



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO**

ANTÔNIO SOARES SILVA JÚNIOR

**HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONCRETISTA SOB O PARADIGMA DO
ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO**

Maceió, Alagoas

2008

ANTÔNIO SOARES SILVA JÚNIOR

**HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONCRETISTA SOB O PARADIGMA DO
ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientadora: Professora Doutora Maria da Graça Marques Gurgel

Maceió, Alagoas

2008

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE

S586h Silva Júnior, Antônio Soares
Hermenêutica constitucional concretista sob o paradigma do estado democrático brasileiro / Antônio Soares Silva Júnior. – Maceió, 2008.
110 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas, 2008.

Orientadora: Prof^a. Dra. Maria da Graça Marques Gurgel

1. Direito. 2. Hermenêutica constitucional. 3. Direitos fundamentais. I. Título.

CDU 342

ANTÔNIO SOARES SILVA JÚNIOR

**HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONCRETISTA SOB O PARADIGMA
DO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL,
como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Professora Doutora Maria da Graça Marques
Gurgel

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro,
submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Andreas Joachim Krell (UFAL)

Julgamento: Aprovado Assinatura: 

Prof. Dr. George Sarmiento (UFAL)

Julgamento: Aprovado Assinatura: 

Prof. Dr. Fredys Orlando Sorto (UFPB)

Julgamento: Aprovado Assinatura: 

Menção Geral: Aprovado

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior.

Maceió, 29 de Agosto de 2008.

TERMO DE APROVAÇÃO

ANTÔNIO SOARES SILVA JÚNIOR

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONCRETISTA SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

Dissertação aprovada pela Banca Examinadora como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas – UFAL.

Área de Concentração do Curso: Fundamentos Constitucionais dos Direitos.

Linha de Pesquisa: Transformações do Direito.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof^ª. Dra. Graça Gurgel
Faculdade de Direito de Alagoas/UFAL

Maceió/AL, abril de 2008.

À minha amada esposa Elizabeth e aos meus pais e irmãos

AGRADECIMENTOS

Todos aqueles que trilham uma longa jornada sabem que as marcas do esforço despendido refletem não só em nós mesmos como naqueles que nos amam, pois neles nos apoiamos física e emocionalmente nos momentos difíceis. Mas ao final dessa jornada, o êxtase da vitória não nos deixa esquecer tais momentos e, por isso, agradecemos.

Minha jornada pessoal foi marcada pelas constantes viagens entre Aracaju e Maceió e essa situação um tanto quanto específica me fez “devedor de gratidão” de diversas pessoas que me apoiaram lá e cá.

Agradeço, primeiramente, a Deus pela possibilidade de chegar com saúde e sanidade a este momento.

Minha esposa Elizabeth foi, sem dúvida, quem mais sofreu a ausência, mas foi também de onde partiu o maior apoio, tanto à idéia de participar da seleção inicial ao Mestrado da Universidade Federal de Alagoas, quanto a perseverar na busca desse sonho acadêmico, pois por algumas vezes, confesso, pensei em desistir no meio do caminho. Se não fosse por ela, esse momento não seria possível. Te amo muito.

Aos meus pais (Antônio e Jaíra) devo gratidão às preces por uma viagem segura nas madrugadas sobre o asfalto frio da BR101 e pela condução de minha educação por toda a minha vida.

Meus irmãos (Jairo, Marianne e Maria) tiveram um papel não menos importante nesse caminho, pois neles encontrei o suporte para viajar sem maiores preocupações. Jairo sempre esteve à minha disposição na condução à rodoviária de Aracaju em um horário nada convencional, enquanto Marianne e Maria faziam companhia à minha medrosa esposa.

Em Alagoas, encontrei aqueles que me acolheram em sua terra com total solicitude e desprendimento. Deixo aqui meu agradecimento a todos os colegas da 2ª Turma do Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Sergipe, em especial a Henrique e Kleidson, que sempre se colocaram à disposição quando se fez necessário eu ficar mais de um dia em Maceió. Também aos amigos Adriano, Marcos e Daniele, que sempre se mostraram dispostos a trocar experiências proveitosas a minha dissertação.

Também minha gratidão a Giovanna Codá, secretária e amiga do mestrado, a quem nós (alunos) recorremos sempre que algo relacionado à administração do curso nos afligia.

Meu agradecimento à minha orientadora, Dra. Graça Gurgel, exemplo de dedicação e profissionalismo, a quem devo a formatação do presente trabalho e boa parte das idéias aqui desenvolvidas.

Aos demais professores do Mestrado, que, de qualquer forma, contribuíram para o meu aperfeiçoamento acadêmico, em especial aos professores Andreas Krell, pelo ensinamento diário, pelas palavras de apoio e pela dedicação incansável aos alunos e à Academia, e George Sarmento, pelas dicas no desenvolvimento do presente trabalho e apoio nas iniciativas dos discentes.

Enfim, espero que o fim dessa jornada não signifique deixar para trás o que aprendemos nem os amigos que fizemos e que possamos, um dia, nos

encontrar no desenvolvimento posterior de nossa vida acadêmica. Deixo aqui um muito obrigado de um sergipano que se sente um pouco mais alagoano.

RESUMO

A presente dissertação pretende analisar as possibilidades de adoção de uma teoria interpretativa voltada à concretização (realização) dos direitos fundamentais no Estado Democrático Brasileiro. A pesquisa levou em consideração as contribuições de importantes autores na formação de uma consciência hermenêutica do Direito voltada à aproximação e comunicação entre o *dever-ser* normativo com o *ser* da realidade social, promovendo o desenvolvimento de uma perspectiva pluralista da sociedade e da própria atividade jurisdicional. A forma de abordagem ocorre sob o prisma do contexto de uma sociedade complexa e plural no qual se insere a figura do intérprete oficial e suas dificuldades na busca pela decisão mais justa ao caso concreto. Nesse caminho, procura-se afastar alguns mitos da realização democrática dos direitos fundamentais no Brasil e ainda conformar outros deles à teoria delineada no trabalho, dando os contornos principais de uma atividade interpretativa viável ao julgador mesmo em cenário social, à primeira vista, desfavorável.

Palavras-Chave: Hermenêutica, Constituição, concretização, Direitos Fundamentais, Democracia, Estado Democrático, Interpretação, Neoconstitucionalismo, Jurisdição Constitucional, Direitos Sociais.

ABSTRACT

This dissertation intends to analyze alternatives in adopting an interpretative theory targeting actual fundamental rights exercise in Brazilian democratic State. This research considered contributions from key authors in developing a Law's hermeneutical perception which objective is to shorten distance and improve communication between the law's *must be* and the *be* from social reality, promoting the development of a society regarding a diversity perspective in addition to the jurisdictional activity itself. Approach taken is in view of perspective of a diverse and complex society in which the official interpreter participates and the difficulties in deciding for each actual case. Furthermore, seeks uncovering some myths related to Brazilian fundamental rights exercise while confirming others in accordance with the theories herein, providing a general framework for a feasible interpretative activity by the judging part within an at the a first assessment unfavorable social scenario.

Keywords: Hermeneutics, Constitution, completion, Fundamental Rights, Democracy, Democratic State, Interpretation, Neoconstitucionalismo, Constitutional Jurisdiction, Social Rights.

Hermenêutica Constitucional Concretista sob o Paradigma do Estado Democrático Brasileiro

Introdução	12
I - Noções Fundamentais que definem uma Hermenêutica verdadeiramente Concretista	16
II - Um Novo Constitucionalismo para o desenvolvimento de uma Ciência Hermenêutica do Direito	31
III - O Caráter Democrático do Sistema Constitucional Contemporâneo e a Interpretação Constitucional na Sociedade Aberta.....	47
IV - Desafios de uma Hermenêutica Constitucional (Pluralista) adequada aos Países Periféricos	72
Conclusão	115
Referências Bibliográficas	119

Introdução

As linhas que se seguem se propõem a avaliar as condições de aplicabilidade da Teoria Concretista (de concretização de normas de direitos fundamentais), sob o enfoque hermenêutico desenvolvido por Peter Häberle, na realidade constitucional brasileira. Isso porque uma efetiva concretização da Constituição brasileira naquilo que lhe é fundamental – o que se chamará de núcleo essencial político ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais – tem a obrigação de estruturar, previamente, uma teoria constitucional adequada a essa realidade.

Daí socorrer-se, este pesquisador, de teorias materiais da Constituição e abordagens específicas da interpretação em um sistema aberto que justifiquem a conformação de uma “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição” também em *terra brasilis*, com as possibilidades jurídicas que se encontram à disposição do intérprete oficial.

A menção reiterada a um método tópico-problemático desenvolvido a partir da teoria häberliana surge de uma observação do autor acerca da essência da tese desenvolvida por esse professor e nisto é corroborado pela doutrina especializada, tendo em vista a compreensão de uma visão dialética/democrática (e não meramente apodítica) da interpretação jurídica por ele empreendida. Isso porque, adotando-se a tese Häberliana, é forçoso integralizar, à luz do princípio democrático, todas as manifestações advindas do embate social promovido pela opinião pública como “preposições opináveis”¹ dentre as demais opiniões tradicionalmente aceitas (argumento de autoridade, interpretação legítima, resoluções e súmulas dos Tribunais) para fins de concretização da norma jurídica, o que só seria possível a partir de uma técnica orientada à solução do caso concreto, tarefa essa afeita à Tópica e impensada através dos cânones hermenêuticos clássicos.

A problemática do tema reside na resistência injustificada a adoção da tese häberliana pela maioria da doutrina jurídica nacional, com base em críticas de ordem estrutural, muitas das quais sem qualquer conteúdo empírico, mas que, apesar disso, ingressam no discurso jurídico como verdades absolutas, quais sejam:

¹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência – uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos**. Tradução da 5ed. alemã, rev. e amp., de Professora Kelly Suzane Alflen da Silva, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008, pág. 23.

- a) a inexistência de uma consciência cidadã da população brasileira impossibilita a formação de uma opinião pública que seja útil ao intérprete constitucional;²
- b) Uma evidente insuficiência de recursos para a persecução dos objetivos principais da Constituição Brasileira e para atender aos interesses cada vez maiores da grande massa pobre e desvalida, principalmente em se tratando de direitos fundamentais sociais³;
- c) A aparente apatia quanto à realização de uma Democracia Participativa no Brasil impede o desenvolvimento de um raciocínio em torno da formação de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição⁴.

Esta dissertação procura provar que tais opiniões ou se constituem em falsas premissas, ou não impedem a realização de uma interpretação, a seu modo, democrática, segundo a realidade nacional brasileira. Diz-se isso pelo fato de que o presente trabalho não olvida o fato de que a obra de Häberle não expressa quais os meios (procedimentais) de que dispõe a jurisdição constitucional local para democratizar o processo interpretativo⁵ e promover uma interpretação pluralista, mas, de qualquer forma, entende que essa é a tarefa fundamental da doutrina nacional em qualquer Estado Democrático, e é ao que se propõe este trabalho científico, adequando o raciocínio pluralista de Häberle à estrutura política e ao procedimento judicial brasileiros

Trata-se, nesse contexto, de um estudo verdadeiramente hermenêutico, sob o prisma do princípio democrático inserto no artigo 1º de nossa Carta Magna mas ainda negligenciado pelos aplicadores do direito em geral. Sendo assim, empreender-se-á uma análise a partir de uma abertura interpretativa sustentada por princípios de democracia participativa constantes da Constituição de 1988 e da sociedade aberta na qual vivemos.

Ver-se-á que o cenário jurídico nacional, constituído em razão de anos de “fechamento” da sociedade brasileira, se desnatura na medida em que avançamos no desenvolvimento de institutos jurídicos e políticos que privilegiam a participação popular no processo decisório nacional, dando subsídios à quebra do monopólio do Estado no

² Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 516.

³ Cf. BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 109.

⁴ Cf. AMARAL, Rafael Caiado. **Peter Häberle e a Hermenêutica Constitucional – alcance doutrinário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, pág. 171-175.

⁵ HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. **Jurisdição Constitucional Aberta: reflexão sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais Alemã e Norte-americana**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007, pág. 121.

“preenchimento” de sentido das normas de direitos fundamentais, em especial na apreciação dos denominados *hard cases*.

Através da análise desse movimento silencioso em favor de uma abertura interpretativa da Constituição, será possível a este pesquisador avaliar o grau de abertura da Constituição brasileira e as condições necessárias para a democratização do processo interpretativo.

Ter-se-á, dessa forma, uma nova visão do Direito nacional, em que a legitimação das decisões políticas e judiciais não mais estaria relacionada a instrumentos de força impositiva⁶, mas sim, a mecanismos de participação ativa da população e dos seus representantes nos debates acerca de temas de interesse coletivo, contribuindo para a construção de uma interpretação mais consentânea com as características locais.

O trabalho está dividido em quatro capítulos. O primeiro trata do desenvolvimento conceitual da Hermenêutica Jurídica e do Constitucionalismo contemporâneo, findo o qual será possível afirmar que, nos dias atuais, o Direito se constitui em verdadeira ciência hermenêutica, justificando-se falar na Hermenêutica Constitucional como condição de existência de qualquer Estado Democrático de Direito.

O segundo capítulo procura inserir essa nova visão hermenêutica do Direito no movimento doutrinário denominado de “Neoconstitucionalismo”, fundamentando, através de suas características comuns, uma mudança de paradigma interpretativo da Constituição do Estado Democrático e do papel do intérprete nesse processo.

O terceiro Capítulo se destina à fundamentação acerca do Estado Democrático como paradigma de uma Hermenêutica Constitucional Concretista, superando a visão meramente política e representativa da Democracia para internalizá-la como condição jurídica essencial de legitimidade das decisões que envolvam direitos fundamentais do Estado⁷. É neste capítulo que se trata dos pressupostos do raciocínio da abertura interpretativa promovida por Häberle, através do que ele denominou de pensamento pluralista ou possibilista da interpretação da Constituição. Trata-se da adoção de um viés eminentemente pragmático, que admite *a relevância da esfera pública pluralista na construção dos sentidos*

⁶ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica**. 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 105-106.

⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa – por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, pág. 25.

*dos textos constitucionais*⁸ com a utilização de mecanismos procedimentais de internalização desta mesma esfera pública no exercício interpretativo, sem olvidar a importância do papel de intermediação do intérprete oficial na preservação dos valores constitucionais e, em consequência, do conteúdo material da Constituição de 1988.

O Quarto Capítulo analisa as tentativas de se estabelecer métodos (uso alternativo do direito e a adoção de um mínimo existencial previamente estabelecido) de concretização dos direitos fundamentais a partir da realidade nacional brasileira. Provar-se-á que essas tentativas tiveram premissas ou equivocadas ou que não se aplicam à realidade constitucional atual brasileira, sendo necessário o desenvolvimento de uma teoria constitucional adequada à natureza hermenêutica da Ciência do Direito e à conformação democrática de nossa sociedade. Este capítulo procura analisar as potencialidades de uma teoria material da Constituição brasileira com as condições e mecanismos que são postos à disposição do intérprete para o cumprimento da tarefa de concretização de direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais.

As conclusões que se pretendem obter giram em torno da plena aceitação de uma abertura interpretativa da Constituição Brasileira a partir da adoção de uma teoria material adequada à sua realidade com os mecanismos jurídicos que já são postos à disposição do julgador.

⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. Trad. do autor. São Paulo: Martins Fontes: 2006, pág. 213.

I - Noções Fundamentais que definem uma Hermenêutica verdadeiramente Concretista

A aparente amplitude do tema exige deste trabalho um esforço prévio de conceituação de alguns termos que se repetirão no desenvolvimento do tema, principalmente pelo fato de não haver uma uniformidade no emprego de alguns desses por parte da doutrina nacional e, por vezes, confundem-se muitos de seus aspectos teóricos. A esse serviço se presta o presente capítulo, no qual restarão resolvidas eventuais dúvidas relacionadas ao fio condutor do raciocínio empreendido nas linhas seguintes.

A Hermenêutica Jurídica atual passou por profundas mudanças no tocante à relação entre o intérprete e o seu objeto de análise, fruto de uma contribuição importante da Hermenêutica Filosófica, principalmente após os estudos de Hans Georg Gadamer, que reconheceu, de forma decisiva, a pessoa do intérprete como fator determinante na interpretação, possibilitando à doutrina jurídica a consolidação do entendimento de que o intérprete empresta suas impressões adquiridas no passado (*pré-conceitos*) na aplicação da norma ao caso presente (*concretização*).

A Hermenêutica desenvolvida por Gadamer, portanto, ganha elevado prestígio na medida em que o próprio Direito abandona a idéia de certeza da investigação científica e admite-se inserto na complexidade de uma ciência social com referência a valores⁹, muitas das vezes (ou quase sempre) sem conteúdo de definitividade, encerrando com a noção de uma verdade absoluta¹⁰ antes apregoada pelo historicismo. É de Gadamer a contribuição para a conjugação de fatores centrais a toda a atividade hermenêutica, quais sejam, a *experiência*, a *compreensão*, a *historicidade* e a *lingüística*¹¹.

A passagem de uma hermenêutica meramente descritiva, em que se procurava distinguir as estruturas essenciais e universais da vida humana, para uma hermenêutica voltada à compreensão do mundo pelo *ser* que o interpreta enquanto *filosofia prática*, conduz uma evolução paralela do Direito, este tomado como norma individual, posto que só se realiza (e tem força obrigatória) quando aplicado em uma situação concreta.

⁹ “As ciências do espírito fazem mais parte do saber moral. São ciências morais. Seu objeto é o homem e o que este sabe de si mesmo.” (GADAMER, Hans George. Verdad y Método, vol. I., pág. 386)

¹⁰ Cf. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação – uma contribuição ao Estudo do Direito**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pág. 15.

¹¹ BITTAR, Carlos Eduardo. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a hermenêutica jurídica *in* BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUES, José Rodrigo (orgs.). **Hermenêutica Plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes ed., 2005, pág. 200.

Exsurge, dessa forma, a busca por uma verdade advinda de um convencimento (persuasão) racional, que não se pretende uma verdade absoluta.

A Hermenêutica Filosófica preenche o espaço entre o intérprete e o objeto de conhecimento através da teoria de Gadamer, que põe fim a neutralidade do método de investigação das ciências do espírito incorporando ao processo interpretativo um momento de pré-compreensão carregado de conceitos estabelecidos previamente (pré-conceitos), trazendo para o presente a experiência de mundo do intérprete, constituindo uma instância ética no processo interpretativo.

Acontece que Gadamer concebe a atividade interpretativa como inerente ao *ser-no-mundo* (atividade a qual ele não pode se desvencilhar), trazendo consigo e incorporando ao objeto de conhecimento sua *compreensão-de-mundo*. Esta compreensão ocorre a partir de *pré-conceitos* que são geridos no passado, mas que, mesmo involuntariamente, participam da interação do *ser* com o *mundo* o qual *con-vive*. Ou seja, estabelece-se na forma de um círculo hermenêutico como uma relação recíproca de significado do texto a ser compreendido e da própria compreensão do intérprete, em outras palavras:

Através da pré-compreensão, que guia a interpretação do texto, cada interpretação de um texto é, simultaneamente, aplicação ao actual estado de consciência do intérprete. Deste modo, torna-se nítido por que razão, em Gadamer, o círculo hermenêutico é entendido como uma interpretação entre aquilo que é carregado para o texto pela tradição e aquilo que é trazido pelo intérprete. A pré-compreensão do intérprete faz com que, no processo de compreensão, o texto se transforma sucessivamente num texto diferente. Em sentido inverso, o texto modifica as concepções do intérprete.¹²

A utilização da idéia de *pré-conceito*, como adverte Eduardo Bittar, Gadamer “*não o faz no sentido pejorativo, mas sim no sentido fenomenológico de conceito formado previamente, de algo que constitui e determina todas as estruturas do conhecimento.*”¹³

O Direito aproveitou a teoria de Gadamer para embasar a crítica ao historicismo, que defendia um conjunto de verdades permanentes. Esse fenômeno reflexivo advém, conforme demonstrar-se-á mais à frente, da passagem de uma sociedade primitiva

¹² SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica in KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pág. 383-384.

¹³ BITTAR, Eduardo C. B. **Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica**. In *Hermenêutica Plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. Orgs. Carlos Eduardo de Abreu Boucault, José Rodrigo Rodrigues. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes. 2005. pág. 184.

para uma sociedade moderna, em que as instituições sociais, a todo momento, são postas à prova e se submetem a reflexões em torno de seu significado e de sua importância na persecução dos fins almejados pelo Estado. Nesse passo, apropria-se, o Direito, do conceito de *tradição* e de *consciência histórica*, em que o passado, sob a forma de *tradição*, sofre os influxos do contexto em que se insere o intérprete em sua *consciência histórica*, sendo objeto de crítica constante. Em sua obra “O problema da consciência histórica”, Gadamer afirma: “*Entendemos por consciência histórica o privilégio do homem moderno de ter plena consciência da historicidade de todo o presente e da relatividade de toda opinião*”.¹⁴

Esse rompimento com os dogmas absolutos de uma sociedade primitiva, ou fechada, é marca de nossa sociedade atual e constitui a sociedade aberta a que se refere a presente dissertação, ou, em palavras do autor:

A vida moderna começa a se recusar a seguir ingenuamente uma tradição ou um conjunto de verdades aceitas tradicionalmente. A consciência moderna assume – precisamente como consciência histórica – uma posição reflexiva com relação a tudo o que lhe é transmitido pela tradição. A consciência histórica já não escuta beatificamente a voz que lhe chega do passado, mas, ao refletir sobre a mesma, recoloca-a no contexto em que ela se originou, a fim de ver o significado e o valor relativos que lhe são próprios. Esse comportamento reflexivo diante da tradição chama-se interpretação.¹⁵

Através da linguagem, são transmitidas, a partir da tradição, as possibilidades de sentido do texto normativo, porém, somente após sua contextualização crítica é possível se alcançar uma mediação entre a tradição e a consciência histórica, fazendo prevalecer ou o sentido transmitido pela história ou aquele advindo da experiência obtida com a análise reflexiva da tradição, isto porque:

O direito, como as demais ciências do espírito corresponde a um acontecer, que cabe ser interpretado segundo os valores que comandam a sua ação, tanto interna quanto externamente. Internamente seria a própria *ratio legis* e, externamente, a inserção histórica do intérprete, se é que ambas as posições podem vir desassociadas. A existência do Direito conforma-se, assim, a uma tradição cultural determinada, mas que não pode ser encarada sob uma perspectiva reducionista, uma vez que admite valores universais válidos também para outras épocas e outros lugares.¹⁶

¹⁴ GADAMER, Hans Georg. FRUCHON, Pierre (org.) **O problema da Consciência Histórica**. Tradução Paulo César Duque Estrada. 3ª edição. Rio de Janeiro: FGV Editora. 2006. pág. 17.

¹⁵ Idem, pág. 18-9.

¹⁶ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação – uma contribuição ao Estudo do Direito**. 3ª edição rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. pág. 20.

O Direito, portanto, segundo a teoria de Gadamer, deve ser compreendido segundo sua existência concreta, revelando-se enquanto objeto interpretado e aplicado, sem olvidar sua carga valorativa existente, não apenas no momento da criação da norma geral, mas, sobretudo, no momento de sua aplicação ao caso concreto.

Esse Direito advindo do processo de aplicação da norma geral necessita de definição dos contornos da atuação do intérprete, notoriamente em nível constitucional, haja vista que, como veremos adiante, é a Constituição o repositório privilegiado dos aspectos éticos presentes na sociedade, merecendo, portanto, destaque.

Dentro dessa necessidade de destaque está a adjetivação empregada no presente trabalho à Hermenêutica Constitucional, que se reputa Concretista. “Concretizar” é, em linguagem comum, tornar sólido, concreto, fisicamente sensível ao ser humano. O objeto a ser concretizado, portanto deve ser lânguido, volátil, incerto, ambíguo ou que não seja distinguível ou perceptível de imediato.

Ao conceber-se tal conceito em âmbito jurídico, a fim de não descambar para uma infinidade de concepções, torna-se necessária uma delimitação epistemológica que proporcione ao leitor ater-se à real dimensão do conceito. Trata-se de um termo que deve levar em consideração a natureza discursiva do Direito e, portanto, deve estar relacionado a um instituto jurídico vago ou ambíguo que necessite de uma delimitação da compreensão dentro do discurso jurídico ou do problema concreto a ser resolvido. A concretização, portanto, se constitui na aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto, estando tal atividade vinculada tanto ao problema concreto quanto à prévia compreensão (pré-compreensão) que o intérprete tem sobre o problema¹⁷. Trata-se de preenchimento criativo¹⁸ de conteúdo de significado de objeto que necessita de conformação à realidade.

Tem-se assim que Hermenêutica Concretista é o estudo dos meios de enfrentamento da tarefa de concretizar determinado objeto jurídico (texto de norma) que necessite de conteúdo de significado, possibilitando que este significado empregado adentre coerentemente no discurso jurídico e, em consequência, possibilite uma resposta também coerente ao caso concreto. Convém ressaltar que se compreende “Hermenêutica” assim como o faz Friedrich Muller, não como regras de aplicação geral a todos casos, mas sim como enfrentamento das condições de fato essenciais à aplicação do direito, segundo os limites

¹⁷ HESSE, Konrad, **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Da 20ª ed. alemã por Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, pág. 61.

¹⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Trad. Juan Pagés e Ignacio Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993, pág. 126.

normativos presentes tanto no texto da norma, como no conteúdo essencial político da Constituição, unindo-se, dessa forma, a dogmática jurídica ao conteúdo valorativo-legitimante do direito, ou seja:

“Hermenêutica” não se entende aqui como problemática geral da interpretação, senão como um conceito técnico no sentido de um exame das condições essenciais a partir das quais se realiza a interpretação jurídica; como teoria dos requisitos da metodologia e dogmática jurídicas, tendo sempre presente o papel que desempenha a realidade normatizada em relação ao conteúdo de validade que há na norma jurídica. Não se trata, portanto, de apresentar uma teoria ou metodologia tematicamente exaustiva da jurisprudência, senão de oferecer um estudo de uma de suas situações de fato fundamentais.¹⁹

É nesse momento que se vislumbra o viés hermenêutico do presente trabalho, que não está afeito à construção ou descrição de métodos de trabalho (tarefa essa deixada às teorias argumentativas, sendo estas últimas imprescindíveis, é verdade, à hermenêutica jurídica, mas que não se confunde com ela), mas, isto sim, voltado à análise das condições sociais, econômicas, políticas e jurídicas em que acontece a interpretação no Estado Democrático Brasileiro, ao que se quer fazer perceber que

...não está certa a opinião amplamente difundida de que a hermenêutica é um método entre outros métodos. É certo que ela tem funções metodológicas, especialmente nas ciências da compreensão. Todavia, na sua essência, a hermenêutica não é um método, mas sim é filosofia transcendental. (...) Ela é filosofia transcendental no sentido de que indica as condições gerais de possibilidade da compreensão de sentido. Enquanto tal, não prescreve nenhum método. Apenas diz, sob que pressupostos, se pode compreender algo no seu sentido.²⁰

Daí afirmar-se o distanciamento epistemológico do presente tema das teorias argumentativas, a quem compete estudar as condições de realização (aplicação prática) das condições essenciais de fato aqui estudadas.

Ao objeto jurídico que necessita da intervenção hermenêutica na consubstanciação de seu sentido denominam-se “princípios jurídicos”, categorização bastante específica das normas de direitos fundamentais, sendo caracterizada pelo seu conteúdo nitidamente aberto que, portanto, necessita da interpretação para preenchimento de sentido no

¹⁹ MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. Vários tradutores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 18.

²⁰ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pág. 67.

caso concreto. Observe-se, a defesa por condições especiais de interpretação perante as normas de direitos fundamentais, consolidadas na Constituição, se deve ao caráter principiológico e a natureza política que nelas reside²¹.

A escolha da denominação adotada às normas de direitos fundamentais pretende excluir da apreciação do objeto do presente trabalho as, assim denominadas, regras.

Abro aqui parênteses para estruturar essa definição, que me parece necessária neste momento, vez que é a partir dela que se justificam os métodos da Hermenêutica Concretista.

Diversas tentativas de distinção foram empreendidas pelos juristas que se aventuraram em discutir o tema, sendo as mais simplórias aquelas que procuraram distinguir as regras dos princípios em razão de sua generalidade. Nesse sentido é o pensamento de Norberto Bobbio, que aplica curioso, mas acertado do ponto de vista lógico, entendimento anterior desenvolvido por Crisafulli:

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. (...) Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta tese é também sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para o qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso.²²

A questão realmente começou a ser abordada com maior precisão na obra de Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, que pretendeu empreender uma distinção também de natureza lógica, a partir da aplicação das regras ou dos princípios ao caso concreto. Segundo o autor: “As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”²³, ou seja, ou a regra se aplica ao caso concreto e exclui as demais, ou não se aplica e abre margem a outra regra que a discipline exclusivamente. Duas regras que tratem da mesma situação com resultados diversos não podem coexistir em um mesmo ordenamento, salvo se essa antinomia

²¹ LIMA, Francisco Meton Marques de. **O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como “ser-moralmente-melhor”**. Fortaleza: ABC Editora, 2001, pág. 305.

²² BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10^a. ed. Tradução Maria Celeste C. J Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, pág. 158-159.

²³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pág. 39.

se resolva por critérios hermenêuticos pré-estabelecidos (lei posterior revoga anterior, lei especial prefere à lei geral, lei constitucional invalida lei infra-constitucional, etc.) ou pela inclusão de uma exceção à regra, que pode ter por base uma outra regra que determine um resultado diferente ou a aplicação de um princípios que se mostre mais importante em certas circunstâncias que a adoção da regra, sem, necessariamente, invalidá-la²⁴.

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual das delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras.²⁵

Já os princípios jurídicos não se excluem, o que denota que dois princípios jurídicos válidos podem incidir sobre o mesmo caso concreto, sem que a solução deste signifique que um dos dois princípios seja, em verdade, inválido. Isso ocorre porque os princípios guardam uma dimensão de peso ou importância, onde o aplicador deve ponderar a força relativa de cada um no momento de sua aplicação. Além disso o princípio:

(...) enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas ainda assim necessita de uma decisão particular (...) Pode haver outros princípios ou políticas que argumentem em outra direção (...). Se assim for, nosso princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico, pois, em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, o princípio poderá ser decisivo²⁶

Robert Alexy trata a matéria sob um prisma qualitativo, defendendo a idéia de um critério de distinção preciso entre regras e princípios, por ele denominada de *lei de colisão*. Segundo ele os princípios são “*normas que ordenam que algo sea realizado em la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*”²⁷, e constrói, a partir dessa definição, a idéia dos princípios enquanto *mandatos de otimização*, que podem

²⁴ Cumpre aqui uma explicação um pouco mais pormenorizada desta exceção. Acontece que uma regra pode ser abalizada por um princípio válido (ou conjunto deles), sendo que, em determinadas situações, um outro conjunto de princípios pode indicar a necessidade de um resultado diverso daquele determinado pela regra, o que só se resolverá, segundo Dworkin, pela ponderação dos princípios em conflito (aqueles que abalizaram a regra e os que ora se dirigem à solução do caso concreto). Acontece que, após a solução deste conflito de princípios, pode-se estabelecer uma exceção à regra que terá por fundamento este conflito apresentado no caso concreto. Em nenhuma das hipóteses, porém, haverá a invalidação da regra.

²⁵ Idem, pág. 43.

²⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pág. 41-42.

²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pág. 86.

ser cumpridos em diferentes graus, com limitações reais e jurídicas. As regras não têm essa característica, competindo ao aplicador cumpri-las na forma determinada ou não.

