

**SALVATORE MANDARA NETO**

**INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: INSTRUMENTO DE  
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do UNIFIEO - Centro Universitário FIEO – OSASCO (SP), como exigência para obtenção do título de Mestre em Direito, tendo como área de concentração “Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos”, dentro do projeto “Colisão e Controle dos Direitos Fundamentais”, inserido na linha de pesquisa “Efetivação Jurisdicional dos Direitos Humanos”, sob orientação da Professora Doutora Anna Candida da Cunha Ferraz.

**UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO**

**OSASCO – SP**

**2006**

Catálogo-na-publicação  
Biblioteca do Centro Universitário FIEO

MANDARA NETO, Salvatore

Interpretação Constitucional: instrumento de concretização dos direitos fundamentais / Salvatore Mandara Neto; orientação: Profa. Dra. Anna Cândida da Cunha Ferraz, 2006.

140 f.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito do UNIFIEO - Centro Universitário FIEO

1. Direitos Fundamentais; 2. Hermenêutica; 3. Interpretação Jurídica; 4. Interpretação Constitucional; 5. Concretização Constitucional.

## **Folha de Aprovação**

**SALVATORE MANDARA NETO**

**INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO  
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Osasco, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2006

Banca Examinadora

---

Profa. Dra. Anna Candida da Cunha Ferraz (orientadora)

---

Profa. Dra. Adriana Zawada de Melo

---

Prof. Dr. Thalles Estanislau do Amaral Sobrinho

*Sou imensamente grato à Profa. Dra. Anna Cândida da Cunha Ferraz, minha mestra e orientadora exemplar, por toda paciência, toda competência e inefável dedicação a seus orientados.*

*Agradeço também aos demais Mestres e Doutores do Curso de Pós-Graduação em Direito do UNFIEO – Centro Universitário FIEO pelo alto nível de ensino aqui ministrado.*

*E ainda às Secretárias Edna, Nadja, Silvana e Roberta pela gentileza com que sempre nos atenderam.*

*“Se acreditarmos na liberdade do discurso, teremos de admitir que a uma determinada regra correspondem várias maneiras possíveis de a violar. Mas até esta multiplicidade obedece a leis. Os desvios são pré-determinados pela própria norma e é possível construí-los ‘a priori’. A honestidade é uma forma de liberdade”.*

*(Jean Cohen – Analyse du Discours)*

## RESUMO

Este trabalho trata da exposição evolutiva dos Direitos Fundamentais e dos principais métodos de interpretação do texto constitucional, como instrumento de concretização desses direitos. Pretende-se aqui realizar o estudo mediado pela técnica de pesquisa bibliográfica, englobando produção específica de conhecimento por meio de obras complementares e de *sites* especializados sobre o tema. Os procedimentos operacionais, ligados diretamente ao tratamento dos aspectos factuais da pesquisa, são trabalhados conforme os métodos histórico e processual. Para tanto, como método de abordagem utilizou-se o dedutivo, posto se tratar de dissertação bibliográfica embasada em estudos teóricos já fundamentados, os quais explicam os fenômenos particulares pertinentes a esse assunto. Com o intuito de atender ao que se propõe, a pesquisa é apresentada em três capítulos: no primeiro estão os apontamentos sobre os Direitos Fundamentais; no segundo constam a hermenêutica e a interpretação sobre Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988; no terceiro verifica-se a doutrina sobre a concretização dos direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais, Hermenêutica; Interpretação Jurídica; Interpretação Constitucional, Concretização Constitucional.

## RIASSUNTO

Questo studio discorre sull'esposizione evolutiva dei Diritti Fondamentali e dei principali metodi di interpretazione del testo costituzionale, come strumento di realizzazione di questi diritti. Si intende compiere lo studio grazie alla tecnica di ricerca bibliografica, congiungendo la produzione specifica di conoscenza attraverso opere complementari e di qualche sito specializzato sul tema. I procedimenti operativi, congiunti direttamente al trattamento degli aspetti fattuali della ricerca, sono studiati in conformità ai metodi storici e processuali. Cosicché, come metodo di abordaggio è stato utilizzato il deduttivo, posto trattarsi di dissertazione bibliografica basata su studi teorici già fondamentati, i quali spiegano i rilevanti fenomeni pertinenti a questo tema. Con lo scopo che si vuole raggiungere, la ricerca è presentata in tre capitoli: nel primo ci sono gli appunti sui Diritti Fondamentali; nel secondo constano l'ermeneutica e l'interpretazione sui Diritti Fondamentali della Costituzione Federale del 1988; nel terzo si verifica la dottrina sulla concretizzazione dei Diritti Fondamentali.

Parole chiave: Diritti Fondamentali, Ermeneutica, Interpretazione Giuridica, Interpretazione Costituzionale, Concretizzazione Costituzionale.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1 APONTAMENTOS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	12
1.1 Evolução histórica dos direitos fundamentais .....	12
1.1.1 Gênese dos direitos humanos fundamentais .....	12
1.2 Geração de direitos fundamentais .....	22
1.2.1 Acepções doutrinárias a respeito das dimensões dos direitos fundamentais .....	22
1.2.2 Crítica à terminologia gerações de direitos fundamentais .....	28
1.3 Construção teórica dos direitos humanos fundamentais .....	29
1.3.1 Teoria dos direitos naturais .....	30
1.3.2 Direitos humanos e positivismo.....	32
1.3.3 Teoria realista ou moralista .....	34
1.4 Conceito atual de direitos fundamentais .....	35
<b>2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DOUTRINÁRIA</b> .....	39
2.1 Distinção entre hermenêutica e interpretação jurídica.....	39
2.2 Métodos clássicos de interpretação jurídica .....	44
2.2.1 Interpretação quanto à origem .....	45
2.2.1.1 Interpretação autêntica.....	45
2.2.1.2 Interpretação judicial .....	47
2.2.1.3 Interpretação administrativa .....	48
2.2.1.4 Interpretação doutrinária ou judiciária .....	48
2.2.2 Interpretação quanto aos resultados.....	49
2.2.2.1 Interpretação extensiva .....	49
2.2.2.2 Interpretação restritiva.....	50
2.2.2.3 Interpretação declarativa .....	51
2.2.3 Interpretação quanto à natureza .....	52
2.2.3.1 Interpretação gramatical.....	52
2.2.3.2 Interpretação lógica.....	56
2.3 Interpretação da norma constitucional: nova hermenêutica .....	63
2.3.1 Especificidade da interpretação constitucional .....	64
2.3.1.1 Distinção entre interpretação jurídica e interpretação constitucional .....	64



