Além de se constituírem em parâmetro de validade de todas as demais normas do Ordenamento jurídico, a doutrina comumente caracteriza as normas constitucionais pela abertura de sua linguagem, face à freqüente utilização de cláusulas gerais a serem densificadas pelo intérprete no caso concreto. Esclarece Luiz Roberto Barroso (2009, p. 198) que é exatamente essa abertura da linguagem constitucional que “possibilita a atualização do sentido da Constituição, pela incorporação de novos valores e novas circunstâncias, permitindo uma interpretação vivificadora e evolutiva”.

Muitas das normas constitucionais se apresentam sob a forma de disposições programáticas, apresentando estas uma abertura de linguagem muito maior, na medida em que apenas estabelecem fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos.

É exatamente essa abertura de linguagem de tais normas que permite combater o entendimento de que as normas programáticas são despidas de juridicidade, ao simples argumento de que não dispõem de conteúdo imperativo. Posição contrária nos levaria à conclusão de que poderia ser taxada como programática qualquer norma constitucional incômoda.

Parecem-nos oportunas aqui as observações de Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco (2009, p. 79-80), que destacam que, no contexto do ativismo judicial, por meio da criatividade do intérprete, que se desenvolve essencialmente em torno de enunciados abertos, indeterminados e plurissignificativos, o Poder Judiciário acaba por resgatar as promessas de emancipação social inseridas na Constituição de 1988. Sintetizam seu entendimento expondo o seguinte:

Nessa perspectiva, não seria exagerado dizermos que, ao fim e ao cabo, a tão combatida criação judicial do direito é apenas um complementamento - de resto absolutamente indispensável- do trabalho do legislador, cujas opções normativas, ainda que fossem proféticas, jamais conseguiriam aprisionar nas malhas da lei toda a complexa realidade social. Numa palavra, para realizar materialmente o direito e possibilitar que se dê a cada um o que é seu, o legislador não prescinde, antes precisa, da participação do juiz, a quem só fornece *critérios gerais* de justiça e não sentenças *prêt-a-porter* [...](MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 84)

Deve ser cediço o entendimento de que, uma vez constante em um texto constitucional, estarão as normas programáticas revestidas de juridicidade. Ademais, enunciam normas jurídicas que vinculam todas as demais produções normativas inferiores.

De fato, há uma forte tendência, segundo José Afonso da Silva (2007, p. 28), de conferir a tais normas maior eficácia e aplicabilidade, revelando uma maior garantia das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais.

A aplicabilidade imediata das normas programáticas, que a doutrina contemporânea proclama, diverge da exigibilidade por si mesma da norma constitucional. Tais normas exigem uma lei que as regulamentem, mas também necessitam de providências administrativas e operações materiais para que sejam capazes de atingir as estruturas econômicas, sociais e culturais subjacentes à Constituição. Como visto, a eficácia dessas normas é questão complexa, haja vista a ineficiência do legislador ordinário e a falta de políticas públicas que contribuam para sua efetivação.

O princípio da divisão de poderes - princípio geral do Direito Constitucional, insculpido na CR/88 em seu art 2º - escreve que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, 1988).” No sentir de Silva (2007, p. 106), essas expressões carregam

duplo sentido na medida que exprimem as funções legislativa, executiva e jurisdicional e indicam os respectivos órgãos, conforme discriminação estabelecida no título da organização dos poderes, respectivamente em seus artigos 44 a 75, 76 a 91 e 92 a 135.

Cumpra esclarecer que não se confunde distinção de funções do poder com divisão ou separação de poderes, embora haja entre ambas uma conexão necessária. A primeira constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza sem considerar os órgãos que as exercem. Já a divisão de poderes trata de confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a seus respectivos órgãos e se fundamenta em dois elementos: especialização funcional - cada órgão é especializado no exercício de uma função e independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja independente, postulando ausência de subordinação. Configura-se, aqui, uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder. (LENZA, 2009, p. 339).

O princípio da separação de poderes tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria Constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes. Discorrendo sobre o assunto, lembram Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco (2009, p. 118) que o endurecimento ou dogmatização de tal princípio teve como causas determinantes a experiência do absolutismo e a desconfiança nos magistrados do rei. Atualmente, porém, tal princípio não se reveste de tamanha rigidez, dada a ampliação das atividades do Estado contemporâneo que impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo, e desses com o judiciário, atendendo às exigências de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

A fórmula de balanceamento do poder estatal, tripartida em esferas distintas e harmônicas de competência, dada pela França de Rousseau, fez escola entre nós. Daquela época em diante, tornou-se uníssono entre os constitucionalistas que Executivo, Legislativo e Judiciário compõem o núcleo do poder político de um país, cuja máxima é o estabelecimento do sistema de pesos e contrapesos, dificultando o surgimento de déspotas ou de líderes populistas. (LENZA, 2009, p. 337-339).

Essa divisão esquemática, que todos conhecemos, pressupõe que ao Legislativo deveria caber a primazia na produção de leis, e ao Judiciário julgar as lides submetidas à sua apreciação, levando-se em consideração os comandos legais produzidos pelo Legislativo. Ao Executivo caberia a administração do patrimônio comum, dentro dos parâmetros fixados em lei.

O modelo, não necessariamente, continua a produzir os mesmos resultados, à medida que a sociedade se torna mais complexa ou que vá se modificando no decorrer dos anos. No Brasil, verifica-se uma crescente e constante corrosão no que concerne à crença da população no Poder Legislativo tanto municipal, quanto estadual e federal. Mister registrar que o legislador chegou ao cargo por vontade popular e que, salvo raras exceções, não tem ele se esforçado de maneira eficiente para cumprir o papel constitucional que lhe é atribuído.

Aliada à falta de vontade para legislar de forma coerente e relevante, está a ineficiência temporal para produzir os comandos legais fundamentais em consonância com as necessidades do País. Essa parca atuação legislativa levou, infelizmente, à criação constitucional do decreto-lei, que se transformou em medida provisória - instrumento largamente utilizado por aqueles que passaram pelo Executivo Federal, independentemente da bandeira partidária.

A Constituição permanece entendida como mecanismo de organização do aparelho estatal. Entretanto, a doutrina moderna pontua que não se pode mais admitir uma divisão estanque de atribuições. Exige-se uma visão cooperativa dos poderes, especialmente do Legislativo, que delega ao Executivo enorme parcela de poder. Ressalta que o Poder Judiciário, através dos magistrados, necessita dar um passo à frente. A aplicação da lei não pode ser uma mera tarefa mecânica de subsunção da norma ao fato. Necessário se faz o exame do espírito da lei e da vontade do legislador, tecnicamente apelidada de *voluntas legis* e *voluntas legislatoris*.

Esse breve *introito* acerca da separação de poderes nos remete a três modelos constitucionais, Estado de Direito (Liberal ou Legalista), Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito, sobre os quais se espera ter discorrido a contento, muito embora seja imperioso fazer menção, de forma sucinta, aos mesmos novamente.

O Estado de Direito surgiu como expressão jurídica de democracia liberal, daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas, segundo o ensinamento de Silva (2007, p. 112-113), foram a submissão ao império da lei, a divisão de poderes - como técnica que assegure a produção das leis pelo Legislativo e a independência e imparcialidade do Judiciário em face do Executivo, do Legislativo e das pressões de particulares, bem como do enunciado e garantia dos direitos fundamentais.

No Estado Liberal de Direito, racionalista, fundado na separação absoluta de poderes e no princípio da legalidade, calcado em uma estrutura vertical e hierárquica, a preocupação no tocante à separação de poderes era com a garantia da lei, sem qualquer pretensão de promover a harmonia entre os poderes ou com uma separação funcional efetiva. O individualismo e o neutralismo do Estado Liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste, especialmente, permitiram que se tivesse consciência da necessidade de justiça social. Assim, o Estado de Direito, que não poderia mais justificar-se como liberal, viu-se forçado a despojar-se de sua neutralidade e a integrar-lhe a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito.

Surge, daí, o Estado Social de Direito pautado na correção do individualismo clássico liberal, na afirmação dos direitos sociais e na realização de objetivos de justiça social. Compatibilizam-se em um mesmo sistema dois elementos: o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo.

No Brasil o Constitucionalismo do Estado Social dá seus primeiros passos no início da década de 30, quando se inicia uma convulsão ideológica de graves conseqüências para a ordem constitucional brasileira. Com a Constituição de 1934, chega-se à fase em que se insere uma nova corrente de princípios, até então ignorados, que consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, ressaltando o aspecto social, obscuro nas constituições precedentes. Leciona Bonavides (2007a, p. 368) que esse constitucionalismo fez brotar o modelo de um Estado Social atado politicamente a formas democráticas que têm o homem-pessoa e a sociedade como valores supremos.

Segundo Cattoni (2002, p. 60-61), no Estado Social não mais se fala em separação dos poderes e, sim, em funções do Estado, distribuídas a órgãos distintos que as exercem cooperativamente. Nesse Estado, o Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, desempenha uma tarefa densificadora e concretizadora do direito, não estando mais preso à literalidade da lei.

Completando os paradigmas do constitucionalismo brasileiro, abordaremos o Estado Democrático de Direito, tendo em vista sua função transformadora e que tem como ponto de tensão o Poder Judiciário, considerado, atualmente, instrumento de evolução na efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Ao contrário do que ocorre no Estado Liberal, onde o centro de decisão apontava para o Poder Legislativo, e no Estado Social onde preponderava o Poder Executivo, responsável pela execução de políticas públicas e pela intervenção do Estado na economia, no Estado Democrático de Direito ganha destaque a atuação do Poder Judiciário, que, por meio de mecanismos jurídicos previstos na Constituição (como ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, dentre outros), tenta suprir a inércia do Poder Executivo, bem como a falta de atuação do Poder Legislativo, destaca Lenio Streck (1999, p. 37-38).

Importante ainda salientar que configurar Estado Democrático de Direito não significa tão somente unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito, pois transcende a esses dois elementos. A CR/88 afirma em seu art. 1º que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar o Estado, mas irradiando os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e da ordem jurídica. O Direito, então, imbuído desses valores, se enriquece dos anseios populares e terá que se ajustar ao interesse coletivo. (BRASIL, 1988).

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza, na lição de Silva (2007),

há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3., I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1., parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos do governo, pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias [...]; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições

econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (SILVA, 2007, p. 119),

Há que se asseverar que o princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, cuja Constituição a ele se subordina. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade, forte na busca da igualização das condições dos socialmente desiguais.

Certo é que a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo através do Estado Democrático de Direito. Entretanto, abre perspectivas de realização social pela prática dos direitos sociais que ela traz em seu texto, e pelo exercício dos instrumentos que oferece e que possibilitam concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana. A tarefa do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social. Ocorre que a mudança de paradigma, tal qual se dá atualmente no Brasil, não ocorre sem reações. A doutrina da não cogência e da não obrigatoriedade das normas constitucionais programáticas e a teoria da limitação ao possível orçamentário são reações de juristas liberais ao modelo constitucional vigente.

A Constituição da República de 1988 preceitua no § 1º do art. 5º que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (BRASIL, 1988). Ainda que se afigure pouco lógica a existência de uma regra afirmando que as normas constitucionais são aplicáveis, parece viável a sua inclusão no Texto, diante de uma prática que reiteradamente nega tal evidência. Barroso (1996, p. 146) dá como certa a competência do Judiciário para aplicá-las, se descumpridas por seus destinatários e destaca que a ausência de lei integradora, quando não inviabiliza integralmente a aplicação do preceito, não é empecilho à sua concretização pelo juiz, consoante se extrai do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” (BRASIL, 1942)². Com base nessa assertiva, conclui-se que muitos direitos deixaram de se tornar efetivos por omissão de seus titulares.

² Alterada pela Lei Complementar nº 135, de 4 de Junho de 2010 (BRASIL, 2010a).

Preconiza Bonavides (2007a, p. 588) que, dentre as inovações constitucionais do século XX, se encontram: a dimensão axiológica, por meio da qual os direitos fundamentais aparecem como postulados sociais que exprimem uma determinada ordem de valores e, ao mesmo tempo, servem de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição; bem como para a elaboração do conceito de concretização, de grau constitucional, de que têm se valido, com assiduidade, os Tribunais constitucionais do Velho Mundo na sua construção jurisprudencial em matéria de direitos fundamentais.

No Brasil, temos visto o STF fortalecer o quadro de ajuda ao País na medida em que, quando provocado e, ao sentenciar, supre a ausência ou deficiência do Legislativo. Nesse sentido, começam a surgir críticas ao papel que vem sendo desempenhado pelo STF, ao julgar determinadas questões constitucionais nas quais o Poder Legislativo se omitiu. De fato, grande é a polêmica que gravita em torno da possibilidade de o Judiciário determinar o conteúdo dos direitos fundamentais, dado que, na visão dos mais formais, o Poder Judiciário, por não ser eleito, não pode representar a vontade popular e, conseqüentemente, não pode determinar o conteúdo dos direitos fundamentais ao sentenciar ou ao proceder o controle de constitucionalidade. No que tange aos direitos sociais, principalmente, além de acirrada discussão acerca de sua efetividade, questiona-se sobre a legitimidade democrática do Judiciário para realizá-los.

Tais críticas, porém, não merecem prosperar, visto que todas as decisões da Corte Suprema são tomadas com base nos poderes que lhe atribuiu a Constituição.

Ademais, conforme ressalta Cattoni de Oliveira (2002, p. 78), o que garante a legitimidade das decisões judiciais não está no fato de o juiz ter sido eleito pela maioria, mas, sim, as garantias processuais atribuídas às partes e a necessidade de fundamentação daquelas.

Acrescentam, ainda, Galuppo e Carvalho Netto (1998, p. 251), destacando a importância do judiciário nas democracias modernas, que “as interpretações que o judiciário realiza de uma norma podem ser avaliadas pela sociedade civil, que assim se transforma na instância última incumbida de aferir a legitimidade do Estado e de seu ordenamento jurídico”.