Segundo Alexy, o conflito de regras só pode ser solucionado ou pela invalidade de uma das regras (segundo os critérios hermenêuticos já mencionados) ou pela inclusão de uma cláusula de exceção.

Já em relação aos princípios, apresentando como solução da colisão de princípios a idéia de peso ou importância, senão vejamos:

Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.²⁸

A situação começa a se apartar da teoria de Dworkin a partir da solução dada ao problema da colisão de princípios e regras, que segundo Alexy, origina, estruturalmente, uma *lei de colisão* que expressa toda e qualquer relação de colisão de princípios.

Para Alexy a solução da colisão de princípios deve se expressar de forma que descreva uma relação de precedência condicionada, onde, sob determinadas condições, se estabeleça uma regra em que o resultado de um princípio se sobreponha ao resultado de outro sempre que essa condição se repetir. A formulação lógica da relação de precedência, portanto, é: $(P_1 \text{ P } P_2) \text{ C}$, onde P_1 e P_2 são princípios colidentes e C as condições sob as quais um princípio precede a outro.

A relação entre os princípios colidentes e as circunstâncias sob as quais um precede ao outro cria, portanto, uma regra que determina uma consequência jurídica válida R para o caso concreto, que pode ser expressa na forma da lei de colisão: $C \rightarrow R$.

Por outro lado, a lei de colisão dos princípios, ao criar uma regra proposicional para o caso concreto em âmbito de direitos fundamentais, define, também, um resultado que expressa uma norma de direito fundamental que não foi diretamente estatuída pela Constituição, daí poder afirmar que a lei de colisão, que resolve uma colisão de princípios de direito fundamental, expressa uma norma de direito fundamental acessória (*adscrita*).

A contribuição dessa distinção entre regras e princípios à Hermenêutica Jurídica é considerável, haja vista que permitiu afirmar ser possível a convivência harmônica

²⁸ Idem, *Ibidem*, pág. 89.

entre os métodos interpretativos positivistas, dirigidos às regras, e a Hermenêutica Jurídica voltada à instância ética da interpretação, sobre a qual se debruça o presente trabalho, definindo as formas de abordagem mais adequadas a realidade dos princípios.

Enfim, restou assentado na pós-modernidade jurídica, o assento da distinção entre regras e princípios, sem contudo, retirar-lhes o caráter normativo. Sob tal primado, prega-se a convivência harmônica de ambas através da atividade interpretativa.

Além disso, com a constitucionalização dos princípios – momento no qual, segundo leciona Bonavides²⁹, os princípios gerais de direito passaram de uma esfera meramente privatista para a esfera pública da Constituição – tornou-se questionável a idéia de uma Hermenêutica Jurídica Geral, que não levasse em consideração o conteúdo essencial da Constituição e de seus direitos fundamentais, fazendo surgir métodos de enfrentamento específico da nova realidade constitucional dos Estados democráticos.

Assim, a Hermenêutica Constitucional Concretista desenvolveu-se sobre a idéia de que as normas jurídicas poderiam ter seu conteúdo aberto, vago, ambíguo ou geral, mas com uma força normativa diferenciada em decorrência de sua Constitucionalização e que, portanto, seria necessária uma atividade mediadora entre o texto normativo constitucional e a aplicação (mais correta) de seu conteúdo material.

A Hermenêutica Constitucional Concretista que pretende oferecer a resposta mais adequada a essa nova realidade principiológica-normativa dos princípios sustenta-se em três vieses interpretativos: o científico-espiritual, o normativo-estruturante e o viés (na verdade estilo, segundo o próprio Viehweg³⁰) tópico-problemático.

O viés científico espiritual, diversamente dos outros dois, considera o direito como um sistema integrado de valores, no qual o papel do intérprete é extrair o sentido presente no sistema como um todo.

Para a primeira concepção, do qual foram expressões as obras de Nicolai Hartmann e Max Scheler, no campo propriamente filosófico, e de Rudolf Smend na teoria do direito, os direitos fundamentais não seriam normas, mas valores que constituíam a espinha dorsal do espírito da coletividade. Mas a identidade entre os direitos fundamentais e os valores presentes no ordenamento jurídico-espiritual do Estado não menospreza o papel

²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 273;

³⁰ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência – uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos**. Tradução da 5ed. alemã, rev. e amp., de Professora Kelly Suzane Alflen da Silva, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

desses valores na legitimação do próprio poder estatal e na integração do ordenamento jurídico.

O método científico-espiritual, em verdade, é uma consequência da tentativa de Smend em constituir uma metodologia de trabalho que leve em consideração e, ao mesmo tempo, integre, os avanços doutrinários obtidos pela teoria do Estado, da Ciência do Direito e da Filosofia Jurídica.

Buscava-se, com isso, romper com o positivismo jurídico e integrar, no processo interpretativo propriamente jurídico, os valores existentes na sociedade segundo a teoria filosófica dos valores. Para Smend, a Constituição se constituiria em um conjunto de fatores integrativos do Estado, nos quais é possível se identificar o espírito do Estado na realidade da sociedade através de valores supra-estatais que o originam e lhe dão força integrativa. O poder do Estado depende dos valores da sociedade para lhe legitimar e tal legitimação só será alcançada através da Constituição. A Constituição, por seu turno, deve ser interpretada como um todo do qual se extrai o espírito do Estado, nunca ignorando o sentido da norma em face da realidade sobre a qual impera. Interpretar seria, portanto, buscar o sentido da norma em relação ao todo constitucional (espírito da Constituição) e à realidade em que ele (o todo constitucional) se insere³¹.

A importância do método científico-espiritual é o fato de promover um método de interpretação voltada à concepção material da Constituição, além de compreender, em seu objeto de análise toda uma gama de fatores extraconstitucionais (realidade) outrora não existente no modelo puramente formal, como propunha a teoria positivista. Mas profundas foram as críticas à teoria no que concerne a não consideração dos direitos fundamentais como normas, mas sim como valores, haja vista que, modernamente, a normatividade das normas de direito fundamental é medida imprescindível à preservação da autoridade Constitucional mesmo em cenário de crise de valores.

Por outro lado, a noção de identidade de intenção do todo constitucional, principalmente se levarmos em consideração a sociedade hipercomplexa que, legitimamente, demanda a inclusão de novos direitos considerados “fundamentais” na Carta Constitucional, muitos dos quais discrepantes com outros direitos fundamentais já consolidados, é, no mínimo, temerária, vez que a interpretação segundo esse método não leva em conta as

³¹ Idem, pág. 624-625 e, ainda, KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, pág. 77-78.

particularidades da colisão de interesses e valores no caso concreto, que pode, assim como temos demonstrando, alterar a própria significação que se dá ao objeto da interpretação.

O viés Tópico-problemático é, na verdade um raciocínio dialético, em que o resultado interpretativo é obtido através da consideração ou internalização, no debate interpretativo, de diversos pontos de vista, admitindo apenas em uma mínima parte utilizar-se satisfatoriamente em conjunto a um método puramente dedutivo-sistemático³² como os das ciências descritivas, pois a verdade das premissas naquele caso não pode ser alcançada (ou se mostra inviável sê-lo) por mera demonstração matemática. A utilização de diversos pontos de vista dirigentes³³ através da compreensão das várias dimensões do problema e do limite da normatividade ínsita do ordenamento jurídico faz da Tópica a principal responsável pelo desenvolvimento de um procedimento (veja bem, ainda não se trata de um método, mas de um raciocínio hermenêutico voltado a apreciação de um problema) de concretização das normas de direitos fundamentais, servindo plenamente aos propósitos do presente trabalho. Isso porque a Tópica possibilita o desenvolvimento de uma técnica de argumentação relacionada ao debate, ao conflito de interesses comum a uma sociedade democrática (pluralista), em que todos, potencialmente ou através da formação de uma opinião pública, podem contribuir à interpretação da Constituição, tal como defendido por Peter Häberle:

(...) no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição. (...) Os critérios de interpretação constituição hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.³⁴

A “abertura” promovida pelo viés tópico-problemático, segundo o escólio de Peter Häberle (mesmo que, em nenhum momento de sua obra, o autor mencione adotar tal viés) reside na aceitação, através de uma internalização ao procedimento jurisdicional, dos pontos de vista das *potências públicas* (opiniões públicas), na concretização de direitos

³² VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência – uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos**. Tradução da 5ed. alemã, rev. e amp., de Professora Kelly Suzane Alflen da Silva, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, pág. 16.

³³ Cf. HESSE, Konrad, **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Da 20ª ed. alemã por Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, pág. 63.

³⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, pág. 13.

fundamentais. Explica-se tal raciocínio através da própria definição do campo de atuação da Tópica.

Segundo Aristóteles, a quem competiu o desenvolvimento inicial da Tópica, referido método pretende capacitar o ser humano para “*raciocinar, a partir de opiniões de aceitação geral, acerca de qualquer problema que se apresente diante de nós e nos habilite, na sustentação de um argumento, a nos esquivar da enunciação de qualquer coisa que o contrarie*”³⁵. Dessa forma, o método tópico é um método orientado para o problema, a partir de opiniões de aceitação geral tomadas como premissas iniciais. A essas opiniões de aceitação geral, Aristóteles nos convence com a seguinte definição: “*aquelas [opiniões] que se baseiam no que pensam todos, a maioria ou os sábios, isto é, a totalidade dos sábios ou a maioria deles, ou os mais renomados e ilustres dentre eles*”³⁶. Evidencia-se, nesse aspecto, a importância, tanto dos argumentos de autoridade – que, no Direito, são formados pela doutrina, pela Jurisprudência e pela atividade regulamentar dos três poderes –, quanto do senso comum extraído da totalidade ou da maioria da população, na formação das opiniões que servirão de base ao raciocínio tópico.

Em nosso tempo, a evolução do caráter paradoxal da Constituição enquanto característica essencial da normatividade constitucional contemporânea, que protege interesses de minorias mesmo em face de opiniões da maioria, empresta novo relevo à conceituação de *opinião de aceitação geral* e, conseqüentemente, ao trabalho do intérprete que se utiliza deste método, pois ao mesmo tempo em que o método tópico utiliza-se de pontos de vista de aceitação geral que podem ser utilizados como direção ao raciocínio jurídico e à interpretação, a tarefa concretizadora (que, como vimos, e a ligação entre o *dever-ser* normativo com o *ser* do caso concreto) depende da limitação normativa da própria Constituição, ou seja:

...ele [o intérprete] está indicado à compreensão daquilo que a norma constitucional a ser concretizada, no seu programa da norma e seu âmbito da norma, fornece no tocante a elementos de concretização, e, que a Constituição contém no tocante a diretivas para a empregabilidade, coordenação e valorização desses elementos na resolução do problema.³⁷

³⁵ ARISTÓTELES, **Órganon: Categorias, Da Interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos, Refutações sofísticas**. Trad., textos adicionais e notas Edson Bini. São Paulo: EDI-PRO, 2005, pág. 347.

³⁶ Idem, pág. 348.

³⁷ HESSE, Konrad, **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Da 20ª ed. alemã por Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Antonio Sergio Fabris Editor, pág. 63-64.

Dessa forma, o viés tópico-problemático da hermenêutica concretista é o raciocínio hermenêutico que, orientado ao problema, busca, através de refutações e/ou conjunções de opiniões de aceitação geral (dialética), a solução mais adequada ao caso concreto, possibilitando rechaçar outras interpretações contrárias aos limites impostos pelo próprio texto normativo e pela realidade na qual se insere o problema.

A linha de raciocínio da metódica-estruturante de Muller está fixada nas condições de concretude³⁸ da norma jurídica, considerada por este como *algo mais que o texto normativo*³⁹, devendo o intérprete, na análise do caso concreto, utilizar-se dos métodos de trabalho do Direito Constitucional (aqui denominado de método normativo-estruturante) para se alcançar a melhor concretização normativa.

Sua teoria sustenta-se na idéia de separação entre os conceitos de norma e de seu teor literal, segundo ele ao teor literal compete fixar o programa da norma, ao passo que a realidade na qual se insere o teor literal se constitui no âmbito da norma⁴⁰. A originalidade de seu método está em promover a ligação entre o programa da norma e o âmbito da norma (ser e dever-ser), que se auto-referem alterando a conformação de um e outro na criação da norma jurídica aplicada ao caso concreto.

Em didática passagem acerca da teoria da metódica estruturante, a professora Anabelle Macedo Silva⁴¹ exemplifica a teoria a partir da análise do artigo 227 da Constituição Brasileira de 1988 e dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 86 e 90), que determina a criação de abrigos para atendimento do público infanto-juvenil em situação de desamparo. Segundo a metódica de Muller, essa imposição ao Estado se constitui no programa normativo, que será condicionado pela realidade (âmbito da norma) na eventualidade de já existir abrigos e pelas condições nas quais o serviço é prestado.

A inexistência de abrigos induzirá a uma forma de abordagem; a existência ineficiente, outra; e a eficiência tomará outra direção, principalmente em confronto com outros direitos sociais de menor ou maior efetividade em sua concretização.

Por outro lado, o próprio teor literal da norma (programa da norma) também vai promover a conformação da realidade (âmbito da norma) na medida em que há uma comparação entre esse mesmo programa e aquilo que se verifica na prática.

³⁸ CAMARGO, Maria Lacombe Camargo. **Hermenêutica e Argumentação**. 3ª ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pág. 138.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 499.

⁴⁰ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pág. 38.

⁴¹ SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, pág. 127.

A norma, portanto, se constitui, não no texto da norma, mas no resultado da concretização do programa normativo segundo a realidade na qual ela se insere.

Essa abordagem da metódica-estruturante, descreve bem as condições de ligação entre a norma e a realidade e fornece elementos suficientes para se sustentar que, assim como a norma é capaz de conformar a realidade, a realidade também cumpre seu papel na conformação do sentido da norma jurídica. Em matéria de direitos fundamentais essa característica é ainda mais ressaltada, principalmente se levar em consideração a abertura interpretativa propugnada nos capítulos seguintes.

Mas as condições da realidade nacional brasileira merecem um relevo maior do que aquele que é perceptível pela metódica estruturante de Muller, sendo necessária uma abordagem mais específica acerca das condições em que ocorre a concretização da norma de direito fundamental em nosso Estado Democrático, para, só então, fornecer elementos suficientes para se averiguar as condições da adoção de um processo interpretativo verdadeiramente aberto (democrático).

O tema começa, portanto, a se tornar mais tortuoso quando enfrentamos o problema de se encontrar um ponto de convergência entre o método tópico-problemático e a metódica estruturante, pois o próprio Muller, que constituiu as bases desta última, rechaça a utilização da tópica no raciocínio hermenêutico em sua forma pura, chegando, mesmo, a afirmar sua limitação teórica em relação à necessária vinculação com a premissa maior normativa:

Devido à relação existente entre a teoria do direito e prática de casos, é preciso que se complementem mutuamente o procedimento problemático e o conceitual-dedutivo. Um desenvolvimento “aberto” dos problemas no direito civil não pode, em aras da racionalidade e fiabilidade da dogmática jurídica, renunciar a uma conexão sistemática – materialmente limitada em cada caso – entre as deduções. No direito constitucional, devido a suas maiores exigências de obrigatoriedade, é ainda mais necessário ater-se à primazia da vinculação à norma por concretizar atendida a peculiaridade do direito constitucional. Como regulação fundamental, não se pode lhe transferir esse delineamento tópico, que em sua pergunta vai mais além da norma e a supera naquilo que parece não oferecer já nenhum ponto de partida para uma solução razoável do problema.⁴²

Acontece que se defende aqui a idéia de que o viés tópico-problemático não exclui outros vieses interpretativos, ao contrário se conjugam, podendo socorrer-se de seu

⁴² MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. Vários tradutores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 27-28,

procedimento (tópico-problemático) na persecução dos fins pretendidos. As críticas à vinculação necessária à norma, principalmente em nível constitucional, não prosperam se levarmos em consideração o fato de que a colheita dos *topoi* não exclue a conformação interpretativa que é dada pelo próprio texto normativo, até porque, é este mesmo texto normativo que fornecerá a relação de pertinência necessária ao ponto de vista opinável, ou seja, à opinião relacionada ao caso concreto.

Isto porque não se admitem, no viés tópico-problemático, opiniões que ou não interessem ou não se relacionem ao caso concreto, sendo que o caso compreende não somente o fato como também a própria norma. Uma não está distante da outra, ao contrário, é através da Tópica que se proporciona a aproximação da realidade com a norma, segundo as características de nossa sociedade plural. O equívoco de Müller está em conceber o intérprete equidistante entre o fato e a norma, não como participante de uma sociedade cada vez mais dinâmica e especializada. Diz-se isso pelo fato de que não é possível afirmar que o intérprete da metódica-estruturante seja capaz de, isoladamente, ter o conhecimento necessário para obter de forma dedutiva, a solução mais adequada a todos os casos que são postos a sua apreciação. Ele (o intérprete), em diversas ocasiões, depende de conhecimentos formais e informais que só são possíveis de obter através da atuação de *experts*, da opinião pública, de estatísticos, de organizações sociais, da sociedade civil, entre outros.

A abertura interpretativa da Constituição, promovida através do viés tópico-problemático da hermenêutica concretista, não está, ao contrário do afirmado pelo ilustre professor, em desvincular a atividade interpretativa do limite semântico da norma, mas possibilitar os meios para se obter uma interpretação consentânea tanto com a dogmática jurídica como com a realidade.

A relação da norma jurídica com a realidade ocorre, sim, com a intervenção do intérprete constitucional, que, neste caso, é todo aquele que vive a Constituição, ou seja, não se está a falar de apenas um intérprete, mas de vários que convergem no procedimento interpretativo (processo judicial) de forma dialética para, ao final, obter a decisão mais consentânea com a realidade. A relação dos sujeitos-intérpretes com o objeto-interpretado não é, portanto, meramente contemplativa, mas verdadeiramente participativa. As condições desta interpretação pluralista e como ocorre essa interpretação a partir da democratização do processo, em especial no nosso país, será analisada mais adiante.

II - Um Novo Constitucionalismo para o desenvolvimento de uma Ciência Hermenêutica do Direito

Tendo os valores papel fundamental na atividade interpretativa segundo a Hermenêutica Filosófica da contemporaneidade, passou-se a se discutir sobre os limites na integração desses valores na atividade interpretativa do julgador, certamente motivada pela desconfiança no retorno na um jusnaturalismo desregrado e ilimitado. O caminho seguido pelos juristas culminou na conformação de um núcleo político essencial da Constituição, que outrora viria a ser a base do raciocínio em torno da Força Normativa da Constituição. Esse núcleo foi concebido para ser intangível em sua essência, permitindo o controle, ao menos inicial, à atividade do julgador, através da estruturação positiva de direitos considerados fundamentais nas Constituições escritas, e formação de uma sólida Jurisprudência em torno desses mesmos direitos, em países praticantes da *common law*.

Isso só foi possível a partir do desenvolvimento do conceito de Constituição no Estado Democrático atual e de sua plurivocidade de sentido dentro do que se convencionou chamar de movimento neoconstitucional ou neoconstitucionalismo.

A inequívoca atualização do conceito de Constituição, outrora identificada, de um lado, com a ordem do Estado, sua composição e organização de cargos e funções (*arkhé*) e, de outro, como fim da comunidade enclausurada na *pólis (telos)*⁴³, pode ser observada claramente a partir do final do século XVIII, com a eclosão das revoluções burguesas. Ao conceito de Constituição foi agregada uma espécie germinal⁴⁴ de normatividade, outrora extensível aos direitos fundamentais nela insertos (como veremos mais adiante), imprescindível à concepção liberal-burguesa que invadia a Ciência jurídica de então.

Isso não significou, contudo, uma identidade em seu conceito, mas apenas uma determinação de suas características essenciais. Nesse passo o desenvolvimento dos contornos do direito constitucional na modernidade motivou, em uma relação de direta proporcionalidade, o surgimento de uma pluralidade de sentidos da palavra “Constituição”,

⁴³ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pág. 56.

⁴⁴ “Germinal” porque ainda não presente a concepção atual de norma fundamental, do qual decorrem e devem respeito as demais normas do ordenamento jurídico.

que Marcelo Neves⁴⁵ identificou através de “tendências fundamentais” designadas através das palavras-chaves: “sociológica”, “jurídico-normativa”, “ideal” e “cultural-dialética”.

A concepção “sociológica” foi defendida por Ferdinand Lassale⁴⁶ em conferência de 1862, na qual fazia distinção clara entre a Constituição Formal – aquela estruturada a partir de normas positivas que não necessariamente refletiam os anseios e necessidades da coletividade, tratando-se de mero pedaço de papel, sem valor na esfera factual – e a Constituição Real, conceituada como verdadeira Constituição do Estado, que era condicionada diretamente pelos fatores reais de poder, ou seja, refletia apenas os interesses e pautas ideológicas determinadas pelo poder dominante, não havendo espaço para qualquer espécie de normatividade intrínseca da Constituição Formal.

Com o fim das Revoluções Liberais, multiplicaram-se os estudos acerca da normatividade da Constituição e de sua importância como receptora de princípios fundamentais ao Estado de Direito. Afirmava-se, devido a influências da doutrina constitucional inglesa e francesa, até o final do século XIX, a superioridade do procedimento legislativo na legitimação do Estado de Direito e, dessa forma, os atos praticados em conformidade com a legislação assim produzida não atentariam contra os fins do próprio Estado. A questão da legitimidade do Estado e de suas decisões estava, portanto, envolta em um procedimento formalista de criação do Direito, sem que se recorresse a valores no momento da aplicação das normas jurídicas.

Foi nesse contexto que surgiu a concepção ideal de Constituição, que levava em consideração a adequação do texto constitucional a padrões éticos previamente estabelecidos, sem os quais não seria possível falar em “verdadeira” Constituição. Segundo Marcelo Neves:

O problema da Constituição é limitado, então, à sua dimensão axiológica ou moral: nessa orientação seria Constituição apenas aquela que correspondesse a um determinado padrão valorativo ou a princípios ideais. Uma expressão clássica do idealismo constitucional encontra-se no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: ‘Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição’.⁴⁷

⁴⁵ NEVES, Marcelo. Op. Cit, pág. 58.

⁴⁶ LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Trad. Walter Stöner (com adaptações pelo editor), 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

⁴⁷ NEVES, Marcelo. Op. Cit, pág. 61.

As Constituições, contudo, não se mostravam “normativas”, mas se constituíam, isto sim, em pautas, ou compromissos, de atuação política que estavam à mercê da vontade de concretização por parte do Executivo ou prestigiavam em excesso a atividade do legislador ordinário, concedendo-lhe o direito de definir os contornos do ordenamento jurídico e a interpretação adequada aos dispositivos legais, sem qualquer referência a uma eventual superioridade constitucional.

A reestruturação do raciocínio ideal da Constituição, possibilitou o desenvolvimento da concepção jurídico-normativa da Constituição.

Os métodos de Hermenêutica Jurídica tradicional, que tem sua origem a partir dessa concepção, se restringem à fixação das regras de aplicação das normas jurídicas tal como intencionado pelo legislador, ou, quando necessário, para colimar “aparentes” lacunas⁴⁸ que se apresentem no ordenamento jurídico, para tanto se socorrendo de regras pré-determinadas de preservação da lógica presente no ordenamento tomado como um sistema harmônico e coerente.

A interpretação jurídica, nesse sentido, acontecia sob a forma de mecanismos de aplicação lógico-formais, em que o intérprete “escolhia” umas das regras postas à sua disposição pela dogmática jurídica a fim de descobrir a intenção apregoada pelo legislador quando da criação da norma jurídica, em confronto com outras regras presentes no ordenamento jurídico.

O traço filosófico dessa época era o positivismo jurídico que se propunha a conceder ao Direito a objetividade científica necessária à preservação da segurança jurídica, isentando o cientista do direito de imiscuir-se em questões de legitimidade ou filosófico-valorativas, como Justiça, equidade e dignidade da pessoa humana.

O positivismo jurídico nasceu como uma reação ao jusnaturalismo, que se desenvolveu a partir do Século XVI e tinha por premissas básicas a racionalidade humana e a existência de princípios naturais universalmente válidos, que estavam, por inerentes à condição humana na natureza, em posição de superioridade em relação ao Direito, visto que

⁴⁸ O problema das lacunas do ordenamento jurídico é motivo de profunda crítica à doutrina positivista, mesmo após a admissão de sua ocorrência pelos doutrinadores pós-kelsenianos. Isso ocorre devido ao fato de que, a solução apontada pelo positivismo aponta para, nesses casos, a concessão de uma discricionariedade ilimitada ao juiz, socorrendo-se de parâmetros extra-jurídicos para solucionar tais conflitos. Nesse sentido foram as críticas empreendidas por Ronald Dworkin à doutrina positivista de Hart em sua obra “Take Rights Seriously”, traduzido para o português pela Martins Fontes (*Levando os direitos a sério*, tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002). Dworkin defende que a atividade do juiz nesses casos denominados “difíceis” está vinculada a uma prática moral, que pode advir de uma moralidade convencional ou concorrente, mas que, em todo caso faz parte do próprio Direito, pois não há quês e conceber Direito que não advenha de uma postura moral.)

esse era um produto da atuação humana em estado de natureza. Por motivos óbvios, o desenvolvimento de conceitos e construções teóricas acerca de valores tem melhor guarida nas doutrinas jusnaturalistas, não se prestando, ou tendo pouca valia, no momento de ascensão do positivismo, como observado a partir da segunda metade do século XIX e início do século XX.

Foi sob os auspícios do positivismo que surgiu a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, concedendo os contornos definitivos da concepção jurídico-normativa da Constituição. Segundo tal doutrina, a Constituição seria a norma posta de mais alto escalão no ordenamento jurídico, a qual todas as outras devem referir-se. A Teoria Pura do Direito, contudo, olvidou o aspecto funcional da Constituição (ou, como prefere Marcelo Neves, “*expectativas normativas constitucionais como elementos estruturais da Constituição jurídica*”), não enveredando, ou ao menos não se propondo a isso, na esfera da relação entre validade e eficácia social ou efetividade das normas constitucionais. Não havia a preocupação de atender à realidade social em qualquer de seus aspectos (econômicos, axiológicos, religiosos, etc.).

Acontece que, após a Segunda Guerra Mundial e a constatação da ocorrência de atos de genocídio cometidos pelos regimes nazista e fascistas amparados por uma legitimidade meramente institucional, a discussão acerca da importância dos valores não mais poderia estar adstrita à Filosofia, cabendo ao jurista a tarefa de atender a uma nova ordem internacional de proteção da dignidade da pessoa humana e dos valores de Justiça e equidade, notoriamente após a assinatura da Declaração dos Direitos Humanos de 1948.

Foi a partir da constatação da insuficiência do modelo positivista para resolver questões de cunho valorativo que a Constituição, em seu aspecto compromissário com valores de Justiça e dignidade humana, voltou a ganhar importância no despertar da segunda metade do século XX, obedecendo aos novos contornos de normatividade plena propugnada pelo Neoconstitucionalismo contemporâneo. Não seria possível, após as agruras cometidas na Alemanha nazista, admitir a existência de um modelo jurídico completamente desraigado de valores e, nesse aspecto a Constituição teria papel fundamental. É o que Streck denomina do momento histórico de imbricação entre Constituição e Política, no qual se passa

de um puro normativismo da Constituição para uma Teoria Material da Constituição, sendo o Estado Democrático de Direito o *locus* privilegiado desse acontecimento.⁴⁹

A Constituição passou a ser vista sob a concepção cultural-dialética, absorvendo os conceitos anteriormente delineados, ou seja, “A *Constituição do Estado resultaria da relação recíproca entre dever-ser constitucional (ideal) e ser constitucional ('real')*”⁵⁰, o que é somatório da concepção voltada à dimensão axiológica ou moral com o caráter normativo que adentra à essência constitucional, sem descurar, contudo, da realidade social em que a própria constituição se insere.

Nesse ambiente, segundo Luís Roberto Barroso⁵¹, o Direito Constitucional Contemporâneo erige-se levando em consideração três “marcos fundamentais”: o histórico, o teórico e o filosófico.

O marco histórico tem como principal referência a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e a criação do Tribunal Constitucional Alemão, a partir de quando, segundo o prestigiado autor, “*teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica*”⁵². Seguem-se, como referência, a Constituição da Itália, de 1947, e a instalação da Corte Constitucional Italiana, de 1956, a redemocratização e reconstitucionalização de Portugal e Espanha, todos países que sofreram graves conseqüências advindas de regimes fascistas, mas que trouxeram profundas contribuições ao desenvolvimento do Direito Constitucional contemporâneo.

Essa nova posição de supremacia do direito constitucional inaugura uma nova perspectiva doutrinária na ciência jurídica e, como nos referimos anteriormente sobre o ambiente mais propício a considerações de natureza valorativa, ela toma feições de um jusnaturalismo renovado, em que não se deixa de prestigiar o papel do positivismo em muitos dos problemas diários de aplicação do direito (talvez a maior parte dos problemas de aplicação das normas jurídicas se resolvam através da metodologia positivista). A intenção era unir a importante contribuição do Estado de Direito erigido sob as bases da legalidade, ao necessário enfrentamento do baldrame axiológico próprio da condição humana. A esse

⁴⁹ STRECK, Lênio. **A permanência do Caráter compromissório (e dirigente) da Constituição brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica.** In Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos nº 39, São Paulo: Faculdade de Direito de Bauru, pág. 79.

⁵⁰ NEVES, Marcelo. Op. Cit. pág. 62.

⁵¹ BARROSO. Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)** in Revista Interesse Público, nº 3, Ano VII, 2005.

⁵² Idem, pág. 15.

movimento doutrinário, denominou-se pós-positivismo, Marco Filosófico do Neoconstitucionalismo.

O Marco Teórico é dividido em três “grandes transformações” relativas à aplicação do Direito Constitucional e que serão aqui analisadas amiúde: a) o reconhecimento da força normativa da constituição; b) a expansão da Jurisdição Constitucional; e, intimamente ligada à segunda, c) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional.

Com relação à primeira grande transformação mencionada por Barroso, toma o autor brasileiro, a tese defendida por Konrad Hesse⁵³, que, em obra na qual ataca frontalmente a concepção de Constituição Jurídica diferenciada da Constituição Real defendida por Ferdinand de Lassale⁵⁴, proclamou a Força Normativa da Constituição como concepção capaz de frear a atuação das estruturas de poder (fatores reais de poder) que, a qualquer momento, desrespeitasse princípios fundamentais do Estado, conferindo a estes não apenas função meramente programática mas de verdadeira norma jurídica consolidada no texto constitucional, que tanto vincula a atividade do Estado como determina que haja, por parte do mesmo, a promoção de meios adequados de realização dos Direitos Fundamentais. Segundo o autor, a Constituição em si mesma deteria força própria, afastada das relações de poder determinantes das relações fáticas.

Houve, a partir do desenvolvimento da obra de Hesse, a intenção de aproximar o *dever-ser* normativo com o *ser* da realidade fática, pois, segundo o autor, seria inadmissível admitir uma norma descurada de qualquer elemento de realidade ou mesmo uma realidade que não detenha qualquer elemento normativo.

Nesse sentido, determinam a concretização pretendida pela norma tanto os fatores históricos quanto as condições naturais, econômicas, técnicas e sociais, e, ainda, as concepções sociais concretas e, principalmente, o acervo axiológico que influencia a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas. Mas essa é uma via de mão dupla: de um lado a realidade fática determina a Constituição e, de outro, a pretensão de eficácia (que confere a normatividade) da Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade.

⁵³ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**, tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

⁵⁴ LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Trad. Walter Stöner (com adaptações pelo editor), 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, pág. 25-32.