2.3.1.2 Linguagem do direito constitucional como elemento da interpretação inicial de trabalho.....	67
2.3.1.3 Panorama teórico-político da interpretação constitucional.....	68
2.3.1.4 Interpretação plural e aberta da constituição .....	71
2.3.1.5 Insuficiência dos métodos clássicos de interpretação na concretização das normas constitucionais de direitos fundamentais .....	75
2.3.2 Métodos da nova interpretação constitucional .....	78
2.3.2.1 Método científico-espiritual.....	79
2.3.2.2 Método hermenêutico-concretizador .....	82
2.4 Princípios auxiliares da interpretação constitucional .....	87
2.4.1 Princípio da unidade da Constituição.....	89
2.4.2 Princípio do efeito integrador .....	91
2.4.3 Princípio da máxima efetividade .....	92
2.4.4 Princípio da exatidão funcional .....	94
2.4.5 Princípio da concordância prática .....	95
2.4.6 Princípio da força normativa da constituição.....	98
<b>3 CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL E REALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO .....</b>	<b>102</b>
3.1 Distinção entre concretização constitucional e realização da Constituição .....	102
3.2 Distinção entre eficácia constitucional e efetividade da Constituição .....	106
3.3 Classificação e características das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade .....	108
3.3.1 Normas constitucionais de eficácia plena .....	109
3.3.2 Normas constitucionais de eficácia contida .....	110
3.3.3 Normas constitucionais de eficácia limitada.....	112
3.3.4 Interpretação: aplicação e concretização das categorias das normas.....	116
3.4 Aplicabilidade imediata das normas constitucionais de direitos e garantias fundamentais.....	118
3.5 Jurisdição e interpretação constitucional de direitos fundamentais .....	120
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>130</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>133</b>

## INTRODUÇÃO

Desde sempre a sociedade se constituiu a partir de determinadas ações escolhidas e somente após as escolhas são criadas normas para regularizar esses novos comportamentos. Como o processo evolutivo da sociedade, embora sempre em mutação, acontecia no passado, de forma menos acelerada do que na atualidade, principalmente depois dos avanços tecnológicos colimados com a informatização, a situação não refletia, pois, qualquer gravidade.

Entretanto, hoje há uma distância muito grande entre fatos sociais concretos e sua regulamentação específica, pois nem sempre há normas regulando condutas. Por isso, emerge a necessidade de se interpretar o direito positivado de forma a aplicá-lo à nova realidade, sem deixar sequer um caso de direito desprotegido.

Se antes o direito, na esteira das relações sociais, já consistia um problema, essa situação somente vem a se agravar diante da mudança das relações sociais, que não são solicitadas e acompanhadas pelo direito. Daí a necessidade, de um lado, da criação de normas abertas, e de outro, da interpretação do direito de forma a adequá-lo à realidade que ele deve regular. Aflora, então, a importância e a necessidade de se estudar a interpretação jurídica, agora mais dinâmica, capaz de “atrejar” o direito positivado ao conflito concreto, resultando na esperada justiça “justa”.

A humanidade, depois de passar por movimentos sociais, como industrialização, guerras mundiais, informatização, sofreu certa instabilidade, exigindo a intervenção estatal na economia e nas relações privadas, perdendo, pois, o caráter individualista para voltar-se à proteção do indivíduo integrado na sociedade.

Esse processo foi acontecendo de forma gradativa no sistema brasileiro, tendo como seu ápice a Constituição Federal de 1988, cuja atenção voltou-se para a pessoa em si mesma, à tutela de sua personalidade e de sua dignidade como ser

humano. Para tanto, essa mesma Constituição passou a regular também a matéria de direito privado, que, além de estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, traz princípios que tutelam várias relações de direito privado. Ocorre, pois, uma constitucionalização dos direitos.

Inegável, portanto, pois, a necessidade de manejo das categorias fundamentais do direito constitucional. A interpretação é tema instigante, dado o destacado papel que a norma constitucional ocupa na ciência jurídica. Com a constitucionalização dos direitos, as respostas aos conflitos da vida sempre, de alguma forma, serão buscadas no texto constitucional. A Constituição exige de seus intérpretes uma resposta imediata à evolução dos institutos democráticos nos Estados, que deve dar sentido concreto às normas constitucionais, a fim de efetivar os valores consagrados no texto constitucional.

Se, de um lado, a Constituição precisa dar respostas às novas situações de vida, de outro, as constantes reformas do texto constitucional geram inseguranças. É na busca desse equilíbrio “segurança e justiça” que a interpretação constitucional passa a ser fundamental. A constitucionalização dos direitos recebe, por isso, nova e atual interpretação.

A hermenêutica jurídica, na acepção clássica, já não vem satisfazendo a interpretação do direito atual. Para entender essa nova visão não somente interpretativa, mas do próprio direito hodierno, apresenta-se uma análise sobre a teoria da interpretação constitucional, para defendê-la como instrumento de concretização dos direitos fundamentais.

Justifica essa abordagem o fato de ser tradicional entre os profissionais do direito, inclusive nas universidades brasileiras, a dedicação maior à praticidade do direito, em detrimento das teorias. Analisa-se o direito positivado e aplica-se ao caso concreto da forma como ele se apresenta, levantando-se discussões teóricas e doutrinárias sobre a legislação, apenas naqueles casos isolados em que o dispositivo legal se apresenta contrário aos interesses de quem movimenta a máquina judiciária. Os resultados são decisões, estudos, análises, jurisprudências e mesmo súmulas parciais, que acabam rompendo a unicidade do direito.

Os profissionais treinados a aplicar o direito já positivado ao caso concreto, quando se depara com uma situação nova, não sabe como proceder porque lhe falta bagagem teórico-interpretativa. Felizmente existem algumas universidades já preocupadas com esse processo e voltadas à formação interdisciplinar e generalista do profissional do direito e não apenas à do aplicador de lei.

Neste trabalho, busca-se apontar a importância de se conhecer a essência interdisciplinar do direito. Além disso, pretende-se acompanhar o processo evolutivo das acepções e das interpretações do direito ao longo da história, apresentando-se a teoria da interpretação constitucional como instrumento de concretização dos direitos fundamentais, em detrimento da interpretação prefixada ou da tradição doutrinária que não se predispõe ao verdadeiro diálogo.

# 1 APONTAMENTOS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

## 1.1 Evolução histórica dos direitos fundamentais

### 1.1.1 Gênese dos direitos humanos fundamentais

Visando a apresentar a interpretação constitucional como instrumento de concretização dos direitos fundamentais, e, simultaneamente, ciente da importância de definir previamente os institutos envolvidos na pesquisa, sob pena de turvar a exata compreensão do que se propõe, inicia-se o estudo com breves apontamentos histórico-evolutivos dos direitos fundamentais.