Dessa forma, não há razão para pensar que a transferência de decisões sobre direitos, do Legislativo para o Judiciário, inibirá o ideal democrático de

igualdade do poder político, podendo, lado outro, contribuir para sua promoção. Imperioso destacar que os direitos fundamentais contêm uma estrutura normativa imprecisa, dotada de elementos lingüísticos que remetem a várias dimensões da moralidade, como a ética e a justiça, necessitando, portanto, para sua concretização de interpretação legislativa ou judicial. Quedando-se inerte o Poder Legislativo, caberá ao Judiciário efetivar os direitos fundamentais da sociedade expressos na Constituição.

Além das questões expostas, o princípio da reserva do possível é considerado, por muitos, um obstáculo à legitimação do Poder Judiciário na realização dos direitos sociais fundamentais. Alguns autores negam a competência dos juízes para dispor sobre medidas sociais que exijam gastos orçamentários, uma vez que a concretização de direitos sociais implicaria ações políticas em época de recursos escassos. Entretanto, o argumento da reserva do possível também não pode ser um óbice para que sejam eles efetivados, visto que a garantia dos direitos individuais, por exemplo, também gera alto custo para o aparelho estatal.

Importante é pontuar que o direito deve ser visto como um plexo normativo consubstanciador de bens e valores fundamentais cristalizados pelo texto constitucional e juridicamente estabelecidos por programas de ação, e a falta de efetividade jurídico-social das normas programáticas traz conseqüências sérias. Governantes mal-intencionados podem alegar a não efetividade e ausência de recursos orçamentários para eximir-se do cumprimento de diversas regras e princípios constitucionais, ocasionando, com isso, um sentimento de frustração constitucional e, ainda, um fosso entre norma e realidade, que culminará na descrença na ordem jurídica e ao desrespeito à Constituição.

Nessa esteira, não seria temerário afirmar que a crise na efetivação dos direitos fundamentais sociais que vive o Brasil, será solucionada com a implementação de políticas públicas que resgatem a dignidade da pessoa humana e com o estabelecimento de um real Estado Democrático de Direito. Para tanto, exige-se a superação dos resquícios deixados pelos Estados Liberal e Social.

Diante do quadro político-social que ora se apresenta, com a omissão constante do Legislativo e a falta de atuação do Executivo, faz-se imperiosa a intervenção do Judiciário e, em especial, da jurisdição constitucional - instrumento do cidadão brasileiro para fazer valer os direitos sociais preceituados na Constituição de

1988.

Felizmente, podemos lançar mão do ativismo judicial para fazer frente à passividade dos demais poderes do Estado na efetivação de direitos sociais, dentre eles, o direito à saúde, preconizado no art. 6º da Constituição da República (BRASIL, 1988). As recentes decisões de nossa Corte Superior têm causado incômodo, visto que toca fundo em questões que poderiam ser resolvidas com vontade política sem prejuízo da vontade constitucional, constatando-se a inoperância do poderes Executivo e Legislativo. Observa-se uma grande preocupação do STF em conferir efetividade a preceitos fundamentais estatuídos na Constituição. Senão vejamos.

Em decisão recente (RIO GRANDE DO SUL, 2006), em sede de recurso extraordinário, o mencionado Tribunal assegurou o fornecimento gratuito de medicamentos a pacientes com esquizofrenia paranóide e doença maniaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio, dado o fato de se tratar de pessoas destituídas de recursos financeiros, com o objetivo preservar o seu direito constitucional à vida e à saúde. Fundamentou-se que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196) (BRASIL, 1988). Traduz bem jurídico, constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. Restou sedimentado em tal decisão que a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política (BRASIL, 1988) - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa

constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

Nesse sentido, também tem se posicionado o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Em sua jurisprudência, encontramos um precedente (MINAS GERAIS, 2008), recente que trata da concessão gratuita de medicamento pelo Estado à paciente para fins de tratamento de silicose pulmonar, visando resguardar seu direito fundamental à vida, à saúde e do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Consta da mencionada decisão que o Poder Judiciário, no exercício de sua alta e importante missão constitucional, deve e pode impor ao Poder Executivo Estadual o cumprimento da disposição constitucional que garante o direito à saúde, sob pena de, não o fazendo, compactuar com a dor e sofrimento de milhares de brasileiros, pobres e carentes que, ao buscarem, por falta de opção, tratamento no Sistema Único de Saúde, ficam à mercê de um sistema de saúde precário e ineficiente que muitas vezes conduz à morte.

Pode-se sentir, pois, uma movimentação ativa por parte dos cidadãos na busca de um mínimo de dignidade, pois, fartos da espera de prestações estatais, socorrem-se ao Poder Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais não realizados pelo Executivo - por deficiência operacional ou orçamentária, ou não devidamente regulamentadas pelo Legislativo.

Dessa forma, ao contrário do que ocorria antes, quando a esfera de tensão e a efetivação de políticas públicas se centravam no Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito, tais questões são direcionadas para o Judiciário, que passa a ter primazia na sociedade contemporânea, posto que é chamado a intervir na proteção dos direitos fundamentais preceituados na Constituição.

Como visto, quando se amplia o papel do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, os quais têm por natureza conteúdo aberto, acaba-se por exigir que os julgadores interpretem e ditem os valores dos direitos fundamentais, transferindo-se para um Poder, não eleito pelo povo, a função de delimitar os valores escolhidos pela sociedade, em aparente contradição com o princípio democrático. Muitos veem, nessa transferência de poder político ao Judiciário, grave lesão a esse princípio, fundada no entendimento de que são contraditórios os conceitos de Estado de Direito e democracia, haja vista os representantes eleitos pelo povo terem menos poder que a Corte Superior.

Diante da celeuma que se instala, questiona-se como é possível que os juízes, não eleitos pelo voto popular, possam controlar e anular leis elaboradas pelo próprio povo - através do Poder Legislativo, e aplicadas pelo Executivo, também eleito. A resposta não pode ser dada de forma simplista. Não há que se falar em tensão existente quanto à atuação da jurisdição constitucional exercida no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade das normas editadas pelo Congresso Nacional, quando declara sua inconstitucionalidade sem redução de texto, sua constitucionalidade ou a interpreta, tão somente, posto que não há intervenção na esfera legislativa e, sim, uma atuação defensora da lei. Também não há que se falar em tensão no que pertine à declaração de inconstitucionalidade da lei ou à definição de seu conteúdo material em sede de controle difuso de constitucionalidade, uma vez que a atuação do Judiciário se dá, nesses casos, no caso concreto, não declarando a nulidade ou invalidade da lei que confronta direitos fundamentais.

No que se refere ao controle de omissão, também não há que se falar em intromissão na seara legislativa, dado que a jurisdição, via mandado de injunção ou ação de inconstitucionalidade por omissão, atua apenas em face de uma omissão legislativa que impeça a execução de um direito constitucional fundamental, assegura-o ao cidadão.

O Poder Judiciário intervém não só na esfera legislativa - ao estabelecer a norma a ser aplicada ao caso concreto - mas também na esfera do Executivo quando tem que tomar decisão de política pública.

O choque é apenas aparente, posto que é necessária a coalizão entre direitos fundamentais e princípio democrático, visto que a competência atribuída constitucionalmente ao Poder Legislativo se dá de forma democrática e direta,

enquanto o Poder Judiciário é legitimado de forma indireta, para controlar os atos dos outros poderes que contrariem formalmente os direitos fundamentais.

Em suma, consideramos inconcebível a afirmação de que, com o ativismo judicial, vê-se deturpada a competência que cabe ao Poder Judiciário. Ao contrário do que se afirma, tal poder tem atuado, no que tange à efetividade dos direitos fundamentais sociais, de forma nobre ao suprir a deficiência legislativa e a omissão executiva. Há, sim, que se conceber que o Estado atual não é mais compatível com um princípio da separação de poderes sem que haja entre eles - Executivo, Legislativo e Judiciário - a possibilidade de controle da constitucionalidade, em benefício da realização dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, Bonavides (2007a) nos ensina que

Tocante ao princípio da separação de Poderes, enquanto inspirado pela doutrina de limitação do poder do Estado, é uma coisa; já, inspirado pela teoria dos direitos fundamentais, torna-se outra, ou seja, algo distinto; ali exhibe rigidez e protege abstratamente o conceito de liberdade desenvolvido pela relação direta indivíduo-Estado; aqui ostenta flexibilidade e protege de maneira concreta a liberdade, supostamente institucionalizada na pluralidade dos laços e das relações sociais. (BONAVIDES, 2007a, p. 634).

Deve-se ter consciência de que o argumento da invasão ou usurpação de competência não pode servir de entrave à efetivação de direitos fundamentais, pois estes dizem respeito ao mínimo necessário para a realização da justiça social. Não se defende, aqui, a supremacia de qualquer uma das funções estatais, mas a supremacia da Constituição, porém é inegável que o controle exercido pelo Judiciário tem sido imprescindível na promoção da efetividade dos direitos fundamentais sociais, que vêm sendo flagrantemente desrespeitados.

De todo o exposto, afere-se que ao Judiciário, de fato, não é lícito produzir norma geral e abstrata (atribuição do Poder Legislativo), mas nada impede seu papel de concretização e construção da norma individual diante do caso concreto dentro da atual configuração do Estado Democrático de Direito, hipótese em que legítima torna-se sua atuação. Tal atuação pode perfeitamente se amparar no processo de concretização de Müller, a seguir analisado, o qual reconhece que Legislativo e Judiciário (juntamente com o Executivo) estão juntos na tarefa de criação e construção da norma jurídica por meio de um processo metodologicamente estruturado.

5 SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO PELO PÓS-POSITIVISMO E A CONCREÇÃO NORMATIVA DE FRIEDRICH MÜLLER

O contexto atual traz a necessidade de estabelecimento de novos critérios, que, adequados à realidade constitucional, privilegiem o desenvolvimento de métodos específicos para efetivar, concretizar os comandos normativos contidos na Constituição, sendo, pois, desconsiderada a concepção de interpretação como uma atividade acrítica de subsunção do fato à norma.

Nesse cenário ganha destaque a metódica de Friedrich Müller (2005a), o qual visa evidenciar que a normatividade se dá na decisão do caso concreto, tomando por base não só o texto normativo, mas também a realidade social, atendendo às exigências do caráter dinâmico do direito. Ao partir do reconhecimento de que o direito nunca funciona sem a mediação da linguagem, Müller elabora uma abordagem pragmática, considerando as possíveis variantes linguísticas no significado do texto normativo, tomando por base o contexto do caso individual a ser analisado.

O trabalho de Müller, diretamente envolvido com a Democracia e com o Estado de Direito, ganha o reconhecimento Bonavides (2001), o qual afirma que:

A preparação teórica de uma democracia participativa passa, de necessidade, pela criação das premissas metodológicas de uma hermenêutica constitucional, fundada em valores e princípios e, ao mesmo passo, numa reelaboração doutrinária e científica da norma jurídica. Essa dimensão nova, sobretudo original, se acha, por inteiro, contida na obra do filósofo Friedrich Müller, cujo pensamento já começa a criar raízes no meio jurídico nacional, com a tradução de alguns ensaios fundamentais desse insigne Mestre de Heidelberg. (BONAVIDES, 2001, p. 206).

De acordo com o pensamento de Friedrich Müller (2005a), a cientificidade do direito está vinculada a um trabalho de características metodicamente estabelecidas. As questões de métodos, segundo ele, estariam relacionadas com o trabalho cotidiano dos juristas, não se tratando de um problema puramente teórico.

Müller (2009b), busca afastar-se de concepções positivistas que trabalham a lógica formal no âmbito do Direito, buscando confrontar os textos de lei com a realidade. A normatividade, segundo tal concepção, é histórica e materialmente concreta.

A metódica não visa prescrever regras precisas de solução para o caso concreto, buscando, em verdade, descrever a estrutura de concretização da norma em um caso particular, fornecendo aos aplicadores do direito importantes critérios para aferição da racionalidade de suas decisões. Essa estruturação do processo de concretização da norma jurídica caracteriza-se como uma técnica interpretativa, de caráter argumentativo e descritivo, que se coaduna perfeitamente com os ditames do Estado Democrático de Direito.

A norma para a metódica estruturante somente se apresenta como tal na parte final do processo de concretização, processo esse que orienta o trabalho de construção da norma jurídica.

Müller (2005a), opta pela Teoria Constitucional como âmbito privilegiado de seu trabalho pelo destaque de que desfrutam as Constituições, documentos políticos-jurídicos, responsáveis pela organização e fundação dos Estados e também pela textura aberta apresentada por suas normas, fator que implica maior exigência de fundamentação racional das decisões relacionadas ao tema.

Adiante, traçamos conceitos básicos do positivismo e pós-positivismo, de acordo com a perspectiva da Teoria Estruturante do Direito, com o objetivo de demonstrar que há possibilidade de se combater a insuficiência da concretização normativa do texto constitucional, que se constitui em sintoma de incapacidade do próprio sistema jurídico e que afeta gravemente as estruturas fundamentais da Constituição.

5.1 Gênese do positivismo jurídico: sua insuficiência metodológica e sua superação a partir da perspectiva argumentativista

A expressão "positivismo" possui vários significados. No entanto, o "positivismo jurídico" a que nos referimos, é aquele paradigmático. Isto é, a doutrina pela qual não há outro direito senão aquele estabelecido e diretamente reconhecido pelo poder político.

A teoria de Müller (2009b, p. 10) contrapõe-se ao positivismo, o qual, segundo o referido autor, caracteriza o universo jurídico dos países desenvolvidos desde

meados do século XIX e confunde a norma jurídica com o texto da norma no Código legal.

De fato, sob a égide do positivismo (que pregava a supremacia do direito legislado, enquanto norma emanada do Estado), a aplicação do direito ficava reduzida a uma operação que deduzia da norma jurídica a solução aplicável aos fatos que nela se “encaixavam” (grifos nossos), não sendo quase possível adequar o direito à realidade. A tarefa do aplicador da lei seria exclusivamente cognitiva, cabendo ao mesmo, por meio da subsunção, apenas explicitar o conteúdo normativo do direito positivo ante um caso apresentado, sem dispor o mesmo da possibilidade de se valer de sua atividade criativa diante do caso concreto. Assim, a norma legal e a realidade eram tidos como elementos contrapostos, na medida em que a aplicação do direito derivava de uma aplicação meramente dedutiva da letra da lei.