Por outro lado, a Constituição não somente se expressa na forma de adequação inteligente à realidade, também tem força ativa ao impor tarefas que, se efetivamente realizadas, ou seja, se houver disposição de cumprimento⁵⁵ por parte, principalmente, da consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, conformam a realidade. A esse aspecto específico da Força Normativa da Constituição, Hesse denomina “Vontade de Constituição”.

Essa “Vontade de Constituição” origina-se de três vertentes:

- a) Compreensão da necessidade e do valor de uma ordem constitucional inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme;
- b) Compreensão de que a Constituição deve passar por contínuos processos de legitimação, e, nesse passo, abandona-se a noção de legitimação arraigada ao conceito de formalismo;
- c) A consciência de que a ordem constitucional se torna eficaz através do concurso de vontades, onde todos são chamados a assumir e realizar tarefas a fim de conformarmos a vida do Estado;

Mas o autor também nos apresenta alguns pressupostos do que ela denomina de “realização ótima” da força normativa da Constituição. Esses pressupostos inauguram uma tentativa de inclusão dos valores no âmbito Constitucional como forma de proteger a integridade Estatal e da própria sociedade:

- a) conformidade do conteúdo Constitucional não só com os fatores políticos, econômicos e sociais, mas também com o “espírito” da sociedade, o que lhe garante o apoio e a defesa da consciência geral. Defende, com tal afirmação, que apenas uma Constituição que se mostre sensível às reais necessidades da sociedade, seria respeitada por todos, sem necessidade de mecanismos coercitivos;

⁵⁵ É o que autor denomina “Vontade de Constituição” em paralelo à “Vontade de Poder”.

b) a Constituição deve se mostrar sólida o suficiente para suportar as mudanças desses conteúdos, portanto, o autor defende a adoção de princípios o mais fundamentais possível, não descendo a miudezas, que, atendam a interesses de curto prazo ou particulares, o que necessitaria de constante revisão e desvalorizaria a força normativa da Constituição;

c) A constituição não deve se assentar na “unilateralidade das estruturas”, o que excluiria as minorias, devendo incorporar, mediante meticulosa ponderação a estrutura contrária. Não há direitos fundamentais sem correspondentes deveres. A divisão de poderes deve prever a possibilidade de sua concentração, o federalismo deve se instituir com uma certa dose de unitarismo;

Por fim, a interpretação tem papel decisivo na consolidação e preservação da força normativa, submetendo-se ao princípio da ótima concretização da norma. “A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, no sentido (*sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.”⁵⁶

Adverte, contudo, o professor Luís Roberto Barroso, que “o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria, não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte de um lado e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do *status quo*”⁵⁷.

Nesse aspecto, o Judiciário, principalmente em relação às Cortes Constitucionais (sem olvidar o aspecto *sui generis* do controle de constitucionalidade no Brasil, que arvora aos juízes ordinários o direito de se pronunciar sobre a constitucionalidade das normas jurídicas em geral), toma posição de destaque na condução da relação entre direitos fundamentais garantidos pela Constituição e fatores reais de poder, submetendo-os à apreciação em dois aspectos: no desenvolvimento de uma jurisdição constitucional (segunda grande transformação que marca a época do Neoconstitucionalismo, segundo Barroso) que

⁵⁶ Op. Cit., pág. 22-3.

⁵⁷ BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)** in Revista Interesse Público, nº 3, Ano VII, 2005. pág. 18.

vise garantir a integridade da Constituição em seu conteúdo substantivo e no desenvolvimento de uma interpretação própria da Constituição.⁵⁸

Os debates acerca da Jurisdição Constitucional, durante muito tempo, estiveram restritos à análise dos mecanismos de controle da constitucionalidade das leis, dos quais se destacavam o modelo americano e o kelseniano ou europeu.

O modelo americano, ou de controle difuso, tem suas origens a partir da decisão do Juiz Marshall no caso *Marbury x Madison* (1803), em que foram estabelecidas as bases para que os juízes de primeiro grau, ou ordinários, apreciassem a constitucionalidade das leis em relação ao caso concreto, podendo afastar a aplicação da lei que entenda inconstitucional.⁵⁹

Já o modelo criado por Kelsen era caracterizado pela concentração da análise da constitucionalidade em um Tribunal Constitucional *ad hoc*, ou seja, fora do âmbito do Poder Judiciário, exclusivamente criado para o controle da constitucionalidade. Convém ressaltar que o modelo kelseniano não previa o controle material da Constituição, mas, tão somente um controle formal. Assim, a lei só seria considerada inconstitucional se desobedecesse à forma prevista para sua elaboração. Foi a partir dos estudos de Kelsen, em 1920, e da contribuição de Georg Jellinek, em 1885, através do Lançamento da Obra “Uma Corte Constitucional para Áustria”, que foi criado o Tribunal Austríaco de 1934, na qual era vedado, ao juiz de primeira instância, duvidar da validade de lei publicada com observância das formalidades constitucionais. Não se adotou, assim como em todos os tribunais posteriores, o modelo puro criado por Kelsen, mas o controle concentrado com base em análise meramente formal da Constituição por ele desenvolvido, mesmo associado ao controle difuso, se tornou quase uma regra entre os países de tradição romano-germânica, graças ao desenvolvimento do positivismo formalista da primeira metade do século XX, como tivemos oportunidade de explicar anteriormente.

Essa dicotomia aparentemente inafastável entre os modelos difuso e concentrado de controle da constitucionalidade, além de sua patente discrepância com a

⁵⁸ Nesse sentido: “É razoável afirmar que a fora normativa da Constituição – e, se assim quiser, o seu papel dirigente e compromissório – sempre teve assim, *uma direta relação com a atuação da justiça constitucional na defesa da implementação dos valores substanciais previstos na Lei Maior.*” (grifo do autor), in STRECK, Lênio. **A permanência do Caráter compromissório (e dirigente) da Constituição brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica.** In Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos nº 39, São Paulo: Faculdade de Direito de Bauru, pág. 76.

⁵⁹ A possibilidade do desenvolvimento desse raciocínio nos Estados Unidos se deve ao fato de que, desde os primórdios de sua Constituição, o Estado americano tem por premissa a supremacia constitucional, ao contrário da doutrina francesa e inglesa que prestigiavam o parlamento.

discussão atual de controle material da constituição, de um lado, e de defesa de direitos sociais, de outro, já não persiste na jurisdição constitucional do mundo contemporâneo, havendo, em muitos países, uma adequação entre os dois modelos a fim de possibilitar a plena realização do conteúdo material da Constituição. Essa é constatação do professor Pablo Pérez Tremps, em artigo publicado em 2003:

Desde el punto de vista político-organizativo, también, puede concluirse que la opción por un modelo o outro no tiene excesivas consecuencias prácticas precisamente por esse grado de concentración al que se tiende. Por tanto, la discusión que se abre periódicamente em algunos países sobre la conveniencia de reconvertir un tribunal constitucional en una sala constitucional, como ocurre a veces em Colombia o en Ecuador, es una discusión que tiene mucho de artificial y, a veces, de pantalla de humo para cubrir problemas que poco tienen que ver con la configuración orgánica de la justicia constitucional; ésta depende más que de grandes principios de decisiones más o menos coyunturales dependientes de cada país y ordenamiento. Lo relevante no es tanto como esté organizada sino que sea eficaz e independiente, y la eficacia y la independencia pueden alcanzarse desde cualquier modelo.⁶⁰

Dessa forma, o debate acerca do melhor modelo ao controle da Constitucionalidade deixou de ser uma questão de competência jurisdicional para apreciação da matéria constitucional e passou a seguir a tendência do neoconstitucionalismo de nossos dias, debruçando-se muito mais sobre o conteúdo material da Constituição e de realização dos direitos fundamentais sociais, donde erigem problemas de matiz hermenêutica fundamentais para a compreensão do papel do intérprete constitucional e os limites de sua atuação.

O eixo temático da discussão acerca da realização do conteúdo constitucional centralizou-se na normatividade dos princípios constitucionais e nos limites à atuação do Tribunal Constitucional na busca pela decisão correta ou mais adequada do ponto de vista constitucional, tendo como paradigma o Estado Democrático de Direito.

A investigação científica, por seu turno, foi empreendida por duas teorias principais: as teorias procedimentais e as teorias materiais-substanciais, as quais tratar-se-á com mais especificidade no item específico sobre a Hermenêutica Constitucional.

É justamente no tocante à atuação dos Tribunais Constitucionais que as diferenças entre as duas teorias se ressaltam de maneira mais evidente, haja vista que, como nos ensina o professor Lênio Streck, a teoria procedimental defende que:

⁶⁰ TREMPÉZ, Pablo Pérez. **La Justicia Constitucional em la actualidad. Especial referencia a América Latina.** Foro Constitucional Iberoamericano, nº 2/2003. Disponível em: <http://www.uc3m/inst/MGP/JCI/revista-02art-ppt1.htm>. Acesso em 09/09/2003.

o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do Direito. O Tribunal Constitucional não deve ser um guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Deve, sim, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas⁶¹

Portanto, a tarefa principal da Jurisdição Constitucional na teoria procedimental é, tão somente, garantir os mecanismos democráticos de participação do cidadão no processo de criação do Direito. O presente trabalho, como afirmamos de início, inclina-se a favor das teorias substanciais, haja vista entender que a teoria procedimental não responde satisfatoriamente à necessidade de uma atuação judicial mais efetiva para a realização de direitos fundamentais (principalmente os direitos sociais⁶²), mesmo aqueles contra-majoritários, em países considerados periféricos.

Por outro lado, a teoria substancial tem como característica principal a existência de um conteúdo normativo-valorativo⁶³ consubstanciado na Constituição, que vincula a atividade do intérprete mesmo que o resultado dessa interpretação se contraponha ao entendimento da maioria⁶⁴. Nesse passo, a Constituição é vista como um receptáculo de valores e direitos fundamentais que, por sua natureza normativa (Força Normativa da Constituição), destinam-se à aplicação no caso concreto, ou seja, à sua concretização.

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. pág. 19.

⁶² Entende, este autor, que o Estados como o Brasil (de democracia tardia, como quer Lênio Streck) dependem de uma atuação mais efetiva de seus Tribunais Constitucionais não somente na garantia dos direitos de liberdade, mas, principalmente, no controle e promoção de políticas públicas essenciais à sociedade, promovendo, dessa forma, a preservação da normatividade dos direitos fundamentais sociais já consolidados constitucionalmente.

⁶³ Não obstante, veremos, mais, adiante, que Friedrich Muller, um dos principais expoentes da teoria concretista, se contrapõe a idéia de conceituar os direitos fundamentais como “ordem de valores”, por entender que tal assertiva não está adequada a uma *metódica do direito constitucional*, pois esse entendimento concebe essa ordem de valores como sistema autônomo em relação às demais regras da Constituição, o que seria, em si mesmo, uma contradição. Nesse sentido: “*Nem histórica, nem atualmente os direitos fundamentais da Lei Fundamental de Bonn formam um sistema fechado de valores e pretensões. Sua vinculação funcional e normativa às partes restantes do direito constitucional não admite tratá-los como um grupo à parte, fechado em si, de normas constitucionais. As suas vinculações material-normativas podem ser tornadas plausíveis sobretudo por meio de aspectos da interpretação sistemática, sem que se façam necessárias suposições referentes a um sistema. A suposição e aceitação de um ‘sistema de valores’ de direitos fundamentais localizado ao lado da – em sim também questionável – ‘ordem geral de valores da constituição’ contém ou uma contradição ou uma interpretação falha ou a afirmação de um pluralismo de sistemas não documentado pelo Tribunal Constitucional Federal nem documentável a partir do direito constitucional vigente.*” (Muller, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann, 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. pág. 19)

⁶⁴ A preservação do conteúdo constitucional em um movimento contra-majoritário, ao contrário de dissolver o princípio democrático, o torna efetivo sob bases pluralistas, haja vista que garante o direito de minorias desqualificadas (sem representação).

O problema central a ser solucionado pelas teorias substanciais se refere à questão da legitimidade do poder judiciário para promover essa concretização, principalmente no tocante à preservação de valores contra-majoritários em privilégio do conteúdo material da constituição e da realização de direitos fundamentais sociais, em que se torna necessário o estabelecimento de ações afirmativas⁶⁵. Trata-se da possibilidade do julgador inovar o sentido da norma jurídica a partir da apreciação do caso concreto e não meramente subsumi-la em uma relação de ordem lógico-formal.

A essa propriedade do julgador na posição de intérprete oficial chamamos “ativismo judicial”, sem olvidar, contudo, que o termo é polissêmico, possibilitando diversas abordagens.

Por vezes mencionamos “ativismo judicial” ao nos referirmos à exagerada intromissão do Judiciário na competência de outros poderes. Nesse sentido, o termo ganha feições nitidamente pejorativas e não constitui o termo científico aqui pretendido.

Pretende-se, ao tratar de ativismo judicial, defini-lo como o poder dado ao juiz de, em face do caso concreto, emprestar efetividade a direitos fundamentais de difícil apuração de seu conteúdo normativo ou que se mostrem de difícil aplicação em razão da colisão com outras normas jurídicas.

O ativismo judicial se caracteriza pelos seus objetivos em comparação com os objetivos pretendidos pelo positivismo jurídico. Além disso, é pressuposto típico de um sistema jurídico aberto, pois, como dito anteriormente, permite que as decisões judiciais concretizem direitos fundamentais inseridos em normas de conteúdo indefinido.

Abandonando-se a idéia da aplicação mecânica das regras, o juiz passa de um papel de mero operador da lei, para a função de verdadeiro *engenheiro social*, acumulando funções diversas não somente na aplicação da lei, mas, sobretudo, na sua concretização, o que, devido aos interesses contidos principalmente nas normas de direitos fundamentais (princípios), gera efeitos sociais que lhe são inerentes. Assim, é através da atividade democrático-participativa que o juiz do ativismo judicial contemporâneo legitima seu raciocínio aplicado ao caso concreto, servindo-se dos métodos da hermenêutica concretista (científico-espiritual, tópico-problemático e metódico-estruturante) para se chegar a solução mais adequada aos valores sociais, ou seja:

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. pág. 15.

Intérprete normativo no ocaso da velha dogmática jurídica, esse juiz tende, desde o advento da Nova Hermenêutica, a ser, com razão, o legislador por excelência; aquele que tanto na esfera tópica como sistemática dissolve as antinomias do positivismo ou combina, na concretude social e jurisprudencial, a doutrina com a realidade, o dever-ser com o ser e integrado aos quadros teóricos da democracia participativa terá legitimidade bastante com que coibir de uma parte as usurpações do Executivo, de outra as tibiezas e capitulações do Legislativo. Sobretudo quando este, por omissão, se faz desertor de suas atribuições constitucionais.⁶⁶

Em ilustrativa e didática figura foi retirada de artigo do professor François Ost, em que ele promove uma curiosa distinção entre os papéis desempenhados por três modelos de juízes: O Juiz Júpiter, o Juiz Hércules (segundo a definição de Dworkin) e o Juiz Hermes.

A figura jupiteriana é a aquela da aplicação do direito desde um ponto acima, donde se irradia a suprema juridicidade. Expressa-se pela figura de uma pirâmide, concebida através de uma hierarquia normativa em que o topo se constitui na norma suprema que fundamenta todo o sistema jurídico. Não se discute a legitimidade ou justiça dos degraus da pirâmide, mas tão somente a sua validade segundo o degrau superior, vez que, para se apreciar o fundamento de validade da norma, deve-se verificar se a mesma está compatível com a norma superior, sem adentrar ao conteúdo material da própria norma. Ao Juiz Júpiter, portanto, não é garantido o direito de questionar o conteúdo e substância da norma, mas tão somente se a mesma obedece aos critérios formais da figura piramidal que irradia a suprema juridicidade. A apreciação do caso concreto pelo Juiz Júpiter ocorre através da submissão do fato à descrição legal, dando-lhe, o texto normativo, a resposta a seus questionamentos.

Com a figura do Juiz Hércules ocorre o oposto. A figura piramidal é invertida, tendo a apreciação do caso concreto um papel mais fundamental ao sistema do que as próprias normas jurídicas. Na verdade, compete ao julgador criar as normas jurídicas fundamentais desse sistema, segundo aquilo que lhe é original, ou seja, segundo os padrões sociais de moralidade⁶⁷ que fundamentam todo o sistema de normas jurídicas. A decisão

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa - por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade.** 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, pág. 23.

⁶⁷ Segundo Dworkin, as normas jurídicas surgem da apreciação do legislador sobre a moralidade concorrente e a moralidade convencional: A moralidade concorrente é aquela na qual todos os integrantes da comunidade “*estão de acordo quanto a afirmar a existência da mesma – ou quase a mesma – regra normativa, mas não consideram o fato desse acordo como parte essencial das razões que os levam a afirmar a existência dessa regra*”, ou seja, na moralidade concorrente, a prática social reiterada (regra social) é suficiente para a constatação da existência de uma regra normativa e todos os integrantes da comunidade estão de acordo em relação a isso. Já a moralidade convencional é aquela que, ao contrário da moralidade concorrente, admite a existência da regra normativa, só que não a condiciona à regra social, admitindo que, mesmo não havendo, na prática social, a reprodução do comportamento almejado, existe um dever de obediência a ela. Nesse último caso o acordo da comunidade em torno da existência da regra normativa é de extrema

judicial vai buscar na moralidade que move a vida social, o substrato de sentido do ordenamento a partir da análise do caso concreto. A figura do Juiz Hércules é a personificação da conduta assistencial do Estado no século XX e, repleta de funções, não apenas jurídicas, mas, sobretudo, sociais, foi concebida como um ser ideal repleto de características de sagacidade, capacidade, paciência, noção de princípios morais e capacidade de organizá-los coerentemente, entre outros, que lhe garantem chegar à única decisão correta.

As críticas a essa figura ideal residem, justamente, na sua idealidade. Na incapacidade de se reproduzir na prática, seja pela limitação própria do ser humano, seja pelas condições de interdisciplinariedade que se exige de apenas um ser.

A figura do Juiz Hermes leva em consideração a própria origem do mito segundo o qual Hermes era responsável pela comunicação entre dois mundos, ou seja:

(...) Hermes está a la vez en el cielo, sobre la tierra y em los infiernos. Ocupa resueltamente el vacío entre las cosas, asegura el tránsito de unas a otras. Dios de los mercaderes, preside los intercambios; psicopompo, conecta los vivos e los muertos; dios de los navegantes, supera travesías desconocidas. Hermes es el mediador universal, el gran comunicador. No conoce otra ley que la circulación de los discursos, con la que arbitra los juegos siempre recomenzados.⁶⁸

Assim, Hermes serve como figura de linguagem do papel do juiz que aproveita a contribuição dos outros dois modelos na atividade jurisdicional da contemporaneidade sem, contudo, superpô-las. Enquanto o modelo do Juiz Júpiter atendia aos anseios individualista do Estado Liberal e o Juiz Hércules atende ao assistencialismo do Estado Social, cabe ao Juiz Hermes a tarefa de constituir a Jurisdição do Estado Pós-moderno, plural e volátil, mas que estende seu âmbito de influência em todas as áreas. A diversidade e velocidade de informações, o impressionante grau de especialização das ciências e a diversidade das fontes do Direito, tornam a tarefa do Juiz Hermes ainda mais complexa.

François Ost identifica a complexidade da cultura pós-moderna a partir de três indícios⁶⁹. O primeiro é a multiplicidade dos atores jurídicos, em que, não apenas a realização dos direitos e dos conteúdos de significados depende da atuação do Legislativo, do

relevância, pois é contrário ao comportamento que se verifica na prática. É o caso de regras morais que, apesar de plenamente aceitas, não encontram respaldo na prática, como ocorre, utilizando exemplo do próprio autor, com o dever de não mentir, em que, mesmo se não houver correspondência com a prática dos membros da comunidade, todos a têm como válida a regra normativa que afirma que mentir é reprovável (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pág. 85)

⁶⁸ OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de Juez**. Trad para o espanhol de Isabel Lifante Vidal. In *Doxa - Cuadernos de filosofía del derecho*, vol. 14, Universidade del Alicante, 1993, pág. 171.

⁶⁹ Idem, pág. 183-184.

Executivo ou do Judiciário, mas, principalmente em relação a muitas políticas públicas, também dependem da iniciativa privada de seus usuários.

Outro indício é a chamada imbricação das funções da sociedade civil organizada com responsabilidades próprias do poder público, nas quais o diálogo entre agrupamentos sociais e poder público está amparado por princípios de solidariedade em matéria de direitos fundamentais de terceira geração.

Por fim, a multiplicação dos níveis de poder é tida como terceiro indício da complexidade da cultura pós-moderna. Nesse aspecto identifica a necessidade estatal de negociação com ordenações internacionais seja em matéria de direitos fundamentais globais, seja na convivência com formas de auto-regulação das empresas multinacionais e poderosas corporações econômicas, que buscam, através disso, infundir na cultura nacional processos de racionalização própria do capitalismo central. O poder econômico tem, dessa forma, tentado ditar as obrigações e prioridades estatais com o fim de abrir o caminho para negociações mais rentáveis, sem que necessariamente se cumpram pautas sociais imprescindíveis à realidade nacional em países periféricos.

Todas essas novas estruturas sociais têm provocado modificações das modalidades de *ação jurídica*⁷⁰. O juiz experimente em seu labor diário uma diversidade muito grande de interesses e de formas de realização dos direitos fundamentais conforme a atuação do Estado e da sociedade na conformação desses mesmos interesses.

O aumento do grau de responsabilidade e da diversidade social da cultura pós-moderna ocorre na mesma medida em que se discute a legitimidade da atuação do Juiz nesta sociedade que rechaça discursos de poder. É justamente neste ponto que reside a importância da figura de um Juiz que promova um discurso dialético entre a sociedade e as normas jurídicas.

O balizamento de sua conduta na pós-modernidade se estende de forma a, não apenas reproduzir a lei ou a vontade suprema de Justiça, mas, sobretudo, conformar a realidade a partir dos valores fundamentais consubstanciados na Constituição, utilizando, para tanto, da força normativa da Constituição, dos recursos argumentativos e interpretativos postos à sua disposição e, na mesma medida, da preservação do procedimento formal da Jurisdição (equitativo e contraditório), sem descuidar do paradigma democrático na forma que delinearemos a seguir.

⁷⁰ OST. François. Op. Cit, pág. 185.

Assim, ao ativismo judicial propugnado pela doutrina de Dworkin, evidentemente adequada a uma realidade jurídica de um direito consuetudinário, que, por si só, já é fértil em produções Jurisprudenciais, aliam-se outros fatores que servem mais adequadamente à realidade da de nosso ordenamento jurídico. E, sobre esses fatores próprios do Neoconstitucionalismo e da Pós-modernidade, desenvolve-se uma atividade interpretativa, que deixa de ser isolada e hercúlea, para privilegiar o embate dialético e plural típico de uma ciência compreensiva.

III - O Caráter Democrático do Sistema Constitucional Contemporâneo e a Interpretação Constitucional na Sociedade Aberta.

Aliado ao desenvolvimento de um Ativismo Judicial como forma mais pragmática de preservação do núcleo essencial político do Constituição (Força Normativa) e, principalmente, de efetividade dos princípios constitucionais, encontra-se uma forte corrente crítica relativa à “*legitimidade de o Poder Judiciário (justiça constitucional) deter o poder de desconstituir atos normativos do Poder Executivo ou declarar a inconstitucionalidade de leis votadas pelo parlamento eleito democraticamente pelo povo*”⁷¹.

Porém, algumas considerações a esse respeito merecem serem abordadas mais especificamente. A primeira é o fato dos direitos fundamentais se constituírem em fundamento funcional da própria democracia, ou seja, se constituem em pressuposto essencial ao exercício da cidadania, pois, “*si no se garantizan los derechos fundamentales, la minoría no tiene ninguna posibilidad de convertirse en mayoría. Ello es, precisamente, con todo, um rasgo esencial de la democracia*”⁷², possibilitando que o cidadão político pratique, através da defesa judicial de seus interesses, o exercício interpretativo necessário à concretização dos direitos fundamentais.

Por outro lado, a Hermenêutica Constitucional contemporânea propugna a sociedade em sua forma plural, que contém e convive com todas as potências públicas que, de uma forma ou de outra, direta ou indiretamente, influenciam a atividade do intérprete e, sobretudo, o sentido almejado pela ideologia (voltaremos a falar desta ideologia) presente nas normas de direitos fundamentais.

Nesse passo, é indubitável que a sociedade plural assim concebida está estritamente relacionada a interesses variados e de convivência conflituosa, porém, é o exercício desses interesses conflitantes a característica social inevitável daqueles países que adotaram o regime político democrático na atualidade, exigindo, por sua natureza, a convivência de opostos.

Foi a partir dessa constatação que Häberle desenvolveu a idéia do paradigma democrático da interpretação constitucional, em que o povo não é visto

⁷¹ STRECK, Lênio. **A permanência do Caráter compromissório (e dirigente) da Constituição brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica.** In Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos nº 39, São Paulo: Faculdade de Direito de Bauru, pág. 80.

⁷² HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.** Tradução para o espanhol de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, pág. 20.

numericamente, mas enquanto partícipe social fundamental para se formar o conteúdo de sentidos das normas constitucionais, daí a seguinte afirmação:

A democracia de Häberle, sensível a uma espécie de metodologia tópica e concretista, a que serve de escudo, não é a do povo-massa, absoluto, possuidor de um novo gênero de Direito divino, mas a do povo-cidadão, artífice de uma democracia de cidadãos.⁷³

A história política mundial balizou a Democracia como paradigma do Estado de Direito contemporâneo, qualquer que seja a forma de sua realização – direta ou indiretamente –, cabendo aos juristas a tarefa de compatibilizar os diversos interesses na conformação de uma constitucionalidade nacional que, ao mesmo tempo, integre o que lhe fomenta o conteúdo democrático e repulse o que ultrapasse o limite tênue da resistência injustificada às normas consubstanciadas na própria Constituição e nas decisões a que se referem.

Daí não se poder, apesar das dificuldades do embate nesse nível, prescindir da Jurisdição atuante e incisiva, não como mero expectador da atividade política do Estado, mas sim como limitador da atuação indiscriminada de produtos sociais na invasão indiscriminada ao núcleo constitucional já consolidado na forma de tradição jurídica de garantia e fomentação da realização de direitos considerados fundamentais.

O modelo democrático, assim, não se constitui em uma fórmula física em que os fortes superam os fracos na medida de sua força (que pode estar relacionada a questões econômicas, sociais e políticas). Há um núcleo forte na Constituição que só pode ser superado pela confrontação com a realidade social e a tradição jurídica que move a existência desse núcleo.

Ao tratarmos, portanto, do paradigma democrático reafirmamos que se trata de modelo imprescindível ao Estado, mas esse modelo não pode estar a serviço dos interesses da maioria, e sim em consonância com a realidade nacional, bem como com os valores jurídicos consolidados no texto constitucional através de uma conduta cidadã e comprometida com as gerações futuras.

A tarefa de integrar os dois pólos, já foi dito aqui, é do Judiciário, que, ao contrário de situar-se distante da realidade como se para observá-la ao longe, dela deve se aproximar para buscar lá a melhor decisão ao caso concreto.

⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 515.

Tal tarefa não deve ser apartada do mesmo conteúdo democrático que concedeu a Jurisdição a órgão distinto do Legislativo ou Executivo, devendo-se socorrer, o julgador, na melhor medida possível, de recursos que realizem a democracia em sua forma participativa. Não se quer, com isso, afirmar que em todas as decisões judiciais é imprescindível a participação da sociedade, seja na forma direta, seja por meio da tão menosprezada opinião pública⁷⁴. Quer-se, isto sim, dizer da sua inequívoca contribuição à constituição de sentido de muitas das normas de direito fundamental e de sua contribuição como “escultora” da tradição jurídica e da pré-compreensão do intérprete.

Por outro lado, a participação social no processo interpretativo tem uma função legitimadora extremamente importante e, mesmo que essa participação não ocorra de forma direta no procedimento judicial, o resultado interpretativo está sempre sujeito ao controle social através não somente da opinião pública contrária como da aceitabilidade na conduta social, constituindo a conduta-cidadã pretendida por Häberle. Ou seja, por cidadania entende-se a participação popular na vida social, provocando, através dos meios democráticos postos à sua disposição (movimentos populares, boicotes, debates, participação em organizações sociais, pesquisas de opinião, etc) e do próprio convívio das relações intersubjetivas, a aceitabilidade ou o rechaço de determinada interpretação dada a um direito fundamental.

Quer-se com isso afirmar que não somente a reação popular a uma decisão contrária a valores sociais e aos próprios valores constitucionalmente consolidados, mas a própria reiteração de uma conduta moral arraigada aos valores olvidados pela decisão constitucional, provoca um controle interpretativo indireto, o que ressalta a importância da participação popular no processo interpretativo mesmo após o seu término.

Essa atividade-cidadã voltada à consubstanciação dos valores sociais e, inevitavelmente, voltada da mesma forma aos valores constitucionalmente consolidados, constitui, na visão da teoria concretista de Häberle o ponto crucial que envolve a participação popular no procedimento interpretativo da Constituição: o aspecto da legitimidade.

Acontece que a compreensão da questão relativa à legitimidade da interpretação constitucional em uma sociedade aberta pressupõe, segundo Häberle, a noção de interpretação em sentido lato, praticada pelos agentes sociais envolvidos no processo hermenêutico, e de uma interpretação em sentido estrito, que consiste na atividade consciente

⁷⁴ Em momento mais oportuno, analisaremos esse conceito.

de interpretação praticada pelos agentes tradicionalmente legitimados a produzir o entendimento sobre a norma (juízes, parlamentares, etc.).

Isso não significa dizer que ambos os intérpretes (em sentido lato e estrito) participam da mesma forma do processo hermenêutico, pois é inequívoco que os juízes constitucionais dão a última palavra acerca da interpretação da norma. O que se pretende afirmar é, diversamente, que os juízes constitucionais não participam de forma isolada desse processo, sofrendo influências dos intérpretes latos de modo a colher as informações necessárias à obtenção de um resultado mais justo e razoável, ou seja:

Imaginemos um funil, onde a abertura superior e maior representa a gama de interpretações sobre uma determinada matéria, formuladas pelos diversos legitimados. À medida que o processo se desenvolve, percebe-se que o número de interpretações diminui. Muitas são reformuladas, outras se fundem. Há um verdadeiro processo de liquidificação dessas interpretações até que a Corte Constitucional defina qual ou quais são aceitáveis e adequadas para aquela matéria. (...) O aumento na participação produzirá o surgimento de novas alternativas, as quais propiciarão ao juiz constitucional um contato maior com a realidade, decidindo, assim, teoricamente, de forma mais adequada, justa e legítima.⁷⁵

Cumprido ressaltar, ainda, que a legitimação a que se refere Häberle não se confunde com aquela teorizada por Luhmann na sua obra “Legitimação pelo procedimento”. Enquanto a primeira exige a participação qualitativa e de conteúdo dos intérpretes (em sentido lato e estrito) para se alcançar a legitimação da jurisdição constitucional, esta última, teorizada por Luhmann, prevê a conformação com o procedimento adequado e sujeitos legitimados para produzir uma verdadeira interpretação. Senão vejamos a observação do próprio Häberle:

Também a ‘legitimação pelo procedimento’ no sentido de Luhmann é uma legitimação mediante a participação no procedimento. Todavia, trata-se aqui de algo fundamentalmente diferente: participação no processo não significa aptidão para aceitação de decisões e preparação para se recuperar de eventuais decepções. Legitimação, que não há de ser entendida apenas em sentido formal, resulta da participação, isto é, da influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão. Não se trata de um ‘aprendizado’ dos participantes, mas de um ‘aprendizado’ por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes⁷⁶.