A retrospectiva dos antecedentes históricos das declarações de direitos fundamentais revela que a matriz dos direitos fundamentais encontra-se na Inglaterra, desde o final da Idade Média.

Os principais documentos históricos das declarações dos direitos humanos fundamentais, elaborados na Inglaterra, conforme lembra Alexandre de Moraes<sup>1</sup>, são

---

<sup>1</sup>MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 7. A lição revela parcialmente o contexto da: a) *Magna Carta Libertatum*, de 15-6-1215, entre outras garantias, previa: a liberdade da Igreja da Inglaterra, restrições tributárias, proporcionalidade entre delito e sanção (...), previsão do devido processo legal (...), livre acesso à Justiça (...), liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país, b) *Petition of Right*, de 1628, previa expressamente que ninguém seria obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou benevolência e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seria chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarado, ou, de qualquer forma, molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em pagá-los. Previa, ainda, que nenhum homem ficasse sob prisão ou delito ilegalmente. c) *Habeas Corpus Act*, de 1679, regulamentou esse instituto que, porém, já existia na *common law*. A lei previa que, por meio de reclamação ou requerimento escrito de algum indivíduo ou a favor de algum indivíduo detido ou acusado da prática de um crime (...), o lorde-chanceler ou, em tempo de férias, algum juiz dos tribunais superiores, depois de terem visto cópia do mandado ou certificado de que a cópia foi recusada, poderiam conceder providências de *habeas corpus* (...) em benefício do preso, a qual será imediatamente executada perante o mesmo lorde-chanceler ou o juiz, e, se afiançável, o indivíduo seria solto, durante a providência, comprometendo-se a comparecer e a responder à acusação no tribunal competente. Além de outras previsões complementares, o *Habeas Corpus Act* previa multa de 5000 libras àquele que voltasse a prender, pelo mesmo fato, o indivíduo que tivesse obtido a ordem de soltura, d) *Bill of Rights*, de 1689, decorrente da abdicação do rei Jaime II e outorgada pelo Príncipe de Orange, no dia 13 de fevereiro, significou enorme restrição ao poder estatal, prevendo, dentre outras regulamentações: fortalecimento do princípio da legalidade, ao impedir que o rei pudesse suspender leis ou a execução das leis sem o consentimento do

os seguintes: a *Magna Carta Libertatum*; a *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679; o *Bill of Rights*, de 1688; e o *Act of Settlement*, de 1701.

O contexto desses documentos ingleses influenciou universalmente a história dos direitos humanos fundamentais, mas foi somente, a partir do Renascimento<sup>2</sup>, que se fomentaram reflexões sobre esse ideário. Nasce daí as premissas a respeito do conceito de direitos humanos fundamentais.

As mudanças sociais e econômicas, advindas da implantação do sistema capitalista na Europa, impulsionaram o sistema de classes. Na Idade Média, delineia-se a sociedade de classes, que deixa para trás a hierárquica sociedade estamental. Surge, então, um novo segmento social, a burguesia<sup>3</sup>, classe que impulsiona a iniciativa individual e passa a agir de forma coesa, por meio das ligas e das corporações de ofício, organizações que visam à defesa do direito de comerciar. Com o advento dessa nova classe, aos poucos, toma forma uma nascente ideologia, cujo propósito é a ascensão social com base no individualismo, ainda que esse sustente seu arcabouço numa classe e não, exatamente, num indivíduo. Mas não erra quem usa o termo individualismo, quando se tem em mente, o representante

---

Parlamento; criação do direito de petição; liberdade de eleição dos membros do Parlamento; imunidades parlamentares; vedação à aplicação de penas cruéis; convocação freqüente do Parlamento. Salienta-se, porém, que apesar do avanço em termos de declaração de direitos, o *Bill of Rights* expressamente negava a liberdade e igualdade religiosa (...), e) *Act of Settlement*, de 12-6-1701, basicamente, configurou-se em um ato normativo reafirmador do princípio da legalidade (...) e da responsabilização política dos agentes públicos, prevendo-se a possibilidade, inclusive, de *impeachment* de magistrados.

<sup>2</sup>“O Renascimento (ou Renascença) foi um movimento cultural e simultaneamente um período da história europeia, considerado como marcando o final da Idade Média e o início da Idade Moderna. O Renascimento é normalmente considerado como tendo começado no século XIV na Itália e no século XVI no norte da Europa” (RENASCIMENTO: movimento cultural. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Renascimento\\_%28movimento\\_cultural%29](http://pt.wikipedia.org/wiki/Renascimento_%28movimento_cultural%29)>. Acesso em: 28 ago. 2006).

<sup>3</sup>FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Princípios do processo ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3. Explica que: “A revolução Francesa eclodiu em 1789, sendo certo que foi provocada por uma ‘classe média’ denominada burguesia. ‘Quem era a burguesia?’ Eram os escritores, os doutores, os professores, os advogados, os juizes, os funcionários – as classes educadas; eram os mercadores, os fabricantes, os banqueiros – as classes abastadas, que já tinham direitos e queriam mais. Acima de tudo, queriam – ou melhor, precisavam – lançar fora o jugo da lei feudal numa sociedade que já não era feudal. Precisavam deitar fora o apertado gibão feudal e substituí-lo pelo folgado paletó capitalista”, ensina Leo Huberman. ‘A burguesia quase não possuía terras, mas tinha o capital. Empréstara dinheiro ao Estado. Queria-o agora de volta. Conhecia bastante das questões do governo para ver que a estúpida e perdulária administração do dinheiro público poderia levar à bancarrota. A burguesia desejava que seu poder político correspondesse ao poder econômico que possuía”.

dessa classe, ou seja, o burguês<sup>4</sup>, aquele que se projetou, por meio da iniciativa privada. E, para que essa subjetividade vicejasse plena, em seu direito de comerciar, ela necessitou de liberdade e, portanto, do respaldo de novas leis que se opusessem ao ideário do feudalismo. O comércio passa a ser a principal fonte de riqueza, substituindo a terra do período feudal, razão pela qual as pessoas passaram a viver e a trabalhar também nas cidades.<sup>5</sup>

Nesse momento histórico e político, os direitos fundamentais significaram um limite ao poder do Estado para garantir um espaço de liberdade ao indivíduo e à nascente economia mercantil. A burguesia, nesse momento da história, encontrou amparo no Estado nascente. E, para solidificar-se e fortalecer o sistema econômico, o Estado torna-se absolutista. Este, por sua vez, é controlador e subjuga a burguesia. A lei torna-se o instrumento desse jugo, porém garante a unidade política, a expansão econômica e a solidificação da burguesia. Esta, embora mantida sob o jugo do monarca, na medida em que pagava impostos para o Estado Absolutista, amplia-se e aos poucos vai-se impondo como classe. Com o tempo, aparecerão burgueses esclarecidos que se oporão aos fundamentos do Velho Regime.