Durante o predomínio do positivismo, havia uma desvinculação entre sociedade civil e Estado, com apenas o reconhecimento desse último como autor do direito. Percebe-se, desta feita, que a sociedade não participava diretamente do importante processo de aplicação das normas jurídicas, as quais sequer careciam de justificação, dada a percepção de que já eram um produto pronto e acabado do Legislativo.

No contexto de um direito que buscava a neutralidade axiológica, bem peculiar à sociedade liberal, o Direito era idealmente considerado como uma legalidade pré-dada e obrigatória, não tendo o problema seu lugar reconhecido no papel constitutivo da normatividade, encontrando-se toda a juridicidade na legalidade do Estado.

Esclarece Müller (2005a p. 24) que a Constituição era tida como um sistema formal de leis, sem lacunas, para o positivismo jusconstitucionalista.

A estatização do fenômeno jurídico e o ideal de completude gerava a falsa impressão de que o direito se apropriava da totalidade dos fatos, problemas e situações da vida que pudessem se apresentar.

A Escola da Exegese, que floresceu no início do séc. XIX, congregando os grandes comentadores do Código de Napoleão (Código Civil Francês de 21/03/1804), pregando o culto ao texto da lei, foi apontada como fator que contribuiu decisivamente para a gênese do positivismo jurídico e hegemonia da legalidade estatal. A mencionada escola constituía-se em um movimento de juristas que

pregava a interpretação gramatical da lei, proclamando, assim, a onipotência jurídica do legislador.

A rigor, como observou Bonavides (2007a, p. 171-173), as Constituições, por excelência do positivismo, foram as da idade liberal do século XIX, nomeadamente formalistas e fechadas. Seu texto era empregado como técnica de organização do poder e exteriorização formal de direitos por parte do positivismo jurídico-estatal, de feição formalista, esboçado por Laband, aperfeiçoado por Jellinek e conduzido às últimas consequências por Kelsen.

A aplicação do direito consistia em uma operação lógica, num ato de subsunção, jamais de criação ou aperfeiçoamento; sendo certo que o único legitimado para proceder à mudança do texto constitucional era o legislador constituinte, estando o intérprete, que tinha uma concepção eminentemente conservadora da ordem estabelecida, obrigado a reprimir o sentido criador constante do espírito dinâmico e flexível da Constituição.

Marcelo Galuppo (2005, p. 198) indica, também, a neutralidade como sendo uma das características notáveis do Positivismo Jurídico, sendo certo que em razão dessa, não competia ao cientista avaliar o ordenamento jurídico, mas tão somente descrevê-la, sendo indiferente à análise do conteúdo das normas jurídicas (justas ou injustas), conforme postulou Kelsen.

Nesse âmbito, a aplicação da norma deveria ser realizada sem intermediações, devendo o magistrado apenas aplicá-la.

O positivismo caracterizava-se, assim, pelo seu empenho em restringir rigorosamente da ciência jurídica a consideração valorativa. Segundo tal concepção, a cientificidade do direito era conservada na medida em que fosse excluída da sua consideração todos os elementos estranhos à essência da norma.

As relações jurídicas eram regradas por leis constantes e invariáveis e a criação do direito encontrava-se, dessa forma, limitada por uma atividade essencialmente reprodutiva do julgador, cuja função se esgotava na aplicação do conteúdo que lhe era dado pelo texto da Lei.

Também observa Bobbio (1995, p. 144) que o formalismo é a grande característica do juspositivismo, que define o direito exclusivamente em função de sua estrutura formal, prescindindo do seu conteúdo. Desta feita, conforme salienta Bonavides (2007a, p. 175), o formalismo de Kelsen chegava ao ponto inadmissível

de considerar o Estado nacional socialista de Hitler um Estado de Direito, na medida em que, ao fazer válido legalmente todo conteúdo constitucional, fez coincidir, em termos absolutos, os conceitos de legalidade e legitimidade, tornando assim tacitamente legítima toda espécie de ordenamento estatal ou jurídico.

O formalismo racional, empregado pelo positivismo, começa a ceder quando da decadência do Estado Liberal, na medida em que se percebe que o mero formalismo não mais atende aos interesses do próprio Estado, que agora busca reconhecimento, juridicidade e efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição que tem reconhecida sua legitimidade.

A doutrina contemporânea, pois, reconhece que o referido sistema, positivismo legalista, apresentava-se falho na medida em que, além de avalorativo, também deixava de considerar as peculiaridades de cada caso. Sobre o déficit de concreção jurídico-normativa das normas constitucionais no período positivista, ressalta Müller (2005a) que:

Insistindo na mera positividade do direito, transfigura-se longe da realidade da vida, o positivismo aceitou o preço da redução ou perda da normatividade jurídica, cujas condições específicas bem como, genericamente a peculiaridade do direito saíram do campo visual à medida que o ideal de método de uma ciência natural que ainda não tinha começado a questionar-se foi transferido acriticamente a prescrições jurídicas. Assim o direito é compreendido equivocadamente como um ser que repousa em si, que só deve ser relacionado ex post facto com as relações da realidade histórica. A norma jurídica é compreendida equivocadamente como ordem, como juízo hipotético, como premissa maior formalizada segundo os princípios da lógica formal, como vontade materialmente vazia. (MÜLLER, 2005a, p. 25).

Reconhecendo as falhas dessa técnica, Müller (2009a) passa a defender a aplicação de um método que leva em consideração a realidade social na qual a lei está inserida e os elementos resultantes da interpretação dada a esta.

Carlos Maximiliano (2003, p. 10-11) também aponta dificuldades no período positivista, ao esclarecer que, por mais hábeis e inteligentes que fossem os elaboradores do Código, jamais conseguiriam os mesmos encerrar a solução para qualquer caso possível, ou seja, não teriam essas condições de prever no texto expresso a infinidade de situações que estavam a depender de regramento, até porque, mesmo após fixado o Direito Positivo, permanecia a evolução e a criação de novas exigências sociais, de forma que o Código, de fato, não podia se impor diante

das tantas atividades e transformações constantes, fenômenos imprevistos, novas idéias, ocorridas na realidade na qual se encontrava inserido.

De fato, a técnica positivista, ao empregar a neutralidade, parecia desconhecer que o passado não se repete em termos absolutos e, por isso, as soluções de ontem (prescritas nos textos normativos) não servem para os problemas de hoje, sem um processo de recriação que considere as mudanças nas condições políticas, econômicas e culturais de um povo.

Diante de tais constatações, a crença de que haveria uma identidade entre o texto da norma e a norma jurídica, passa a ser questionada, na medida em que, conforme acrescenta Maximiliano (2003, p. 17), hoje não mais se acredita na onipotência do legislador, proclamada pela doutrina da Escola da Exegese, ou seja, não mais se interpreta o direito como uma obra artificial; já que se reconhece que a lei não nasce pronta, completa e perfeita. O legislador, ao contrário do que prega a corrente positivista, não inventa ou cria direito, mas apenas reproduz, reflete a consciência nacional.

Na mesma linha, Niklas Luhmann (2002, p. 217), versando sobre o lugar dos Tribunais no sistema do direito, atesta que, desde o século XIX *“Frente al legislador se han amplificado los poderes de interpretación de los jueces -y esto no en último término debido a que las grandes codificaciones ya están caducas”*.

Nesse contexto, o operador do direito passa a assumir uma posição de destaque no processo de construção da norma jurídica, a qual, frise-se, não mais é tida com um produto pronto e acabado do Poder Legislativo. Assim, a função da sentença judicial passa a ser vista como um ato constitutivo e não mais meramente declarativo.

Ademais, ao contrário do que pregam os positivistas, sustentam os pós-positivistas que o operador do Direito precisa estar ciente de que mais de uma norma pode concorrer *prima facie* como a mais adequada ao problema, já que nem sempre o contexto do caso concreto se adapta perfeitamente à norma.

Nesse sentido, invocando o pensamento jurídico de Klaus Günther, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004, p. 225) expõe a concepção de que existe uma profunda divisão nas atividades legislativa e judiciária. Enquanto que, na atividade legislativa, há uma forte predominância de seu caráter justificativo - marcado pela generalidade, abstração e universalidade em relação à produção de leis que são

válidas *erga omnes*, e por isso são normas que não possuem a previsão explícita de todos os comportamentos na lei abstratamente prescritos, na atividade jurisdicional, a sensibilidade do juiz para as especificidades do caso concreto, que tem diante de si, é fundamental, portanto, para que possa encontrar a norma adequada a produzir justiça naquela situação específica.

Da mesma forma, esclarece Habermas (1997, p. 270-271) que a validade da norma não garante por si só a sua aplicabilidade no caso concreto, dependendo tal resultado da análise de sua adequabilidade. Assim, “o processo hermenêutico da aplicação de normas pode ser entendido como cruzamento entre descrição da situação e concretização da norma geral”.

Nesse contexto, o pós-positivismo se sobressai como movimento de reação ao legalismo, ganhando destaque a doutrina de Müller, o qual parte do pressuposto de que concretização não significa apenas densificar a norma que é dada, mas torná-la concreta diante de um determinado caso.

Seguindo essa linha, pode-se dizer “que todo o ordenamento jurídico contém tão somente normas *prima facie* vinculantes e, como tais, sempre dependentes do caso concreto para se tornarem uma norma jurídica definitiva”. tal como preconiza Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2007, p. 318).

Reconhecendo que a aplicação do direito, por via do procedimento da subsunção legal, é geralmente inadequada, é possível defender a idéia de que somente na argumentação jurídica se completa o sentido do texto da norma, tal como a proposta apresentada por Müller, a qual se constitui em objeto de análise do próximo tópico.

5.2 Pós-positivismo e a metódica estruturante

Visando superar a doutrina positivista, no século XX, sobretudo nas últimas décadas, começam a surgir correntes do pensamento jurídico que visam combater a concepção de que a interpretação normativa seja tão-somente lógico-dedutiva. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a

categorias metafísicas. De fato, com o advento das sociedades pós-modernas, como sociedades complexas por excelência, a existência formal de uma Constituição, bem como sua aplicação estrita e vinculada a uma subsunção “mecânica”, não se faz suficiente para a solução dos problemas jurídicos, reclamando por novas formas de entendimento e ação.

Nesse contexto, prega Müller (1995, p. 47) que o trabalho consistente, no estabelecimento de regras jurídicas, não pode mais ser compreendido a partir da subsunção, mas, sim, pesquisado a partir do contexto social em que se coloca o problema.

Com precisão registra o professor Marcelo Campos Galuppo (2005, p. 202-205) que o pós-positivismo substitui o pensamento sistemático do positivismo pelo pensamento problemático que entende que o conhecimento jurídico se faz a partir de casos concretos, recusando por completo o estatuto descritivo das ciências naturais, estabelecendo a distinção entre o plano de justificação e o plano de aplicação das normas jurídicas.

Assevera, ainda, Müller (2009b, p. 11) que a teoria pós-positivista do direito concebe o trabalho jurídico como um processo a ser realizado no tempo, considerando os textos legais como pré-formas legislatórias da norma jurídica, a qual será criada no caso concreto; sendo deixada de lado a ilusão da aplicação do direito por meio da mera subsunção ou silogismo; afastando-se, assim, do positivismo jurídico que considerava o direito um sistema sem lacunas e a decisão uma subsunção estritamente lógica, que suprimia de sua análise elementos não espelhados no texto da norma legal.

Em linhas gerais, é possível afirmar que o pós-positivismo, surge, sobretudo, para embasar o Estado Democrático de Direito, importando na busca pela máxima efetivação dos ditames constitucionais.

No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo, nesse paradigma em construção, incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras. Além disso, deve haver a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, a formação de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana, pois, nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Filosofia, na medida

em que começam a surgir correntes aprimorando a crítica metodológica ao positivismo jurídico.

Nas palavras de Paulo Bonavides (2007a, p. 582), o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios, os quais são qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, acaba por implicar invalidação das objeções do positivismo formalista e na acolhida do plano constitucional de considerações axiológicas de valor fundamental na concretização dos direitos, através de uma operação valorativa, fática e material. A partir de então, ao contrário do que ocorre no positivismo, a Constituição, mais do que lei, passa a ser vista como direito, o que enseja a formação de uma teoria material da Constituição. Sob a égide do Estado social, a preocupação com a estrita separação dos poderes e a neutralidade típica do Liberalismo dá lugar à valorização do conteúdo e eficácia dos direitos e garantias fundamentais.

Enfatizam Luiz Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2006, p. 44) a necessidade de o intérprete, dentro desse novo contexto, proceder a uma interação entre fato e norma, atuando dentro dos limites oferecidos pelo sistema jurídico e assentado em um modelo de princípios, que, dentro de uma perspectiva pós-positivista do Direito, reconhece como essenciais as idéias de normatividade dos princípios, de ponderação de valores e da teoria da argumentação.

Certo é que, no início dos anos setenta do século XX, já se impunha a constatação da importância da retórica e da argumentação à reflexão jurídica. Neste momento, tem-se a elaboração de uma metodologia jurídica distinta das tradicionais de inspiração positivista até então desenvolvidas. Esse viés metodológico, compartilhado por teóricos como Chaïm Perelman (1997) e Theodor Viehweg (1979), marcado por concepções oriundas da retórica aristotélica, veio a ser conhecido como tópico-dialético.