Deve-se, contudo, abrir um parêntese para destacar peculiar observação promovida pelo professor Inocêncio Mártires Coelho acerca da teoria ora em análise. Segundo

⁷⁵ AMARAL, Rafael Caiado. **Breve ensaio acerca da Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle**. Brasil, 2006. disponível em Acesso em: 02 abr 2006.

⁷⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, pág. 31-32.

o professor, a “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição” nada mais seria do que a constitucionalização dos fatores reais de poder, já anteriormente desenvolvidos por Lassalle na obra “Essência da Constituição”.⁷⁷ Tal afirmação, contudo, há de sofrer veemente ressalva, isso porque Lassalle trata os fatores reais de poder de uma forma negativa, ou seja, ele desconhece a Força Normativa da Constituição que, mesmo contra-majoritariamente, preserva os valores essenciais consubstanciados em seu texto. Assim, os “fatores reais de poder” da teoria häberliana não estão a serviço da maioria para interpretar da forma que melhor lhe aprouver casos concretos, devendo obediência à tradição jurídica do país e aos valores consubstanciados na Constituição.

Assim, o fundamento desse processo de legitimação da interpretação constitucional, segundo Häberle, se alicerça em três pontos de vista: a) o da teoria do direito, da norma e da interpretação, b) o da teoria da Constituição e c) o da teoria da Democracia.

O primeiro ponto de vista compreende os intérpretes inseridos na realidade constitucional, constituindo-se em agentes legitimadores do processo de criação da norma realizado pelos intérpretes em sentido estrito. A legitimação se produz na medida em que os intérpretes em sentido lato fornecem subsídios à lei e, por isso, torna-a legítima. Faz parte do que Häberle desenvolveu como pensamento pluralista ou possibilista da interpretação aberta, a que faremos referência mais específica ao tratarmos da sociedade aberta.

Já em relação à teoria Constitucional, em que se concebe a Constituição já inserta no ordenamento vigente, esta se encontra em constante processo de legitimação social, haja vista que, em uma sociedade aberta, a Constituição deve obediência aos fatores sociais que determinam sua legitimação constantemente, adequando-se a ela para alcançar a plena efetividade. Foi o que mencionamos ao falar do retorno das decisões constitucionais, ou seja da interpretação adotada após o procedimento interpretativo constitucional, à convivência social, que possibilita à sociedade, através das práticas diárias conferir seu crivo à interpretação autêntica.

A legitimação pelo prisma da teoria da Democracia pretende garantir, dentro da perspectiva pluralista da sociedade, os direitos fundamentais do “povo”, sendo este concebido como *“elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma*

⁷⁷ COELHO, Inocência Mártires. **Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder.** Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 35, nº 138, 1998, p. 186

*legitimadora do processo constitucional*⁷⁸, a fim de proporcionar-lhe a melhor forma de participação na interpretação da Constituição. Ou seja, somente através da garantia de direitos fundamentais do cidadão pode esse agente exercer livremente seu potencial interpretativo, em outras palavras:

Nas democracias modernas, portanto, os cidadãos interpretam a Constituição e, por essa razão, tornam-se mais relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir a liberdade, tais como a política de garantia dos direitos fundamentais de caráter positivo; a liberdade de opinião; e a constitucionalização da sociedade.⁷⁹

A opinião de Häberle, contudo, não encontra uníssono na doutrina acerca da matéria, principalmente em autores como Paulo Bonavides (**Curso de Direito Constitucional**) e Canotilho (**Constituição dirigente e vinculação do legislador**), que afirmam que a teoria da legitimação da Constituição por ente externo e não formalmente considerado provoca um enfraquecimento do processo legislativo em detrimento de uma interpretação que muito dificilmente alcançará o consenso por exigir uma base social estável, pressupostos institucionais firmes e uma cultura política bastante desenvolvida.

Além disso, dissertar sobre uma teoria democrática de concretização dos direitos fundamentais em países de modernidade tardia traz consigo uma série de questionamentos aos quais não pode se esquivar o pesquisador. O que está em jogo é a aferição da possibilidade de constituição de um ideal participativo e inclusivo no âmbito jurídico, servindo-se, para tal propósito, de um conceito eminentemente político – democracia – mas que, recentemente, tem servido tanto aos procedimentalistas, quanto aos substancialistas, como base inicial (ou categoria *a priori*), de seus raciocínios.

Acontece que as iniciativas, no campo doutrinário, de democratização dos processos decisórios fundamentais, reduzem a importância da formação de um conceito acerca de uma democracia verdadeiramente participativa como instrumento efetivo de realização dos direitos fundamentais e inclusão social, isso, inequivocamente, pelo fato de que tais doutrinas eclodem em países cujo exercício da cidadania se encontra em estágio mais avançado que os países de modernidade tardia⁸⁰.

⁷⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, pág. 37.

⁷⁹ Idem, pág. 37-38.

⁸⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso – constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, pág.19-25.

Mas muitos dos argumentos de ineficiência da adoção de uma teoria concretista realmente democrática nas sociedades periféricas são reproduzidos sem a necessária confrontação crítica com dados da realidade nacional, seja no campo jurídico, seja na realidade orçamentária de um país como o Brasil. Obviamente não se pretende encontrar a “fórmula mágica” que concretize os direitos fundamentais tão menosprezados no Estado Brasileiro, tornando-a uma sociedade mais justa e participativa. A missão é sopesar as possibilidades de uma teoria democrática com a matéria-prima à disposição dos intérpretes em uma sociedade periférica, afastando obstáculos que não correspondam à realidade jurídica brasileira ou não encontram sustentação em dados empíricos.

Nesse sentido, a democracia liberal que se desenvolveu durante todo o século XX e influenciou diretamente nosso modelo democrático, proporcionou importantes contribuições à doutrina dos direitos fundamentais, conformando todos os direitos de liberdade opostos em face da atuação do Estado com as lutas sociais que, desde o avanço do socialismo a partir de 1930, provocaram a discussão em torno do papel do Estado, não somente na preservação do desenvolvimento pessoal do cidadão, mas também no fomento à economia e na sustentação das condições sociais mínimas⁸¹. Ao aspecto de liberdade erigido pela democracia liberal, invoca-se o direito de igualdade para formar-se o conceito de Estado Democrático de Direito, ou seja:

(...) o que, em última análise, está-se verificando em nosso tempo, é um “reversionismo” que se estende do campo liberal ao campo socialista, visando a preservar os valores da liberdade jurídica e política (conquistas por excelência do liberalismo) com os imperativos da igualdade, cujo corolário é a “liberdade social”, só possível onde e quando todos os cidadãos venham a dispor de um mínimo de base econômica e existencial.

É esse dimensionamento do valor da liberdade em função e em sintonia com o valor social da igualdade que converte o Estado de Direito em Estado Democrático de Direito, que a Constituição de 1988 proclama em seu artigo 1º de manifesto sentido preambular.⁸²

É a partir dessa dimensão dúplice entre os valores de liberdade, próprio do Estado Liberal, e de igualdade, próprio do Estado Social,⁸³ que o conceito democrático ganha

⁸¹ O próprio preâmbulo constitucional impõe, como tarefa do Estado Democrático brasileiro a garantia do exercício de direitos sociais e individuais na mesma medida.

⁸² REALE, Miguel. **Paradigmas da Cultura Contemporânea**. 2ª edição revista e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 126-127.

⁸³ “Ao Estado liberal sucedeu o Estado Social; ao Estado Social há de suceder, porém, o Estado democrático-participativo que recolhe das duas formas antecedentes de ordenamento o lastro positivo da liberdade e da igualdade. E o faz numa escala de aperfeiçoamento qualitativo da democracia jamais dantes alcançada em termos de concretização”. (BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa - por**

feições de direito fundamental subjetivo, garantindo sua observância obrigatória ao Estado de Direito:

A nosso ver, a democracia, conforme temos reiteradamente assinalado, é a esta altura da civilização política, do gênero humano, direito de quarta geração, direito cuja universalidade, em vigor, deriva de sua natureza principial, e como princípio entra ela de forma constitutiva no ordenamento republicano, precisamente no caput do artigo 1º, em que o constituinte qualifica por democrático o nosso Estado Democrático de Direito. A partir pois dessa formulação conceitual, positiva na lei maior, podemos dizer que a democracia é rigorosamente o mais valioso dos direitos fundamentais.⁸⁴

Neste momento de “juridicização” da democracia, alia-se a sua inevitabilidade política⁸⁵, que marcou o início da segunda metade do século XX, em sua forma representativa, às possibilidades de uma democracia participativa renovada ao fim do século XX e início do XXI em questões de interesse de toda a sociedade, ou de uma parte considerável dela, através dos mecanismos de realização da democracia no âmbito judicial. Diz-se isso porque se constitui, o conteúdo democrático dos direitos individuais e sociais, também em paradigma do procedimento interpretativo da Hermenêutica Concretista aqui analisada, inclusive, legitimando diretamente a fundamentação judicial quando da análise de questões que atinjam o sentido das normas que compõe o núcleo essencial da Constituição. A atividade judicial não é, nem pode ser (devido à necessária legitimação social das decisões constitucionais), mais solitária, sucumbindo à natureza democrático-participativa do próprio Estado e à abertura interpretativa da Constituição.

A escolha dos representantes não mais retira do povo o direito de defender e reivindicar o que considera justo e correto do ponto de vista constitucional (direito de resistência), cabendo aos tribunais constitucionais promoverem a aproximação da cognição individual por ele praticada (pré-compreensiva) às razões invocadas pelas diversas potências públicas durante o processo interpretativo. Essa relação entre a democracia participativa e a Interpretação Constitucional é absolutamente necessária, pois é ela que vai proporcionar a atualização de sentido e de objetivos da Constituição e, ao contrário do afirmado pelos críticos à adoção dessa visão democrática do processo interpretativo, vai privilegiar o seu

um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, pág. 20).

⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. **A salvaguarda da democracia constitucional**, in MAUÉS, Antônio G. Moreira. Constituição e Democracia, São Paulo: Max Limonad, 2001, pág. 253.

⁸⁵ Em coletânea singular, o professor Boaventura de Souza Santos analisa a extensão da democracia nos Estados no século XX, constituindo-se em modelo de governança imprescindível devido ao seu caráter distributivo (SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a Democracia – os caminhos da democracia participativa.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, pág. 39-43).

conteúdo, não estando à mercê das inúmeras alterações textuais que passam uma imagem de fraqueza no confronto com os interesses políticos-partidários.

O monismo jurídico, nesse sentido, cede espaço ao pluralismo, demonstrando que a produção normativa não está adstrita à autoridade estatal. Passa-se a uma nova forma de enfrentamento das questões jurídicas (interpretação constitucional) essenciais do Estado. Une-se a teoria pluralista ao raciocínio hermenêutico pós-positivista que, através do método tópico, socorrem-se na busca por uma referência o mais objetiva possível à revelação dos valores sociais constitucionalmente protegidos, ou melhor, do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Nesse aspecto, a democratização do debate acerca de questões que envolvem direitos fundamentais adentra ao sistema jurídico de forma irretocável, ampliando o círculo interpretativo para agentes até então dissociados do processo hermenêutico. Passam, esses agentes, a terem relevância fundamental na realização do sentido dado aos valores estatuídos na Constituição e na formação de uma ideologia que se renova periodicamente e, por essa mesma razão, renova o sentido atribuído às normas jurídicas de acordo com o espírito que move esta nova sociedade participativa. E não poderia ser diferente uma vez que as necessidades de hoje não são as de outrora. Estamos, e isso é inegável, ao alvedrio da dinâmica do Direito na mesma medida em que é dinâmica a sociedade contemporânea. Não se pode querer a estabilização do Direito, se a própria sociedade a quem lhe deve referir necessita de respostas a inovações cada vez mais ululantes e a valores que se entrelaçam globalmente na velocidade de um *e-mail*.

Mas, mesmo que tenha havido a vitória do modelo democrático como único capaz de garantir os direitos fundamentais na quase totalidade dos países do globo (mesmo que, na prática, ela não tenha sido implementada em muitos países), a democracia em países de modernidade tardia sempre foi um tema conflituoso, não se tendo, ao certo a dimensão das potencialidades democráticas nesses países que justificasse uma abertura interpretativa de sua Constituição.

Questiona-se se seria possível atingir uma parcela verdadeiramente representativa da sociedade na busca por essa referência aos valores sociais, vez que esta seria um exercício de cidadania, que ainda é incipiente nos países periféricos. Ainda, duvida-se haver condições políticas e jurídicas para se obter o resultado almejado, haja vista o descrédito das instituições sociais nessas sociedades e, por essa mesma razão, ser impossível de se alcançar um mínimo de consenso.

Outrossim, a sociedade periférica não estaria preparada para atingir a outros níveis do debate democrático esperado na Pós-modernidade, vez que não se alcançou, nem ao menos, os objetivos de igualdade e liberdade da Modernidade. Não se constituiu, nesses países, um verdadeiro Estado Social, que torne suas normas de direitos fundamentais não apenas obrigatórias no papel, mas, sobretudo, obrigatórias de fato.

Todas essas críticas são válidas e serão devidamente analisadas, no decorrer desta parte do trabalho, a partir da realidade brasileira, vez que é a isto que se propõe o tema.

Mas, uma reflexão pode ser feita *a priori*: não se pode olvidar que as vicissitudes locais não devem, em qualquer sociedade amparada por normas jurídicas, inviabilizar a busca pela melhor realização/concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

O mínimo que se exige, para isso, é que haja liberdade e independência dos Poderes do Estado, a fim de que a igualdade seja resguardada pelos órgãos competentes e a democracia prevaleça no procedimento interpretativo da Constituição em seu núcleo essencial. Mesmo que se afirme que o subdesenvolvimento é uma forma de restrição da liberdade, não podemos negar que, no Brasil, vivemos um período de liberdade nunca antes visto na história e que somos capazes de formar, em questões de relevo, uma *opinião pública* que reflita os interesses maiores da sociedade e os valores sociais dominantes.

Mas, apesar de uma certa falta de textura conceitual acerca do que seria, entre nós, uma opinião pública defensável perante um procedimento interpretativo democrático, algo deste conceito nos é perceptível de fato, pois, ele se manifesta com considerável clareza em algumas situações pontuais nas quais a gravidade do tema e das conseqüências advindas do encaminhamento político ou jurídico dado pelas instituições estatais decisórias exige sua manifestação expressa, seja através dos movimentos populares, seja através dos meios instrumentais de disseminação da opinião pública, que, com o desenvolvimento dos meios de comunicação e de informática, está ainda mais facilitado.

Isso não quer dizer, contudo, que toda opinião pública merece ser assentida pela jurisdição, principalmente a constitucional. É da natureza da democracia a convivência com a volatilidade emotiva da opinião pública e diversas passagens de nossa história recente refletem isso: a injusta condenação prévia dos diretores da Escola Base na suspeita de abuso sexual a menores de idade; a divulgação na mídia do caso Daniela Perez, atriz e filha de uma conceituada romancista assassinada brutalmente por um colega de profissão, que motivou o endurecimento das medidas punitivas a crimes considerados hediondos; as recentes

pressões para a diminuição da maioria penal motivada pelo assassinato do menino João Hélio por menores de idade. Todos esses são exemplos do quanto a opinião pública se deixa levar por fatores muito mais emocionais do que, propriamente de cultura jurídica. Sendo assim, não se pode nem afirmar que a opinião pública, em todos os casos, se mostra equivocada, nem o contrário disso. Quer-se, isto sim, deixar claro que a opinião pública, inevitavelmente, se manifesta com os meios que lhes são postos à disposição. Sua importância reside em possibilitar ao intérprete apreciar os pontos positivos ou negativos dessa opinião pública de acordo com a cultura jurídica apreendida pelos profissionais do Direito em determinado Estado Democrático.

Nesse momento se percebe mais facilmente a importância da adoção pela Jurisdição Constitucional do método tópico-problemático desenvolvido por Häberle, em que a abertura interpretativa da Constituição permite falar-se em um raciocínio a partir de opiniões de aceitação geral, mas que não olvidam os avanços da normatividade dos princípios constitucionais.

Assim, a transição entre a compreensão da opinião pública, aceitável do ponto de vista interpretativo da Constituição, que emerge através dos instrumentos de comunicação postos à disposição do público pelo Estado Democrático, e a concretização dos direitos fundamentais desse mesmo Estado convergem a necessidade de um raciocínio tópico.

Portanto propõe-se uma forma de aferição de existência e importância (à interpretação através do raciocínio tópico-problemático) da opinião pública através da repercussão social em torno do potencial ou efetivo ato lesivo a ela. Segundo tal raciocínio, duas conclusões são possíveis: ou que é equívoco se imaginar que, a todo tempo, a sociedade guarda uma opinião pública de aceitação geral para todos os temas que envolvem decisões políticas fundamentais ou que, em certos momentos, há uma indefinição quanto à opinião de aceitação geral em torno desses temas, fazendo-se conviver, em uma mesma sociedade, várias “opiniões públicas”.

A primeira não se sustenta pela própria natureza humana. Não é possível imaginar-se viver em uma sociedade ampla e complexa como a nossa, sem que houvesse uma diversidade de entendimentos principalmente relativos aos mitos e estruturas de poder vigentes, como veremos mais adiante na definição do que é “sociedade aberta”.

A segunda é o espelho da própria sociedade aberta. Não é difícil afirmar que a sociedade está envolta em uma gama de interesses diversos e, sobre estes, se forma uma diversidade muito grande de “opiniões públicas”, relacionadas a parcelas da população

ligadas, justamente, em torno desses interesses⁸⁶. Acontece que, segundo o teste acima proposto neste trabalho, só se pode constatar a sua existência a partir de sua repercussão, o que não quer dizer que ela não exista em potencial.

Essa afirmação deve ser tomada sob os seguintes aspectos:

- a) Se repercute em um determinado sentido, a opinião pública se mostra unívoca e as eventuais “opiniões” em contrário ou não existem ou não acham relevante o debate;
- b) Se as “opiniões públicas” caminham em sentidos opostos (ou diversos), ou adota-se a regra majoritária ou se enfrenta o debate em cima dos valores sociais já consolidados em normas de direitos fundamentais.

No primeiro caso, a expressão da opinião pública ocorre de forma direta pela ação do poder dominante através do Estado, que, ou representa os interesses da totalidade da população ou, mesmo que traga conseqüências graves aos interesses de uma parcela da população, não motivam estes a contestar através de manifestações populares ou judicialmente.

Já o segundo caso é mais complexo e depende de uma apreciação verdadeiramente jurídica do conteúdo material do tema. Espera-se que o resultado seja alcançado através da análise do caso concreto perante o Judiciário.

Ora, se é o Judiciário o responsável, em situações de conflito de direitos e deveres diversos, pela promoção da paz social através dos meios jurídicos de que dispõe⁸⁷,

⁸⁶ O leitor mais atento pode vir a questionar a possível identidade entre os conceitos de “grupos de pressão” ou “grupos de interesses” (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pág. 460-480) com o de “opinião pública” aqui expresso, acontece que elas não se identificam, pois, enquanto os dois primeiros se mostram ativos e organizados (mesmo que não permanentemente) por si só, o mesmo não ocorre com a opinião pública, que depende de uma intermediação pelos meios de comunicação ou pelas manifestações populares em praça pública ou através de pesquisas sociológicas. Ademais, com o flagrante esfacelamento da representatividade democrática em nosso país (daí a defesa por uma democracia muito mais participativa), não mais se pode afirmar que, em todos os casos, a voz que fala através dos grupos de interesse ou de pressão é a mesma do povo.

⁸⁷ Essa afirmação está relacionada ao fato de que o Executivo e o Legislativo, por atenderem a interesses diversos em situações distintas, criam direitos e deveres muitas vezes ambíguos, o que provoca a celeuma de opiniões aqui descritas. Já o Judiciário está vinculado à ponderação dos bens e interesses em conflito, conforme os valores sociais e jurídico vigentes.

compete a ele compatibilizar os interesses manifestados em oposição com o manancial jurídico de princípios e regras previamente estabelecidas.

Assim, apesar da dificuldade em se averiguar a existência da opinião pública em torno de determinado tema, não se pode deixar de afirmar que no Brasil, assim como em outros países, existe, em diversos momentos, a manifestação de opiniões públicas contrárias, que devem ser compatibilizadas através do Judiciário.

Mas é importante que essa tarefa do Judiciário retorne ao próprio *público* a fundamentação da decisão. Daí defender-se a idéia de um processo judicial aberto, proporcionando a participação social na definição dos sentidos das normas de direito fundamental e do vetor orientador da Interpretação Constitucional. Essa participação, contudo, não retira do intérprete oficial, o papel que lhe é de direito.

Trata-se, como visto, de se constituir um raciocínio tópico às questões constitucionais, possibilitando que as opiniões das diversas potências públicas envolvidas com o tema contribuam para a conformação de uma interpretação mais consentânea com os valores sociais e jurídicos protegidos pela Constituição.

A interpretação constitucional do sistema aberto, portanto, se constitui na aplicação do raciocínio tópico aliado ao exercício de uma atividade-cidadã (opinião pública) devidamente abalizados por um regime democrático (fomentador de uma democracia participativa) que garanta, através de um processo pluralista, as condições de liberdade e igualdade para a concretização da norma constitucional mais adequada aos valores sociais consolidados na Constituição.

A esse processo pluralista de interpretação, Häberle chama de “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, que surge sob determinados pressupostos.

A sociedade aberta a que aqui fazemos referência é aquela mesma sociedade definida por Karl Popper em sua obra principal (*A sociedade aberta e seus Inimigos*), contudo, no diapasão interpretativo, objeto de estudo de Häberle, ganha novas feições e, assim como a primeira, encerra um período de organicidade de um sistema (neste caso o jurídico) para inaugurar uma nova forma de relacionamento entre o Estado-juiz e a sociedade em nível constitucional, na persecução por uma decisão que seja racionalmente adequada.

Na origem do conceito político de “sociedade aberta”, Popper construiu seu raciocínio a partir do enfrentamento racional acerca da posição de cada indivíduo na sociedade aberta, em oposição à inércia de movimento crítico aos “tabus mágicos” (criados por razões religiosas ou de usos e costumes comuns) da sociedade fechada, que impõem, aos

indivíduos, o temor de desordem social no caso de sua inobservância. A sociedade fechada, segundo Popper, está “amarrada” a dogmas que a impede de tomar uma postura crítica ao poder dominante.

Segundo o festejado autor, foi a partir da evolução da cidadania, do comércio e do conflito de interesses, que prosperou a “sociedade aberta”, ou democrática, pois, neste momento se desenvolveu a defesa por interesses pessoais, fundamentados racionalmente e, por isso, desligados dos “tabus”⁸⁸ coletivos. Ou, segundo o próprio:

Em minha obra essas expressões [sociedade aberta e sociedade fechada] indicam, por assim dizer, uma ‘distinção racionalista’; a sociedade fechada se acha caracterizada pela crença nos tabus mágicos, enquanto a sociedade aberta é aquela em que os homens aprenderam, até certa extensão, a serem críticos com relação a esses tabus, baseando suas decisões na autoridade de sua própria inteligência (depois da devida análise).⁸⁹

Esse movimento crítico em relação aos dogmas estatais é que dá azo aos movimentos de defesa dos interesses individuais que originariam, posteriormente, os direitos fundamentais do Estado. Nesse passo, somente através da consulta da maioria se é possível estabelecer quais desses interesses devem se sobressair no ordenamento jurídico (posição dominante). Mas a consulta popular que caracteriza a sociedade democrática deve ocorrer sob determinadas condições. E, estas condições, são as mesmas, que possibilitam o desenvolvimento da razão humana: a liberdade e a dignidade humana.

Apenas o homem livre é capaz de expor seu raciocínio e seus sentimentos acerca de um interesse, que é, antes de tudo, individual, de forma racional e crítica. Nesse passo, ao criticar o fundamentalismo enquanto tentativa de se estabelecer no Estado Constitucional uma verdade válida para todos os tempos (instituinto, por isso, uma “sociedade fechada”), Peter Häberle ressalta a importância da dignidade humana como premissa antropológica e da liberdade como “consequência organizativa” de uma sociedade democrática, senão vejamos:

⁸⁸ Os tabus se constituem, segundo Popper, nos temores, presentes no âmago do membro da tribo, de obediência a certos usos e rituais de conteúdos místicos, presentes, segundo sua crença, na natureza e cuja inobservância ocasionaria a quebra da ordem social. Assim, cada membro da tribo é aquilo que a natureza lhe impõe, sem direito a almejar alcançar as posições dominantes. Essa ausência de luta para a elevação social caracteriza as sociedades fechadas (orgânicas) e são adequadas ao interesse dos regimes totalitários.

⁸⁹ POPPER, Sir Karl R. **A Sociedade Aberta e seus Inimigos** – 1º vol.: tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1974. pág. 219/220.

El ser humano dotado de dignidad propia desde el nacimiento crece gracias a procesos culturales de socialización en un status de libertad, que le atribuye la participación democrática, el status de ‘homo politicus’ como ‘natural’ [...] En particular: la libertad científica y artística no puede ser limitada en el Estado constitucional en interés de verdades pretendidas o reveladas; la dignidad del ser humano permanece indisponible, los niños no deben ser enajenados a sus padres ni sustraídos a su ‘natural’ misión educativa, el asesinato con motivaciones fundamentalistas sigue siendo también asesinato.⁹⁰

Popper observa, contudo, que não se pode falar, ainda contemporaneamente, que existe uma sociedade puramente aberta, vez que o ser humano ainda baseia muitas suas decisões em dogmas sem explicação racional. Dessa forma, as duas “sociedades” convivem no mesmo corpo social, sem que isso signifique desprestigiar a defesa pela sociedade mais aberta possível, vez que o ser humano deve, na maior medida possível, pautar sua conduta segundo critérios de racionalidade confrontando constantemente aquilo que não tem uma explicação racional.

Transmutando a noção da “sociedade aberta” de Popper à “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”, também em nosso sistema jurídico instituiu-se, na forma de “sociedade fechada”, o dogma da obediência aos ditames do monismo jurídico e, em especial, ao método formalista de interpretação constitucional. Esse raciocínio revela o conteúdo dogmático do Direito presente no âmago dos intérpretes da “sociedade fechada” concebida pelo modelo positivista. Daí a similitude do raciocínio popperiano com aquele defendido por Häberle. Enquanto a sociedade política de Popper se mostra democrática na medida em que admite a constante luta de interesses em torno da busca pelo comando das decisões políticas dessa mesma sociedade e prestigia a tomada de decisões através da racionalidade humana em prejuízo de “tabus mágicos” incontestáveis, a sociedade de intérpretes de Häberle, pressupondo a existência da mesma tensão entre diferentes interesses também em nível interpretativo da Constituição, se faz democrática por adotar um método capaz de integrar diversos pontos de vista, não necessariamente “oficiais”, acerca de um mesmo problema, na busca pela solução segundo critérios jurídico-rationais.

A internalização dos pontos de vista “leigos” no processo interpretativo é, também, uma internalização em direção ao próprio sujeito do intérprete oficial, que participa da sociedade de intérpretes de duas formas: com sua pré-compreensão, e, neste caso, empresta suas impressões pessoais adquiridas do convívio social, e com o conhecimento jurídico de que

⁹⁰ HÄBERLE, Peter. **Retos Actuales del Estado Constitucional**. Trad. Ao Espanhol de Xabier Arzoz Santiesteban. Oñati: IVAP, 1996. pág. 150.

dispõe. O intérprete, dessa forma, funciona como um conector do Direito com a sociedade, sofrendo, por um lado, os influxos da sociedade aberta que vive o Direito e, que, em virtude de sua vivência, empresta-lhe novos sentidos, e, por outro fundamenta suas decisões segundo seus conhecimentos jurídicos, devendo obediência à força normativa da Constituição, com os valores a ela subjacentes.

Somente por esse prisma é possível, em um mesmo conceito, abarcar a noção de pré-compreensão, enquanto fenômeno “desde fora” do processo interpretativo (que, pela cultura positivista, não interessava ao Direito, mas à sociologia, filosofia, antropologia, psicologia, etc.) e de internalização deste fenômeno na concretização da norma constitucional e na mudança de seu sentido.

A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, dessa forma, antes de se constituir em um conceito que envolve diversos pontos de vista em torno de um raciocínio provocativo em relação a “tabus” estabelecidos sem fundamento racional, se constitui em peça-chave para a aproximação entre a Sociedade e o Direito, pondo um fim na tentativa de se estabelecer uma autêntica neutralidade judicial.

A Sociedade Aberta definida por Häberle cumpre papel dúplice no novo método de interpretação constitucional. Ela tanto é objetivo como é criadora dessa interpretação, pois, ao mesmo tempo em que o método constitucional procura atender às expectativas dos grupos sociais (potências públicas) – e, por isso, é objetivo -, também sofre influência destes no processo criativo em que se constitui a interpretação constitucional, ou seja:

A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. (...) Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.⁹¹

Constitui-se, portanto, em uma sociedade aberta aquela que compreende a participação, direta ou indireta, dos agentes sociais no processo hermenêutico, cabendo aos mesmos tanto a função de intérprete como a de destinatário.

⁹¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, p. 13.

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou até mesmo diretamente, intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da constituição.⁹²

Rompe-se, dessa forma, com o monopólio estatal da interpretação constitucional, admitindo a participação não só dos tradicionais intérpretes da norma jurídica (juízes e políticos), mas também daqueles que atuam como co-intérpretes (*experts*, grupos singulares, organizações religiosas, imprensa, etc.), influenciando no processo criativo.

Conclui-se, portanto, que “a interpretação constitucional não é um ‘evento exclusivamente estatal’”⁹³, mas advém de uma série de fatores sociais, provocados por todos aqueles grupos e indivíduos catalogados por Peter Häberle no capítulo II da obra em referência (catálogo sistemático), que influenciam tanto no momento da criação quanto no da concretização da norma jurídica.

A partir desta conclusão podemos, assim como o fez Häberle em obra posterior⁹⁴, afirmar que o raciocínio em torno da formação de uma sociedade aberta em nível constitucional só é possível e exequível do ponto de vista metodológico a partir de um raciocínio “pluralista”.

Ocorre que uma análise perfunctória sobre o termo nos leva a o associar a idéia simplória de criação de regras do Direito por entes não relacionados à estrutura estatal tradicional, mas o conceito assim empregado reduz demasiadamente o objeto de análise do raciocínio pluralista e circunscreve seu âmbito de atuação ao mero reconhecimento da validade/invalidade de normas de conduta provenientes de grupos sociais, instituições privadas, fundações, organizações e blocos econômicos, ONGs, entre outros, sem se aperceber da idéia central defendida por este raciocínio, qual seja: a redemocratização do processo interpretativo do Direito através da internalização de diversos pontos de vista trazidos da “sociedade aberta”.

A justificativa do pluralismo jurídico nasce, não da necessidade de se obter primariamente leis novas a casos específicos, pois isso é tarefa dos “governos”⁹⁵, que extraem das particularidades passionais a generalidade racional, mas, especificamente, da

⁹² Idem, pág. 15.

⁹³ Ibidem, pág. 23.

⁹⁴ HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución – estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta**. Trad. Para o espanhol por Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002.

⁹⁵ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?**, Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pág. 160-162.

incompatibilidade entre a lei do governo e aquela pretendida pela potência pública, pois, se o governo racional cumprisse seu papel de forma satisfatória (atendendo ao máximo de racionalidade na medida da máxima união de particularidades da forma integrativa) não haveria necessidade do Estado-juiz retornar o caminho democrático para corrigir racionalmente as distorções verificadas na *law in action*.