A emergência da burguesia é mais bem descrita pela lição de Dalmo de Abreu Dallari<sup>6</sup>, a qual segue na íntegra:

Por volta do ano de 1300 já estava definida a existência de uma nova classe, a burguesia, que não tinha a tradição dos que descendiam dos grandes senhores que durante a Idade Média havia ajudado os reis a

---

<sup>4</sup>FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *op. cit.*, p. 3. Lembra que: “O termo burguês, após um período de flutuação lingüística, explica Jacques Le Goll, passou a designar, de maneira bastante geral, nos séculos XIII e XIV, tanto nas cidades de comuna como nas de simples franquia, ‘uma categoria jurídica frequentemente definida pelo pagamento de uma taxa, o direito de burguesia, a única habilitada a beneficiar-se de certos privilégios, sobretudo de ordem econômica, e a única chamada a desempenhar um papel político-institucional’. Todavia, esclarece Lê Goll, ‘houve na Idade Média a tendência a passar do sentido jurídico a um sentido mais concreto e a designar por burguês o habitante da cidade não-clérigo, não-nobre e não-estrangeiro que dispunha de uma certa fortuna, que exercia certas atividades que lhe asseguram, umas e outras, uma certa independência e que a manifestava levando um certo modo de vida.’”

<sup>5</sup>MARINI, Celso. Visão histórica do direito de propriedade imóvel. *Escritório On Line*. Disponível em: <[http://www.escritorioonline.com/webnews/noticia.php?id\\_noticia=1311&](http://www.escritorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=1311&)>. Acesso em: 06 jun. 2006.

<sup>6</sup>DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 9-10. Idem: MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 7. A lição revela que: “Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassallos, diversos documentos jurídicos reconheciam a exigência de direitos humanos, sempre com o mesmo traço básico: limitação do poder estatal. O forte desenvolvimento das declarações de direitos humanos fundamentais deu-se, porém, a partir do terceiro quarto século XVIII até meados do século XX”.

conquistar ou a manter o domínio político sobre muitos territórios e que, como compensação pela ajuda, tinham recebido grande extensão de terras. Os descendentes dos senhores feudais herdaram destes a propriedade daquelas terras, além de inúmeros privilégios na organização social constituindo uma classe superior, a nobreza, dotada de poder político e econômico. Os burgueses eram, basicamente, pequenos comerciantes, sem nenhum poder político e sujeitos às investidas arbitrárias dos reis e dos nobres. Nem suas pessoas, nem suas famílias, nem seus patrimônios tinham segurança, e sua condição social era considerada inferior. Como bem demonstraram Michel E. Tigar e Madelaine R. Levy, em seu livro *O direito e a ascensão do capitalismo*, os burgueses aproveitaram ao máximo a liberdade de ação que lhes era permitida a tratarem de se organizar, criando corporações, estabelecendo suas próprias regras para regular seus negócios e para decidir seus conflitos. Desse modo conseguiram estabelecer um sistema de vida que lhes permitiu aumentar a riqueza, expandir o comércio e, afinal, adquirir a propriedade de muitas terras. O crescimento das cidades, o começo da formação de grandes indústrias, as inovações e os descobrimentos que tornaram possíveis as viagens marítimas longas e freqüentes, tudo favoreceu a burguesia, que aumentou muito seu poder econômico e tornou reis a nobreza dependente de suas atividades. Com isso os burgueses conquistaram uma posição social melhor e, o que foi mais importante, adquiriram condições para lutar pelo poder político. Essa evolução burguesa levou vários séculos. Em alguns países houve condições para um crescimento mais rápido, enquanto que em outros levou mais tempo para que a burguesia pudesse lutar pelo predomínio político. Mas no final do século dezoito esse processo chegou ao fim e atingiu praticamente todo o mundo ocidental estabelecendo-se, então, um tipo de sociedade que em suas linhas básicas perdura até hoje.

No século XVIII, a burguesia está coesa e pretende ocupar o poder político. É a época da Revolução americana e da francesa que inauguram o Estado Liberal, fundado nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.<sup>7</sup>

A primeira declaração de princípios dessa nova era foi a Declaração de Direitos de Virginia, de 1776, conforme lembra Wagner D'Angelis<sup>8</sup>:

Muito embora a Inglaterra tenha dado o impulso inicial, e não obstante situar-se na França o pólo mais ativo da irradiação de idéias, foi na América do Norte, na ainda colônia de Virgínia, que surgiu a primeira Declaração de Direitos. Tamanho feito, por parte de uma colônia, não deve causar espanto. Ao darem contornos definitivos à sua luta libertária, as colônias inglesas da América reuniram-se num Congresso Continental, em 1774, que recomendou a formação de governos independentes. E nisso quem se antecipou às demais foi justamente a Virgínia, que em 12 de junho de 1776

---

<sup>7</sup>MARINI, Celso. *op. cit.*

<sup>8</sup>D'ANGELIS, Wagner. As gerações de direitos humanos. *DHNET*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/geracaodh/gerac1.html>. Acesso em: 26 ago. 2006.



publicou sua manifestação formal de direitos (“... do Bom Povo de Virgínia”), e cuja cláusula primeira anunciava “que todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes”, e com certos direitos, inerentes dos quais não poderiam ser privados. Nesse expediente de 16 cláusulas, inequívoco alicerce do constitucionalismo americano, percebe-se com nitidez a influência das doutrinas jusnaturalistas e iluministas então em voga, precipuamente das obras de Locke, Montesquieu e Rousseau. Outras sete colônias, mirando-se nesse exemplo, adotaram constituições radicalistas com semelhantes dispositivos de proteção individual.

Ressalta-se que o Cristianismo influenciou decisivamente na formulação do conceito de dignidade da pessoa humana, conforme afirma Fernando Ferreira dos Santos<sup>9</sup>:

O conceito de pessoa, como categoria espiritual, como subjetividade, que possui valor em si mesmo, como ser de fins absolutos, e que, em consequência, é possuidor de direitos subjetivos ou direitos fundamentais e possui dignidade, surge com o Cristianismo, com a chamada filosofia patrística, sendo depois desenvolvidos pelos escolásticos.