A respeito, teve Bonavides (2001) ocasião de dizer que:

Durante as décadas de 40 e 50, pelo menos na Alemanha, onde a Filosofia do Direito sempre travou batalhas mais renhidas, houve uma ressurreição jusnaturalista, decorrente do pessimismo que invadira o ânimo dos juristas perplexos com a tragédia da Segunda Grande Guerra Mundial, movidos a uma reconsideração dos valores pertinentes à ordem jurídica legítima. Entre os que prestigiavam a nova atitude, figurava o nome exponencial de Gustavo Radbruch, cuja cátedra positivista se converteu ao direito natural. Mas a restauração jusnaturalista foi um relâmpago, não foi uma lâmpada. Logo se apagou aquela claridade súbita. Não sendo possível o retorno do

positivismo, a década de 50 viu abrir-se nova crise no pensamento filosófico do Direito, de maneira que as dificuldades ó foram removidas a partir da publicação de *Tópica e Jurisprudência*, de Viehweg. Representa essa monografia uma abertura de rumos e horizontes para a Ciência do Direito. Com efeito, a “tópica”, ou “nova retórica”, inaugura um novo caminho para o conhecimento do Direito pelas vias argumentativas. A palavra de ordem era pensar e representar o “problema”, vinculando, como nunca talvez se tenha feito, as soluções normativas à práxis e à realidade. (BONAVIDES, 2001, p. 207)

Em sua pesquisa sobre a tópica, Viehweg (1979) constata ser o direito fruto do bom argumento. A tópica é a técnica do pensamento que se orienta no sentido do problema, sendo esse o centro em que gira o raciocínio; ela deixa de se basear na dedução e opta por um sistema aberto, que permite ir além da norma; ficando em plano secundário a idéia de sistema e desfazendo o entendimento de primado da norma legal. É relevante a contribuição de Bonavides (2007a, p. 495) que argumenta que “com a tópica, a norma e o sistema perdem o primado. Tornam-se meros pontos de vista ou simples *topoi*, cedendo lugar à hegemonia do problema, eixo fundamental da operação interpretativa”. Mas, conforme bem observa Müller (2009a):

a estrutura do problema do caso a ser solucionado ou do tipo de caso é tratada como fator pertencente e indispensável à aplicação do direito, como fator co-constitutivo para a compreensão da norma, mas não como ponto de orientação em ultima instancia decisivo da aplicação do direito. A compreensão da norma a ser desenvolvida não tem nada a ver com uma axiomática ou sistemática positivista. Por outro lado, ela busca a racionalidade jurídica de uma maneira que também se diferencia nitidamente da tópica. (Müller, 2009a, p. 80).

Tanto Perelman (1997) quanto Viehweg (1979) fazem questão de ressaltar a presença do pensamento tópico-dialético na atividade jurídica. A opção de Perelman (também adotada com algumas diferenças por Viehweg) privilegia um enfoque que encara o direito, basicamente, como um terreno de resolução de controvérsias, procurando desenvolver uma metodologia mais atenta à descrição da vida jurídica real. Perelman atesta ser o direito uma arte discursiva; desconsidera a lógica formal e focaliza sua atenção nas decisões dos tribunais superiores (os raciocínios nelas presentes), as quais não resultam de proposições verdadeiras tiradas de um silogismo, mas em respostas mais aceitáveis e adaptadas, integradas numa argumentação, vindo, pois, a negar o próprio legalismo (a interpretação mecânica do texto normativo). Discorre Bonavides (2007a, p. 183) que a aplicação de tal

entendimento consistente na idéia de argumentação permite uma abertura da hermenêutica constitucional, que passa a admitir a utilização de elementos concretos e valorativos, oportunidade em que o dedutivismo lógico dos normativistas é sucedido pelo decisionismo no caso concreto.

A tópica, desta feita, cria uma técnica que faz com que a criatividade do intérprete não encontre limites sequer no texto da norma, asseverando João Maurício Adeodato (2002, p. 239) que, em razão disso, tal linha argumentativa vem sendo criticada por esta excessiva abertura em relação ao texto normativo “que não consegue estabelecer um procedimento seguro para a decisão, indispensável em um Estado Democrático de Direito”.

Diante dessa abertura e desprendimento do texto legal, de fato, é possível argumentar que a utilização dos *topoi*, tidos como pontos de vista à livre disposição do intérprete, de certa forma, enfraquece a juridicidade do texto constitucional.

Inegável é a contribuição da tópica para o desenvolvimento das teorias de Hesse e Müller, dado que ambos desmistificam a idéia de sistema jurídico fechado e completo, em que haja uma perfeita unidade do ordenamento jurídico. Mas, enquanto a tópica se concentra em destacar o pensar direcionado ao problema, a proposição de Friedrich Müller (2009a), por sua vez, reconhece a importância da realidade constitucional, sem, no entanto, negar o valor do texto da norma, o qual deverá estar sempre em permanente relação com aquela.

Assim, ao pretender estruturar e racionalizar o processo de concretização da norma, a metódica estruturante, como bem observam Mário Lúcio Quintão e Baracho (1998, p. 147), possibilita “a vinculação da atividade interpretativa, deixada em aberto pelo método tópico, à racionalização metodológica, e, assim, mantida a obrigatoriedade ou normatividade da regra constitucional”.

Escrevendo sobre o assunto, João Maurício Adeodato (2002, p. 237), documentou que a posição da metódica trabalhada por Müller, para qual o sujeito do processo de concretização é o jurista diante do caso concreto e nunca a norma, tenta superar posições tradicionais, como a do positivismo normativo de Hans Kelsen, segundo o qual o texto normativo fixa os limites (a “moldura”) da decisão e o decisionismo de Carl Schmitt, para quem a decisão não guarda relação alguma com os textos normativos.

Na expressão de Bonavides (2007a):

Todas as diligências se concentram em estruturar e racionalizar o processo de concretização da norma, de modo que a atividade interpretativa, deixada aberta pela tópica, possa com a racionalização metodológica ficar vinculada, não se dissolvendo por conseguinte o teor da obrigatoriedade ou normatividade da regra constitucional. (BONAVIDES, 2007a, p. 499).

A metódica de Müller (2005a) trata da análise do processo de realização do direito, reconhecendo que, no processo de concretização, o dever-ser surge da absorção dos dados da realidade (ser). A norma jurídica que era concebida como um juízo hipotético para o positivismo, o qual desconsiderava a realidade efetiva da vida, passa a ser entendida como o produto de um processo que considera direito e a realidade não como categorias abstratas opostas, atuando esses como elementos da ação jurídica, sendo esta realizada pela linguagem na estrutura textiforme da democracia fundada no Estado de Direito.

Desta feita, a distinção entre texto da norma e norma jurídica implica a superação da dicotomia de forte inspiração neokantiana que longos anos permeou o debate jusfilosófico, qual seja, dicotomia ser - dever ser, ou ainda, a relação entre norma e realidade.

Ao manifestar sobre o tema, assinalam Mário Lúcio Quintão e Barcaho (1998, p. 147) que Müller, de índole concretista e pragmática, elabora reflexões críticas, que sustentam a base de seu método, o qual parte da concepção de que a compreensão da norma transcende a interpretação do texto.

Dispõe Müller (2005a, p. 39) que não é possível compreender a concretização ou interpretação do texto como reconstrução da vontade do legislador, uma vez que a normatividade é um processo estruturado e, mesmo onde predomina o direito positivo, existe um direito (constitucional) consuetudinário com plena qualidade de norma, reconhecendo que a normatividade, que se manifesta em decisões práticas, não está orientada linguisticamente apenas pelo texto da norma jurídica concretizanda, sendo também influenciada por estudos, comentários, precedentes, bem como de outros textos que transcendem o teor literal da norma. Em verdade, não se desconsidera a tradição, o sentido histórico - político de uma Constituição - exatamente pelo fato de se reconhecer nesta o fundamento de uma determinada sociedade, em regra, pluralista. A metódica estruturante é, pois, pensada sobre um

conjunto de situações de fato historicamente constituídas.

A propósito, registra Bonavides (2007a, p. 505) “a autoridade do costume e sua realidade jurídica, que ninguém acha em textos ou que pelo menos destes não deriva, é também invocada para demonstrar a não identidade da norma com o texto normativo”.

Como notam também Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco (2009, p. 125), o método hermenêutico concretizador parte da constatação de que a leitura de qualquer texto normativo começa pela pré-compreensão do intérprete, a quem compete a concretização da norma a partir de uma dada situação histórica (constituída pelo ambiente em que o problema se coloca). Sobre o tema tecem, ainda, as seguintes considerações:

Nesse sentido, ao discorrer sobre a normatividade - pertencente à norma segundo o entendimento veiculado pela tradição- não é produzida pelo seu texto, antes resulta de dados extralingüísticos de tipo estatal-social; do funcionamento efetivo e da atualidade efetiva do ordenamento constitucional perante motivações empíricas em sua área de atuação; de fatores, enfim, que mesmo se o quiséssemos, não teríamos como ficar no texto da norma, no sentido de sua permanência. (MENDES; COELHO, BRANCO, 2009, p. 128-129).

De acordo com o jusfilósofo alemão, a norma jurídica não se encontra pronta nos textos legais, sendo o fruto da conexão entre aqueles dois elementos, quais sejam, texto da norma e realidade. Assim, adiciona-se ao teor literal da norma, o qual apresenta diversas possibilidades de compreensão, o âmbito da norma consistente no recorte da realidade social e tido como fator co-constitutivo da normatividade, discussão e fundamentação dos resultados.

Dessa forma, aponta Müller (2009a, p. 80) para o fato de que “não se reconhece na tarefa de concretização nenhuma liberdade em princípio diante da norma”, não podendo ser esta, pois, desconsiderada pelo intérprete, na medida em que se constitui em ponto de referência para tal processo de concretização.

Aliás, e a propósito, Kelly Alfen da Silva (2000), ao tratar da concretização da norma jurídica, afirma que:

A noção de que a norma jurídica é algo dado previamente e definitivamente, pelo recurso a idéia de univocidade da norma, ignora a existência de uma *Vorverstandnis* (pré - compreensão) científica, em especial, a diferença entre a norma jurídica e o texto da norma e a relação principal que a

concretização jurídica conserva com o caso em espécie. (SILVA, 2000, p. 415).

Marcelo Neves (2007, p. 86-87) esclarece a importância da teoria constitucional de Müller, que aborda as características semânticas da linguagem, notadamente da linguagem constitucional para chegar ao processo de concretização da norma, afastando-se da aplicação de simples regras de subsunção.

De fato, a proposta concretizadora de Müller parte de uma formulação lingüística da norma, que leva em conta aspectos semânticos e pragmáticos dos textos constitucionais, que variam de significado conforme a situação e o contexto. Segundo Müller (2009b, p. 12) “por força da polissemia natural da linguagem, o “significado” existe somente no plural; tanto maior se torna a plurissignificância vorá da semântica relativamente simples de palavras isoladas”.

Aliás, cumpre observar que a preocupação com a linguagem na filosofia vem sendo constatada desde o século XX. Assevera Antônio Celso Mendes (1996):

A verificação de que o direito é uma forma de linguagem representa significativo esforço no sentido de colocar o discurso jurídico em nível de compreensão simbólica, na medida em que favorece a distinção entre sua expressão gramatical (sintaxe), seus significados (semânticos) e seus usos (pragmática). (MENDES, 1996, p. 7).

O Direito, pois, manifesta-se linguisticamente, devendo ser analisada sua dimensão formal (sintática) e material (semântico-pragmática). No primeiro caso, a linguagem se apresenta em forma de signos que podem ser identificados gramaticalmente, no segundo, o contexto do discurso é que define a função da linguagem.

O uso da linguagem é, pois, a questão central do pragmatismo, posição filosófica crítica que trata da determinação do significado dos termos, da compreensão dos signos.

Escrevendo sobre a “Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea”, ao tratar especificamente da hermenêutica de Gadamer, dispôs Manfredo Araújo de Oliveira (2001) que:

Toda compreensão é interpretação, e toda interpretação se desenvolve no seio 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 (OLIVEIRA, 2001, p. 233).

Assim, seguindo a linha da nova hermenêutica filosófica, Gadamer desconsidera a idéia de que pode ser estabelecido um sentido único e fixo para as palavras, colocando que a linguagem é apreendida de acordo com a situação em que o sujeito se encontra. Sustenta Gadamer (1997, p. 663) que “a linguagem não é indício da finitude porque exista a diversidade de estruturação da língua humana, mas porque toda língua está em constante formação e desenvolvimento, quanto mais trazer à fala a sua experiência do mundo”.

O modelo de interpretação do direito de cunho objetivista é superado por um novo modelo, que reconhece que toda linguagem é indeterminada, sendo seu sentido esclarecido diante do contexto em que se coloca, asseverando Lenio Streck (1999, p. 158) que tal passagem de um modelo para outro “começa a ser feita a partir dos aportes da Semiótica, em sua matriz pragmática, e da hermenêutica filosófica, com a hermenêutica antirreprodutiva de Gadamer, pela qual se passa da percepção à compreensão”.

Neste sentido, é possível dizer com Streck (1999) que, para Gadamer, a interpretação é uma atividade criativa, que não pode contentar-se com a busca da intenção do legislador, criticando, desta feita, o positivismo legal. Segundo tal entendimento cabe ao intérprete concretizar a lei ou fazer uma nova leitura desta em cada caso, ou seja, na sua aplicação. (GADAMER apud STRECK, 1999, p. 186).

Importante é não se olvidar do fato de que a norma jurídica, dotada de generalidade e abstração, sem aplicação à realidade perde seu sentido, uma vez que o direito é uma ciência social aplicada, pelo que se torna imprescindível a incidência de uma visão lingüístico-pragmática durante o processo de aplicação do direito.

Ivone Morcilo Lixa (2005, p. 187) também observa que “as provocações de Gadamer conduzem a repensar no âmbito jurídico o paradigma dominante hermenêutico de matriz objetiva e idealista” em especial pelo fato de pensar a compreensão como um ato de criação do direito e não como ato de mera reprodução.

Müller é um autor que também se preocupa com a questão da linguagem. O direito nunca funciona sem a mediação da linguagem, encontrando-se o teor literal da norma, porém, condicionado pelos elementos da realidade. Segundo Müller (1995, p. 23-25), a ciência jurídica é uma ciência social normativa, referida à realidade, sustentando ser insuficiente um enfoque que alegue dar conta da metódica jurídica de maneira autônoma, por meio de uma indagação puramente jurídica, sem incluir as condições sociais, tal como faz o positivismo (que entende serem desprovidos de interesse para a ciência jurídica os dados sociais, históricos políticos) ou mesmo o enfoque que venha a conceber o trabalho jurídico apenas a partir dos problemas textuais. Preconiza, assim, Müller (1995) que:

A partir da realidade social, as coisas tendem a ser diferentes; as “ciências sociais” são, portanto, ciências sociais não redimidas. Com isso não pretendemos recomendar que elas sejam conformadas à mesma bitola, nem pretendemos recomendar um *putpourri* de métodos. Recomendamos, isso sim, que os campos de trabalho das “ciências humanas” e sua hermenêutica- da filosofia, da ciência histórica, da linguística e da análise científica da literatura etc.- sejam vistos mais fortemente como processos de comunicação interpessoais, i. é, sociais, socialmente condicionados e profissionalizados. (MÜLLER, 1995, p. 48).