Isso ocorre porque o governo pode se mostrar ineficiente ao propósito democrático (que é expressão da soberania popular) ou por omissão, no momento em que deixa de expressar racionalmente a vontade geral extraída das diversas particularidades (que podem estar, inclusive em tensão), ou por ato, quando não extrai da multiplicidade das vontades particulares a vontade geral do corpo público, ou, ainda, quando o faz de modo insuficiente, criando imprecisões normativas ou de conteúdo aberto, cabendo, em todo caso, ao Judiciário, a tarefa de procurar a solução mais justa ao caso concreto, substituindo o Estado-legislador ou administrador na tarefa de unir a racionalidade à pluralidade democrática.

Portanto, ao conceito de “Pluralismo Jurídico” aqui empregado envolve-se em um espectro amplo de defesa de uma integração de diversas potências públicas no processo interpretativo.

Duas vertentes são facilmente perceptíveis na aplicação da teoria pluralista: a primeira está relacionada à quebra da função ideológica do Direito formalizado, onde se busca adequar a norma jurídica aos interesses de seus destinatários, em especial dos “menos favorecidos”, buscando uma interpretação contestadora do papel das instituições. Essa visão é um aperfeiçoamento da idéia de Direito Alternativo (ou “uso alternativo do direito”, como preferem alguns), e é bastante difundida entre os magistrados e juristas do sul do país, sendo assim defendida por Wolkmer, em confronto com o monismo jurídico:

Não obstante algumas interpretações mais atenuantes, a rigor o monismo jurídico consagra que todo Direito é a criação do Estado e, por conseguinte, todo Direito Estatal é Direito Positivo. A positividade enquanto processo de formulação, generalidade e validade objetiva, é o traço essencial do Direito Estatal. Por outro lado, o pluralismo jurídico não só deixa de associar o Direito com o Direito Positivo, como, sobretudo, admite a existência do Direito sem o Estado e, mais ainda, que pode existir até Direito Positivo sem Estado e equivalente ao do Estado.⁹⁶

⁹⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Ed. Alfa Ômega, 1994. pág. 56.

Essa atitude contestadora, importante em determinado momento de ruptura com o modelo individualista do Estado Liberal clássico, olvida o fato de que é necessária a preservação do Estado (e não o seu afastamento) para defesa dos direitos fundamentais e da própria Constituição, pois não há, ao contrário do que defende essa doutrina, que se fazer diferença entre os interesses do Estado e os da sociedade. Esse maniqueísmo entre interesse estatal e social serve, apenas, a uma sociedade que se pretenda “fechada”, uma vez que impossibilita o pensamento contestador dos interesses do Estado, já que estes não se confundem com os interesses da sociedade. Essa atitude de distanciamento entre Estado e sociedade não se coaduna com uma teoria democrática, pois exclui os interesses populares do cerne político do Estado, colocando-os permanentemente em oposição.

Admite-se, com esse primeiro raciocínio pluralista, a existência de fontes alternativas ao Direito, adequadas a uma realidade cada vez mais local, em que os interesses populares se sobressaem aos interesses do Estado. O Direito é visto como instrumento de dominação ideológica e, em havendo incompatibilidade com os interesses de grupos específicos, afasta-se a norma jurídica institucionalizada em benefício da solução que mais atenda aos fins desejados pela maioria ou pelas minorias representadas. Esta teoria esconde o fato de que, tal concepção, avoca os mesmos argumentos tomados por Lassale⁹⁷ ao afirmar a superioridade dos fatores reais de poder sobre a Constituição, sendo que de forma inversa, privilegiando-se o povo em detrimento do poder dominante.

O Pluralismo que ora se defende está compromissado, em contrapartida, com uma “filosofia de possibilidades”. Em que diversos raciocínios alternativos (voto minoritário, contestação, oposição, atuação da mídia ou de experts, manifestações populares, artigos científicos e literários, etc.) que surgiram no decorrer do processo interpretativo passam a integrar o próprio sentido da norma interpretada (significância), como “possibilidade interpretativa” que, apesar de não utilizada neste momento, pode servir de base em um outro contexto para uma futura interpretação. Esta conduta permite, por outro lado, que a interpretação empregada em um determinado momento, e, por isso, considerada dominante, seja criticada constantemente, perquirindo-se, dessa forma, outras interpretações não previstas inicialmente. Mas é importante a seguinte observação a esse respeito:

Pensamiento posibilista significa pensar em y desde otras alternativas. Sin embargo no parece procedente denominarlo ‘pensamento alternativo’, si más, pues correria

⁹⁷ LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Trad. Walter Stöner (com adaptações pelo editor), 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, pág. 10-11.

perigo, o al menos um grande riesgo, de ser asociado com conceptos antitéticos similares a los que parecen com las disyuntivas gramaticales ‘o-o’, o sea, ‘o lo uni, o lo outro’, que, como es bien sabido, son mutuamente excluyentes.

Nuestro concepto posibilista o, más correctamente, de pensamento posibilista está, em cambio, siempre abierto a cualquier outra paleta de posibilidades más amplia, es decir, también a uma tercera, uma quarta possibilidade, etc. [...] La razón de ello se debe a que este tipo de forma de pensamento o de reflexión posibilista parte de la base de la potencialidad intrínseca em cuanto a la cuestionabilidad de cualquier argumento, es decir, de la búsqueda de cualquier posible resquicio que permita ampliar las propias posibilidades inherentes al mismo, a la luz de lo que podría llamarse el lema por antonomasia, que resumido sería: que outra cosa podría también ser em lugar de lo que es o que parece ser?⁹⁸

Acredita-se, dessa forma que as novas possibilidades que emergem do raciocínio posibilista e são inerentes ao próprio texto a ser interpretado podem corrigir a trajetória de uma interpretação que, em outra situação temporal, mostre-se inadequada juridicamente. Essa inadequação ocorreria no âmbito do binômio realidade/necessidade, que acaba por formar a tríade cognitiva pluralista (possibilidade/realidade/necessidade) defendida por Häberle como necessária ao Estado Constitucional.

A interpretação, dessa forma, deve estar atenta à realidade em que se insere a norma interpretada e às necessidades materiais que se apresentam ao Estado, mesmo que tais elementos se achem em confronto, sendo possível, dessa forma estabelecer uma mediação entre a teoria, presente no pensamento posibilista, e a práxis, objeto dos outros dois raciocínios.

O elemento da realidade contribui para o preenchimento de sentido da norma ao não estar adstrito às alternativas já existentes no passado, mas principalmente ao que é possível em relação ao futuro. Dessa forma, a realidade da tríade cognitiva se constitui tanto no elemento inventivo do intérprete (do que é possível de propor como alternativa à interpretação) como no elo de ligação com a tradição advinda do passado. Já a necessidade demonstra a natureza pragmática do raciocínio posibilista, voltada não somente à descrição dos fatos, mas, sobretudo, a solução adequada ao caso concreto, segundo as necessidades que se impõem ao intérprete.

Assim, em consonância com a “sociedade aberta” sobre a qual já nos referimos, também a tríade cognitiva presente na interpretação constitucional deve se manter “aberta” a outras possibilidades de sentido, alterando, dessa forma, a própria Constituição, em suma:

⁹⁸ HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución – estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta**. Trad. Para o espanhol por Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002, pág. 62-63.

La tríada cognitiva aquí analizada permanece siempre abierta, al tiempo que todo parece indicar que una ‘buena’ exégesis constitucional (o un buen desarrollo de la misma en forma, por ejemplo, de modificación o de transformación constitucional, o incluso de política constitucional) tenderá a ser la resultante de tales fuerzas cognitivas, tanto si se enfrentan entre sí como si colabora, de consuno, sin que jamás se produzca mecanismo de automatismo alguno. La fuerza generadora de esta tríada cognitiva es ciertamente muy amplia, cara al carácter fragmentario de los textos que ostentan las Constituciones liberales; pero al mismo tiempo está estrechamente limitada por las necesidades y penurias económicas generales, que cada vez son más amenazantes y globales. Sin embargo, no por ello deja de desplegar todas sus potencialidades en la medida en que la reflexión constitucional actual se conecta cada vez con el espíritu de los tiempos que corren, especialmente en lo que al ámbito de la reflexión científica se refiere, que no es otro que el de la teoría y que en términos generales arranca desde 1989.⁹⁹

Expressa-se, o pluralismo, na forma aqui resenhada, através de duas características básicas: a publicização do procedimento interpretativo e abertura do referencial de intérpretes (pluralidade de intérpretes) do Estado Social. A fim de associar as duas características em um método integrativo das diversas possibilidades que se apresentam aos intérpretes, recorre-se ao uso da Tópica como método de solução dos problemas constitucionais.

A interpretação constitucional, nesse ínterim deve se desenvolver na forma de “processos públicos”, não só em sua forma tradicional (perante os tribunais, no que, Häberle denominou de interpretação em sentido estrito), mas também através dos atos da vida política, em que os cidadãos participam da revitalização constitucional de forma ativa ou passiva (trata-se da interpretação em sentido lato, ou amplo). O autor, dessa forma, desenvolve a idéia de que o direito em ação (*constitucional law in public action*) proporciona uma interpretação elaborada pela própria sociedade.

La interpretation o exégesis constitucional es un proceso público, es decir, un proceso como tal que además debe seguir cara al futuro. Aquí partimos de la idea de formación y transformación que existe conscientemente en la sociedad abierta de la que formamos parte, que es por la que llegamos al concepto de ‘sociedad abierta de intérpretes constitucionales’ como su mas lógica consecuencia, y en la que se dan ‘procesos públicos muy complejos’ entre los cuales los más concretos son aquellos procesos constitucionales que se refieren a controversias del ámbito científico jurídico y de la propia comunidad ciudadana, si bien ésta, vista en conjunto, tan solo representa un sector de su totalidad.¹⁰⁰

⁹⁹ Idem. pág. 61-62.

¹⁰⁰ HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución – estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta**. Trad. Para o espanhol por Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002. pág. 84.

A sociedade democrática é, portanto, uma sociedade de intérpretes constitucionais em seu sentido mais amplo por constatar que todos aqueles que “vivem” a Constituição são capazes, na mesma medida, de a ela interpretar, seja na formação do senso comum, seja promovendo alterações do sentido de textos constitucionais a partir da evolução das relações sociais ou, ainda, diretamente, expondo suas opiniões e sentimentos acerca do conteúdo constitucional, ou, em outras palavras:

Com a publicização do procedimento, espera-se alcançar uma maior racionalidade do processo interpretativo, possibilitando o controle das razões que justificam a escolha por determinado caminho na interpretação pela própria pluralidade de intérpretes que estão à disposição deste procedimento.

A interpretação judicial, portanto, se apresenta como forma de realização do pluralismo jurídico, cooptando, para o processo interpretativo, um maior número de agentes do que o admitido pelo modelo tradicional. O intérprete oficial ainda é figura imprescindível ao processo interpretativo, relacionando seus conhecimentos “técnicos” àqueles que lhes são apresentados pelos intérpretes “não-oficiais” como resultado da pré-compreensão ou da consulta popular, mas não se procura negar a influência da Sociedade no Direito, abandonando-se a idéia, até então dominante, de um afastamento absoluto entre esses dois entes (Sociedade e Direito).

Justifica-se isso pelo fato de que, como visto anteriormente, o juiz, tido como intérprete oficial (ou em sentido estrito, como pretende ver denominado Häberle), participa do processo interpretativo de duas formas: como intérprete oficial, manejando seu conhecimento jurídico a fim de solucionar os conflitos em conformidade com o Direito, e, de outro lado, sofrendo os influxos e pressões sociais advindas da esfera pública da qual, inelutavelmente, participa. Diz-se, dessa participação na formação da pré-compreensão do juiz, uma participação indireta.

Contudo, ao contrário dessa dupla participação do juiz trazer malefícios à integridade do processo interpretativo – que pode, segundo alguns, descambar para a subjetividade e para a perda da normatividade – funciona em seu favor, pois, aliada à abertura do processo interpretativo (publicização), transmuda-se em controle à atividade judicial.

Ainda, a sociedade participa de forma direta do processo interpretativo quando chamado a identificar os valores que lhes são importantes ou para decidir sobre questões polêmicas acerca da aplicação das normas de direito fundamental. Nesse passo, as

audiências públicas, os pareceres de técnicos “leigos” (não ligados à atividade jurídica), as consultas a organismos internacionais, nacionais, ONGs, fundações, as notas de imprensa e números de estatísticas e pesquisas feitas pela sociedade organizada ou instituições privadas, são exemplos da participação direta dos intérpretes não oficiais (ou “em sentido lato”) na interpretação da Constituição, servindo-se o juiz como gestor das informações que colheu dessa participação popular.

Um exemplo concreto das potencialidades da teoria ora apresentada ocorreu na primeira audiência pública promovida pelo STF para discutir questões de bioética ocorrida em 20/04/2007 (referente à ADI 3510), em que os magistrados se socorreram das opiniões de diversos setores da sociedade civil (religiosos, organizações sociais, entidades de assistência, entre outros) e de cientistas habilitados na área de pesquisas médicas para se certificarem tanto do impacto social de uma eventual decisão acerca da utilização das células embrionárias de forma terapêutica, como da existência de uma “certeza científica” acerca da definição de alguns conceitos no campo médico e ético. O Tribunal não se sentiu plenamente capacitado para responder aos questionamentos de ordem ética que a matéria exige, sendo necessário recorrer à consulta popular a fim de determinar o sentido melhor empregado na interpretação de vários dispositivos da Lei nº 11.105/2005, que trata de biossegurança.

O reconhecimento da importância da participação dos intérpretes não-oficiais não olvida o fato de que o povo está sujeito aos arroubos das paixões e interesses momentâneos, nesse passo, compete ao julgador racionalizar os interesses de modo a se chegar a uma solução que relacione harmonicamente o enunciado normativo – principalmente aqueles relacionados a direitos fundamentais do Estado – e os valores de justiça aclamados pelo povo.

Dois são os caminhos na persecução desse objetivo, plenamente realizados segundo essa concepção pluralista: o primeiro com a adoção de procedimentos de aferição da racionalidade dos argumentos utilizados com o fito de justificar a interpretação. É a visão dos “procedimentalistas”, que procuram instrumentos de controle da atividade do intérprete, de modo que sua interpretação não descambe ao subjetivismo puro. O outro, como vimos anteriormente, de raiz pluralista, serve-se do raciocínio Tópico, em que as diversas opiniões são manejadas pelo intérprete na busca por uma que seja mais consentânea com os valores presentes no ordenamento jurídico, mas que podem ser verificadas *a priori*. Por ser um processo público, a interpretação é controlada pelos próprios intérpretes (oficiais e não oficiais), tornando imprescindível o bom-senso e a tolerância. É o caso dos substancialistas,

que compreendem que as normas contêm um conteúdo essencial que é apresentado pela Constituição “desde o início”, cabendo ao intérprete acrescer ao seu conteúdo mínimo dando-lhe máxima efetividade na medida das possibilidades que lhes são apresentadas pelo domínio público, não podendo contudo, diminuir seu alcance, além daquele já previamente estabelecido (mínimo existencial).

A importância da teoria pluralista substancialista reside no fato de apenas ela justificar, em um cenário de dominação de certos grupos sociais específicos, a concessão de direitos a uma minoria, ou a grupos não organizados, não relacionados à tentativa de se estabelecer um consenso em torno da matéria. Isso ocorre, porque, mesmo a maioria deve estar adstrita a um “conteúdo mínimo”, cabendo ao juiz racionalizar os interesses da maioria com os valores consubstanciados na Constituição.

Assim, a impossibilidade de restrição de direitos fundamentais por força do mero reconhecimento da maioria acerca de sua necessidade momentânea é observável em diversas operações interpretativas do pluralismo contemporâneo.

Um exemplo disso é o fato de que a maioria da população brasileira entende ser salutar adoção da pena de morte a certos crimes violentos, contudo, por motivo de ordem racional e humanitária¹⁰¹, e devido a valores subjacentes à Constituição, a interpretação jurídica (dos intérpretes autênticos) dominante entende não ser possível sua implementação, nem mesmo em caso de alteração da ordem constitucional.

Ainda, toda uma gama de direitos dos indígenas, homossexuais e da população deficiente física e mental é tomada no seu aspecto pluralista (como espectro de ação da minoria sob uma sociedade dominada por interesses que se direcionam em sentido inverso ao interesses dessa parcela da população) em melhores condições do que se relacionássemos sua implementação a um consenso prático e objetivo. Somente tomado o problema dessa minoria desqualificada (entenda-se, desorganizada juridicamente) como relevante ao pensamento pluralista de possibilidades, situado entre a teoria racionalista e a experiência prática, torna possível uma interpretação em conformidade com valores subjacentes à Constituição.

A base para a adoção de uma teoria pluralista no campo da hermenêutica jurídica (e constitucional, em especial) erige, portanto, sob certos pressupostos teóricos e práticos. Nesse aspecto, só se deve falar de verdadeiro “Pluralismo Jurídico” levando em

¹⁰¹ Nesse sentido, DALLARI, Dalmo de Abreu em site: <http://www.dhnet.org.br/direitos/penamorte/dalmodallari.html>, acesso em 01/04/2007.

consideração tais pressupostos que permitem o desenvolvimento de uma teoria democrática do Direito e fomentam o raciocínio dos intérpretes na preservação de tais condições em favor da relativização do sentido constitucional para adequá-lo ao tempo corrente, sem apego a verdades universais próprias de uma “sociedade fechada”, e controlável do ponto de vista da racionalidade.

IV - Desafios de uma Hermenêutica Constitucional (Pluralista) adequada aos Países Periféricos

Até o momento, procurou-se justificar o desenvolvimento da natureza hermenêutica do Direito sob três pilares: a sustentação valorativa e paradoxal do ordenamento jurídico através de uma Força Normativa inerente à Constituição, a teorização em torno de um método de interpretação constitucional que compreenda a dimensão pluralista (e, portanto, participativa e questionadora) da sociedade, e a expansão da Jurisdição Constitucional através do desenvolvimento de mecanismos de controle do conteúdo material da Constituição.

Porém, todos os avanços na teoria constitucional contemporânea e, em especial, na Hermenêutica Jurídica Constitucional, tomaram por base a realidade política e social de países capitalistas centrais, cujo desenvolvimento da cidadania (enquanto modo de participação ativa da população na persecução dos objetivos estatais) e da democracia são consentâneos com essa nova realidade.

Ao tratar-se especificamente de sociedades que não atingiram um grau de desenvolvimento equivalente a esses países, surgem algumas dúvidas quanto à adoção de uma tese substancial dessa espécie.

Não bastaria a esse trabalho, descrever os métodos hermenêuticos e as justificativas teóricas desses métodos sob as bases acima delineadas. Nisso não reside nenhuma problemática ao tema. A realidade nacional e o enfrentamento dos pressupostos teóricos da Hermenêutica Concretista em tais condições, isto sim.

A forma encontrada de se alcançar o êxito almejado é superar as críticas à adoção dessa teoria através da verificação da preservação, em *terra brasilis*, dos pilares teóricos supra-mencionados.

Assim, analisar-se-á sob o aspecto da realidade constitucional brasileira, se há de se falar de uma Força Normativa inerente à Constituição de 1988, que proporcione ao julgador servir-se dela para a consecução dos valores nela consubstanciados, se os métodos de interpretação constitucional servem-se satisfatoriamente do manancial teórico e das premissas válidas presentes na sociedade brasileira e, por fim, se a Jurisdição Constitucional contém mecanismos de “controle da constitucionalidade”¹⁰² adequados a essa nova realidade pluralista da interpretação constitucional.

¹⁰² Utilizam-se aspas nessa expressão porque a mesma é tomada em seu sentido amplo, significando a persecução do ponto de vista adequado a cada problema constitucional. Trata-se de um controle do conteúdo da

A constatação da aplicabilidade de uma Hermenêutica Concretista adequada à realidade nacional não ocorreu do dia para a noite, sendo, ao contrário disso, o resultado de uma série de influências teóricas que permite afirmar que faz parte da cultura jurídica nacional o interesse pela efetividade dos valores consubstanciados na Constituição, formando uma incipiente dogmática jurídica de concretização surgida a partir de construções doutrinárias e jurisprudenciais que valorizam o conteúdo material da Constituição e a participação ativa do julgador na conformação da norma à realidade a ela subjacente, tudo isso em substituição à concepção formalista empreendida até então, restando, apenas, a conformação de nosso sistema judiciário ao paradigma democrático-participativo do Estado de Direito atual para se concluir, efetivamente, o ciclo de surgimento de uma sociedade aberta de intérpretes constitucionais.

Para isso, toda a discussão acerca dos direitos fundamentais, que tomou por base a reformulação do caráter normativo da Constituição do Estado, foi incorporada paulatinamente no sistema jurídico brasileira, até antes da Constituição de 1988 ainda muito dependente de construções doutrinárias.

Os reflexos desse movimento de transição de uma Constituição Programática para uma Constituição dotada de Força Normativa, no Brasil determinaram o desenvolvimento, no Brasil, de uma corrente doutrinária denominada de *Teoria Crítica*, que, em linhas gerais, contestava o caráter científico e neutral do Direito defendido pelos positivistas. Teve forte base na teoria marxista e concebia o Direito como produto da ideologia capitalista dominante e instrumento de manutenção do *status quo*.

À teoria crítica é dado o trabalho de desmistificar a sociedade de forma a não apenas descrever a situação atual de dominação ou de escamotear a ideologia por trás da aparência de cientificidade, mas de verdadeiramente buscar alternativas para se promover uma mudança social e paradigmática. Segundo Wolkmer:

(...) pode-se conceituar teoria crítica como o instrumental pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes e mitificados uma tomada histórica de consciência, desencadeando processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, antidogmática, participativa e transformadora.¹⁰³

Constituição e do significado da norma de direitos fundamentais, que pode ser exercido, tanto através dos meios processuais formalmente dirigidos ao controle da constitucionalidade (pela via difusa ou concentrada), como também por outros meios processuais indiretos.

¹⁰³ WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 5ª ed. rev.. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 5.

A teoria crítica, por ter essa característica de contestação aos dogmas jurídicos empreendidos pelo positivismo contribui de forma decisiva para a formação de um raciocínio voltado à solução de problemas observados na realidade social, daí sua vinculação quase que umbilical com as teorias sociológicas. Porém, ainda não se pode dizer que a Teoria Crítica desenvolveu um método interpretativo, ao contrário, ela se constitui muito em uma teoria social e antropológica que visa uma desmistificação da sociedade para adequá-la a uma nova visão do homem moderno, este concebido a partir de uma idealização de seus valores essenciais.

A fim de superar a falta de uma metodologia interpretativa específica ao cenário jurídico nacional, seguiu-se a esse movimento (teórico-crítico), de caráter eminentemente contestador aos dogmas jurídicos tradicionais, uma doutrina jurídica específica que buscava, aí sim, substituir o modelo interpretativo positivista, desvinculando a idéia de Direito com a de normas jurídicas produzidas, com exclusividade, pelo Estado. Ao monismo jurídico, impunha-se o reconhecimento de outras fontes de Direito, que, conforme nos ensina Cláudio Souto¹⁰⁴, surgem em determinados conglomerados sociais consensualmente a partir da interação social (comunicação) segundo padrões de expectativas grupais, uma vez que o Direito formal (conceito oposto ao direito informal surgido em determinados grupos sociais) não lhes alcançava ou, pelo menos, não os fornecia as respostas necessárias para atender aos interesses daquela parcela da população.

Foi sob tais alicerces que surgiu no Brasil a Escola do Direito Alternativo, sendo quem, verdadeiramente, primeiramente contestou em nosso território a possibilidade de um Direito afastado da idéia de uma ordem de valores surgidos no seio social.

Assim, em um primeiro momento de maior acirramento, houve quem defendesse o afastamento da lei considerada injusta do ponto de vista desses valores sociais. A falta de amparo a tais conceitos levou a um abrandamento das idéias ali defendidas, formando o que se convencionou chamar de “Uso Alternativo do Direito”, em que eram propostos meios de utilização do próprio instrumental jurídico para se alcançar decisões mais consentâneas com os valores sociais.

Isso não queria dizer, contudo, que o exercício da interpretação judicial não dependia de uma alta dose de voluntarismo por parte do julgador. O juiz, na apreciação do

¹⁰⁴ SOUTO, Cláudio. SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito – uma visão substantiva**, 3ª ed. rev. e aum.. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, pág. 243-246.

caso concreto, tinha, segundo essa doutrina, uma liberdade de ajustamento em direção do que, individualmente, achava mais justo, a ponto de ser completamente desnecessária a abordagem Jurisprudencial do caso. Observou-se que, na maioria dos casos analisados sob essa óptica alternativa, a ponderação dos interesses e dos resultados almejados não obedecia a um critério racional, podendo, a um momento, ser mais válido a aplicação da lei e, em outro, afastá-la no sentido de uma regra ajustável ao caso, segundo as convicções do juiz.

Até este momento, não havia a preocupação em fundamentar a decisão com base em direitos fundamentais previstos constitucionalmente – pelo menos não era essa a intenção primordial –, uma vez que, como dito anteriormente, a própria Constituição não fornecia esse importante conteúdo material, pois, apesar de já bastante desenvolvida a idéia da Força Normativa da Constituição em outros países, no Estado brasileiro sua operacionalização era bastante discutível. Basta lembrar o período de forte influência do governo militar, não somente na conformação do Supremo Tribunal Federal, como também em suas decisões, como se observa de decisões como a que se segue:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONFISCO DE BENS NOS TERMOS DOS ATOS INSTITUCIONAIS E COMPLEMENTARES. ART. 3. DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 11, DE 1978. EXCLUSAO DO CONTROLE JUDICIAL.

POR EFEITO DO ART. 3. DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 11, ESTAO EXCLUIDOS DA APRECIACÃO JUDICIAL OS EFEITOS DOS ATOS PRATICADOS COM BASE NOS ATOS INSTITUCIONAIS OU COMPLEMENTARES, AINDA QUE ESTES TENHAM SIDO REVOGADOS. LIMITANDO-SE O CONTROLE JUDICIAL, QUANDO FOR O CASO, A OBSERVANCIA DAS FORMALIDADES EXTRINSECAS.
RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

(STF RE 101130/DF, Rel. Min. Rafael Mayer, DJ 17/05/85)

Uma grande contribuição do Direito Alternativo para a teoria hermenêutica neste cenário restrito, está na tentativa de integração de potencias públicas no processo de criação e interpretação do Direito, principalmente naquele praticado nas instâncias ordinárias. Contudo, ao contrário do que propugnava a teoria alternativa, entregava as decisões fundamentais ainda mais nas mãos do Estado-juiz, a quem era dada a missão de revelar o legítimo direito das massas, ainda em uma atividade individual.

Em suma, apesar de ser concebido, o Direito, como produto comum do Estado e da sociedade, era o Estado quem detinha o monopólio dos métodos de interpretação judicial, mesmo que eles significassem a inexistência do próprio método e a adoção de um

voluntarismo que se mostrou, na prática, desregrado. Não se tratava de uma Escola Hermenêutica, mas de uma filosofia transcendental ligada a uma moral individual aplicada à práxis de uma só figura: o juiz.

Principalmente após a Constituição de 1988, a Escola do Direito alternativo foi, aos poucos, perdendo a pujança inicial, evidentemente motivada pela queda do paradigma político – a inexistência de uma Constituição garantidora de direitos fundamentais e um processo ditatorial que impedia a atuação efetiva do juiz na apreciação da dimensão axiológica dos fatos – que marcou o início de sua trajetória.

A conformação de um constitucionalismo de princípios, na forma de normas escritas garantidoras de direitos fundamentais, aliada à abertura política verificável nos anos posteriores ao movimento das *Diretas Já*, motivou, no Brasil, a busca por outros critérios de realização de valores, que não o afastamento do Direito enquanto forma mais adequada de pacificação social.

O que era voltado a uma aplicação alternativa da lei segundo o *sensu comum* de Justiça (mesmo que o espelho deste fosse o entendimento do Juiz), pela falta de um paradigma de sustentação na fundamentação do “Bom Direito”, passou a trabalhar em torno da melhor realização dos direitos e garantias já existentes e com o suporte ideal de força vinculante suficiente para amparar os projetos interpretativos de até então. Unia-se a vontade de se fazer Justiça, com a segurança jurídica proporcionada pela Constituição, repita-se, motivada pela abertura política, que motivou um melhor equilíbrio entre os Poderes do Estado brasileiro.

Assim, o desenvolvimento doutrinário e Jurisprudencial em torno da eficácia dos direitos fundamentais expressos na Constituição, culminou, em meados da década de 90, com o desenvolvimento de trabalhos na área específica de interpretação constitucional, onde se destacam os trabalhos de autores como Luis Roberto Barroso, Paulo Bonavides, Inocêncio Mártires Coelho, Celso Ribeiro Bastos, Lênio Streck, entre outros, que, a partir de uma abordagem ligada às doutrinas hermenêuticas européias, buscaram sua conformação com a realidade local.

O pensamento concretista no Brasil, aproveitando-se dessa europeização da Hermenêutica Constitucional Brasileira, consolidou-se com o desenvolvimento de duas linhas de raciocínio. A primeira ligada à defesa de um mínimo existencial, constituindo previamente e com base no princípio maior da dignidade da pessoa humana um núcleo material específico que permite a intervenção judiciária na realização dos direitos fundamentais. A segunda, em

uma linha pragmática, volta-se ao estudo das condições de concretude da norma jurídica e de sua capacidade de conformar a realidade a sua volta, com nítida influência dos métodos normativo-estruturante e tópico-problemático.

A doutrina do mínimo existencial é um tema que, por referir-se a um critério de abordagem hermenêutica dos direitos fundamentais, em especial dos direitos fundamentais sociais, não poderia deixar de ser abordado a luz da teoria concretista.

Uma advertência prévia: os objetivos da doutrina do mínimo existencial são os mesmos das teorias concretistas mas apenas servem de complemento teórico aos métodos hermenêutico-concretistas tradicionais (científico-espiritual, normativo-estruturante e tópico-problemático). Ambos referem-se às possibilidades, ou impossibilidades, da realização dos direitos fundamentais, sendo que a doutrina do mínimo existencial parte do pressuposto que o Estado é limitado em seus recursos¹⁰⁵, o que é metodologicamente conveniente, pois se desvencilha da obrigação de atribuir graus à realização dos direitos fundamentais. Se bem ou mal prestados os serviços públicos, o núcleo essencial da dignidade humana permanece defensável perante o Judiciário, mas se esse mesmo mínimo não se mostra suficiente à sociedade, não por números, mas pela realidade própria dos direitos fundamentais sociais, os interesses devem ser demandados perante a ordem política.

Assim, o mínimo existencial é, nada mais, que o estabelecimento de padrões mínimos de realização material dos direitos sociais, a fim de estabelecer condições básicas para a existência digna do ser humano.

Esse *Mínimo Existencial* se constitui no campo próprio das deliberações judiciais. Afora este círculo estariam, as prestações sociais, sujeitas ao *espaço próprio da política e das deliberações majoritárias*¹⁰⁶.

A busca pela configuração do “mínimo existencial” exigível judicialmente levou Ana Paula de Barcellos a identificar o núcleo essencial de uma existência digna como sendo os direitos à *assistência social*, à *saúde*, à *educação fundamental* e o *acesso ao Judiciário*¹⁰⁷, ressaltando que o mesmo pode variar de acordo com o desenvolvimento de cada Estado.

¹⁰⁵ COGO LEIVAS, Paulo Gilberto. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, pág. 143.

¹⁰⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág. 248.