Trata-se do primeiro passo de proteção a um âmbito de autonomia para a consciência, para a liberdade de pensamento, de opinião e de expressão. Expandir a reflexão sobre a tolerância levou ao caloroso debate sobre os limites do poder, que, conseqüentemente, conduziu à superação do absolutismo, desaguando na Revolução Liberal.

As acaloradas discussões a respeito da autonomia do pensar fomentaram os debates sobre os limites do poder. Somam-se a isso as pretensões políticas da burguesia, sustentadas por sua expansão econômica. Essa conjuntura solapa as bases do absolutismo. Tem-se o debate sobre o poder absoluto cuja limitação partiu de três pontos de vista: a justificação do poder; a organização do poder; e a relação do poder com os cidadãos.

---

<sup>9</sup>SANTOS, Fernando Ferreira dos. *O princípio constitucional da dignidade humana*. São Paulo: Celso Bastos, 1998. p. 19. Idem: BODIN, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 77. A lição revela que foi o Cristianismo que, pela primeira vez, concebeu a idéia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo. O desenvolvimento do pensamento cristão sobre a dignidade humana deu-se sob um duplo fundamento: o homem é um ser originado por Deus para ser o centro da criação; como ser amado por Deus, foi salvo de sua natureza, a do desejo pessoal, através da noção de liberdade de escolha, que o torna capaz de tomar decisões contra o seu desejo natural. Idem: MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 7. A lição revela que: Posteriormente, a forte concepção religiosa trazida pelo Cristianismo, com a mensagem de igualdade de todos os homens, independentemente de origem, raça, cor, sexo ou credo, influenciou diretamente a consagração dos direitos fundamentais, enquanto necessários à dignidade da pessoa humana.

O poder absoluto encontrou como limite a existência dos direitos naturais prévios ao poder, e esses direitos deveriam ser respeitados. Em ato contínuo a essa percepção e, com a vitória da Revolução Liberal na França e nos Estados Unidos, conforme lembra Alexandre de Moares<sup>10</sup>, surgiram as declarações de direitos humanos fundamentais, ou seja: Declaração de Direitos do Povo de Virgínia, de 1776; Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776; Constituição dos Estados Unidos da América e suas dez primeiras emendas, aprovadas em 25-9-1789 e ratificadas em 15-12-1791; Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Todos esses documentos constituíram a premissa histórica dos direitos humanos fundamentais e das limitações do poder estatal.

A Constituição da França de 1793 prestigiou a positivação dos direitos fundamentais, conforme lembra Alexandre de Moraes<sup>11</sup>, uma vez que implicou melhor regulamentação dos direitos humanos fundamentais, pois o preâmbulo prescreve que:

O povo francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as causas das desgraças do mundo, resolveu expor, numa declaração solene, esses direitos sagrados e

---

<sup>10</sup>MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 9-10. A lição revela parcialmente o contexto da: a) Declaração dos Direitos de Virginia, a Seção I, proclama o direito à vida, à liberdade e à propriedade. Outros direitos humanos fundamentais foram expressamente previstos, tais quais, o princípio da legalidade, o devido processo legal, o Tribunal do Júri, o princípio do juiz natural e imparcial, a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa (Só a razão e a convicção, não a força ou a violência, podem prescrever a religião e as obrigações para com o Criador e a forma de as cumprir, e, por conseguinte, todos os homens tem igualmente direitos ao livre culto da religião, de acordo com os ditames da sua consciência), b) Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, documento de inigualável valor histórico e produzido basicamente por Thomas Jefferson, teve como tônica preponderante a limitação do poder estatal, como se percebe por algumas passagens: A história do atual rei da Grã-Bretanha compõe-se de repetidos danos e usurpações, tendo todos por objetivo direto o estabelecimento da tirania absoluta sobre estes Estados. Para prová-lo, permitamo-nos submeter os fatos a um cândido mundo: recusou assentimento as leis das mais salutares e necessárias ao bem público (...) Dissolveu Casas de Representantes repetidamente porque se opunham com máscula firmeza às invasões dos direitos do povo (...) Dificultou a administração da justiça pela recusa de assentimento a leis que estabeleciam poderes judiciários. Tornou os juizes dependentes apenas da vontade dele para gozo do cargo e valor e pagamento dos respectivos salários (...) Tentou tornar o militar independente do poder civil e a ele superior (...), c) Constituição dos Estados Unidos da América e suas dez primeiras emendas pretenderam limitar o poder estatal estabelecendo a separação dos poderes estatais e diversos direitos humanos fundamentais: liberdade religiosa; inviolabilidade de domicílio, devido processo legal; julgamento pelo Tribunal do Júri; ampla defesa; impossibilidade de aplicação de penas cruéis ou aberrantes, d) Declaração dos Direitos o Homem e do Cidadão, com 17 artigos. Dentre as inúmeras e importantíssimas previsões, podemos destacar os seguintes direitos humanos fundamentais: princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção de inocência, liberdade religiosa, livre manifestação de pensamento.

<sup>11</sup>MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 10.

inalienáveis, a fim de que todos os cidadãos, podendo comparar sem cessar os atos do governo com a finalidade de toda a instituição social, nunca se deixem oprimir ou alvitar pela tirania; a fim de que o povo tenha perante os olhos as bases da sua liberdade e da sua felicidade, o magistrado a regra dos seus deveres, o legislador o objeto da sua missão. Por consequência, proclama, na presença do Ser Supremo, a seguinte declaração dos direitos do homem e do cidadão.

O conceito de direito fundamental foi gestado a partir da modernidade, não significando, porém, que, anteriormente, as noções de dignidade, de liberdade e de igualdade não estivessem presentes entre os homens; ao contrário, com a transição para a modernidade, tais noções materializaram-se em direitos subjetivos.

A Revolução norte-americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789 trouxeram ao círculo do direito positivo os direitos subjetivos dos membros do Estado perante o Estado.