Como ciência social normativa, a ciência jurídica não pode pautar-se por uma mediação meramente linguística. Há, em verdade, segundo sua acepção, uma junção da terminologia, da linguagem da lei e do contexto no qual essa se encontra. No seu entendimento, o significado da linguagem auxilia na compreensão dos textos normativos, porém não basta ao juiz identificar o sentido do texto legal, havendo também a necessidade de que esses estejam relacionados com as particularidades das situações concretas, dado o fato de que o enunciado jurídico não define, por si só, o conteúdo da norma.

Ainda que demonstre o texto normativo uma determinada clareza, fato é que o mesmo não é desde já aplicável, sendo a norma decisão extraída dos dados lingüísticos pertinentes retirados daquele texto (programa da norma) e ainda dos dados reais que condicionam a significação deste (âmbito da norma). Dessa forma, fica claro que tanto o conteúdo quanto o alcance dos dispositivos constitucionais legais estão a depender também do âmbito normativo, que representa a realidade social.

O sentido e alcance de uma determinada norma terão que ser delimitados pelo intérprete, em cada situação concreta, a ser apreciada pelo Poder Judiciário, na medida em que reconhece que a normatividade da norma não decorre apenas do seu texto, sendo este apenas o ponto de partida para o processo de sua concretização. A normatividade, esclarece Müller (2005a, p. 48), “comprova-se apenas na regulamentação de questões jurídicas concretas”.

Ainda, escrevendo sobre normatividade, ressalta Müller (2009b) que ela:

designa a qualidade *dinâmica* de uma norma, assim compreendida, tanto de ordenar à realidade que lhe subjaz- normatividade concreta- quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade- normatividade materialmente determinada. (MÜLLER, 2009b, p. 40).

Assim, a norma só se transforma efetivamente em norma jurídica diante de um caso concreto, isto é, ela não preexiste nos códigos, os quais apenas estabelecem o texto da norma que se constitui em referência para a concretização, ou seja, somente através do caso individual é que a norma se destaca e toma importância. Nesse sentido, verifica-se que o jurista também se torna um sujeito do processo de concretização, já que será o mesmo o responsável, de forma racional e fundamentada, pela delimitação do programa e do âmbito da norma.

Em análise a respeito da teoria constitucional da democracia participativa discorre Bonavides (2001):

Enquanto o juiz aplicador se guia por um logicismo que gira primacialmente ao redor da norma-texto da terminologia de Müller, o juiz intérprete haure sua maior força e dimensão hermenêutica na esfera dos princípios, mas se move tecnicamente no círculo de um pluralismo normativo tópico onde a norma-texto é apenas o ponto de partida da normatividade investigada e achada ao termo do processo decisório concreto, segundo assinala a teoria estruturante do Direito, da qual Friedrich Müller, já citado, é o seu mais insigne formulador e jusfilósofo. (BONAVIDES, 2001, p. 23).

A aplicação de tal teoria possui, pois, lineamentos de uma teoria concretista, que tenta conciliar, na aplicação do direito, norma e realidade, partindo dos problemas práticos. O texto da norma criado pelo legislador, bem como a sua compreensão advinda da tradição e historicidade que informam seu conteúdo e, ainda, as circunstâncias factuais do caso apresentadas ao jurista para fins de decisão é que irão determinar a concretização da norma jurídica. O texto normativo é apenas o início do processo de concreção e conforme salienta Müller (2005a):

o processo da implementação prática de normas jurídicas a casos regulamentados evidencia-se estruturado. Somente em casos-limite (raros e não caracterizados para o direito constitucional) ele pode ser compreendido como “aplicação”, “inferência silogística” ou “subsunção”. A norma jurídica é mais do que o seu teor literal. O teor literal funciona, de acordo como o tipo de norma, de maneiras distintas, como diretriz e limite da concretização admissível. A interpretação do texto da norma é um componente importante, mas não único da implementação de sinais de ordenamento normativo em casos determinados. Por isso não mais devemos falar de interpretação ou explicação, mas sim de concretização da norma. (MÜLLER, 2009a, p. 105).

Daí a observação de Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco (2009, p. 89) de que a ordenação jurídico-normativa da vida social somente se viabiliza pelo trabalho hermenêutico de integração entre normas e fatos. Atento às particularidades da situação posta a seu exame, é que o intérprete, por meio da compreensão, interpretação e aplicação dos modelos jurídicos, cria a norma concreta ou a norma de decisão. Nesse sentido, vejamos uma situação prática:

Como uma resposta às tantas situações de impunidade e corrupção vivenciadas no cenário político brasileiro, foi aprovada no ano de 2010 a Lei da “Ficha Limpa” (Lei Complementar n. 135, de 04 de junho de 2010 (BRASIL, 2010b), que altera a Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990 (BRASIL, 1990), que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição da República, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato) que trouxe a possibilidade de banir os candidatos com condenação judicial sem trânsito em julgado, mesmo que só por um órgão colegiado.

De acordo com a interpretação realizada em julho daquele mesmo ano pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), a referida legislação teria validade de imediato, podendo, inclusive, ser aplicada às eleições daquele ano, sem que houvesse a necessidade do transcurso do prazo de um ano após sua aprovação para que a legislação alcançasse vigência, prazo este estabelecido pela Constituição da República, no *caput*, do artigo 16. (DISTRITO FEDERAL, 2010).

A referida interpretação, que a princípio pareceu violar dogmas legais constitucionais pré-estabelecidos (como o princípio da anualidade da lei eleitoral e o princípio da presunção constitucional de inocência), em verdade, visou atender, sobremaneira, aos anseios da sociedade brasileira, que se mobilizou para ter suas

reivindicações atendidas, no sentido de ver a cidadania fazer valer a sua vontade, de um Brasil ético, feito por políticos compromissados com as causas republicanas; baseando-se, pois, no texto constitucional que estabelece o regime político democrático e a moralidade como princípio norteador da atividade administrativa, bem como em dados reais consistentes.

Tal interpretação do TSE, em verdade, se constitui em uma demonstração de que o Judiciário assegura valor não apenas à letra da lei, mas, em especial, à realidade vivenciada pela população brasileira, o que vai de encontro ao pensamento metódico de Müller. Tal orientação demonstra que, no contexto de um Estado Democrático de Direito, uma decisão judicial apenas se reputa legítima se obtiver o consenso social. Encontra-se essa orientação em Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco (2009, p.95), que se manifestam no sentido de que a necessidade de motivação - não apenas em razões normativas, reputadas necessárias, mas não suficientes- das decisões por parte do aplicador do direito se constitui em uma condição de legitimidade e de eficácia do seu labor hermenêutico. A justificação da decisão deve partir, sobretudo, de razões relacionadas à justiça, razoabilidade, oportunidade e correção.

A mencionada orientação somente se faz defensável em um contexto pós-positivista, que preza pela preservação de imperativos democráticos. Nesse sentido, versando sobre a decadência do positivismo formal e a ascensão do pós-positivismo material, sustenta Bonavides (2007a, p. 290-291) que a metódica de Friedrich Müller afasta o perigo da hegemonia do Poder Judiciário e protege os direitos fundamentais, por meio da concretização da norma constitucional compreendida na moldura de um Estado Democrático de Direito, que privilegia a eficácia das regras constitucionais fora de todo formalismo exclusivo, unilateral e restritivo das correntes formalistas tradicionais da Velha Hermenêutica, que apenas procedia à interpretação da norma legal.

Mário Lúcio Quintão e Baracho (1998, p. 112), ao ressaltarem que a interpretação constitucional assume dimensão decisiva no sistema democrático, em especial naqueles que se apresentam com jurisdição constitucional, dada a abertura e a amplitude de seus textos constitucionais, ainda pontua que “no Estado democrático de direito, o trabalho metódico de concretização é normativamente orientado, devendo o intérprete trabalhar a partir do texto da norma”.

Resta claro que o texto da lei, num contexto concretizador, estabelece apenas um limite, revelando-se a normatividade na argumentação da situação concreta (em síntese, o contexto é que defini o texto da norma). Assim se reconhece que a norma jurídica é mais do que explicação do texto normativo através de sua interpretação, dependendo também a sua formação da análise do caso jurídico apresentado.

Sustenta João Maurício Adeodato (2002, p. 237) que, para Müller, “o resultado da interpretação de uma norma, constitucional ou não, torna-se conteúdo daquela norma” de forma que o fato de a lei não se mostrar inteiramente completa, ou seja, a existência das lacunas não representa uma deficiência do Ordenamento Jurídico, mas antes algo hermeneuticamente necessário e apriorístico, na medida em que sua determinação apenas se faz viável por meio da atuação do jurista diante da análise do caso concreto.

Com efeito, afirma Müller (2005a):

“concretizar” não significa, aqui, portanto, à maneira do positivismo antigo, interpretar, aplicar, subsumir silogisticamente e inferir. E também não, como no positivismo sistematizado da última fase de Kelsen, “individualizar” uma norma jurídica genérica codificada na direção do caso individual “mais restrito”. Muito pelo contrário, “concretizar” significa: produzir, diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma demonstração e de um Estado de Direito. (MÜLLER, 2009a, p. 131).

O jurista alemão, que intenta fundamentar uma teoria material do direito, afasta-se por inteiro das correntes formalistas, as quais adotam um modelo estático de subsunção do fato à norma fixa e prévia, partindo do pressuposto de que, quando do surgimento de um conflito, já existe uma lei pronta para ser aplicada, excluindo, por completo, a essencial análise do caso. De acordo com Müller (2009b), o direito não preexiste, ele existe junto ao fato, sendo a norma jurídica também resultado do trabalho concretizante do juiz, não havendo que se falar em métodos predefinidos para discutir um caso. Rechaça, assim, o autor o extremo legalismo, na medida em que reconhece que a decisão jurídica não decorre exclusivamente da lei, a partir de um simples raciocínio dedutivo, baseado na subsunção. A interpretação não se realiza através de uma operação meramente silogística, isto é, o método de interpretação não se acha previamente estabelecido, dado o fato de que a sua escolha também deve estar relacionada aos fatores de uma realidade concreta.

A normatividade de uma prescrição jurídica não advém exclusivamente da positividade de seu texto de norma. A impossibilidade de se propor uma concretização normativa totalmente avaliativa, decorre da conclusão de que o direito é uma ciência humana aplicada.

Acrescente-se, porém, que, embora situada em um contexto pós- positivista, a proposta de Müller não redunde em dissolução da normatividade jurídica e ao excesso decisionismo, o qual reconhece que a decisão decorre exclusivamente da vontade do juiz, sem que se exija deste um esforço argumentativo, na medida em que, conforme dito alhures, não se pode afirmar que seu método apresenta uma teoria de aplicação do direito de forma ilimitada, ao contrário, já que deve seguir limites impostos pelo próprio Estado Democrático de Direito, através de seus textos normativos, os quais, conforme visto acima, representam o limite à concretização da norma, ou seja, segundo salienta Muller (2009a, p. 197), “o processo da metódica estruturante separa-se do puro pensar o problema, na medida em que mantém a norma”.

O texto da norma é dado de conformidade aos padrões aceitos do Estado Democrático de Direito, constituindo-se em um dos elementos do processo estruturado da normatividade.

Assim, o processo de concretização apresentado, mostra-se comprometido com o Estado de Direito e com a democracia, dado o fato de que prega o respeito aos textos das normas elaboradas pelos representantes do povo, dentro daquele espaço de tolerância e cidadania. Conforme pondera Müller (2009a, p. 208-209), tal limite “decorre antes de seus mencionados efeitos para a segurança jurídica, para a clareza da norma, publicidade e para a inviolabilidade do ordenamento constitucional no Estado Democrático de Direito”.

Nesse sentido, e tomando por base a construção teórica de Pater Haberle, salienta Bonavides (2007a, p. 512) que a hermenêutica constitucional contemporânea pode se resumir a uma passagem da sociedade fechada dos intérpretes da Constituição a uma interpretação constitucional por via da sociedade aberta, na medida em que se reconhece que a interpretação da Constituição não é uma operação que fica restrita aos órgãos estatais, sendo também seus destinatários seus legítimos intérpretes. Adverte, ainda, o autor (2007a, p. 513) que, dentro de tal contexto, não há que se falar em arbitrariedade na operação criativa

realizada por parte do juiz, na medida em que este se encontra permanentemente exposto às expectativas e pressões sociais.

No mesmo sentido, pondera Müller (2005 a, p. 35-36) que trabalham no processo de concretização da Constituição não só a legislação, a administração, o governo e a jurisprudência, mas também os atingidos que participam da vida política e da vida da Constituição, ainda que apareçam menos que os demais.

A proposta de Müller (2009b), portanto, é pós-positivista e não antipositivista, na medida em que aponta o filósofo para o fato de que a positividade do texto da norma se sustenta na medida em que é constitucional e democraticamente promulgado. Assim, a normatividade, embora reconhecida como um elemento dinâmico, fica limitada em sua composição pela positividade do texto, ao qual se acresce a realidade.

A partir do novo paradigma do direito apresentado pela teoria estruturante de Müller, tem-se possível a aproximação do direito da realidade social, na medida em que preceitua a concretização da norma jurídica, a partir da verificação do texto legal (constitucional ou infraconstitucional) mais a análise do caso concreto e a aplicação dos elementos de concretização, que permitem, através do trabalho realizado pelo operador do direito, a obtenção da verdadeira norma jurídica aplicável. Enfatiza Müller (2009a) que:

Aquilo que a disposição legal prescreve para o *respectivo* caso a ser decidido é sempre primeiramente averiguado em confronto com sua problemática material, mediante a consideração do programa normativo e a observação dos limites comprováveis de seu enunciado diretivo. Dessa forma, a concretização da norma necessariamente engloba tanto a construção e “aplicação” como, com isso, a solução do caso jurídico. (MÜLLER, 2009a, p. 255)

Esse processo material de elaboração da norma jurídica reconhece o efeito dinâmico desta, que influi na realidade e é também influenciada por esta mesma realidade. Sintetizando, evidencia Bonavides (2001) que:

Transforma Müller a norma no substantivo da concretude; parte do texto, passa pela realidade, formula a regra e completa o circuito concretizante ao aplicá-la. Os enunciados do texto, ao revés do que cuidavam os positivistas do formalismo jurídico, ainda não contém a norma, mas o círculo limitativo de sentido no qual ela deve conter-se, e do qual o aplicador ou o interprete há de partir para construí-la e aplicá-la, e, depois, dar-lhe o mergulho ou a inserção na realidade fática. (BONAVIDES, 2001, p. 39).