¹⁰⁷ Idem, pág. 248. “Vale aqui, contudo, uma observação que julgo pertinente: em que pese a autoridade do argumento, ousa discordar da autora, uma vez que o direito de acesso à Justiça não pode ser confundido com um direito constante de um padrão mínimo em nível social. Afinal, o direito de acesso ao Judiciário está relacionado

Em que pese tais considerações, a doutrina do Mínimo Existencial merece algumas críticas, principalmente se levarmos em consideração a realidade brasileira, pelos motivos que se passa a expor:

A doutrina do mínimo existencial, apesar de, inegavelmente, procurar, através da interpretação, completar o sentido das normas que contêm direitos fundamentais sociais, o faz da forma menos apropriada à realização desses mesmos direitos, haja vista que objetiva a aplicação de limites à atividade judicial segundo critérios gerais, como se fosse possível definir previamente o conteúdo das normas de direitos fundamentais e utilizar esse padrão a todos os casos, não levando em consideração a profusão de sentidos que podem surgir, não apenas da análise isolada do texto da norma, mas, sobretudo, da colisão de interesses e valores advindos da complexidade do caso concreto.

Na prática, o mínimo existencial provoca sobre o sistema jurídico o mesmo fechamento proporcionado pela doutrina positivista, pois limita a atuação do intérprete aos padrões interpretativos previamente estabelecidos pela atividade Jurisprudencial. O que se quer dizer com isso é que o resultado de uma abordagem minimalista é a constituição de uma “regra”, que não comporta exceções não previstas em seu programa normativo. Além disso, a doutrina não responde duas questões que lhe são fundamentais: a primeira é como se definir o conteúdo do mínimo existencial? E, por outro lado, em que momento os padrões não mais correspondem à realidade social?

A inexistência de um questionamento acerca da origem dos interesses que motivam o conteúdo de um mínimo existencial provoca afirmações da seguinte espécie:

Como já se fez menção, esses quatro conteúdos do mínimo existencial [saúde, educação, assistência social e acesso à Justiça] não correspondem a uma escolha aleatória, ou exclusivamente normativista (considerando-se o texto da Carta de 1988); ao contrário, eles integram uma estrutura lógica de fácil demonstração¹⁰⁸

com a proteção de qualquer direito garantido pelo Estado. Trata-se, é verdade, de um direito fundamental, mas que não pode estar atrelado à prestação de um padrão mínimo, haja vista que ele deve ser realizado sempre na melhor medida possível, tomando como parâmetro condições universais de proteção da pessoa e preservação do contraditório e da ampla defesa. Enfim, não se pode falar de um mínimo ou de um máximo na realização do direito de acesso ao Judiciário, mas de sua observação integral sempre que se violar (ou haver ameaça de) o direito de qualquer pessoa. Como a própria autora afirma, o direito de acesso ao Judiciário é “instrumento” de realização do “mínimo existencial”, não confundível com este, que está relacionado à realização “possível” de determinados direitos sociais”.

¹⁰⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág. 259.

A demonstração mencionada, contudo, não leva em consideração nenhum dado empírico, mas sim uma dedução lógica (sic) a partir do que, juridicamente, se entende que compõe o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana. Resta-nos, portanto, questionar: O que nos faz crer ser possível ao jurista, sem qualquer dado multidisciplinar, definir qual o maior interesse da existência humana em determinada sociedade?

A defesa por um mínimo existencial olvida o fato de que para ter sucesso em seu intento de promover quadros gerais mínimos de aplicação ampla na sociedade é extremamente necessário ouvir tanto os interesses que motivaram a criação dos direitos fundamentais sociais pelo legislador constituinte, quanto, primordialmente, ouvir os interesses e intenções daqueles que vivenciarão a realização desses direitos.

Por outro lado, o estabelecimento de um mínimo existencial desconhece haver princípios jurídicos e atualizações de sentido que, em face do caso concreto, podem acrescentar elementos ao núcleo essencial da dignidade da pessoa humana.

Assim, por exemplo, a educação na forma fundamental estatuída como prestação mínima do Estado pode, em face do caso concreto, ser insuficiente se, em razão dos interesses de uma coletividade determinada (princípio do desenvolvimento integral da pessoa humana) ou da necessidade de desenvolvimento de uma região específica (objetivo fundamental da República), se verificar a necessidade de acréscimos ao núcleo essencial do mínimo existencial, promovendo programas de formação técnica ou acadêmica em outros níveis.

Quando o debate adentra à definição das prestações mínimas de saúde, a situação se complica ainda mais. Isso porque não existe a possibilidade de se definir previamente quais prestações podem ser demandadas no Judiciário e quais são de competência da ordem política e das deliberações majoritárias, pois nessa seara está um princípio que não faz parte da categorização dos direitos sociais, mas que guarda estreita relação com todas as normas dessa espécie: o princípio de preservação da vida.

O Judiciário não deve, com base no mínimo existencial negar direito social que provoque o perecimento antecipado da vida, pois esse é o objetivo primeiro da organização do homem em sociedade, qualquer que seja a doutrina sociológica que se adote.

Uma última observação ainda se mostra pertinente: A definição do mínimo de prestações não acontece na mesma medida dos programas normativos de muitas das normas constitucionais e infraconstitucionais que estabelecem obrigações ao Estado, fazendo com que, na prática, as mesmas tenham, no que superar o mínimo previamente estabelecido,

mero conteúdo programático (na pior acepção da palavra), constituindo-se em projetos políticos e promessas de futuro, que não obrigam o seu emissor. Ou seja, se a Constituição ou a legislação infraconstitucional garantir direitos sociais em medida superior aos padrões mínimos definidos pela Jurisprudência, essa definição não é capaz de criar direito subjetivo exigível judicialmente.

A linha pragmática da teoria concretista no Brasil vem sendo objeto de debates acirrados acerca de sua compatibilidade com a Constituição brasileira, colocando-se uma série de obstáculos materiais à aplicabilidade de seus métodos. Justificam-se tais restrições sob a justificativa de inexistir, no país, uma teoria material da Constituição de 1988, o que impossibilita a adoção de qualquer método hermenêutico que compreenda a Constituição segundo os valores nela consubstanciados, deixando-a a mercê dos influxos lesivos do Executivo e do Legislativo, o que apenas reforça a crise da democracia representativa.

Outros aspectos também ganham um relevo não menos importante e dizem respeito a algumas das críticas já mencionadas, quais sejam:

- a) Há uma evidente insuficiência de recursos para a persecução dos objetivos principais da Constituição Brasileira, principalmente em se tratando de direitos sociais;
- b) O Estado Democrático Brasileiro sofre da falta de representatividade e de coerência ideológica dos partidos políticos; e
- c) A aparente apatia quanto à realização de uma Democracia Participativa no Brasil impede o desenvolvimento de um raciocínio em torno da formação de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

Assim, além de uma alegada insuficiência de recursos que impossibilitaria a concretização de muitos dos direitos sociais previstos na Constituição, questiona-se o fato de que, em sociedades periféricas, a Constituição guarda um papel muito mais simbólico que dirigente, inviabilizando um ativismo judicial sem contenções especiais.

Deve-se lembrar que este é um estudo hermenêutico e, como já afirmado anteriormente, visa analisar as condições em que ocorre a interpretação constitucional no cenário social, ou seja, na realidade normatizada, pois não se olvida o fato de que “*é precisamente nesse terreno que se vê a jurisprudência, ante a necessidade de recorrer a fatos*

*empiricamente demonstráveis do mundo social, para assim apoiar a interpretação de disposições legais ou mesmo para definir o conteúdo destas*¹⁰⁹

Nesse passo, também a Jurisprudência Brasileira necessita estar amparada em *atos empiricamente demonstráveis* para embasar suas interpretações. Ocorre que, por facilidade metodológica muitas vezes recorre-se a modelos ideais de interpretação, aplicáveis de maneira geral a todos os casos. Daí a proliferação de súmulas de tribunais superiores e a utilização desordenada de argumentos de “impacto social e econômico” e “interesse público”, sem qualquer referência a dados empíricos.

Apesar de sempre se questionar a efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 e as condições econômicas de sua concretização pelo Estado, não é prática comum no Judiciário brasileiro recorrer a uma teoria material da Constituição que fundamente determinada metodologia da práxis. Aliás, nem mesmo se pode afirmar que nossos juízes, tomados em seu conjunto, estão preparados para utilizar métodos de interpretação da Constituição apartados dos cânones interpretativos tradicionais, sem recorrer a formas de silogismo com omissões evidentes das premissas que sustentam, verdadeiramente, seus fundamentos¹¹⁰. A conexão da realidade normatizada com a norma constitucional é feita muito mais com base no sentimento individual de justiça do que através de um procedimento racional metodologicamente controlado.

Isso não quer dizer que não haja uma identidade ideológica da Constituição brasileira, ao contrário disso, ela apenas não é bem aproveitada. Inegavelmente não se questiona mais os benefícios que a Constituição traz para o povo brasileiro, mas sim o que o povo brasileiro pode fazer pela Constituição, em especial, por sua interpretação.

Ver-se-á, mais adiante, que a abertura interpretativa da Constituição fornece os instrumentos para superação dessa deficiência, possibilitando uma visão global dos direitos fundamentais essenciais ao Estado, através de uma teoria material adequada à realidade nacional, e dos problemas de que se cerca sua concretização.

Assim, é forçoso constatar que, com as teorias concretistas, o problema da realização dos valores constitucionais deixou de ser, apenas, um problema de filosofia do direito para se constituir em um problema de aplicação prática do direito. E, nesse sentido,

¹⁰⁹ MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. Vários tradutores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 17.

¹¹⁰ Sobre tais omissões de premissas e sua importância: “Don’t mention the Norm!”. **International Journal for the Semiotics of Law**, IV/10, 1991, p. 45-60. trad. João Maurício Adeodato, publicada no Anuário do mestrado da Faculdade de Direito do Recife, nº 7. Recife: ed. UFPE, 1996, p. 251-273.

cabe ao intérprete constitucional estabelecer os parâmetros metodológicos adequados à realidade de sua Constituição, utilizando-se, a partir de dados empiricamente comprovados, todo o profícuo conteúdo material nela inserto.

É com esse escopo que se passa, neste momento, a analisar as condições em que ocorre, ou pelo menos deve ocorrer, a interpretação da norma constitucional brasileira, buscando-se identificar seu conteúdo material e a sua efetividade no cenário nacional a partir dos aspectos econômicos e de teoria material da Constituição de 1988, que servem de resposta às principais críticas à adoção de uma hermenêutica concretista em nosso país.

Um dos pontos de relevo acerca da concretização dos direitos fundamentais no Brasil diz respeito à aparente insuficiência de recursos disponíveis para as áreas consideradas essenciais à realização de direitos sociais¹¹¹ e a possibilidade de, em face de decisões judiciais que imponham ao poder público a destinação de verbas para a realização de direitos a saúde, educação, moradia, etc, ocorrer um colapso das contas públicas que prejudiquem o tão propalado “interesse público”.

Nesse cenário, e sustentando-se na possibilidade de se analisar os direitos sociais a partir de um método indutivo, o setor social que mais causa celeuma em torno da utilização dos recursos orçamentários é a Seguridade Social, que envolve a destinação de recursos para Saúde, Assistência Social e Previdência do trabalhador.

A assistência social e previdência envolvem a aplicação vultosa de recursos públicos, sendo responsáveis, de um lado, pelo desenvolvimento econômico de muitas regiões pobres do país, e por outro, pelos maiores “prejuízos” às contas públicas. Essa tensão contraditória entre áreas tão amplas é o espelho mais específico do conflito existente em nosso país entre interesse público (se levarmos em conta “interesse público” como um conceito meramente utilitarista) e a preservação de direitos sociais mínimos ao cidadão em situação de infortúnio.

Dentro da estrutura da Seguridade Social, a área da saúde pública é a que vem, mais intensamente, provocando uma enxurrada de demandas judiciais relacionadas tanto à concretização de garantias constitucionais da coletividade, através da atuação do Ministério Público, como de indivíduos específicos, que buscam o Judiciário a fim de proporcionar o fornecimento de medicamentos e serviços não previstos nas normas regulamentares do

¹¹¹ Cf. BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 109.

Sistema Único de Saúde, é o chamado fornecimento de medicamentos de dispensação excepcional.

O tema da saúde não é simples e os seus números são sempre gigantescos. Qualquer pesquisa nesta área tem que levar em consideração que nem sempre a utilização dos recursos em um valor menor que em outros países significa o caos na saúde pública local, podendo indicar que ali ocorre a gestão adequada dos meios de educação preventiva enquanto que, no segundo caso – utilização maior de recursos –, isso não foi possível.

A realidade brasileira demonstra, visivelmente, que a situação não é a de adequação dos meios preventivos, mas de total desestrutura física e, principalmente, de gestão dos recursos destinados ao propósito de prestação eficiente dos benefícios de seguridade social. A afirmação pura e simples nesse sentido, porém, não serve aos propósitos desse trabalho. A demonstração far-se-á por números retirados da pesquisa de entidades conceituadas. Infelizmente a colheita de informações é atrasada em alguns anos devido a dificuldades próprias da pesquisa. O órgão de maior conceito e que conseguiu, em 2007, consolidar os números mais próximos da realidade atual foi a *World Health Organization*, que publicou em sítio da Internet (www.who.int) sua pesquisa global disponibilizando-a integralmente on-line.

Entre 1999 e 2004, os gastos *per capita* do país com saúde reduziram em quase 20% até que, em 2004 sofreu um reajuste que não o aproxima dos números de países como Argentina (US\$ 383,00), Chile (US\$ 359,00), México (US\$ 424,00), Portugal (US\$ 1.665,00), ficando muito abaixo da média global de US\$ 645,00, em 2004, vejamos:

Ano	Gastos em US\$
1999	243
2000	268
2001	224
2002	199
2003	212
2004	290

Fonte: World Health Organization (2006)

Outro número de relevo apresentado pela instituição é a que relaciona os gastos com saúde pública com o total de gastos governamentais. Segundo a referida pesquisa, o Brasil compromete 14,2 por cento do total previsto para gastos governamentais em geral, aparentemente adequado à média global de 14,3 por cento.

Acontece que boa parte dos países periféricos alia uma política de gastos dos recursos públicos com a captação de recursos externos, responsáveis por um incremento na realização das políticas públicas de saúde, o que não ocorre no Brasil.

Segundo estatística da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico¹¹², a saúde, com 19,2%, está, em relação ao volume total de recursos públicos destinados à área social, em terceiro lugar, atrás da Previdência Social, que compromete 43,7% do gasto social total (67,4% do gasto social federal), e educação, ao qual é destinado 22% do gasto social total.

O grande gasto com a Previdência Social em relação ao total de recursos destinados a área social, contudo, não está adequado ao perfil da população brasileira, como denuncia Brian Nicholson, economista inglês:

É interessante ver como o Brasil se compara com a média dos países ricos – no caso com a média da OCDE. Em termos de porcentagens do PIB, o Brasil em 2001 e 2002 gastou abaixo da média na educação e saúde, e acima da média na previdência – isso falando só dos gastos públicos, sem contar os gastos privados. E veja bem, não estamos falando de números absolutos, porque obviamente um país grande e rico como os Estados Unidos sempre vai gastar mais no total. Estamos falando em termos proporcionais. Agora, uma vez que o Brasil, comparado com países ricos, tem relativamente mais jovens e mais pobres, e relativamente menos idosos, seria de pensar que o Brasil gastaria relativamente mais na educação e saúde, e relativamente menos na previdência. Mas acontece relativamente o contrário.¹¹³

Verdadeiramente, o Brasil gasta mal os recursos da área social, em razão, principalmente, da necessidade de manter direitos adquiridos da Previdência Social, notoriamente no setor público, no qual são custodiados os maiores benefícios. A afirmação do prestigiado economista inglês, então, não é despropositada, uma vez que, sendo, o Brasil, caracterizado por uma população ainda jovem (apesar do franco crescimento da população idosa) e, em sua maioria, pobre, os gastos com a Previdência não poderiam superar os investimentos em educação e saúde. Isso é fruto da política de preservação de privilégios

¹¹² Dados extraídos do texto *Orçamento Social do Governo Federal 2001-2004*, disponível no site do Ministério da Ação Social.

¹¹³ NICHOLSON, Brian. **A Previdência Injusta – como o fim dos privilégios pode mudar o Brasil**. São Paulo: Geração Editorial, 2007, pág. 41-42.

obtidos por força da invocação da necessidade de preservação do direito adquirido. Assim, os gastos com a área social são, em média, elevados, contudo, não se destinam àquelas áreas adequadas ao perfil populacional do Brasil.

Outro fator importante na destinação dos recursos para área social diz respeito ao problema da corrupção do Poder Público, que, por questões óbvias, tem números muito difíceis de se apurar, mas que, segundo estudo promovido pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social, é responsável por cerca de 30% dos custos das políticas sociais de seguridade¹¹⁴.

Além disso, é alto o percentual de evasão na captação dos recursos necessários ao custeio da Seguridade Social. O somatório da Renúncia Fiscal, Sonegação e Inadimplência significa uma perda de mais de 50% da arrecadação total líquida da Seguridade Social, conforme números extraídos de pesquisa celebrada pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social em 2002 com base em números extraídos do PNAD/IBGE (Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílio do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), GFIP/Ministério da Previdência e Fluxo de Caixa do INSS¹¹⁵:

Categoria	Participação sobre a Arrecadação (%)
Evasão Oriunda de Inadimplência (a)	5,94
Evasão Oriunda de Sonegação (b)	43,62
Evasão Fiscal Total (a + b)	49,56
Renúncia Fiscal	14,90
Arrecadação Líquida	100

Fonte: PNAD/IBGE, GFIP/MPS e Fluxo de Caixa do INSS.

Elaboração: Divisão de Arrecadação e Fiscalização do INSS.

Notas:

(a) Empresas sem capacidade financeira de pagamento;

(b) Empresas que adotam práticas ilícitas para não realizar os pagamentos;

¹¹⁴ ANFIP, Grandes Números da Previdência Social, 2003.

¹¹⁵ Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social. **Reforma Tributária e Seguridade Social: Inverter a Lógica Financeira para promover a Justiça Tributária e o Crescimento Econômico – Fundamentos e Limites das Propostas de Reforma:** ANFIP, 2003, pág. 30.

(a + b) Evasão = Inadimplência + Sonegação

Os números relativos à Renúncia Fiscal provêm das medidas governamentais de estímulo a determinadas atividades econômicas, através de isenções ou privilégios na arrecadação de tributos específicos. Não se discute, porém, a legalidade ou eficiência das medidas de renúncia fiscal, que, como visto é o menor dos problemas relacionados às perdas de arrecadação da Seguridade Social, mas, efetivamente, que a capacidade econômica do Estado Brasileiro na captação desses recursos poderia aumentar muito se houvesse comprometimento no combate à sonegação através de medidas que impedissem as condutas ilícitas ou que facilitassem a cobrança desses créditos.

Mesmo com essas vicissitudes, a Seguridade Social beneficia, direta e indiretamente, mais de 40% da população brasileira¹¹⁶, sendo responsável, devido a esses números, pelo desenvolvimento econômico das regiões rurais e, principalmente, pela redução, em até 11,3 pontos, dos brasileiros que vivem abaixo da linha de pobreza¹¹⁷.

É preciso, contudo, acabar com o mito de que o Estado Brasileiro gasta pouco com a área social, uma vez que os recursos a ela destinados estão adequados à média global. O que precisa ser mudado é a gestão desses recursos, o que só será possível se houver um redimensionamento do problema através de práticas que permitam se investir mais nas áreas que se mostrem mais adequadas à realidade da população brasileira. Essa mudança de gestão deve ocorrer no campo político, com os meios de debate democrático inerente à importância da questão, mas também é uma questão judicial importante, pois, é com a consciência da dimensão do problema que nossos tribunais poderão concretizar normas de direitos fundamentais dentro de uma lógica pragmática.

Resta-nos, contudo, saber qual o papel do jurista e, enquanto não se resolve o problema no campo político, como se enfrentar as questões que são levadas ao Judiciário com base naquilo que determina a Constituição Federal e nos números ora apresentados.

Vimos que a realização dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, no Brasil, exige, ao contrário de outras realidades constitucionais em que o grau de desenvolvimento do espaço público possibilita um maior avanço na concretização dos direitos

¹¹⁶ Ministério da Previdência Social. **Panorama De La Seguridad Social Brasileña**: Assessoria de Comunicação Social, 2004, pág. 25.

¹¹⁷ Idem, pág. 25. (o percentual de 34% de brasileiros que vivem abaixo da linha de pobreza, poderia chegar a 45,3% se não fosse a proteção previdenciária, segundo números de 1999).

fundamentais, em boa parte dos casos sem necessidade de recurso ao Judiciário, *uma atuação expressiva dos tribunais*¹¹⁸. Apesar disso, não se pode dizer não ser possível a adoção de uma teoria concretista dos direitos fundamentais no (mesmo limitado) espaço público brasileiro, que leve em consideração os valores sociais vigentes e um alto grau de força normativa da Constituição de 1988.

Reafirma-se, assim, o caráter compromissório-dirigente da Constituição brasileira fato esse que visa trazer ao Estado brasileiro um pouco do que foi perdido com a não realização, no Brasil, de um verdadeiro Estado-social. A imersão de nosso Estado nesse paradigma democrático para a concretização de direitos fundamentais, portanto, exige do intérprete uma conexão e adaptação à realidade local, sempre prestigiando o importante papel do Judiciário e da Força Normativa da Constituição, de modo a provocar o necessário “curto-circuito” entre o déficit de efetividade das normas de direitos fundamentais e as exigências da que a realidade brasileira impõe¹¹⁹.

A questão cinge-se em saber quais os limites objetivos e subjetivos da adoção dessa teoria no tocante a imposições de prestações positivas em matéria de direitos sociais, uma vez que muito se tem afirmado acerca da impossibilidade material de muitas das prestações por limitações de ordem orçamentária.

Em uma breve retrospectiva do que vimos anteriormente, é importante mencionar que a área social é uma das mais discrepantes da real condição econômica do Estado Brasileiro, impondo uma grave distorção na destinação de recursos adequados ao perfil populacional brasileiro. Enquanto a Previdência Social demanda o maior número de recursos, as áreas de educação e saúde, que deveriam ser prioritárias, vez que estamos a tratar de uma população essencialmente formada por jovens, são relegadas ao segundo plano, convergindo menos da metade dos recursos federais para a área social.

Além disso, vimos que nossa Constituição guarda uma carga ideológica que está em constante relação com os valores sociais vigentes e é justamente a relação entre essas duas vicissitudes que se embasa a teoria concretista dos direitos fundamentais, constituindo o que foi denominado por Friedrich Müller de programa da norma e âmbito da norma.

¹¹⁸ Cf. KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, pág. 69.

¹¹⁹ Aqui uso termos conhecidos da obra de SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice – O social e político na pós-modernidade**. 10ª edição. São Paulo: Cortez, 2005, pág. 75-114.

Ainda, vimos que a modernidade trouxe consigo a idéia de uma interpretação voltada especificamente ao caráter normativo da Constituição e sua posição hierarquicamente superior em relação às demais normas do ordenamento jurídico. Nesse sentido, métodos de trabalho foram propostos com o intuito de tornar as normas constitucionais, constituídas na forma de textos amplos, de conteúdo aberto e vagueza conceitual, realizáveis na prática, aplicando-as diretamente sobre o caso concreto.

Sendo assim, ao tratarmos especificamente sobre a concretização de direitos sociais, é importante destacar que, esse processo, adequados aos métodos de trabalho aqui delineados, deve considerar os valores constitucionalmente estabelecidos, capazes de modificar a própria realidade social.

No cenário brasileiro, a concretização desses direitos sociais não pode servir à justificação do *status quo*, como máscara das agruras sociais em favor dos interesses do poder dominante, ao contrário, esse processo interpretativo deve estar a serviço da realização dos princípios constitucionais que regem toda a sociedade constituída na forma de um Estado Democrático de Direito, quais sejam: o princípio da dignidade da pessoa humana e da preservação da vida em condições de sobrevivência, do qual decorrem os objetivos da República, insertos no artigo 3º da Carta Magna.

Aliás, a dignidade humana é, de forma unânime, a base de todos os direitos fundamentais, servindo como *vetor interpretativo geral*¹²⁰, que determina o caminho que deve conduzir o intérprete na concretização dos valores constitucionais estabelecidos em normas de direito fundamental.

A persecução dos objetivos primordiais de nossa República ocorre a partir da observação dos artigos 5º e 6º da Constituição Federal, sendo que a situação se agrava no momento em que estamos a tratar de direitos que dependem de uma atuação efetiva do Estado, ou seja, de direitos fundamentais sociais.

Parece evidente a afirmação de que a concretização dos direitos fundamentais sociais em uma sociedade desenvolvida pode ocorrer em termos diferenciados em relação a sociedades subdesenvolvidas, estando estas últimas vinculadas àquilo que é possível fazer-se em termos de prestações sociais.

¹²⁰ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág. 146.

A esta orientação seguiram-se as correntes que defendem a existência de uma reserva do possível, como parâmetro interpretativo realizáveis na condição de subdesenvolvimento ou de modernidade tardia, como é o caso da realidade brasileira.

A teoria da reserva do possível defende a limitação das possibilidades de realização das prestações sociais de acordo com a definição orçamentária promovida pelo Estado, levando em consideração a afirmação segundo a qual os recursos disponíveis para as prestações sociais são desproporcionais às necessidades da população. Enquanto um está limitado materialmente, o outro reflete números quase infinitos, não sendo possível ao Estado dispor de mais do que lhe é permitido pelas regras orçamentárias (em uma relação de impossibilidade jurídica), nem prestar a totalidade daquilo que lhe é demandado (relação de impossibilidade material).

Acontece que as limitações fáticas apresentadas pelos defensores da *reserva do possível* não trazem consigo a pecha de ineficácia das normas de direitos sociais, não sendo permitido ao intérprete desvencilhar-se da obrigação de concretizá-las sob o simples argumento de impossibilidade material de seu cumprimento, sem descer às razões que motivam a ineficácia da norma em comento.

Isso porque a economia brasileira, ao tempo que não deve ser comparada à economia de países desenvolvidos, também não deve ser rebaixada a economias de grande parte dos países subdesenvolvidos, em que a sobrevivência de seu povo está à mercê da boa vontade de organismos internacionais. Também a esse respeito, é de se observar que ainda não atingimos o amadurecimento da cidadania a ponto de afirmar que, demandas judiciais voltadas ao cumprimento de prestações positivas por parte do Estado, inviabilizam qualquer administração dos recursos públicos.

Nesses dois aspectos, fomos diligentes ao trazer em capítulo próprio as conclusões acerca de pesquisas na área social, em que restou demonstrado que, apesar de gastarmos cifras consideráveis nessa área, os recursos são mal empregados, não chegando aos setores que mais precisam, motivando privilégios e a sustentação de uma gama de “direitos adquiridos”, que não refletem as reais necessidades da população brasileira.

Não se quer aqui afirmar que caberia ao Judiciário alocar recursos entre os setores das áreas sociais a fim de ajustar as prioridades, mas sim que é possível promover judicialmente o acerto das reais necessidades sociais, através da imposição de prestações positivas com a re-alocação de recursos de outras áreas nos setores sociais que mais necessitam de amparo ou a instituição de taxas ou tarifas diferenciadas.

Ainda, o argumento em torna de uma eventual “quebra” nas contas da Administração Pública devido ao número de demandas judiciais que visem o cumprimento de prestações de políticas públicas se sustenta no que agora denomino de “psicologia dos grandes números”, no qual a exacerbada alusão a bilhões de reais gastos com políticas públicas tem a função de impressionar o julgador com a possibilidade de perda de recursos que poderiam estar sendo utilizados para o desenvolvimento do país.

Acontece que esse raciocínio omite o fato de que outras áreas de menor importância demandam mais recursos que a área social e que as demandas dessa espécie movidas perante o Judiciário não são em número significativo, a ponto de inviabilizar as contas públicas.

Por outro lado, é impositivo o fato de que a Constituição brasileira impõe, ao intérprete, os valores de proteção à vida e da existência digna e, uma vez estando a demanda relacionada à preservação destas, não deve haver a mitigação de esforços no sentido de garanti-las.

O ponto central do debate hermenêutico de concretização dos direitos fundamentais sociais relacionados à preservação da vida e da existência digna, portanto, não deve passar pelas possibilidades econômicas do Estado brasileiro, pois, como vimos, não há nada que sustente a afirmação de quebra das contas públicas pela disseminação de decisões nesse sentido. Contudo, deve-se definir, em âmbito judicial, o círculo de atuação do julgador em conformidade com as reais necessidades da população no que concerne a direitos sociais.

O problema, portanto, não está na limitação dos recursos, mas na legitimidade do “curativo” social promovido pelo Judiciário adequado à relação entre os princípios constitucionais acima mencionados e a realidade social brasileira. Somente dessa forma se pode definir se a imposição estatal é de promoção de uma política pública de âmbito geral ou de uma particularizada prestação de um bem que proporcione ao cidadão manter-se dignamente vivo.

Em se constatando tratar-se de um direito individual à preservação da vida, o Judiciário está autorizado a agir em conformidade com a prova dos autos e levando em consideração a real necessidade daquele que lhe demanda e tomando medidas que garantam a efetividade da decisão. Um exemplo dessas medidas é a de restringir a prestação social destinada a um cidadão em especial a bens ou serviços de comprovada eficácia científica ao caso concreto. Outra é fazer o levantamento dos bens do demandante e de seus familiares

diretos (obedecendo ao disposto nos artigos 227, 229 e 230 da Constituição Federal de 1988) para se certificar da impossibilidade real de se obter a prestação por outros meios.

Contudo, em se tratando da necessidade de prestação de uma política pública na área social, o tema merece um maior cuidado por parte do intérprete, não apenas por se tratar de demanda que, em tese, motiva a utilização de um volume maior de recursos, mas, principalmente, por estar em jogo a ponderação do melhor interesse da comunidade. Explico:

As demandas que envolvem a prestação de políticas públicas dizem respeito a interesses muito mais amplos, que necessitam de um reflexo social para que prolate, ao final, uma decisão que se mostre efetiva. Imagine, por exemplo, uma demanda que pretenda a execução de um programa de combate à Febre Amarela no Estado de Sergipe, tendo como justificativa o surgimento de um número considerável de casos e a necessidade de dar efetividade ao direito social à saúde pública. Utiliza-se como argumento números que comprovam a total inexistência de programas dessa espécie no sistema de Saúde do Estado de Sergipe.

À primeira vista a demanda é plenamente justificável, contudo, apenas através de informações específicas pode-se concluir ser, o mencionado programa, desnecessário na realidade sergipana. Isto porque, por mais que se tenham casos de Febre Amarela no âmbito territorial do estado, não se constitui em um problema de saúde pública, uma vez que não há, nas proximidades, qualquer possibilidade de contágio com o agente causador da doença, uma vez que esse depende da existência de hospedeiro que se encontra, apenas, em região de mata fechada. Os casos noticiados foram, certamente, motivados por contágio em viagem a regiões dessa espécie e, mesmo grande números, não significam a existência de uma epidemia na região.

Outro fator que deve ser levado em consideração é o fato de políticas públicas serem motivadas por fatos momentâneos, sem repercussão para o futuro. Como é o caso, por exemplo de situações excepcionais de aumento dos casos de doença na população motivada por catástrofe, que não podem, por isso, motivar a criação de novos hospitais ou estruturas permanentes de prestação de serviços quando se sabe que, ao fim da situação de excepcionalidade, estes bens e serviços não irão ser mais necessários. A solução nesses casos é tratá-los como demandas de uma coletividade específica, em que devem ser relacionados as pessoas beneficiadas por uma decisão emergencial, ou, em casos mais abrangentes, a celebração de convênios com instituições públicas ou privadas.

Assim, a colheita de informações acerca do caso em referência é muito mais importante nas demandas relacionadas à prestação de políticas públicas e devem fazer uso de mecanismos que facilitem esse trabalho.

Outro ponto assente no presente trabalho e que permite a formatação dos limites da decisão a esse respeito é a necessidade de concretização dos direitos fundamentais a partir da abertura do processo interpretativo, permitindo que, no âmbito judicial, se processe, de forma legítima, a interpretação mais adequada aos valores sociais ora vigentes.