No círculo da teoria do direito, como afirma André Ramos Tavares<sup>12</sup>, o tema dos direitos humanos fundamentais foi o alvo central do célebre debate de Georg Jellinek e Emil Boutmy:

Há que se citar a famosa discussão entre Jellinek e o politólogo francês Emil Boutmy, no limiar do século XX. Enquanto para o primeiro a origem dos direitos fundamentais estaria na Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, bem como nas Declarações dos demais Estados da Nova Inglaterra, cuja fundamentação jusnaturalística os distinguia dos direitos dos ingleses, consagrados já desde a Magna Carta, para Boutmy a origem estaria na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e isso porque aquelas outras não tivessem precedido esta, ou que não tivessem servido de fonte inspiradora a esta, mas basicamente porque só nessa Declaração é que os direitos humanos teriam adquirido sua dimensão universal, destinando-se a servir de exemplo a todo o mundo, ao passo que os direitos consagrados nas declarações americanas dirigiam-se apenas aos cidadãos dos respectivos Estados. A essa colocação Jellinek retrucou, esclarecendo que apenas lhe interessava o aspecto de direitos juridicamente institucionalizados. A controvérsia, contudo, partia de diferentes enfoques: para Boutmy importava a idéia filosófica dos direitos humanos; para Jellinek, a realidade jurídica. E é nesse contexto, conforme Piçarra, que não se pode deixar de diferenciar as expressões. Assim, direitos humanos assumiria a dimensão de direitos naturais, estando desligados de uma específica estrutura institucional que os albergava, e direitos fundamentais seriam aqueles direitos humanos garantidos por cada Estado a seus cidadãos.

---

<sup>12</sup>TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 352.

Em continuidade ao célebre debate sobre a origem histórica dos direitos fundamentais, Paulo Bonavides<sup>13</sup> afirmou que:

as declarações antecedentes, de ingleses e americanos, podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade.

Entretanto, Georg Jellinek<sup>14</sup> ponderou:

O cidadão titular de um direito público subjetivo em confronto com o ato que viole seu espaço de liberdade detém a possibilidade de buscar a anulação de tal ato por um juiz imparcial, de modo a coincidirem a teoria de direito público subjetivo com o princípio da legalidade dos atos administrativos, e, por outro lado, revela-se a indispensabilidade da justiça administrativa para sustentar o Estado de Direito. Por outro lado, o particular não goza de tutela alguma perante o legislador, vez que as declarações de direitos não são dotadas de categoria superior às de lei ordinária e tampouco assistidas por uma jurisdição constitucional de liberdade, constituindo meros enunciados de cunho político, privados de eficácia jurídica. Apenas nos Estados Unidos, devido à rigidez das normas constitucionais, que compreendiam os *bills of rights*, prepondera o poder dos juizes de não aplicar a lei que as contrariasse. Ao contrário na França, o significado da Declaração de 1789 era desvalorizado, uma vez a justiça administrativa desse país era instituída como mera articulação interna do aparato hierárquico e piramidal da Administração Pública e, diferentemente do que se verifica após na Alemanha, não se configurava como criação de um juiz imparcial, que resolveria as controvérsias entre os cidadãos e a Administração. Em outros termos, mas sem dizê-lo expressamente, quis mostrar a superioridade do sistema alemão de proteção dos direitos públicos subjetivos perante as liberdades públicas francesas, que, proclamadas na Declaração de 1789, não podiam, todavia, traduzir-se em verdadeiros direitos públicos subjetivos por falta de uma específica via de ação perante um juiz na posição de terceiro.

Com essas idéias, tornou-se indiscutível a participação de Georg Jellinek na elaboração teórica dos direitos fundamentais, já que seu modelo teórico trata da posição do indivíduo perante o Estado. Os direitos fundamentais, segundo essa

---

<sup>13</sup>BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006. p. 562.

<sup>14</sup>JELLINEK, Georg. *La dichiarazione dei diritti dell' uomo e del cittadino*. Trad. de Damiano Nicilla. Milano: Giuffrè, 2002. p. LVIII-LX.

doutrina, como bem explica Suzana de Toledo Barros<sup>15</sup>, asseguram aos indivíduos diversas posições jurídicas em relação ao Estado, posições essas denominadas *status*, que qualificam os sujeitos. Os *status* se apresentam nos seguintes aspectos:

- passivo, que coloca o indivíduo em situação oposta à da liberdade. Constitui o campo no qual o indivíduo se encontra em posição de sujeição ao Estado; é a esfera das obrigações. Quanto maior o *status* passivo, menor o negativo;
- negativo, que corresponde à esfera de liberdade na qual os interesses essencialmente individuais encontram sua satisfação. É, pois, uma esfera de liberdade individual, cujas ações são livres, pois não estão ordenadas ou proibidas;
- positivo, que, a seu turno, dota o indivíduo de capacidade jurídica para exigir do Estado prestações positivas, ou seja, de reclamar para si algo a que o Estado está obrigado. E mais, prevê a possibilidade de o indivíduo cobrar do Estado uma conduta de conteúdo negativo, por exemplo, exigindo que o Estado se abstenha de invadir seu *status* negativo;
- ativo, pelo qual o indivíduo recebe competências para participar do Estado, com o fim especial de formar a vontade estatal. O exemplo disso é o direito ao sufrágio.

Já nos séculos XIX e XX, a afirmação dos direitos fundamentais completou-se pela conscientização da necessária proteção judicial dos direitos fundamentais por meio de um processo de positivação para que esses direitos deixassem o círculo das diretrizes e adquirissem força para organizar a vida social e também o reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

Alexandre de Moraes<sup>16</sup> lembra que o século XX apresentou textos marcados pelas preocupações sociais, como: a Constituição Mexicana, de 1917; a

---

<sup>15</sup>BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 135-136. Idem, MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 41-42.

<sup>16</sup>MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 12-14. A lição revela parcialmente o conteúdo da: a) Constituição Mexicana que passou a garantir direitos individuais com fortes tendências sociais, como por exemplo, direitos trabalhistas (...) e efetivação da educação, b) Constituição de Weimar que previa em sua Parte II os Direitos e Deveres fundamentais dos alemães. Os tradicionais direitos e garantias individuais eram previstos na Seção I, enquanto a Seção II trazia os direitos relacionados à vida social, a Seção III, os direitos relacionados à religião e as Igrejas, a Seção IV,

Constituição de Weimar, de 1919; a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918; a Carta do Trabalho, de 1927.

Desses textos emana um dos domínios das liberdades individuais, ou seja, os direitos sócio-econômicos que deveriam assegurar, serenamente a todos, condições materiais de exercício dessas liberdades, a fim de imunizar o indivíduo diante das investidas dos possuidores de qualquer poder.

Em ato contínuo à II Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas promulgou o documento de maior relevância histórica dos direitos humanos, ou seja, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao reconhecer expressamente o seguinte: a democracia como o único regime político eficaz para assegurar os direitos humanos; a dignidade humana, inerente a todos os membros da família humana, e seus direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; a desconsideração dos direitos da pessoa se estes resultassem em atos ofensivos à consciência da humanidade<sup>17</sup>.

A proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade conquistaram importância relevante, no final do século XX, especificamente, em

---

os direitos relacionados à educação e ensino, e a Seção V, os direitos referentes a vida econômica, c) Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado que visava, como previsto em seu Capítulo II, suprir toda a exploração do homem pelo homem, a abolir completamente a divisão da sociedade em classes, a esmagar implacavelmente todos os exploradores, a instaurar a organização socialista e a fazer triunfar o socialismo em todos os países. Com base nesses preceitos, foi abolido o direito de propriedade privada, sendo que todas as terras passaram a ser propriedade nacional e entregues aos trabalhadores sem qualquer espécie de resgate, na base de uma repartição igualitária em usufruto, d) Carta do Trabalho que apesar de impregnada fortemente pela doutrina do Estado fascista italiano, trouxe um grande avanço em relação aos direitos sociais dos trabalhadores, prevendo, principalmente: liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais.

<sup>17</sup>MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 18-20. Idem: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 145, afirma que: "A declaração Universal dos Direitos do Homem contém trinta artigos precedidos de um Preâmbulo com sete considerandos, em que reconhece solenemente: a dignidade da pessoa humana, como base da liberdade, da justiça e da paz; o ideal democrático com fulcro no progresso econômico, social e cultural; o direito de resistência à opressão; finalmente, a concepção comum desses direitos. Constitui o Preâmbulo com a proclamação; pela Assembléia Geral da ONU, da referida Declaração, 'como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da Sociedade, tendo esta Declaração constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensinamento e pela educação, a desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e assegurar-lhes, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o reconhecimento e aplicação universais e efetivos...'"

razão do desenvolvimento científico e tecnológico. Assim, a dignidade da pessoa humana alcançou o patamar de princípio fundamental, ou, segundo a doutrina, a condição de valor essencial, que resultou na unidade do sistema constitucional, verdadeiro núcleo essencial da hermenêutica e da interpretação constitucional.

## **1.2 Geração de direitos fundamentais**

No aspecto doutrinário, é possível distinguir os direitos fundamentais em gerações, caracterizando-se a formação sucessiva de quatro de suas dimensões.

### **1.2.1 Acepções doutrinárias a respeito das dimensões dos direitos fundamentais**

Maurício Ernica<sup>18</sup> concebe que os direitos tidos como de primeira geração ou de primeira dimensão fortalecem a sociedade civil e os indivíduos na relação com os poderes do Estado. Tiveram início na Europa e nos Estados Unidos no momento em que a burguesia se consolidou como classe social e liderou questionamentos ao poder absoluto da monarquia. Apesar dessa liderança da burguesia, esses direitos coincidiam com as aspirações dos setores populares em sua luta contra os privilégios da aristocracia.

Na primeira geração de direitos fundamentais surgem as liberdades públicas, que são direitos e garantias dos indivíduos frente ao Estado, a fim de obstar interferência estatal em esfera determinada. Caracteriza-se por limites fixados à atuação estatal, quando o indivíduo deixa de ser considerado súdito, elevado, portanto, a condição de cidadão, detentor de direitos e de garantias tutelados pelo Estado.

---

<sup>18</sup>ÉRNICA, Maurício; ISAAC, Alexandre; MACHADO, Ronilde Rocha. O direito de ter direitos. 2003. *Educa Rede*. Disponível em: <[http://www.educarede.org.br/educa/oassuntoe/index.cfm?pagina=interna&id\\_tema=7&id\\_subtema=4&cd\\_area\\_atv=1&vTitulo=Para%20Entender#maquina1](http://www.educarede.org.br/educa/oassuntoe/index.cfm?pagina=interna&id_tema=7&id_subtema=4&cd_area_atv=1&vTitulo=Para%20Entender#maquina1)>. Acesso em: 27 ago. 2006.

Os direitos de primeira geração, conforme lembra Paulo Bonavides<sup>19</sup>:

têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Os artigos 5º, 14º, 15º, 16º e 17º da Constituição Federal brasileira de 1988 abraçam os direitos fundamentais de primeira geração. Sendo assim, são de primeira geração “os direitos civis e políticos que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais e que realçam o princípio da liberdade”<sup>20</sup>.

A segunda geração de direitos fundamentais torna os direitos sociais (culturais, econômicos e coletivos) aptos a melhorar a condição de vida e de trabalho da população. Traduz uma pretensão positiva, ao preparar o Estado para atuar em favor dos menos favorecidos pela ordem econômica e social.

Paulo Bonavides<sup>21</sup> afirma que:

os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos das liberdades, era proteger a instituição, uma realidade social mais rica e aberta à participação criativa e a valorização da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda plenitude.

Para Maurício Érnica<sup>22</sup>, os direitos humanos de segunda geração nascem do confronto entre o pensamento liberal e as idéias socialistas no século XIX, ou seja, em virtude de acontecimentos políticos impulsionados pela necessidade de superação do anterior Estado Liberal. Tratam-se dos grandes conflitos mundiais, do genocídio nazista e da destruição de cidades japonesas pela bomba atômica produzida pelos Estados Unidos da América. Esses acontecimentos marcaram a história do mundo pelas sistemáticas e desenfreadas violações aos direitos do cidadão, mobilizando governos, entidades e movimentos sociais, em diferentes

---

<sup>19</sup>BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 563-564.

<sup>20</sup>LEITE, Gisele. Considerações sobre os direitos sociais no ordenamento jurídico. *Direito Net*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/28/24/2824/>>. Acesso em: 27 ago. 2006.

<sup>21</sup>BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 565.

<sup>22</sup>ÉRNICA, Maurício; ISAAC, Alexandre; MACHADO, Ronilde Rocha. *op. cit.*



países, na busca de padrões aceitáveis de convivência entre as nações e em sua convivência interna.

Da mesma forma que acontece com os direitos chamados de primeira geração, o documento que resume essas preocupações e que se constitui na grande referência até hoje é a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, que incorpora a primeira e a segunda geração dos direitos, isto é, os direitos civis e políticos formulados nas lutas contra o Absolutismo, nos séculos XVII e XVIII, e os direitos sociais, econômicos e culturais, propostos pelos movimentos sindicais e populares durante os séculos XIX e XX<sup>23</sup>.

Segundo a doutrina de Pietro de Jesús Lora Alarcón<sup>24</sup>, a segunda geração de direitos fundamentais ocorre no início do século XX.

Ainda de acordo com o pensamento de Pietro de Jesús Lora Alarcón<sup>25</sup>, diante da precariedade da vida dos trabalhadores do princípio do século XX, fez-se necessária uma articulação na esfera estatal e no mundo jurídico constitucional, nos âmbitos dos direitos, das liberdades e das garantias emanados dos períodos das revoluções burguesas e que proclamavam a autonomia das pessoas e os novos direitos sociais, que preenchiam o vazio do Estado como construtor e condutor de condições materiais e culturais dignas às pessoas. Passou-se, então, a articular a igualdade jurídica, a igualdade social e a segurança jurídica com segurança social.