Diante de tal contexto, entende-se porque a expressão “interpretação” se torna inadequada, uma vez que a norma não é formada apenas por dados lingüísticos, constituindo-se estes em apenas um dos elementos que conduzirão ao processo de concretização. A tarefa concretizadora do jurista não se limita, pois, à interpretação do texto normativo, constituindo-se num processo que se inicia pela provocação no caso do conflito.

O método concretizador é também desenvolvido por Konrad Hesse (1991), o qual, em síntese, esclarecem Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco (2009, p. 130), estabelece que a interpretação é também, concretização; sendo certo esta é realizável apenas diante de um caso concreto, na medida em que, somente através de sua análise, é possível ao intérprete determinar, mediante a incorporação da realidade, aquilo que não aparece de forma clara no texto constitucional.

Assim, tal como Müller (2005a), Hesse (1991) também não se coaduna com as limitações impostas por uma explicação da interpretação constitucional que parte somente de uma concepção de lógica subsuntiva ou silogística.

Sustenta Hesse (1991) haver um condicionamento recíproco entre a norma e realidade, mostrando-se insuficiente a análise isolada de cada um desses aspectos. Assim, a Constituição, além de ordenar a realidade social, dado seu elemento normativo, encontra-se, também, condicionada pelos elementos da realidade de seu tempo.

Pondera Lenio Streck (1999, p. 188) que, partindo de Gadamer, Hesse defende que o teor da norma somente se completa no ato interpretativo, sendo certo que a concretização da norma pressupõe uma pré-compreensão desta pelo intérprete.

Com efeito, afirma Hesse (1991, p. 13): “O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas - ordenação e realidade- forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto e no seu condicionamento recíproco”. A análise isolada de cada um destes aspectos se mostra insuficiente, podendo seu resultado implicar numa norma despida de elementos de realidade ou de uma realidade esvaziada de elemento normativo (hipótese de abandono de normatividade).

Esclarece Hesse (1991):

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada presente ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. (HESSE, 1991, p. 15-16).

A Constituição, desta feita, além de ordenar a realidade social, dado seu elemento normativo, encontra-se, também, condicionada pelos elementos da realidade de seu tempo, de forma que a sua pretensão de eficácia deverá levar em conta essa mesma realidade; muito embora não esteja condicionada, simplesmente, por essa realidade.

Importante, ressaltar, ainda, que, para Hesse (1991, p. 22), a interpretação, que se encontra submetida ao princípio da ótima concretização da norma (que não pode ser aplicado tomando por base o método lógico da subsunção), tem um papel decisivo na consolidação e preservação da força normativa da Constituição.

Assim, diante da análise de um problema concreto, surge, para o intérprete, o poder de determinar o conteúdo material da Constituição onde houver lacuna.

A respeito, Bonavides (2007a, p. 605) diz reconhecer em Hesse (1991) o caráter criativo da interpretação jurídica, desde que operada nos limites da norma e do seu conteúdo de realidade. Assim, muito embora o processo de interpretação aqui também se inicie do problema, fato é que se distingue tal posicionamento do que fora proposto pela tópica, na medida em que não admite a livre escolha de *topoi*.

Müller (2005a, p.78), porém, ao tratar da “força normativa da constituição”, como critério de aferição da interpretação da Constituição, apresenta falhas no método apresentado por Hesse, apontando o seguinte:

Na solução de problemas de direito constitucional deve-se dar preferência aos pontos de vista que “promovam sob os respectivos pressupostos a eficácia ótima da constituição normativa”. O critério de aferição da força normativa da constituição também não disponibiliza nenhum procedimento próprio. Acaba sendo um apelo, uma representação de um objetivo que necessariamente só pode ser circunscrita em termos formais. Visto assim, também esse critério de aferição deve ser classificado menos entre os pontos de vista de metódica de interpretação *strictiore sensu* do que entre os elementos de política constitucional da concretização.

Assim, ao contrário do que ocorre com Hesse (1991), Müller (2005a) estabelece um procedimento metódico do processo de formação da norma, considerando a normatividade um processo estruturado.

5.3 Processo dinâmico da concretização

Segundo a proposta de Müller (2009b) o processo efetivo de concretização da norma parte do texto da norma (o qual possui legitimidade democrática), antes considerada a pré-compreensão do jurista, que leva em conta dados reais (formado por elementos naturais e sociais) e dados lingüísticos relevantes, sendo estes últimos fornecidos pelos pontos de vista interpretativos comuns (por exemplo, os aspectos gramaticais, sistemáticos e genéticos- discussões legislativas e exposições de motivos). Posteriormente, o jurista seleciona as prescrições jurídicas de fato pertinentes ao caso e forma o âmbito da matéria. Após, analisa os textos de norma com os elementos sistemáticos, genéticos, históricos e teleológicos, além dos elementos metodológicos, dogmáticos, teóricos e de política jurídica. Essa análise deverá conduzir ao “programa da norma”, única fase que se permite a aplicação da hermenêutica tradicional, visando à formação e análise do “âmbito da norma” (preenchido pela realidade).

A normatividade é assim composta pelo Programa de Norma (resultado da interpretação do texto da norma, formado a partir de dados primaciais de linguagem) mais dados reais, delimitando o denominado âmbito da norma, formado a partir de uma perspectiva valorante do programa da norma. (MÜLLER 2009b).

Dessa junção entre o âmbito da norma e o programa da norma resulta, a princípio, uma “norma jurídica geral e abstrata”. Logo após, ele partirá para a fase de “decisão do caso”, na qual se forma a “norma de decisão” individual e concreta, e em que se transforma o caso jurídico em caso decidido, a partir do confronto e da complementação finais entre os dados provenientes do sistema jurídico e os dados provenientes da realidade. (MÜLLER 2009b).

Anota, em síntese, Müller (2009b, p. 294) que, no percurso do processo de concretização, os textos normativos são interpretados de acordo com o programa da

norma, sendo produzida a partir dele e em conjunto com o âmbito material uma norma jurídica geral, sendo esta, ao final, transformada por dedução em uma norma de decisão (o teor da sentença).

Assim, para a metódica estruturante, a norma jurídica somente se apresenta como tal, na parte final do processo de concretização, após a realização de um trabalho refletido, assumindo a posição do intérprete um papel de destaque.

De fato, para Müller, a norma jurídica é o resultado do trabalho concretizante do juiz, sendo a mesma um fenômeno composto por linguagem e por fatos.

Em estudo sobre a concretização normativa, ressaltou João Maurício Adeodato (2002, p. 222) que a última instância de determinação do conteúdo de toda e qualquer norma, inclusive a constitucional, é do tribunal, dos juízes e demais agentes jurídicos, os quais eliminam a plausibilidade jurídica do conflito ao decidi-lo de forma terminal; tendo o referido autor (2002, p. 228-236) também feito menção a alguns casos paradigmáticos na Hermenêutica constitucional brasileira para demonstrar a insuficiência dos textos normativos e a necessidade de sua concretização. Nessa oportunidade citou, como exemplo, o texto do voto de um dos Ministros do STF, Marco Aurélio, o qual figurou como relator do Habeas Corpus n. 73.662-9, que implicou na absolvição de um acusado e condenado nas instâncias inferiores por presunção de estupro, que teria mantido relações sexuais com garota de 12 anos de idade,

COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exsurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal. (MINAS GERAIS, 1996).

A fundamentação de tal decisão demonstra a imprecisão dos textos normativos e a liberdade hermenêutica do Relator diante da análise do caso

concreto, bem como atesta, conforme afirmado pelo Ministro Relator Marco Aurélio, que o Código Penal em algumas passagens estaria ultrapassado, dado o fato de não acompanhar a revolução comportamental (a evolução da sociedade), o que traz a necessidade de a norma ser interpretada tomando por base as peculiaridades do caso individual.

Ainda no que toca ao problema da concretização na hermenêutica constitucional brasileira, menciona Adeodato (2002, p. 224-225) que o mandado de injunção, instrumento previsto como garantia individual no artigo 5º, LXXI, da Constituição, utilizado quando a realização do direito subjetivo constitucional é impedida, na medida em que a norma viabilizadora não é criada, suscitou diversos posicionamentos, já que, para alguns, tal remédio deveria preencher as omissões (teoria concretista), e, para outros, o seu único efeito era a cientificação do órgão omissor (teoria não concretista).

De fato, logo após a introdução do mandado de injunção em nosso Ordenamento Jurídico, visando ao controle de omissão, o entendimento firmava-se no sentido de que o papel do Judiciário restringia-se a constatar e declarar a inconstitucionalidade da omissão e determinar ou indicar a autoridade competente, Legislativo, a necessidade de providências. Nesse último aspecto, a intervenção do Poder Judiciário seria apenas supletiva, ao argumento de que deveria ser observado o princípio da independência e harmonia entre os Poderes.

Permanecia, porém, a discussão quanto à natureza declaratória, pois o princípio da independência dos Poderes, impedindo o cumprimento coercitivo, acarreta a permanência da falta de regulamentação e consequente impossibilidade de gozo de direitos constitucionais quanto ao caso concreto.

Assim, após amadurecimento dos conceitos, consolidou-se o entendimento do Poder Judiciário de tal forma que hoje as decisões em sede de mandados de injunção são consideradas por unanimidade, tanto no STF quanto nos demais Tribunais Superiores, de natureza constitutiva, o que representa a adoção da posição concretista, na medida em que a decisão judicial viabiliza o exercício do direito. Assim é que em agosto de 2007, o Plenário do STF, ao julgar o MI 721 (DISTRITO FEDERAL, 2007), alterou o entendimento, passando a reconhecer no dispositivo constitucional tanto o direito à aposentadoria especial dos servidores públicos, como o dever de regulamentação desse mesmo direito. Os ministros

consideraram que, diante da mora do legislador, a eficácia do dispositivo constitucional em questão e a garantia do exercício do direito, previstos nela, deveriam ser alcançados por meio da aplicação, no que couber, do artigo 57, da Lei 8.213/91 (BRASIL, 1991). Em síntese, argumentou, o Ministro Eros Grau, que a remoção do obstáculo, criado pela omissão do poder competente para a norma regulamentadora, se realiza mediante a formação supletiva da norma regulamentadora faltante, sustentando que, "ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito, [...] "(DISTRITO FEDERAL, 2007).

O trabalho de construção da norma, designado “concretização” (grifo nosso), é formulado para o caso concreto, tomando por base dados lingüísticos e fáticos. A estrutura da norma, partindo das exigências do Estado de Direito, designa, pois, a partir de dados veiculados pela linguagem observados pelo aplicador o direito, sem desconsiderar os dados reais relevantes.

Dentro desse contexto, constata-se a importância da teoria estruturante do direito, elaborada por Friedrich Müller (2009b), na medida em que se reconhece que o direito, ou mais especificamente, a norma jurídica, não se encontra pronta e pré-estabelecida nos textos normativos, tal como conclui o positivismo “de forma neutra e avaliativa”, dependendo também de dados reais para se fazer viável. De forma salutar se reconhece que o produtor do direito não é apenas o legislador, mas também aquele que, no caso específico, se torna o responsável pela concretização, ou seja, criação e construção da norma jurídica no todo, adaptando os textos normativos aos ditames do Estado Democrático de Direito e às peculiaridades do caso concreto.

6 CONCREÇÃO DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO SEGUNDO O NOVO PARADIGMA DO DIREITO: A METÓDICA ESTRUTURANTE

Anotamos alhures que toda lei enseja interpretação, e o processo hermenêutico tem, sem dúvida, relevância superior ao próprio processo de elaboração legislativa, uma vez que, através da interpretação da lei, que esta será aplicada e inserida dentro de um contexto fático específico, sendo adequada a toda uma realidade histórica e os valores dela decorrentes.

A interpretação do texto constitucional contemporâneo apresenta, conforme afirmado, certa peculiaridade, na medida em que se baseia não só em regras, mas, sobretudo em princípios de conteúdo aberto que permitem uma constante evolução interpretativa.

Nesse contexto, é que se constata a insuficiência da neutralidade positivista, por meio de uma interpretação normativa lógico-dedutiva para a concretização dos ditames constitucionais, em especial das normas tidas como “programáticas”, o que impulsiona o surgimento, principalmente a partir da segunda metade do século XX, de um novo paradigma metodológico que trabalha a necessidade do estabelecimento de critérios razoavelmente claros para uma hermenêutica constitucional adequada à realidade, privilegiando o desenvolvimento de métodos específicos para concretizar os comandos normativos contidos na Constituição.

A adoção do pós-positivismo despreza, desta feita, a superioridade do texto legal, reconhecendo a necessidade da interpenetração entre a linguagem e a realidade, enxergando na ação jurídica um trabalho comprometido com o Estado de Direito e com a Democracia.

A Democracia, como visto, apresenta-se como um conceito aberto, que se modifica constantemente visando reconhecer valores e diferenças que se renovam permanentemente no âmbito de uma sociedade plural. Neste contexto, apenas se reputa legítima a norma capaz de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito.

Nessa ordem de idéias, os direitos fundamentais, previstos nos textos constitucionais democráticos, são previstos em dispositivos permeados de conceitos

abertos, os quais, quando de sua interpretação, estão a exigir a utilização da argumentação, da razoabilidade, da comparação com precedentes judiciais, dentre outros fatores exteriores ao estrito legalismo formalista.

A interpretação pragmática dota de normatividade todos os dispositivos constitucionais que não expressam *prima facie* o seu sentido, em virtude de seu texto ser composto por signos lingüísticos cujos múltiplos significados só podem ser desvelados em face do caso concreto e com o auxílio de elementos exteriores ao seu texto.