Essa necessária refletividade e delimitação de alcance da decisão acerca de direitos fundamentais sociais foi que motivou, no âmbito político, a criação do orçamento participativo, permitindo que a própria sociedade determine, mesmo sem preparo técnico, quais suas prioridades na área social e de infra-estrutura.

Eventual fracasso na aplicação do Orçamento Participativo em alguns municípios (é importante dizer, não se têm dados que indiquem isso) não tem o condão de afastar sua importância da adoção desse mecanismo no meio judicial, vez que tanto lá, como aqui, ele não se presta a achar a verdade absoluta acerca da matéria, mas tão somente fornecer subsídios para a melhor aplicação dos recursos, possibilitando a constituição de um quadro geral de expectativas que, uma vez adequadas ao que dispõe as normas de direitos fundamentais, serão atendidas na medida de sua importância.

Essa abertura interpretativa da Constituição, além de facilitar a atividade do julgador, está em consonância com o que dispõe a Constituição acerca da gestão dos recursos da área social.

Perceba-se que, em diversas passagens, nossa Carta Magna privilegia a gestão paritária dos recursos sociais, algumas das vezes preferindo, inclusive, que a mesma ocorra por intermédio da sociedade civil organizada na forma de instituições de fins filantrópicos, como é o caso do artigo 199, §1º, que garante a participação dessas entidades, de forma preferencial, na complementação ao sistema de saúde pública.

Em outras oportunidades também assim dispõe o texto constitucional nos artigos 194, VII, que trata da gestão da Seguridade Social, artigo 204, II, que fomenta a participação da sociedade nas ações de assistência social, artigo 205, que coloca a educação como dever não só do Estado, como também da família, artigo 215, que garante as manifestações culturais de nosso povo e artigo 225, que impõe o dever de preservação do meio ambiente também à coletividade, entre outros, evidenciando o nítido conteúdo democrático exigido à gestão dos recursos sociais, razão que sustenta, de forma inequívoca, a

necessidade da abertura interpretativa para fins de concretização das normas de direitos fundamentais sociais.

Somente dessa forma, poder-se-á falar de uma decisão legitimamente produzida. Os meios de realização desse conteúdo democrático, também nos é dado pela Constituição, como veremos em capítulo propriamente destinado a esta análise.

IV.I- Constituição Simbólica ou Dirigente?

Em diversos momentos do presente texto, mencionou-se a existência de um específico grau de autonomia da Constituição na preservação, primordialmente, de direitos fundamentais positivados em forma de princípios, passível de contra-posição aos denominados “fatores reais de poder”¹²¹, constituindo o que restou designado, em conformidade com a doutrina constitucional de Konrad Hesse, como força normativa da Constituição.

Essa “autonomia” constitucional até aqui discriminada, contudo, não compõe, suficientemente, o quadro de efetividade de suas normas (ou sua função social) em face da realidade brasileira, tornando-se mister enveredarmos por este caminho a fim de verificar as possibilidades de concretização dessas normas e, em especial da adoção de uma teoria hermenêutica concretista segundo a realidade constitucional brasileira.

Isso ocorre porque as normas constitucionais, na sociedade moderna, vêm substituir o suporte de “*representações morais válidas para toda a sociedade*”¹²² por um sistema específico com determinado grau de autonomia em relação aos demais sistemas, cujas decisões, tanto de criação do direito (legislação) quanto de concretização (jurisprudência), procuram referência em critérios internos a esse mesmo sistema e encontram-se por eles estabilizados.

Mas isso não quer dizer que há um total isolamento do sistema jurídico, admitindo-se a referência a outros sistemas (principalmente o político) e subsistemas do próprio sistema jurídico (direito penal, direito civil, direito administrativo, etc.), que atuam, de modo mais ou menos direto, na determinação da validade e do sentido das normas constitucionais, apenas devendo, previamente, obedecer aos códigos próprios do sistema

¹²¹ Marcelo Neves, em uma abordagem a partir da teoria dos sistemas, coloca a Constituição como subsistema do sistema jurídico e concebe as normas constitucionais como expectativas congruentemente generalizadas, porém contrafactivamente estabilizadas, atingindo, da mesma forma, os objetivos pretendidos por este trabalho.

¹²² NEVES, Marcelo. Op. Cit, pág. 69.

jurídico. Na sociedade moderna, então, o ingresso desses outros sistemas ou subsistemas no sistema jurídico ocorre tanto através da criação de normas jurídicas como através da constituição de sentido dessas mesmas normas jurídicas, desde que obedecidos os critérios constitucionais.

É por essa razão que a opção do constitucionalismo moderno é a de completar, e mesmo compatibilizar, a teoria dos sistemas com as teorias concretistas, estudando os limites e possibilidades da relação entre o sistema jurídico e os valores sociais, principalmente em torno das diversas “ideologias” presentes tanto no texto constitucional – pretendendo-se, por isso, estabilizadas no tempo e no espaço, contudo sendo caracterizado pela vagueza e amplitude dos seus termos –, como na própria sociedade, constituindo-se, essa ligação entre texto-estabilizado e realidade-dinâmica, no próprio gérmen criativo da norma jurídica, esta entendida como o resultado da mediação interpretativa, como ensina a teoria concretista de Müller.

Uma observação, porém, mostra-se pertinente: A ligação conceitual entre os termos “valores sociais” e “ideologia” não se faz à toa, uma vez que se adota a concepção de “ideologia” assim defendida por Miguel Reale, a quem me permito transcrever em razão da objetividade que lhe é peculiar:

(...) um conjunto ou sistema de idéias políticas relativas à concepção da sociedade civil e do Estado, considerada mais adequada aos interesses individuais e coletivos, tanto no País como na comunidade internacional. Constitui, por conseguinte, uma expressão do dever-ser político, ou, por melhor dizer, dos valores político-sociais, que, segundo nossa livre convicção, deveriam nortear o ordenamento legal em vigor nas relações sociais determinando o sentido e os fins legítimos da cidadania em razão do bem comum.¹²³

Assim, a posição ideológica do processo de concretização constitucional deve refletir, de um lado o ordenamento legal e, de outro, os valores sociais, a fim de alcançar os objetivos primordiais do Estado e da sociedade civil em nosso país¹²⁴. Essa é a principal linha de abordagem das teorias concretistas e a principal dificuldade à adoção da mesma na realidade constitucional brasileira.

¹²³ REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito das Ideologias**. 3ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 10.

¹²⁴ Contrariamente a este raciocínio é o conceito de Marx em sua *Ideologia Alemã*, para quem a ideologia se constitui na inversão da realidade e ilusão do Estado para ocultar as contradições da sociedade de classe. Cf. GURGEL, Cláudio. **A Gerência do pensamento – Gestão contemporânea e Consciência Neoliberal**. São Paulo: Cortez, 2003, pág. 45-51.

Dessa forma, é imprescindível ter ciência de que a aplicabilidade de uma teoria concretista de direitos fundamentais – que, como visto anteriormente, estão usualmente inseridas em normas de conteúdo aberto, exigindo, portanto, a intervenção do intérprete na consubstanciação de seu sentido – depende da possibilidade de utilização de suas normas em benefício da realização da ideologia presente na Constituição, constituindo, em assim sendo, na sua força normativa. Trata-se, é bem verdade, de uma análise das possibilidades de adoção dessa tese, não efetivamente de uma descrição da realidade, pois, culturalmente, conhece-se a realidade do Judiciário brasileiro, não afeito a análises hermenêuticas de ordem valorativa e, infelizmente, em alguns casos, viciados por problemas sociais graves, como a corrupção de seus membros e o favorecimento de determinadas categorias.

A realidade constitucional que se espera (e esta é a que se está analisando, no momento), evidentemente, não é aquela que se tem do ponto de vista cultural, mas não se pode deixar de analisar as condições constitucionais de se adotar tal modelo jurídico nas decisões que versem sobre direitos fundamentais, com os instrumentos postos à disposição do intérprete e com a receptividade ativa – o que remete o leitor para o conceito já aqui analisado de “Vontade de Constituição”, desenvolvido a partir da teoria de Hesse no capítulo II – que tal conduta teria em relação aos seus destinatários (o povo brasileiro).

Se a realidade que se impõe é a de total impossibilidade de realização desse preceito, então não se pode pretender útil, ou pelo menos eficaz, uma teoria de concretização dos direitos fundamentais, uma vez que relega, à Constituição, o papel de mero depositário de projetos e políticas sociais que nunca se realizarão na prática.

Em suma, se não há, na realidade constitucional brasileira, os meios de realização e receptividade da força normativa presente na Constituição e, portanto, de concretização dos direitos fundamentais na determinação de sentido das normas constitucionais, então a doutrina concretista dos direitos fundamentais aqui exposta desmorona a partir de sua base.

Ressalta-se, portanto, neste momento, a resposta aos seguintes questionamentos: qual a importância da Constituição Brasileira na realidade constitucional em que ela se insere? E, até que ponto pode-se falar em meios de concretização dos direitos fundamentais inseridos em normas abertas (principiológicas) da Constituição brasileira?

A resposta às questões, contudo, não passa pelo raciocínio simplista de afirmar que a Constituição não se mostra efetiva em razão da inexistência de um mínimo de preparo intelectual da população brasileira, que possibilite exigir-se sua aplicação. Essa não é

a questão, até porque, como ver-se-á mais adiante, a teoria constitucional concretista aplicada à realidade brasileira não exige a “juridicização” da educação brasileira (como se fosse possível fazer de cada cidadão um jurista formado¹²⁵), mas sim a gestão adequada dos interesses postos em confronto perante o Judiciário. Deve-se, isto sim, analisar se os mecanismos jurídicos postos à disposição daqueles a quem compete a interpretação e a receptividade social à Constituição brasileira possibilitam a realização da força normativa da Constituição e, conseqüentemente, a concretização dos direitos fundamentais nela insertos, ou se, por outro lado, a Constituição desempenha mero papel ideológico, o que ressaltaria seu caráter simbólico. Tratar-se-á de analisar, portanto, a relação entre a realidade constitucional e o programa normativo constitucional de acordo com as doutrinas concretistas aqui em análise, a fim de saber o grau de realização desses direitos na caracterização de nossa Constituição como simbólica ou normativa (dirigente).

A propósito, deve ser considerado que nossa Constituição é profícua em direitos fundamentais de aplicação inegavelmente imediata, servindo, não somente de parâmetro interpretativo, mas também de verdadeiro conteúdo normativo de diversos atos administrativos e judiciais. Da mesma forma não se pode afirmar que a contrapartida social dos direitos fundamentais previstos na Constituição existe de forma ampla, ou ao menos se é possível de realizar-se em um futuro, mesmo que incerto.

Nesse sentido, há uma flagrante discrepância entre o texto constitucional e realidade constitucional, não sendo possível afirmar que nossa Constituição é plenamente dirigente, capaz, portanto, de obrigar “*o legislador a criar as respectivas leis ordinárias que fixassem as prestações positivas e o Poder Executivo a oferecer os serviços e prestações para a realização dos preceitos constitucionais*”¹²⁶, uma vez que seus programas normativos não se realizam na realidade em que eles se inserem.

¹²⁵ Não olvida, o autor do presente trabalho, o papel da educação na formação da consciência social (Nesse sentido vide GURGEL, Cláudio. **A Gerência do pensamento – Gestão contemporânea e Consciência Neoliberal**. São Paulo: Cortez, 2003, pág. 57-73) , seja para a perpetuação da ideologia dominante, seja para formação de uma intelectualidade contra-hegemônica. Contudo, para os efeitos do presente trabalho, o desenvolvimento ou subdesenvolvimento da consciência social através da educação em larga escala não poderia servir de empecilho à aplicação de uma teoria democrática dos direitos fundamentais por parte dos juristas nacionais, haja vista que o que está em jogo na concretização desses direitos por esta via não é o convencimento ou o consenso da população em torno de uma verdade alcançável através da convergência de raciocínios em torno de determinado tema, mas da diversidade de interesses sociais que proporcionam ao julgador um amplo espectro de possibilidades de resolução de problemas (realidade constitucional) a partir da análise técnica do texto constitucional e da tradição jurídica em que ele se insere.

¹²⁶ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – os (dês)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, pág. 67.

O efeito dessa ausência de efetividade das normas de direitos fundamentais, no Brasil, ocasiona um fenômeno singular em relação a outras realidades constitucionais. Aliado a uma crescente desconfiança no papel do Executivo e do Legislativo no cumprimento dos preceitos constitucionais que determinam a concretização dos direitos fundamentais, o “simbolismo” constitucional brasileiro provoca uma exacerbação na confiança no Judiciário¹²⁷ para a solução dessa separação entre realidade e texto constitucional, tornando este poder o paladino da defesa dos direitos fundamentais no Estado Democrático brasileiro. Dois fatores levam a essa conclusão:

O primeiro é o crescente número de demandas judiciais voltadas ao cumprimento de direitos fundamentais perante o Supremo Tribunal Federal.

Segundo estatística do próprio Tribunal o número de demandas levadas ao STF na forma de controle difuso (o que indica a procura do jurisdicionado não vinculado a órgão estatal ou entidade legitimada por uma decisão de constitucionalidade) passou de 10.780, em 1990, para 49.708 em 2007¹²⁸, quase 400% de aumento em menos de 20 anos. Essa proliferação de recursos ao Supremo Tribunal Federal, mesmo com as reformas processuais restritivas promovidas pelas Leis nº 9.756/98 e 11.418/96, é explicado unicamente pela ampla divulgação dos direitos constitucionais do cidadão e pela confiança depositada em uma decisão da Corte Constitucional, fator que motiva a assertiva acerca do simbolismo constitucional voltado ao Judiciário brasileiro. O mesmo aumento considerável de demandas dirigidas à Corte Constitucional não se refletiu em movimentos sociais espontâneos voltados à concretização de direitos fundamentais por parte do Executivo, preferindo-se, para se alcançar tal intento, buscar-se a criação de importantes estatutos legais (criança e adolescente, idosos, código de defesa do consumidor, etc), que só se constituem em avanço social quando lastreado pelo Judiciário, o que reforça a tese aqui esposada.

¹²⁷ A confiança no Judiciário, inclusive, é divulgada por muitos doutrinadores nacionais como forma mais adequada de realização do caráter compromissório da Constituição Brasileira: (...) em *terra brasilis*, trata-se de acreditar, ainda, no caráter dirigente-compromissório da Constituição. Conseqüentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) *passa a ter um papel de considerável relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional*. Cf. STRECK, Lênio. **A permanência do Caráter compromissório (e dirigente) da Constituição brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica**. In Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos nº 39, São Paulo: Faculdade de Direito de Bauru, pág. 86.

¹²⁸ A estatística leva em consideração, apenas, os processos distribuídos na forma de Recurso Extraordinário, que esta relacionado ao controle difuso exercitável por um quadro mais amplo de jurisdicionados e foi publicada no seguinte endereço: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>, acesso em 20/01/2008.

Um exemplo disso é o Código de Defesa do Consumidor. Apesar dos esforços consideráveis dos órgãos de defesa dos direitos do consumidor por todo o Brasil, isso não foi suficiente para seu cumprimento espontâneo por parte da iniciativa privada ou, muito menos, por prestadores de serviços públicos, tornando os órgãos de defesa do consumidor em verdadeiros balcões de atendimento de demandas judiciais. A realidade é a mesma em muitos casos de não-cumprimento, por parte do próprio Estado, de direitos fundamentais como saúde, educação, amparo e previdência social, socorrendo-se o cidadão das vias judiciais para encontrar amparo às suas pretensões, em substituição às legítimas reivindicações através de movimentos sociais.

A esse respeito, inclusive, a afirmação encontra assento em conclusão de recente pesquisa encomendada pela Associação dos Magistrados Brasileiros à *Opinião Consultoria*, publicada no site institucional da AMB (www.amb.com.br)¹²⁹, em que se evidenciou a confiança da população brasileira no Judiciário, em discrepância com outros poderes.

Segundo a pesquisa, o Poder Judiciário conta com a confiança de 41,8% da população, sendo que, em sua estrutura, os juízes têm a confiança de 45,5%, os Juizados de Pequenas Causas, 71,8% e o Supremo Tribunal Federal, 52,7% da população.

Em comparação com outros órgãos e instituições públicas (Prefeitura/Governo Local – 40,8%; Governo Federal – 39,3%; Partidos Políticos – 16,1%; Políticos – 11,1%; Câmara dos Vereadores – 18,9%; Câmara dos Deputados – 12,5% e Senado Federal – 14,6%), o Judiciário conta com o maior percentual de confiança, apenas ficando atrás de instituições não ligadas aos conceitos de legitimidade e elegibilidade, quais sejam: Polícia Federal – 75,5%; Forças Armadas – 74,7%; e Imprensa – 59,1%.

Um aspecto importante que motivou essa confiabilidade e conseqüente aumento de demandas com conteúdo constitucional foi a facilitação do acesso a informações acerca de direitos do cidadão, através de meios eletrônicos ou tradicionais, tudo isso privilegiado pela abertura política e pela liberdade de imprensa.

A pesquisa em referência corrobora o argumento em torno da formação de uma ideologia democrática brasileira voltada ao Judiciário e, portanto, de um “simbolismo” da Constituição aplicada aos órgãos jurisdicionais, como uma espécie de diapasão do processo de concretização dos direitos fundamentais. Ou seja, o Judiciário titulariza, em nosso

¹²⁹ Números extraídos do site: http://www.amb.com.br/portal/docs/noticia/pesquisa_opiniao.pdf, acesso em 23/03/2008.

Estado Democrático de Direito, a função de densificar os direitos fundamentais na realidade, de forma privilegiada em relação aos demais poderes, haja vista a confiança nele depositada. Isso vem a reforçar, aliada a um conjunto de mecanismos de abertura interpretativa da Constituição (a que faremos referência mais adiante), ainda mais, a tese de legitimidade social do Judiciário brasileiro na busca por uma maior efetividade das normas de direito fundamental.

Esse “simbolismo” constitucional do Judiciário na sociedade brasileira provoca um total deslocamento das demandas sociais, que deixam as ruas e se dirigem aos gabinetes dos juízes, o que minimiza a função de concretização dos Poderes Legislativo e Executivo. Ou seja, a sociedade brasileira abdica da pressão democrático-participativa para a realização dos direitos fundamentais (como o exercício do direito de resistência, os movimentos populares, os boicotes e os projetos de iniciativa popular) por entender que o Judiciário cumpre mais eficientemente essa tarefa. Isso é justificado pelo seguinte raciocínio:

Na medida em que é menor o nível de organização e atuação da sociedade civil para participar e influenciar na formação da vontade política, aumenta a responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais, especialmente as que possuem uma alta carga valorativa e ideológica.¹³⁰

E é justamente, nesse ponto, que se completa o argumento em torno de uma diferenciação da realidade constitucional brasileira em torno da concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição: é notória a baixa capacidade de organização e atuação da sociedade civil no processo decisório político brasileiro e, por essa razão, deve se amparar, a teoria concretista nacional, nos meios de aproximação desta realidade com a ideologia constitucional (que, como visto, é aquela que reflete, de um lado os valores político-sociais e, de outro, os valores consolidados na tradição constitucional através do texto constitucional) nela inserida, completando o sentido das normas constitucionais (interpretação constitucional) através de meios adequados aos códigos do sistema jurídico do Estado Democrático de Direito.

Pode-se afirmar, portanto, que ao menos uma parte dessa idéia acerca da atividade jurisdicional surge do senso comum criado em torno do propalado avanço do texto

¹³⁰ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – os (dês)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, pág. 70.

constitucional na reprodução de direitos e garantias fundamentais do cidadão e da ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo na realização desses preceitos.

Em um movimento contra-factual, porém, tem o Executivo e o Legislativo provocado uma desestruturação desse processo de densificação judicial através da proliferação de normas de natureza interpretativa (e não de concretização dos direitos fundamentais, como seria de se esperar em uma Constituição verdadeiramente dirigente), que condicionam o sentido de diversas normas constitucionais, engessando a interpretação constitucional. Acontece que não há, até o momento, a predisposição do Judiciário em promover o controle da constitucionalidade dessas normas, em razão de decisões do STF que inviabilizam a atuação jurisdicional. Tal conduta é extremamente prejudicial à integridade constitucional na realidade brasileira, bem como à aplicabilidade das normas de direito fundamental, pois, ao passo que impedem a atuação do Judiciário, também não cumprem a função de completar o sentido das normas constitucionais.

Em que pese a importância dos demais poderes ao Estado Democrático, esse afastamento da interpretação constitucional do Judiciário no caso brasileiro está na contramão dos anseios populares e, da forma que é feita, impede a dinâmica do Direito constitucional em nosso Estado, possibilitando a interferência imediata do sistema político no sistema jurídico, sem que se obedeça os códigos próprios do direito constitucional.

O que acontece, em verdade, é a abertura de verdadeiros atalhos na concretização de direitos fundamentais de matriz constitucional, direcionando-os a interesses minoritários e impedindo qualquer controle por parte do Judiciário.

Isso ocorre, por exemplo, com a autorização judicial da edição indiscriminada de Medidas Provisórias por parte do Executivo Federal, uma vez que restou pacificado no Supremo Tribunal Federal que os critérios de relevância e urgência, previstos constitucionalmente, estão à mercê da discricionariedade do próprio Executivo, sujeitando-se, portanto, a seu juízo de conveniência e oportunidade.

Na prática, o Supremo Tribunal Federal até admite a possibilidade de controle judicial dos critérios de relevância e urgência, mas não o faz em sede cautelar, o que mantém seus efeitos até a decisão definitiva do mérito constitucional, ou seja, a análise porventura existente sobre as medidas provisórias não alcança propriamente os critérios de urgência e relevância, mas o próprio direito de legislar naquela matéria.

Uma vez que, antes da decisão judicial definitiva acerca do direito de legislar na matéria objeto da medida provisória colocada *sub judice*, por força das alterações

promovidas pela Emenda Constitucional nº 32/2001, ela é submetida ao crivo do Congresso Nacional, a ação que questiona a medida acaba perdendo o objeto pela edição da respectiva lei, inviabilizando a análise de seus requisitos originários. Vejamos algumas decisões a respeito:

EMENTA: - Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida Provisória nº 111/89. Prisão Temporária. Pedido de liminar.

- Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quando ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto.

(OMISSIS)

- Pedido de liminar indeferido.¹³¹

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MEDIDA PROVISÓRIA: URGÊNCIA E RELEVÂNCIA: APRECIÇÃO PELO JUDICIÁRIO. REEDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA NÃO REJEITADA EXPRESSAMENTE. CF, art. 62. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO: CÂMARA DE EDUCAÇÃO BÁSICA. Medida Provisória 661, de 18.10.94. Lei 9.131, de 24.11.95.

I. - Reedição de medida provisória não rejeitada expressamente pelo Congresso Nacional: possibilidade. Precedentes do STF: ADIn 295-DF e ADIn 1516-RO.

II. - Requisitos de urgência e relevância: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica por conta dos Poderes Executivo e Legislativo, a menos que a relevância ou a urgência evidenciar-se improcedente. No sentido de que urgência e relevância são questões políticas, que o Judiciário não aprecia: RE 62.739-SP, Baleeiro, Plenário, RTJ 44/54; RDP 5/223.

III. - Pedido de suspensão cautelar da alínea c, do § 1º do art. 9º da Lei 4.024/61, com a redação da Lei 9.131/95, bem assim das alíneas d, e, f e g do mesmo artigo: indeferimento.

IV. - Medida cautelar indeferida.¹³²

¹³¹ ADI-MC 162 / DF - DISTRITO FEDERAL, MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, DJ 19/09/1997.

Como se vê, as decisões tomadas nesse sentido, impossibilitam o controle do conteúdo constitucional dessas medidas, observando, apenas, se as mesmas obedecem à forma prevista na Constituição, sem que haja, por parte do Judiciário brasileiro, um comprometimento no sentido de tornar efetivos muitos dos direitos fundamentais objetos de regulamentação por esta espécie legislativa. Dessa forma, a tarefa de concretização de direitos fundamentais fica à mercê dos interesses momentâneos do Executivo, sem que seja observado o necessário debate democrático em torno de muitos deles.

O unilateralismo das Medidas Provisórias provoca, sobre o Estado Democrático, uma verdadeira insegurança jurídica, permitindo uma interferência direta de outros interesses no sistema jurídico, sem o crivo democrático para a criação das normas jurídicas ou sem a análise particularizada promovida pelo Judiciário para fins de consubstanciação do sentido da norma constitucional garantidora de direitos fundamentais.

Assim, por um lado, o Executivo põe-se na condição de criador de normas de conteúdo constitucional sem o prévio procedimento legislativo (que se constitui no limitador de ingresso no sistema jurídico) e, por outro, condiciona a interpretação dos direitos fundamentais a partir de medidas provisórias de natureza interpretativa ou de regulamentação direta desses mesmos direitos.

Outro exemplo recente de afastamento do Judiciário no cumprimento de seu papel concretizador dos direitos fundamentais, porém, teve discreta mudança de orientação jurisprudencial: o da colmatação das omissões inconstitucionais (uma característica presente no conceito de Constituição Dirigente) através do Mandado de Injunção.

Acontece que, até recentemente, o entendimento dominante do Supremo Tribunal Federal acerca do papel do Mandado de Injunção em face da inércia do legislador na regulamentação de direitos previstos constitucionalmente era a de que o remédio jurídico não era adequado para concretizar o direito objeto da *vexata quaestio*, mas, tão somente, servia para alertar o legislador de sua omissão. Esse entendimento argumentava em favor do princípio da separação dos poderes¹³³, não competindo ao Judiciário invadir a esfera de competência do Legislador para o fim de criar a norma ao caso concreto.

¹³² ADI-MC 1397 / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, DJ 27/06/1997.

¹³³ O Acórdão paradigma deste entendimento é o do Mandado de Injunção nº 107-DF, cuja relatoria coube ao Ministro Moreira Alves, que dispôs da seguinte forma sobre a função legislativa do Judiciário nessa espécie de Ação Constitucional: “só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição e com relação a matérias estritamente vinculadas, sendo que as decisões políticas de que afinal resultem os textos legais se

A decisão do Mandado de Injunção, segundo tal entendimento, teria meramente caráter declaratório, restringindo-se a dar ciência, ao órgão com a atribuição de regulamentar a matéria, da omissão inconstitucional para que o mesmo tomasse as medidas cabíveis, o que tornou seus efeitos idênticos ao da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão.¹³⁴

Recentemente, o entendimento do Supremo Tribunal Federal passou a prever a hipótese de constituição de um título executivo judicial, que garantisse ao titular do direito constitucional patete de regulamentação o direito de pleitear perdas e danos na instância ordinária ainda mantendo o dever de comunicar a mora ao órgão legislativo, nos seguintes termos:

De feito, no MI 283-5, impetrado com fundamento no artigo 8º, §3º, do ADCT, a Corte decidiu que, constatada a mora legislativa, deve-se assinalar um prazo razoável para a elaboração da norma regulamentadora, após o qual, persistindo a mora, assegurar ao impetrante um título jurídico para obter do poder público, na instância ordinária, reparação por perdas e danos.¹³⁵

Essa decisão, por mais que tenha significado um avanço em torno da concretização de direitos constitucionalmente previstos, não dá plena efetividade ao direito em si, apenas proporcionando a sua solução por meio de perdas e danos.

O receio da Augusta Corte em dar plena eficácia à decisão do Mandado de Injunção não se sustenta nem mesmo por outras decisões da mesma Corte, que, em outros tempos, já decidira pela concretização do direito em sua plenitude, na hipótese de manutenção da inércia legislativa, senão vejamos:

Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impoem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da

subordinam a um sistema de freios e contrapesos de que participam exclusivamente os Poderes Legislativo e Executivo, eleitos diretamente pelo povo.” (RTJ, v. 133, pág. 11-12) contou, esse entendimento, ainda, com a defesa enfática dos Ministros Sepúlveda Pertence e Aldir Passarinho ao mesmo princípio da separação dos poderes.

¹³⁴ PFEIFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de Injunção**. São Paulo: Atlas, 1998, pág. 80.

¹³⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Bahia: Jus Podivm, 2008, pág. 768.

Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.

(STF, MI 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27/01/1992)

O Supremo Tribunal Federal, nesse caso, pendeu em favor da teoria concretista dos direitos fundamentais, não colocando como óbice à realização desses direitos a questão de eventual maior legitimidade por parte do Legislativo, privilegiando a força normativa da Constituição.

Esse entendimento só é possível através do reconhecimento da força normativa da Constituição e do conteúdo democrático das normas constitucionais de direitos fundamentais, que autorizam o Judiciário a, mesmo contra-majoritariamente, decidir em favor de sua realização.

Acontece que esse afastamento do Judiciário das questões essenciais à sociedade não pode servir de óbice à adoção de uma Hermenêutica voltada à concretização dos direitos fundamentais, pois não se trata de problemas que invadam a cultura jurídica de nosso país, mas de engessamento da atividade interpretativa segundo um raciocínio retrógrado daqueles que compõem nossa Corte Constitucional, o que se verifica pela quase unanimidade das críticas a essas características.

O que se ressalta, portanto, do conteúdo compromissório-dirigente da Constituição brasileira é que ela permanece como importante instrumento em favor do Judiciário (principalmente no tocante à jurisdição constitucional) para a implementação de políticas públicas e concretização dos direitos fundamentais em geral, bastando que se adote uma postura mais adequada a essa realidade, pois, todo o instrumental teórico e prático está à sua disposição.

IV.2 - A Abertura Interpretativa da Constituição Brasileira

À medida que as gerações de direitos fundamentais se sucederam (segundo uma visão geracionista aqui mencionada apenas para fins meramente didáticos), diversos mecanismos de realização material desses direitos foram sendo criados. Sob a justificativa de preservação de muitos desses direitos, é verdade, foi formada toda uma plêiade de deveres institucionalizados e aparatos burocráticos estatais que não significaram (nem significam) necessariamente uma contrapartida na realização desses direitos. Assim, a enorme gama de recursos em nosso Direito Processual é uma conseqüência lógica da tentativa liberal de preservação de direitos de primeira geração, como o contraditório e a ampla defesa, que, levados ao extremo, produziram prejuízos incalculáveis à distribuição célere da Justiça e, conseqüentemente, na efetividade das decisões judiciais, resultado este que vem sendo atacado incessantemente nas recentes alterações processuais, culminando na positivação (e aqui não se desconhece o fato dele já está presente no nosso ordenamento na forma de princípio constitucional implícito) do princípio do tempo razoável do processo, inserto no artigo 5º da Constituição Federal.

A relação estreita entre os mecanismos de realização dos direitos fundamentais e a sua inserção na forma de norma positiva pode ser constatada historicamente através do paralelo entre os interesses prediletos daquele momento e o que se formalizou no ordenamento jurídico pátrio.

Acontece que, apesar dessa atenção a interesses muitas vezes momentâneos, nossa Constituição é fértil em passagens que privilegiam a democracia participativa e a tomada de decisões a partir de órgãos paritários ou de mobilização popular. Isso é constatado pela análise do próprio texto constitucional, como ocorre não somente no artigo 14, que trata do exercício da soberania popular, mas também no estabelecimento do dever de criação e participação de instituições populares ou de preservação de mecanismos de defesa da democracia como ocorre nos artigos 29, XII (participação de associações no planejamento urbano municipal), artigo 127 (preservação do regime democrático pelo Ministério Público), artigo 133 (a advocacia privada indispensável à justiça), artigo 144 (responsabilidade social pela segurança pública), art. 194, VII (iniciativa popular em ações de seguridade social e caráter democrático da gestão), artigo 198, III (participação da comunidade na gestão da saúde), artigo 199, §1º (privilégio à participação das entidades sociais filantrópicas nas ações de saúde), artigo 204 (participação popular na gestão e fiscalização da assistência social),

artigo 205 (colaboração da sociedade no fomento a educação), artigo 216, §1º (colaboração popular na proteção ao patrimônio cultural), artigo 225 (responsabilidade pelo meio ambiente) e artigo 227 (dever de proteção à criança e ao adolescente), ou, ainda, na publicidade dos atos para fiscalização direta do cidadão (art. 31, §3º, art. 37, art. 92, IX e art. 206, VI), possibilitando o questionamento judicial acerca da constitucionalidade de qualquer ato administrativo.