Nesse âmbito a norma jurídica passa a ser construída pelo intérprete diante de uma situação concreta, figurando o enunciado normativo apenas como o ponto de partida desse processo de construção, reconhecendo-se que o teor literal, a linguagem da norma que tem o caráter de signo, poderá deter vários significados, a depender da realidade para o qual se direciona.

Essa orientação é consagrada pela teoria do discurso apresentada por Habermas (1997), o qual sustenta que tanto o processo de criação das leis como o processo de aplicação do direito, para o caso concreto desenvolvido pela jurisdição, devem estar conectados com o poder comunicativo, de modo a propiciar, desta feita, uma maior abertura do uso da comunicação e da linguagem na medida em que se permite nesses processos a atuação dos próprios destinatários do direito.

Com efeito, objetiva-se demonstrar neste tópico que insustentável se torna negar eficácia a um preceito constitucional ao simples argumento de tratar-se de norma simplesmente programática; atuando a metódica estruturante de Müller como um forte aliado para os constitucionalistas contemporâneos, que, envolvidos pela democracia, objetivam combater o desprezo tradicional da validade dos ditames constitucionais.

Conforme afirmado insistentemente durante todo este trabalho, boa parte da doutrina e da jurisprudência ainda fixa o entendimento de que a maioria das normas sociais dos textos constitucionais contemporâneos se encontram despidas de eficácia social, em razão de apresentarem um forte caráter programático, dada a ausência de clareza de seu texto normativo.

Bonavides (2007a) empresta- -nos sua voz para afirmar que:

Já não será fácil com respeito à Constituição tergiversar-lhe a aplicabilidade e eficácia das normas como os juristas abraçados à tese antinormativa, os

quais, alegando programaticidade de conteúdo, costumam evadir-se ao cumprimento ou observância de regras e princípios constitucionais. (BONAVIDES, 2007a, p. 237).

De fato, conforme salienta João Maurício Adeodato (2002, p. 226), a norma constitucional quase sempre se apresenta mais indefinida que as demais normas, na medida em que constantemente se constata, nas Constituições contemporâneas, a existência frequente de normas programáticas, as quais dependem de outras para se viabilizarem em sua inteireza.

A programaticidade das normas constitucionais é fenômeno que também é constatado em nosso Ordenamento Jurídico, que apresenta constante plasticidade em suas normas. De fato, a norma constitucional, propriamente dita, não se encontra suficientemente definida no texto constitucional, sendo, por vezes, tal circunstância alegada para argumentar a falsa compreensão de que tais normas seriam despidas de juridicidade ou efetividade prática.

Assim, as normas programáticas, pela sua fragilidade, por suas disposições de natureza mais política e ideológica, são as que mais suscitam dúvidas quanto à sua eficácia e aplicabilidade; de forma que, enquanto alguns negam-lhe conteúdo normativo outros preferem restringir-lhe a eficácia à legislação futura, o que acaba por implicar na legitimação da inobservância de ditames constitucionais.

Ocorre que a insuficiência da linguagem adotada no texto constitucional (que faz menção à dignidade da pessoa humana, ao pluralismo político, ao interesse público, à erradicação da pobreza, à razoável duração do processo, à saúde como direito de todos e dever do Estado, dentre outros) pode também ser superada pela aplicação de uma teoria pós-positivista que não descarta o significado do texto normativo, criado sob a égide de um Estado Democrático de Direito. O Estado Democrático, ao reconhecer e buscar assegurar os diferentes valores de uma sociedade pluralista, não pode se olvidar do fato de que pode ser atribuída a uma norma inscrita no bojo de seu texto constitucional significados diversos a depender do contexto em que se coloca.

Em abono dessa tese, invocamos a autoridade de Michel Rosenfeld (2003), que, em seus escritos sobre a identidade do sujeito constitucional, esclarece que, no que toca às Constituições escritas, a identidade constitucional, produto de um processo dinâmico, surge como algo complexo, problemático e incompleto, dada a

possibilidade de sempre ser interpretada e reconstruída, salientando que, do mesmo modo, a matéria constitucional se encontra incompleta e sempre suscetível de maior definição. Neste sentido assevera Rosenfeld (2003) que:

Um texto constitucional escrito é inexoravelmente incompleto e sujeito à múltiplas interpretações plausíveis. Ele é incompleto não somente porque não recobre todas as matérias que ele deveria idealmente contemplar, mas porque, além do mais, ele não é capaz de abordar exaustivamente todas as questões concebíveis que podem ser levantadas a partir das matérias que ele acolhe. Mais ainda, precisamente em razão da incompletude do texto constitucional, as constituições devem permanecer abertas à interpretação; e isso, no mais das vezes, significa estarem abertas às interpretações conflitantes que pareçam igualmente defensáveis. (ROSENFELD, 2003, p. 18).

Assim, para a determinação do conteúdo de tais normas (seu âmbito normativo), aparentemente vagas, imprescindível é a consideração de dados reais.

Vencido o paradigma normativista, próprio do constitucionalismo liberal, impõe-se o reconhecimento de que o Poder Judiciário também possui a função de fazer cumprir os ditames constitucionais por meio da concretização; enfatizando Bonavides (2007a, p. 504) que “toda concretização constitucional é aperfeiçoadora e criativa”.

Conforme ressalta Lenio Streck (1999, p. 38), no âmbito do Estado Democrático de Direito, diante do quadro da omissão dos Poderes Públicos no que toca à realização dos direitos que estão previstos na Lei e na Constituição, a qual tem a função de proteger os direitos já conquistados, o Judiciário “pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representam retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais”. E, mais adiante, escrevendo sobre a hermenêutica jurídico-filosófica, acrescenta o autor (1999):

Desse modo, fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o direito de soslaio, rompendo-se com (um)a *hermé(nêu)tica* jurídica tradicional-objetivamente prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência. Com (ess)a (nova) compreensão hermenêutica do Direito recupera-se 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. A eficácia do texto do dispositivo advirá de um trabalho de adjudicação de sentido, que será feito pelo

hermeneuta intérprete. (STRECK, 1999, p.200).

Parecem-nos oportunas aqui as observações de Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco (2000, p. 133-136) quando dissertam que o Brasil segue a tendência dos sistemas jurídicos democráticos que, buscando superar a concepção de Estado de Direito formal, visam evitar que os direitos fundamentais à pessoa humana quedem como letra morta da Constituição ou que somente ganhem eficácia por meio da atuação do Poder Legislativo, ao dispor sobre a aplicabilidade imediata no § 1º do art. 5º de seu texto constitucional, o qual autoriza que os juízes de direito resolvam os casos sob a sua apreciação, concretizando direitos fundamentais pela via interpretativa, mesmo à falta de comando legislativo.

Imperioso se torna, contudo, discordar de tais autores, acima citado, (2000, p. 145-150) quando sustentam que o princípio da aplicabilidade imediata deve ceder no que toca às normas que dispõem sobre direitos fundamentais de índole social. Segundo o entendimento desses especialistas, a plenitude dos efeitos dessas normas estão a carecer da interposição do legislador e também das conjunturas econômicas do Estado em cada momento histórico, dada a sua densidade normativa baixa, pelo que não podem ser consideradas autoaplicáveis, já que não possuem elementos suficientes para gerar seus efeitos principais. Desta feita, a exigência de satisfação desses direitos seria mediada pela ponderação, que ficaria a cargo do Poder Legislativo, órgão político legitimado pela representação popular, não cabendo ao Judiciário, em princípio. Tal discordância decorre da constatação de que tal entendimento levaria o Poder Público a rotular, como direitos a prestações materiais ou normas constitucionais programáticas, toda norma constitucional incômoda, frustrando as expectativas de uma sociedade que clama por justiça e igualdade social, valores esses já pré-estabelecidos no texto constitucional de um Estado Democrático de Direito que se diz comprometido com a eficácia plena de seus ditames.

Nesse sentido, destaca Müller (2009b, p. 158) que “a democracia exige que sejam respeitados os textos da norma direta ou indiretamente redutíveis a decisões do povo (eleitor), sobretudo, por parte dos órgãos do Estado e dos próprios poderes públicos”.

Dúvidas não restam de que o juiz de direito também possui legitimidade para intervir na formulação das políticas públicas para assegurar a garantia do mínimo existencial (a menor porção necessária para se manter a dignidade humana) através das prestações estatais materiais, sempre que restar constatada a inércia e apatia dos demais poderes. Assim, a parcela mínima, necessária à garantia da dignidade humana, jamais poderá ser esquivada, cabendo ao Judiciário, mediante provocação, corrigir eventuais distorções que atentem contra a razoabilidade e a proporcionalidade, valores que também irão nortear sua atuação, que deve sempre ser pautada na análise das necessidades do jurisdicionado, mas também nas justificativas orçamentárias e no interesse público ou coletivo possivelmente afetado por sua decisão, a qual não prescinde de fundamentação, eis que, como bem ressalta Rosenfeld (2003, p. 45-46), “todas as decisões constitucionalmente significativas produzem algum impacto na identidade constitucional e assim, por isso mesmo, requerem justificação”.

O direito, partindo desse entendimento, não deve ser visto como um sistema formado por textos com sentidos pré-constituídos, devendo a produção do sentido de cada norma jurídica surgir de processo discursivo de interpretação que leve em consideração não apenas a pré-compreensão do interprete, mas, em especial, as peculiaridades do caso concreto.

Nesse diapasão, a proposição de Friedrich Müller (2005a) apresenta grande contribuição para a garantia da concretização e eficácia plena de tais direitos, na medida em que esta, segundo sua proposta, não está a depender apenas do conteúdo do dispositivo da norma que os estabelece; adicionando-se ao teor literal da norma, o qual apresenta diversas possibilidades de compreensão, os dados reais da situação concreta a ser apreciada pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, destacando a importância de tal poder, assevera Adeodato (2002, p. 229) “a norma geral previamente dada não existe, é uma ficção”; o legislador apenas produz o texto legal e não a norma propriamente dita, dependendo esta também da atuação do intérprete, estando o texto legal e a realidade em constante interrelação.

Ao partir dessa premissa, estabelece Müller (2005a, p. 26) que “como a norma é mais do que um enunciado de linguagem que está no papel, a sua aplicação não pode esgotar-se somente na interpretação, na interpretação de um texto”. No caso concreto está a mesma a depender dos dados fornecidos pelo

programa da norma, pelo âmbito na norma e das peculiaridades do fato. Adverte, ainda, o referido filósofo (2005a) para o fato de que:

Não é o teor literal de uma norma (constitucional) que regulamenta um caso jurídico concreto, mas o órgão legislativo, o órgão governamental, o funcionário da administração pública, o tribunal que elaboram, publicam e fundamentam a decisão regulamentadora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação fáctica- sempre conforme o fio condutor da formulação lingüística dessa norma (constitucional) e com outros meios metódicos auxiliares da concretização. (MÜLLER, 2005a, p. 39).

Reconhecendo, pois, que os preceitos da norma não decorrem apenas do seu texto, sendo este apenas o ponto de partida para o processo de sua concretização, esta teoria acaba por viabilizar a efetividade das normas tidas como programáticas, por meio de um processo estruturado, conforme analisado alhures. A eficácia de uma norma não está confinada a um texto de lei, o qual funciona apenas como diretiva e limite da concretização material do direito.

Nesse sentido, relevante é entender que o texto da norma é apenas o ponto, a cabeça do *iceberg*, reconhecendo, assim, juridicidade à integralidade do texto constitucional. Até porque, conforme observa, uma vez mais, Bonavides (2007a, p. 251), “a programaticidade sem juridicidade poderá enfim converter-se formal e materialmente no obstáculo dos obstáculos à edificação constitucional de um verdadeiro Estado de Direito”.

Evidencia, por fim, Bonavides (2007a) que:

A interpretação concretista, por sua flexibilidade, pluralismo e abertura, mantém escancaradas as janelas para o futuro e para as mudanças mediante as quais a Constituição se conserva estável na rota do progresso e das transformações incoercíveis, sem padecer abalos estruturais, como os decorrentes de uma ação revolucionária atualizadora. (BONAVIDES, 2007a, p. 515).

O direito, de fato, não surge de normas abstratas e gerais, mas, sim, como resultado de uma interpretação destas quando da análise das situações práticas; sendo a letra da lei apenas o ponto de partida para a elucidação de seu sentido pelo intérprete, que toma por base uma ordem jurídica embasada na legalidade e na legitimidade do Poder.

Saliente-se, por oportuno, que a teoria estruturante do direito, formulada por Müller (2009b, p. 295-298), vem tendo boa receptividade no Brasil, o que, segundo o

próprio autor se deve à combinação dos seguintes fatores: fracasso histórico do positivismo na prática cotidiana; o fato de os juristas brasileiros serem mais abertos e dispostos a argumentar, bem como conscientes dos problemas gerados pelas condições econômicas e sociais da sociedade brasileira, parecendo adequadamente inquietos com os problemas reais do país; e, ainda, superação da antiga oposição entre “ser” e “dever ser”, que faz com que a realidade seja também uma parte integrante do conteúdo da Constituição.

Diante disso, pugnando pela aplicação de tal concepção, forçoso faz-se a compreensão de que a eficácia de um determinado texto legal não está a depender da programaticidade, ou não, de seu dispositivo, na medida em que se reconhece que a norma jurídica apenas é construída pelo intérprete no decorrer do processo de concretização do direito, tomando por base as peculiaridades do caso a ser solucionado.

A indeterminação dos termos lingüísticos empregados pela norma programática pode, sim, ser superada pela aplicação do processo de concretização que busca um caminho que não desconsidera a realidade e não acredita na possibilidade de existir uma norma pré-existente já capaz de, por si só, resolver sozinha todas as questões constitucionais.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das tantas peculiaridades de um mundo cada vez mais complexo, a nova compreensão da experiência normativa operou grandes transformações nos domínios da hermenêutica jurídica, abandonando os tradicionais métodos e critérios de interpretação que aprisionavam o operador do direito à literalidade da lei, postura adotada em especial pelos adeptos da Escola da Exegese durante a hegemonia do juspositivismo, vigente, sobremaneira, nos Estados Liberais.

O inconformismo com a neutralidade axiológica do referido modelo e a ascensão de novos modelos de Estado (Social e Democrático) trazem a necessidade de uma intervenção legítima dos Poderes Públicos, bem como a preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos, muitos destes, porém, previstos em normas, a princípio, tidas como não autoexecutáveis e denominadas programáticas.

As normas programáticas contêm princípios gerais informadores de toda a ordem jurídica, determinando a realização de fins sociais, através de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social e do bem comum. Apontam os fins e as exigências sociais e são, inquestionavelmente, orientadores axiológicos para a compreensão de nosso sistema jurídico, na medida em que exprimem os valores sob os quais se fundam e de onde busca inspiração a ordem jurídica positiva.

Viu-se, no decorrer deste trabalho, que, como normas de eficácia limitada, as programáticas são aquelas cuja fragilidade mais gera dúvidas quanto à sua eficácia e juridicidade, tendo por vezes negada sua aplicabilidade sob o argumento de que necessitam de complementação legislativa de sentido, ou mesmo da elaboração de políticas públicas mais consistentes.

As referidas disposições são freqüentemente invocadas para configurar a natureza política e ideológica do regime político, o que seria correto se essa invocação não abrigasse a intenção torpe de legitimar a inobservância de algumas disposições constitucionais, configurando tal intento, por vezes, o verdadeiro sentido negativo da constitucionalização simbólica.

Com efeito, defende Marcelo Neves (2007) que é nas chamadas normas programáticas de fins sociais que mais se manifesta a hipertrofia da função simbólica (essencialmente político-ideológica) em detrimento da função jurídico-instrumental (de caráter normativo-jurídico).

Tal enfoque, entretanto, pode ser modificado por meio da aplicação de uma teoria pós-positivista do Direito que reconheça que sua normatividade não resulta de um imperativo dado.

Constatada a insuficiência do positivismo e da interpretação semântica das normas constitucionais, que buscam delimitar de antemão todas as suas potenciais significações, encarando a norma jurídica apenas como texto, estática e abstratamente, tem-se, em meados do século XX, o advento de uma nova hermenêutica, baseada em uma interpretação pragmática, que visa transcender o sentido estático do texto normativo, elucidando o seu significado perante um caso concreto.

A utilização de tal interpretação, realizada argumentativamente, caracterizada pelo seu dinamismo e complexidade, se mostra capaz de resolver a incômoda questão da ineficácia das normas constitucionais ditas programáticas, as quais, em sua maioria, são constituídas por signos linguísticos abertos, semanticamente incompletos, indeterminados e polissêmicos. Parte-se do pressuposto de que não se pode extrair a eficácia de uma norma semanticamente incompleta exclusivamente de seu enunciado, porque o seu texto, isoladamente considerado, não expressa toda a gama de significados que o mesmo pode vir a possuir, estando a determinação desses sentidos delimitado pela realidade na qual a norma irá incidir.

A questão que se coloca é a necessidade de eliminar a ineficácia das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, com o fito de possibilitar a sua concretização prática, através da viabilização de uma interpretação constitucional pós-positivista, que reconheça, no texto da norma legal, apenas um ponto de partida para o importante processo de concretização constitucional, tal como proposto pela teoria metódica estruturante de Friedrich Müller, a qual institui um novo paradigma que estabelece a aplicação do direito como um trabalho refletido. A interpretação, segundo tal concepção, deve ser vista como uma atividade que surge de um processo dialético, sendo a criação judicial do direito um complemento do trabalho do legislador, na medida em que se reconhece que o

sentido e alcance dos textos normativos só se revelam em definitivo, no momento de sua aplicação aos casos concretos.

A metódica pós-positivista apresenta a vantagem de reconhecer a complexidade efetiva da linguagem do direito, bem como seu caráter polissêmico. Por meio de uma dimensão pragmática, a aplicabilidade do direito fica a depender do sentido do texto e também do contexto em que se situa o problema.

Dado o caráter aberto das estruturas de muitos dos preceitos constitucionais, sustenta Müller que as decisões jurídicas não podem mais ser deduzidas em sua totalidade de estruturas lingüísticas, de juízos hipotéticos, dependendo estas da concretização na práxis jurídica, que considera fatores reais e fatores normativos.

A concretização, segundo tal acepção, não é mais tida como um processo que parte apenas da reconstrução da vontade do legislador, sendo a normatividade considerada uma qualidade dinâmica da norma. A concretização do direito, parte, pois, não só das características semânticas da linguagem, sendo co-caracterizada pela pré-compreensão acerca de situações de fato historicamente constituídas, que precede a discussão e solução do caso concreto.

Há o reconhecimento da ocorrência de uma dimensão consuetudinária (biográfica e conceitual) no processo de elaboração da norma jurídica, vez que, mesmo diante do texto legal, também ganha destaque neste a normatividade que se manifesta em decisões práticas, não orientadas linguisticamente apenas pelo texto da norma, mas influenciadas por estudos, comentários, precedentes, bem como por outros textos que transcendem o teor literal da norma. Assim, a tarefa do juiz não é mais entendida como aquela da mera aplicação de normas pré-existentes, cabendo-lhe exercer, decisivamente, um papel essencial na própria determinação da norma aplicável, o que reforça a imprescindibilidade do contexto (fatores extralingüísticos) na decisão judicial.

Tal processo pós-positivista encontra-se diretamente comprometido com o Estado de Direito e com a Democracia, na medida em que reconhece que a normatividade não se justifica em prévias prescrições gerais, como os textos normativos, encontrando nestes o seu limite. A lei não é tida como algo inquestionavelmente pronto; ela não contém normas prontas, mas somente “textos de normas”, sendo a realização e concretização daquela o resultado de um trabalho jurídico consistente num processo realizado no tempo e que toma como parâmetros

questões lingüísticas e fáticas.

Assim, a norma legal só se transforma efetivamente em norma jurídica diante de um caso concreto, isto é, ela não preexiste nos códigos, os quais apenas estabelecem o texto da norma que se constitui em referência para a concretização, ou seja, somente através de uma situação prática é que a norma se destaca e toma importância. Nesse sentido, verifica-se que o jurista também se torna um sujeito do processo de concretização, já que será o mesmo o responsável, de forma racional e fundamentada, pela delimitação do programa e do âmbito da norma.

A aplicação de tal teoria elimina a dependência do legislador ordinário que, travestido de protetor da sociedade, subordina-nos às suas práticas inconsistentes, voltadas para uma minoria elitizada e pouco, ou nada, preocupada com os reais anseios do povo brasileiro e implica no reconhecimento de que a norma jurídica também se constitui por meio da atividade do jurista, a qual deve ser concebida como uma atividade social, que não pode ser resolvida sem as semânticas do texto e do contexto.

Ao mesmo tempo, tem a importância de reconhecer que, como forma de impedir a estagnação do direito, o texto constitucional deve permanecer inacabado, uma vez que se destina a regular as relações sociais que são mutáveis no decorrer do tempo.

Toda interpretação deve ser tida como o produto de uma época, uma vez que, a cada concretização, os textos normativos se ampliam e adquirem sempre novas possibilidades de significado e utilização a depender do contexto ao qual se direciona, o que valoriza o caráter dinâmico do direito, tal como propõe Gadamer (1997), o qual, não se contentando com a busca da intenção do legislador e tomando por base o fato de que é imprescindível a incidência de uma visão lingüístico-pragmática durante o processo de aplicação do direito, haja vista o fato de tratar-se o mesmo de uma ciência social aplicada, critica o positivismo legal, asseverando caber ao interprete o papel de concretizar a lei, sem se olvidar do fato de que a norma jurídica, dotada de generalidade e abstração, sem aplicação à realidade perde seu sentido.

Seguindo essa trilha, busca Müller possibilitar uma leitura capaz não de reproduzir, mas, sim, de atualizar as normas constitucionais, buscando legitimar, o papel dos juízes como agentes fundamentais nesse processo; ressalta, porém, que

a tarefa de concretização não é afeta somente aos juízes e tribunais, embora normalmente partícipes desse processo, mas envolve um conjunto de atores legitimados pela Constituição e que legitimam o processo de decisão, concepção que vai de encontro do que defende Habermas, que, com sua teoria do discurso, utiliza e preconiza a comunicação como meio para interpretação e legitimação do direito.

A aplicação dos ditames constitucionais, enfim, deve surgir de um processo dinâmico de concretização, por meio do qual o intérprete não simplesmente investiga o sentido da norma, mas resolve o problema concreto, completando o espaço normativo deixado pelo legislador constituinte, suprimindo as deficiências do enunciado normativo.

Destaca Müller que a metódica estruturante, a princípio analisada no âmbito alemão, serve também de contribuição para a realidade constitucional brasileira, auxiliando os constitucionalistas brasileiros contemporâneos, engajados pela democracia e pelo Estado de Direito, na busca pela efetividade plena da Constituição.

A metódica estruturante, de fato, ganha destaque não só na Europa, mas também no âmbito nacional, ao objetivar garantir um controle racional das decisões, rejeitar o extremo legalismo e afastar-se do excesso de decisionismo. Fundada nos imperativos legais e na necessidade de argumentação racional, seu método não apresenta uma teoria de aplicação do direito de forma ilimitada, ao contrário, já que deve seguir limites impostos pelo próprio Estado Democrático de Direito, através de seus textos normativos, os quais, conforme afirmado, representam o limite à concretização da norma.

Não se perca de vista que, para a metódica estruturante de Müller, o processo de concretização vai além da interpretação. Em suma, concretizar é interpretar com acréscimo, com criatividade!

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Papagaio, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed. revista e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 419 p.

BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed. revista e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 419 p.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 9, mar.abr.maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C3%87O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>> Acesso em: 29 jan. 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTAR, Eduardo C. B. Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In: BITTAR, Eduardo C. B; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. (Org.). **Direitos humanos fundamentais**: positivação e concretização. Osasco: Edifício, 2006. p.35.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007a.

BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007b.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. **Citação da Constituição é feita assim mesmo?**

BRASIL. Presidência da República Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 20 jan. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm> Acesso em: 20 jan. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm> Acesso em: 20 jan. 2010.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. 1946. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm
Acesso em: 20 jan. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (De 10 De novembro de 1937). 1937. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>
Acesso em: 20 jan. 2011.

BRASIL. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000:** Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. 2000. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10101.htm> Acesso em: 20 jan. 2010.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. 1942. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>> Acesso em: 01 dez. 2010.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010:** Altera a ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. 2010a. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2> Acesso em: 01 dez. 2010.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Lei Complementar nº 135, de 4 de Junho de 2010:** Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. 2010b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp135.htm> Acesso em: 01 dez. 2010.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Lei Complementar nº 64, de 18 de Maio de 1990:** Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. 1990. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp64.htm > Acesso em: 01 dez. 2010.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991:** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. 1991Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm> Acesso em: 01 dez. 2010.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, n. 3, maio, 1999.

CONSTITUIÇÃO. México. 1917. Disponível em: < http://www.oas.org/juridico/mla/en/mex/en_mex-int-text-const.pdf> 20 jan. 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. **Revista do Instituto de Hermenêutica jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 37-44, 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica em debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos.** 4 ed., atual. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998.

DISTRITO FEDERAL. STF, MI 721/DF - Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento: 30 ago./2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 29 nov. 2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo477.htm> > Acesso em: 01 dez. 2010.

DISTRITO FEDERAL. TSE. Acórdão de 10 jun.2001. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, 30 set. 2010. Disponível em: <> Acesso em: 29 jan. 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRARA, Francesco. **Como aplicar e interpretar as leis**. Belo Horizonte: Líder, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva,1988.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método**. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução: Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos; CARVALHO NETTO, Menelick de. **Direito, discurso e democracia**: o princípio jurídico da igualdade e a autocompreensão do Estado democrático de direito. 1998 292f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica jurídica**. Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 195-206, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e Aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1-2.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigação quanto a uma categoria de sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HÄBERLE, Peter. Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo, São Paulo, **Síntese**, n. 13, p. 103. jul./ago./set. 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HILLS, Ken. **A revolução francesa**. 4. ed. São Paulo: Ática, 1994.

HOBSBAWM, Eric. **A revolução francesa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005. p. 11-12.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução á problemática do direito. Tradução de J. Cretella Jr., Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KIRSTE, Stephan. Constituição como início do direito. **Anuário dos Cursos de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco**, Pernambuco, n. 13, p. 111-165, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Hermenêutica e direito**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Narrafate. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: forense, 2003.

MENDES, Antônio Celso. **Direito: linguagem e estrutura simbólica**. Curitiba: Champagnat, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília jurídica, 2000.

MERQUIOR, José Guilherme. **O argumento liberal**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

MINAS GERAIS. Tribunal Justiça. Processo: 1.0460.07.029145-1/001(1) Rel. Maria Elza. Data do Julgamento: 26 jun. 2008. Data da Publicação: 10 jul. 2008. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaprocessos=10460070291451001
<
> Acesso em: 01 dez. 2010.

MINAS GERAIS. STF, HC 73662 / MG - Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento: 21 maio 1996; Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo27.htm> > Acesso em: 01 dez. 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MÜLLER, Friedrich. Dez propostas para a reforma do judiciário da República Federativa do Brasil. Trad. Peter Naumann. **Revista do Instituto de Hermenêutica jurídica**. Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 27-36, 2005b.

MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem e violência**: elementos de uma teoria constitucional, I. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. 3. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005a.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed. Trad. Peter Naumann e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009b.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** a questão fundamental da democracia. 3. ed. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 2. ed. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009a.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito. In: GRAU, Eros; GUERRA FILHO, Willis S. (Org.). **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 356-376.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico**: pragmática na filosofia contemporânea. São Paulo, Loyola, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 208p. (Primeiras linhas ; 3)

PERELMAN, Chaim. **Retóricas**. Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIO GRANDE DO SUL STF. RE-Agr 393175 / RS - Ag.Reg. no Recurso Extraordinário - Rel. Min. Celso de Mello Julgamento: 12/ dez.2006 Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJ 02 fev. 2007 PP-00140. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo414.htm>>
> Acesso em: 01 dez. 2010.

ROZICKI, Cristiane. Alguns aspectos da legitimidade normativa de um poder constituinte . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=91>>. Acesso em: 01 abr. 2010.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Crise e desafios da constituição**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício

da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Kelly Susane **Alfen** da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007.

SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias**. 1998. 308f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.