Essa constatação, inclusive, desafia a própria idéia de inércia popular na participação das decisões políticas fundamentais do Estado Brasileiro. Ao analisar tal aspecto da sociedade brasileira a partir do estudo sobre o orçamento participativo elaborado por Leonardo Avritzer, assim se posicionou o professor Boaventura de Sousa Santos:

À luz dos casos estudados, o Brasil e a Índia são os países nos quais as potencialidades da democracia participativa mais claramente se manifestam. Leonardo Avritzer mostra, no seu texto sobre o orçamento participativo, como a Assembléia Constituinte no Brasil aumentou a influência de diversos atores sociais nas instituições políticas através de novos arranjos participativos. (...) Sendo assim, a Constituição foi capaz de incorporar novos elementos culturais, surgidos na sociedade, na institucionalidade emergente, abrindo espaço para a prática da democracia participativo¹³⁶.

Inegavelmente, muitos desses institutos surgiram a reboque de legislações alienígenas, adaptadas, muitas vezes a fórceps, de realidades distintas, mas que, com o decorrer do tempo e da experiência adquirida com a práxis jurídica, convolaram-se em patrimônio próprio e destacado de sua origem.

Não é diferente se nos apropriarmos dos mecanismos que realizam de interesses democráticos, mesmo insertos em instrumentos criados a partir de outros interesses.

É o que ocorre, por exemplo, com o *Habeas Corpus*, um verdadeiro instituto de matriz liberal, que, tornando possível a apreciação, pelo Tribunal Constitucional, das razões que motivam determinada interpretação jurídica, podem ocasionar uma renovação na apreciação de matérias consideradas fundamentais no Estado Democrático de Direito. Um exemplo ululante do que se está aqui a descrever é a recente guinada interpretativa sobre a Lei de Crimes Hediondos, empreendida pelo Supremo Tribunal Federal a partir da apreciação de um *Habeas Corpus* impetrado, pessoalmente, por um detento que cumpria pena em regime fechado, sem direito à progressão. Á grosso modo, a decisão do Supremo Tribunal Federal

¹³⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a Democracia – os caminhos da democracia participativa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, pág. 65.

tomou por base a argumentação empreendida por um dos integrantes do sistema penitenciário, mas que, em uma análise mais apurada, só foi possível graças à soma de esforços empreendidos através de diversos procedimentos destinados àquela Corte, que combatiam a constitucionalidade da referida legislação. Não se trata, é óbvio, de um procedimento puramente democrático-concretizador, mas que pode servir aos propósitos de adoção de um sistema amplo de divulgação e concentração de entendimentos acerca de um tema de direito fundamental.

No esteio do exemplo acima, algo mais próximo da realidade democrática empreendida pelo ordenamento jurídico brasileiro foi a quebra da capacidade postulatória através da criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/92), que permitiram, sob o argumento de facilitação da realização da garantia do acesso à justiça, principalmente após o surgimento dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.025/03), o ajuizamento de ações judiciais que são impulsionadas também ao Supremo Tribunal Federal, permitindo o encontro de interpretações em matéria de direito fundamental, a partir dos diversos interesses postos em conflito.

Assim, o acesso à justiça facilitado pela criação dos Juizados Especiais serve-se, também, ao propósito da teoria democrática, tendo em vista duas razões de ordem prática: a primeira por se constituir, a garantia do acesso à justiça, em um dos pilares da ordem democrática de qualquer país, uma vez que, sem ela, não seria possível às minorias contra-majoritárias, de forma pacífica, pleitear direitos já consolidados no ordenamento em conflito à interpretação dominante. A segunda razão é a simplicidade em que são colocados à disposição do Judiciário os queixumes dos populares, permitindo uma amplitude maior do debate jurídico em questões de menor interesse econômico. Diz-se isso pelo fato de que muitos dos direitos do cidadão nunca são apreciados em razão do baixo potencial econômico da demanda que remunere os advogados privados. Com o surgimento dos Juizados Especiais, principalmente demandas relativas a direitos do consumidor e infrações ao meio ambiente de baixa amplitude (restrita a áreas urbanas) são apreciadas pelo Judiciário de maneira mais próxima da realidade local em que eles ocorreram.

Outro importante instituto é a Ação Popular, que *“é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e*

municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos.”¹³⁷

Uma característica marcante da Ação Popular é o fato de permitir que qualquer cidadão a impetre, possibilitando uma discussão direta acerca de princípios constitucionais relativos à Administração Pública pelo cidadão, sem intermediários, por expressa previsão constitucional:

Art. 5º (...)

LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

A contribuição desse instituto à concretização de normas de direito fundamental, notoriamente àqueles relacionados aos temas expressamente relacionados no artigo acima, é visível, haja vista que, a partir dele, se torna possível definir qual o alcance de sentido de importantes conceitos em matéria constitucional como, por exemplo, “moralidade administrativa”, “meio ambiente” e “patrimônio histórico e cultural”.

Aliado a isso, a Ação Popular deve ser utilizada como meio de preservação de interesses da coletividade (da comunidade), não para interesses individuais próprios, o que se coaduna com o princípio de democratização do processo interpretativo aqui analisado. Apesar disso é um instituto pouco utilizado, certamente devido à dificuldade no acesso a informações referentes à Administração Pública pelo cidadão comum, o que constringe os pleitos judiciais. Muitas das matérias que seriam objeto de Ação Popular integram as discussões das Ações Cíveis Públicas, estas, sim, profícuas em impetrações nos últimos anos, principalmente através da atuação do Ministério Público.

A Ação Civil Pública é ação constitucional (por previsão no artigo 129, III da Constituição Federal brasileira, incluída seu ajuizamento entre as funções institucionais do Ministério Público, não excluindo a competência de terceiros, conforme autoriza o parágrafo primeiro do referido artigo) destinada à defesa de direitos difusos e reparação dos danos eventualmente causados a esses direitos. Sua regulamentação é dada pela Lei nº 7.347 de 24

¹³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional**. 23ª edição atual. e comp. São Paulo: Malheiros, 2001, pág. 117-118.

de julho de 1985. Aos objetivos do presente trabalho é importante ressaltar, apenas, o alargamento do seu campo de aplicação promovido pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), permitindo que o referido mecanismo seja utilizado para fins de proteger interesses coletivos e individuais homogêneos, além dos interesses difusos já anteriormente admitidos.

Pelos mesmos motivos aventados acerca da Ação Popular, também no caso da Ação Civil Pública há uma grande contribuição na consubstanciação do sentido das normas constitucionais relacionadas a direitos fundamentais, inclusive no tocante à eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Um ponto negativo do instituto é o fato de restringir a sua competência a entes específicos, possibilitando a atuação popular apenas por meios indiretos, ou seja, através de associações civis e sindicatos devidamente constituídos.

Por outro lado, outros mecanismos associados aos institutos acima permitem tratar a Constituição brasileira sob o prisma da abertura interpretativa.

Um deles é o instituto do *Amicus Curiae*, que permite o ingresso de terceiros em demandas ajuizadas perante as diversas esferas judiciais. Esse instituto é especialmente importante a organizações da sociedade civil, que, em busca de seus interesses, podem intervir em matérias afeitas ao seu público-alvo ou às suas ideologias. Não deve, assim como não há, formalidades exageradas para o cumprimento de seu intento, pois a medida visa o auxílio na tarefa decisória e se constitui em recurso indispensável para a concretização de direitos fundamentais.

Associado a outros institutos, a Audiência Pública é, sem dúvida, o mecanismo mais democrático de interpretação da Constituição. Apenas recentemente utilizada por nosso Tribunal Constitucional, ela permite a ampla divulgação dos argumentos em torno de tema considerado essencial ao Estado e a participação não somente de organizações sociais, mas também das pessoas comuns, que, conforme seus interesses podem intervir no procedimento interpretativo. Evidentemente, por questões de espaço e tempo, não é permitida a participação de qualquer pessoa não previamente qualificada, mas, nessa situação, são expostos ao público e ao Tribunal números estatísticos, pesquisas de campo, depoimentos e toda uma gama de instrumentos de facilitação de percepção dos interesses ali envolvidos, bem como estudos acerca do impacto social, econômico e político de decisões. Neste momento a interdisciplinariedade necessária para a conformação do sentido e da fundamentação da decisão se mostra mais clara e efetiva. Através desse instituto, ainda, são

divulgados os argumentos dos juizes e dos participantes do processo em linguagem comum, ou seja o procedimento não fica restrito ao círculo fechado dos juristas, realizando em larga medida o princípio da publicidade das decisões judiciais, o que se coaduna com o pensamento possibilista de uma sociedade aberta de intérpretes.

Todas essas formas de abertura do processo interpretativo permitem afirmar que, mesmo que não prática não se realize, é possível ao julgador, com as condições atuais de nossa sociedade e democracia, socorrer-se, no processo judicial brasileiro, dos mecanismos legais e constitucionais de participação popular no processo de concretização de direitos fundamentais, facilitando uma abordagem tópica do Direito e permitindo o acesso a informações imprescindíveis à constituição de um quadro global de interesses e pontos de vista em torno da matéria, sujeitando, ainda, sua decisão, ao crivo de legitimidade do público, o que não se quer dizer que com condições ideais de aplicação de uma teoria interpretativa democrática, ou pluralista, mas aquele que se mostra possível fazer com as condições e mecanismos que nossa realidade e nossa Constituição nos dão. Assim, o pensamento possibilista, caracterizado pelas diversas tendências e potências públicas que, em conjunto, formam o conteúdo interpretativo necessário para a atualização do significado da norma deve se unir a um procedimento judiciário mais amplo, que preserve não apenas o conteúdo material da Constituição como também os interesses daqueles que, com sua vivência, também participam da interpretação da Constituição.

A intenção é finalizar o presente capítulo com uma proposta de interpretação das normas de direitos sociais que alie os avanços democráticos da Hermenêutica Concretista, com um procedimento judiciário que reconheça o caráter tópico problemático da interpretação constitucional brasileira.

E a resposta a tal intento se encontra em três institutos já reconhecidos em nosso ordenamento, mas não teorizados na forma aqui resenhada. O primeiro tem sua origem aliada ao direito americano, sendo relevante justamente devido à forma como foi originalmente concebido. O segundo é uma contribuição nacional importantíssima para a democratização do processo decisório político, principalmente em razão das inúmeras demandas sociais específicas do cenário nacional brasileiro. Já o terceiro irá possibilitar a importação da discussão tomada no segundo ao âmbito judicial, abrindo, ainda mais, a participação democrática no processo interpretativo dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Para se alcançar e fundamentar tal proposta, ver-se-á quão importante foi o desenvolvimento das bases teóricas que motivaram o presente trabalho, as quais recorrer-se-á constantemente.

Os três institutos aludidos são, respectivamente, o Mandado de Injunção, o Orçamento Participativo e a Audiência Pública.

Com relação à audiência pública, esta já foi analisada, isoladamente a outros institutos, neste capítulo (sendo citada isoladamente como fundamento em outros), ressaltando sua importância por possibilitar a participação popular (democratização) no processo interpretativo da Constituição e a publicização das decisões da Corte Constitucional, constituindo-se em verdadeiro procedimento tópico-problemático da interpretação constitucional. E desta forma ela deve se manter. Apenas propõe-se uma alteração na disciplina jurídica do Mandado de Injunção e do Orçamento Participativo.

O Orçamento Participativo, apesar das críticas que lhes são dirigidas, é um importante instituto de definição de prioridades orçamentárias diretamente colhidas da sociedade civil, o que contou, inclusive, com o reconhecimento da ONU, como um dos quarenta projetos de cidade escolhidos para apresentação perante a Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos em junho de 1996, na Turquia. As maiores críticas recaem, sobretudo, na dificuldade em controlar a profusão de interesses e demandas surgidas em cada reunião do Orçamento Participativo, muitas vezes em desacordo com o volume de recursos estatais destinados a essas reuniões. Essa dificuldade tem sido minimizada pela regionalização dos trabalhos e pela constituição de Conselhos de representantes regionais que articulam, em conjunto com o governo, as prioridades orçamentárias em momento posterior a reunião do Orçamento Participativo, adequando à realidade das verbas destinadas ao programa e acompanhando mais de perto a sua execução. Mas a exequibilidade do Orçamento Participativo não é objetivo do presente trabalho e não é nesse particular aspecto que ele se mostra importante a uma Hermenêutica Concretista de Direitos Fundamentais.

Demonstrou-se, no decorrer da presente dissertação, que a democratização do processo interpretativo da Constituição passa pelo reconhecimento dos pontos de vista das diversas potências públicas que compõem a sociedade civil, através de um raciocínio pluralista (ou possibilista) que se socorre de um método denominado de tópico-problemático. De acordo com esse método, uma interpretação mais adequada à realidade constitucional deve ser orientado à solução de um problema, segundo diversos pontos de vista. Daí afirmar-se ser, este método, um método dialético por excelência. A resposta ao problema, principalmente se

levarmos em consideração a multiplicidade de interesses presentes na sociedade, não estará no unilateral raciocínio indutivo, mas sim no embate entre as diversas demandas (grupos de interesse e grupos de pressão) que formam as diversas opiniões públicas.

O que pouco se tem observado pelos juristas é que as atas das reuniões do orçamento participativo (que poderiam ser gravados) com os relatos dos partícipes podem trazer elementos importantes para se concluir pelas necessidades sociais a partir de elementos da realidade, constituindo, ao lado das diversas possibilidades interpretativas surgidas no decorrer do processo interpretativo aberto da Constituição, a tríade cognitiva que marca o raciocínio pluralista. Assim, se as reuniões do Orçamento Participativo demonstram que as demandas sociais são mais incisivas em relação à saúde da população, o julgador pode se servir desses elementos para decidir alocar recursos de outras áreas para a persecução desse objetivo. Se a construção de uma estrada é a principal necessidade apontada pelos moradores de determinado bairro, que sofrem com constantes acidentes, enquanto outro não vê tanta importância no mesmo segmento social, dando preferência por uma obra de saneamento básico, devido ao fato do número de casos de hepatite B estar aumentando nesta região, este é um elemento forte para indicar que a construção de uma praça de esportes, que custará tanto quanto as obras preferenciais nesses locais, não atende a necessidade nem de um nem de outro e mantendo em risco a vida dessa parcela da população, sugerindo uma malversação do dinheiro público, impugnável pela via judicial.

Dessa forma, defende-se a utilização dos debates do orçamento participativo como um importante elemento da interpretação constitucional da sociedade aberta no momento da necessidade de concretização judicial dos direitos fundamentais sociais no Brasil, como elemento de união da tríade cognitiva do pensamento pluralista da interpretação constitucional. Esse mesmo raciocínio pode ser utilizado com os debates dos Conselhos Populares previstos pela Constituição.

Todos os mecanismos de abertura interpretativa da Constituição brasileira aqui mencionados (Ação Civil Pública, *Amicus Curiae*, Ação Popular, etc.), podem se socorrer desse raciocínio para fundamentar seus argumentos, sem que seja necessário modificar o ordenamento jurídico em qualquer de seus aspectos. É, de fato, uma mudança de raciocínio em torno e a partir de um problema social e da importância dada aos elementos colhidos dos debates ocorridos no espaço público, sem que se mude a estrutura normativa da Constituição e dos institutos afins à democratização do processo interpretativo.

Já com relação à utilização do Mandado de Injunção nesse processo de interpretação concretista a partir de um método tópico-problemático, a situação merece uma ressalva com relação à forma que ele foi pela Constituição abraçada.

Acontece que a Constituição Brasileira prevê o Mandado de Injunção para o caso de falta de regulamentação de um direito constitucionalmente previsto, conforme dispõe o artigo 5º, LXXI. Mas sua utilização para fins de definição dos gastos orçamentários sofre profunda crítica.

Diz-se isso pelo fato de que a origem do Mandado de Injunção está nas *injunctio*s americanas, instituto que, na forma de *structural injunction*, possibilitavam a “alteração do orçamento pela via judicial, realocando verbas antes destinadas a outros projetos, para dar cumprimento às decisões exaradas pela corte judicial”¹³⁸.

Apesar disso, como visto no capítulo referente à realidade orçamentária, todas as construções doutrinárias giram em torno da realização dos direitos fundamentais durante a execução orçamentária, nunca antes ou durante a elaboração do Orçamento Público. Apenas quando da formulação de despesas para pagamentos de precatórios judiciais (artigo 100 da Constituição Federal), é que se admite, sem pesar, a interferência judicial na conformação de despesa orçamentária. Mas esse é, ainda assim, um importante fator.

Não se tem, contudo, a real dimensão dos efeitos dessa ingerência sobre o federalismo ou mesmo sobre os gastos públicos, porque não se tem notícia da existência de tal experiência no Brasil. A verdade é que entre a multiplicação das demandas que buscam a concretização individual dos direitos fundamentais e a interferência do Judiciário na elaboração do Orçamento Público, é mais vantajoso à Administração servir-se de todo um procedimento judicial que coloque sobre os ombros do demandante o ônus do tempo do processo.

Contudo, a possibilidade de, através do Mandado de Injunção, com a assunção dos dados colhidos da participação popular no processo decisório político através das reuniões do Orçamento Participativo e das Audiências Públicas, poderia proporcionar ao julgador uma visão global das áreas que necessitam de maior empenho da Administração Pública na concretização dos direitos fundamentais, não deixando sua realização à mercê de “reservas possíveis” segundo critérios de conveniência e oportunidade da própria Administração, que deveria dar-lhes cumprimento. Em suma, afastar-se-ia, dessa forma, o

¹³⁸ JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **A Participação Popular e o Processo Orçamentário**. São Paulo: ed. De Direito, 2000, pág. 90.

argumento de insuficiência de recursos tendo em vista que atingiria o orçamento público em sua origem.

A abertura interpretativa da Constituição é, portanto, um fato com o qual pode o jurista trabalhar, desde que se mude a visão acerca de alguns institutos e se promova, na melhor medida possível, a participação das potências públicas no processo decisório político.

Conclusão

O presente trabalho procurou analisar as possibilidades de desenvolvimento de uma teoria hermenêutica voltada à concretização das normas de direitos fundamentais, sob o aspecto da democratização do procedimento interpretativo, segundo um método tópico-problemático desenvolvido por Peter Häberle em sua obra *A Sociedade Aberta do Intérpretes da Constituição*, objeto de críticas da doutrina nacional no tocante à possibilidade de estruturá-la na sociedade periférica brasileira. Devidamente enumeradas na introdução ao texto que ora se encerra, as principais críticas afirmam não reunir, a sociedade brasileira, condições para a realização de uma abertura interpretativa da Constituição sem vícios que a invalidem completamente.

Contudo, o trabalho de pesquisa nos possibilitou identificar as características fundamentais da teoria da sociedade aberta de intérpretes, não apenas a partir do sumário texto objeto de tradução pelo professor Gilmar Mendes, mas levando em conta todo o raciocínio que envolve o método tópico-problemático próprio da Hermenêutica Concretista e a abertura interpretativa que proporciona.

Para isso foi necessário recorrer, nos dois primeiros capítulos, a alguns conceitos empregados pela Hermenêutica Concretista e que foram suficientes para justificar a adoção de um método que, ao contrário de distanciar o intérprete do objeto interpretado, com ele se relaciona, deixando de exercer um papel meramente contemplativo da realidade.

Mas esse desenvolvimento da Hermenêutica aplicada ao Direito só foi possível graças a um movimento de normatização dos princípios jurídicos, que culminou em uma revalorização do conteúdo material da Constituição – seu principal depositário – e no desenvolvimento de uma Jurisdição Constitucional ativa.

Viu-se, portanto, no capítulo III que esse conteúdo material da Constituição limitou o relacionamento entre a subjetividade possivelmente ampla e irrestrita do intérprete e a também aparente objetividade da norma constitucional, através do que se convencionou chamar de Força Normativa da Constituição, o que não retirou a importância do papel do intérprete, vez que a ele foi concedida a tarefa de concretizar os valores, muitas vezes conflitantes, da Constituição.

Com isso quis-se provar que o desenvolvimento de uma Hermenêutica especificamente constitucional faz parte de um conjunto de fatores que envolvem uma nova

visão da Constituição e de seu conteúdo material e uma atuação ativa da Jurisdição Constitucional na realização (concretização) desse conteúdo (direitos fundamentais).

Mas devido à importância da concretização dos direitos fundamentais pela Jurisdição Constitucional, cada vez mais se tem questionado a legitimidade das decisões constitucionais tomadas nesse nível, exigindo-se que as mesmas estejam de acordo com a realidade e os interesses sociais. Daí a noção desenvolvida no parágrafo IV de paradigma democrático exigível não somente perante as decisões políticas fundamentais do Estado como também perante a Jurisdição Constitucional.

Iniciamos a persecução por uma teoria adequada à realidade brasileira desvelando a teoria concretista da sociedade aberta de Peter Häberle, sendo-nos possível afirmar que a teoria da sociedade aberta faz parte de um raciocínio pluralista, motivado pela necessidade de se trabalhar com a noção de uma hermenêutica inclusiva da relação entre a *tradição* das fontes formais de direito e a *consciência histórica* do intérprete, ou, como defende o autor, dos vários intérpretes da Constituição.

Vimos que o método tópico-problemático empreendido pelo autor aglutina as opiniões advindas das diversas potências públicas em torno de um caso concreto. É, na definição do próprio autor, um raciocínio possibilista, que tem por base a tríade cognitiva formada pela realidade, necessidade e possibilidades de interpretação orientada ao problema a ser solucionado em nível constitucional. Tais fatores se unem na tarefa interpretativa, tornando-a dinâmica e modificando a Constituição sem necessidade de constantes alterações em seu texto básico, o que feriria a noção de Força Normativa da Constituição tão importante ao Constitucionalismo pós-moderno.

Definidos os conceitos empregados no decorrer do trabalho, os capítulos seguintes se prestaram a analisar as condições e os pressupostos para se afirmar ser a sociedade brasileira uma sociedade aberta que possibilite a adoção de um procedimento democrático de interpretação da Constituição. Vimos que tal raciocínio perpassa pelo fato de que, a sociedade aberta de Häbele, assim como a de Popper, é aquela que dá condições de se quebrar mitos e *tabus mágicos* que obnubilam a visão dos seus partícipes, possibilitando a contestação aos dogmas estatais. Isso se mostra importante para a teoria häberliana, pois define as condições de existência da sociedade aberta, consolidando o entendimento de que ela deve procurar o mais alto grau de desenvolvimento da liberdade e da dignidade da pessoa humana (igualdade). Viu-se que é na sociedade aberta, portanto, que se coadunam os avanços do liberalismo social

com a doutrina do Estado Social. A interpretação constitucional, nesse sentido, deve se adequar ao grau de abertura da sociedade.

Reunidas as condições de desenvolvimento de uma teoria que proporcione a concretização do conteúdo material da Constituição, restou-nos a tarefa de possibilitar a união entre os avanços hermenêuticos obtidos com o estabelecimento de métodos próprios de interpretação constitucional com o paradigma democrático da pós-modernidade e mais especificamente tomando em conta a realidade brasileira. Demonstrou-se que, ao contrário das críticas, a adoção da teoria concretista da sociedade aberta não depende de condições ideais de cidadania, formação intelectual ou da obtenção de um consenso a partir do convencimento universal, mas tão somente de instrumentos (procedimentos) que consolidem a participação democrática através da consideração, pelo julgador constitucional, da importância da opinião pública através da atuação dos grupos de interesse ou de pressão, sendo essa participação nivelada de acordo com o grau de abertura da própria sociedade, ou seja, com a capacidade da própria sociedade se organizar em torno da crítica aos dogmas estatais que comumente engessam a atividade democrática. A partir daí, aplica-se o raciocínio tópico e as variantes argumentativas necessárias ao estabelecimento da ligação entre a interpretação empregada pelas diversas potências públicas com a vivência constitucional (aquele que vive a constituição a interpreta) e a tradição constitucional consolidada através das normas de direito fundamental.

Essa disposição social, restou demonstrada, depende apenas de instrumentos democráticos de igualdade e liberdade, habituais na Jurisdição Constitucional brasileira, e de uma forte preservação do conteúdo normativo-vinculante dos princípios constitucionais, possível ao tratarmos a Constituição brasileira a partir de uma teoria material da Constituição, conforme restou demonstrado ao analisarmos os instrumentos de abertura interpretativa que o ordenamento pátrio detém nos capítulos VII e VIII.

No Brasil, percebeu-se que o procedimento judicial permite tais condições de liberdade e igualdade. A formatação do controle de constitucionalidade difuso, inclusive, facilita tal abordagem. Assim, não se pode afirmar que, em qualquer situação, a sociedade brasileira não reúne as condições de procedimentalidade de uma teoria democrática de interpretação constitucional, pois nossa Jurisdição Constitucional assim o permite, seja através da participação direta da sociedade no labor interpretativo, seja pela publicidade dada aos argumentos que motivaram as decisões, tornando-a passível de constante crítica.

Pensa-se, dessa forma, ser possível adotar o método tópico-problemático a partir dos instrumentos jurídicos já à disposição do intérprete oficial da Constituição, sem a necessidade de grandes adaptações da teoria concretista à realidade nacional.

A democratização do processo interpretativo, ao contrário das críticas que lhe são dirigidas, não compõe um pluralismo desenfreado de decisões tomadas ao arroubo dos interesses de categorias determinadas, procura, isto sim, fomentar uma consciência democrática participativa com os mecanismos de participação que estão à disposição da sociedade civil, seja ela organizada ou não. Aos instrumentos de pressão tradicionais (movimentos populares, sindicatos, organizações da sociedade civil) unem-se na cultura jurídica outros fatores de preenchimento do conteúdo de sentido das normas (realidade orçamentária, dados sociais, opinião pública e ideologia) antes tomadas como parcialidades indesejáveis, cabendo ao julgador, além de tornar pública a decisão acerca de direitos fundamentais (pois esta é a melhor forma de controle de seu conteúdo – tomando por base a repercussão social que à realidade retorna) a tarefa de compatibilizar tais fatores com os valores consubstanciados na Constituição, de forma a tornar coerente o natural paradoxo das normas de conteúdo geral, através de uma apreciação a partir do caso concreto.

A contribuição deste trabalho à academia deseja-se estar em compor, através da análise de uma teoria específica, um quadro amplo de condições de concretização das normas de direitos fundamentais segundo uma teoria material da constituição e do próprio procedimento interpretativo, afastando a idéia de que qualquer movimento democrático no país sofreria da mesma pecha de ineficiência dirigida à representatividade política nacional.

Referências Bibliográficas

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica**. 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002;

AMARAL, Rafael Caiado. **Breve ensaio acerca da Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle**. Brasil, 2006. disponível em Acesso em: 02 abr 2006.

_____. **Peter Häberle e a Hermenêutica Constitucional – alcance doutrinário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

ANFIP, Grandes Números da Previdência Social, 2003.

Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social. **Reforma Tributária e Seguridade Social: Inverter a Lógica Financista para promover a Justiça Tributária e o Crescimento Econômico – Fundamentos e Limites das Propostas de Reforma**: ANFIP, 2003.

ARISTÓTELES, **Órganon: Categorias, Da Interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos, Refutações sofisticas**. Trad., textos adicionais e notas Edson Bini. São Paulo: EDI-PRO, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)** in Revista Interesse Público, nº 3, Ano VII, 2005.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BITTAR, Eduardo C. B. **Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica**. In *Hermenêutica Plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. Orgs. Carlos Eduardo de Abreu Boucault, José Rodrigo Rodrigues. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª. ed. Tradução Maria Celeste C. J Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Trad. Juan Pagés e Ignacio Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993.

BONAVIDES, Paulo. **A salvaguarda da democracia constitucional**, in MAUÉS, Antônio G. Moreira. *Constituição e Democracia*, São Paulo: Max Limonad, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional**. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa - por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUES, José Rodrigo (orgs.). **Hermenêutica Plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes ed., 2005.

CAMARGO, Maria Lacombe Camargo. **Hermenêutica e Argumentação**. 3ª ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 35, nº 138, 1998.

COGO LEIVAS, Paulo Gilberto. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Bahia: Jus Podivm, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu em site: <http://www.dhnet.org.br/direitos/penamorte/dalmodallari.html>, acesso em 01/04/2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GADAMER, Hans Georg. FRUCHON, Pierre (org.) **O problema da Consciência Histórica**. Tradução Paulo César Duque Estrada. 3ª edição. Rio de Janeiro: FGV Editora. 2006.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?**, Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GURGEL, Cláudio. **A Gerência do pensamento – Gestão contemporânea e Consciência Neoliberal**. São Paulo: Cortez, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Tradução para o espanhol de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

_____. **Pluralismo y Constitución – estudos de Teoría Constitucional de la sociedad abierta**. Trad. Para o espanhol por Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Retos Actuales del Estado Constitucional**. Trad. Ao Espanhol de Xabier Arzoz Santiesteban. Oñati: IVAP, 1996.

HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. **Jurisdição Constitucional Aberta: reflexão sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais Alemã e Norte-americana**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**, tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Da 20ª ed. alemã por Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **A Participação Popular e o Processo Orçamentário**. São Paulo: ed. De Direito, 2000.

KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002;

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Trad. Walter Stöner (com adaptações pelo editor), 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como “ser-moralmente-melhor”**. Fortaleza: ABC Editora, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional**. 23ª edição atual. e comp. São Paulo: Malheiros, 2001.

Ministério da Previdência Social. **Panorama De La Seguridad Social Brasileña**: Assessoria de Comunicação Social, 2004.

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

_____. **O Novo Paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. Vários tradutores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil.** Trad. do autor. São Paulo: Martins Fontes: 2006.

NICHOLSON, Brian. **A Previdência Injusta – como o fim dos privilégios pode mudar o Brasil.** São Paulo: Geração Editorial, 2007.

OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de Juez.** Trad para o espanhol de Isabel Lifante Vidal. *In Doxa - Cuadernos de filosofia del derecho*, vol. 14, Universidade del Alicante, 1993.

PFEIFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de Injunção.** São Paulo: Atlas, 1998.

POPPER, Sir Karl R. **A Sociedade Aberta e seus Inimigos – 1º vol.:** tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1974.

REALE, Miguel. **Paradigmas da Cultura Contemporânea.** 2ª edição revista e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a Democracia – os caminhos da democracia participativa.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005;

SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SOUTO, Cláudio. SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito – uma visão substantiva,** 3ª ed. rev. e aum.. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

STRECK, Lênio. **A permanência do Caráter compromissório (e dirigente) da Constituição brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica.** *In* Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos nº 39, São Paulo: Faculdade de Direito de Bauru.

_____. **Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

TREMPEZ, Pablo Pérez. **La Justicia Constitucional em la actualidad. Especial referencia a América Latina.** Foro Constitucional Iberoamericano, nº 2/2003. Disponível em: <http://www.uc3m/inst/MGP/JCI/revista-02art-ppt1.htm>. Acesso em 09/09/2003.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência – uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos.** Tradução da 5ed. alemã, rev. e amp., de Professora Kelly Suzane Alflen da Silva, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico.** 5ª ed. rev.. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito.** São Paulo: Ed. Alfa Ômega, 1994.