Paulo Bonavides<sup>26</sup> afirma que os direitos fundamentais de segunda geração representam uma unidade de ordenação valorativa, por meio de critérios objetivos de valores e de princípios básicos que animam a lei maior. Nas palavras do autor em tese:

---

<sup>23</sup>ÉRNICA, Maurício; ISAAC, Alexandre; MACHADO, Ronilde Rocha. *op. cit.*

<sup>24</sup>LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004. p. 77. Idem: GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 130, afirma que: "Com o advento do Estado social, principalmente a partir da República Alemã de Weimar, a necessidade de um Estado que pudesse ser intervencionista para garantir os direitos fundamentais, individuais ou sociais, foi evidente. Comprove-se que estes direitos não se realizariam através do livre mercado, e é necessária a presença do Estado para garantir a sua efetividade".

<sup>25</sup>LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *op. cit.*, p. 77.

<sup>26</sup>BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 568-569.

Essa concepção de objetividade e de valores relativamente aos direitos fundamentais fez que o princípio da igualdade, tanto quanto o da liberdade, adotasse também um novo sentido, deixando de ser mero direito individual que demanda tratamento igualitário e uniforme para assumir, conforme demonstra a doutrina e a jurisprudência do constitucionalismo alemão, uma dimensão objetiva de garantia contra o arbítrio do Estado.

Para Marcono do Ó Catão<sup>27</sup>, “a segunda geração ou dimensão de direitos fundamentais equivale aos direitos sociais ou ‘direitos de igualdade’, característicos do Estado Social”.

Ensina, ainda, que esses direitos são qualificados pela Constituição Federal de 1988, como dever de prestação por parte do Estado, numa perspectiva de suprir carências da coletividade. “Os direitos dessa geração, de acordo com a classificação dos direitos fundamentais quanto à prestação estatal, são positivos, ou seja, estabelecem um fazer ou prestação positiva por parte do Estado”.

Os artigos 6º, 7º, da Constituição Federal de 1988, no Brasil, abraçam os direitos fundamentais de segunda geração.

A terceira geração de direitos fundamentais alcança os direitos difusos e coletivos ao meio ambiente sadio, e os direitos dos povos ao desenvolvimento. São os direitos transindividuais<sup>28</sup> direitos das pessoas, coletivamente considerados.

---

<sup>27</sup>CATÃO, Marcono do Ó. *Biodireito: transplantes de órgãos humanos e direitos de personalidade*. São Paulo: Ed. Madras, 2004. p. 67.

<sup>28</sup>O artigo 81, I, da Lei Federal nº 8078/90 conceitua direitos difusos como “os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com parte contrária por uma relação jurídica base”. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *op. cit.*, p. 32, explica que o art. 81 da Lei n. 8078/90 estabelece, não só em face das relações jurídicas de consumo, mas também no âmbito de todo e qualquer direito material constitucional coletivo (art. 5º da Carta Magna), a defesa em juízo, a saber, a atuação da tutela jurisdicional judicial em decorrência de ameaças ou lesões a direitos por ela assegurados. Destarte, em face das relações jurídicas de consumo, a lei possibilita a atuação tanto da tutela jurisdicional individual como da tutela jurisdicional metaindividual, sendo certo que aplicação dos instrumentos processuais contidos na Lei n. 8078/90 revela-se também adequada a outros subsistemas jurídicos em face de direitos materiais constitucionais metaindividuais (art. 90 da Lei n. 8.078/90). A defesa coletiva (tanto no âmbito das relações jurídicas de consumo como na esfera de outros subsistemas jurídicos vinculados a direitos materiais metaindividuais) será exercida quando se tratar de: 1) interesse ou direito difusos, que são aqueles, como explica o Ministro Maurício Corrêa (RE 163231/SP, DJ, 29-6-2001, STF) que “abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas situação de fato”, 2) interesses ou direitos coletivos, como “aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determinadas, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e 3) interesses ou direitos individuais homogêneos, como sendo “os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei nº 8, 078/90, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos”.

Os direitos fundamentais de terceira geração, conforme lembra Paulo Bonavides<sup>29</sup>:

tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhes o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais.

Na doutrina de Pietro de Jesús Lora Alarcón<sup>30</sup>, a partir da expansão do Estado como ente regulador das contradições sociais sobre a base de prestações positivas, características legadas da segunda geração de direitos fundamentais, a Segunda Guerra Mundial veio acompanhada do desenvolvimento da organização da comunidade internacional, através de agrupamentos de Estados que assumem autonomia com relação ao poder político. Surgem as organizações internacionais, dessa maneira ligadas à aparição de entidades como a Organização das Nações Unidas, a Organização Internacional do Trabalho, a Organização Mundial da Saúde; surge ainda a proteção internacional dos direitos humanos, ou seja, “a promoção, por meios jurídicos internacionais, da garantia dos direitos fundamentais relativamente ao próprio Estado de que cada um é cidadão”<sup>31</sup>.

Ainda nessa época (segunda metade do século XX), foram editadas várias declarações com o intuito de traduzir os direitos, não mais para os “homens” genéricos, mas sim fazendo referência a sujeitos específicos, como a mulher, a criança, o adolescente, o idoso, os portadores de necessidades especiais<sup>32</sup>.

Esses direitos formam a terceira geração: os direitos de solidariedade, como o direito à paz, ao desenvolvimento e à autodeterminação dos povos, a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado e à utilização do patrimônio comum da humanidade (o fundo dos mares, o espaço extra-atmosférico e a Antártida)<sup>33</sup>, ou

---

<sup>29</sup>BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 569.

<sup>30</sup>LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *op. cit.*, p. 80.

<sup>31</sup>*Id.*, *loc. cit.*

<sup>32</sup>ÉRNICA, Maurício; ISAAC, Alexandre; MACHADO, Ronilde Rocha. *op. cit.*

<sup>33</sup>*Id. Ibid.*

seja, os direitos de grupos humanos, como a família, a nação, enfim, a humanidade como um todo.

O Supremo Tribunal Federal reconhece a existência da classificação das três gerações de direitos fundamentais, conforme destaca José Celso de Mello Filho, quando decidiu o MS Nº 22164/SP<sup>34</sup>:

Enquanto direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social da atualidade.

São direitos da quarta geração: o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo<sup>35</sup>. Na acepção de Luciano do Monte Ribas<sup>36</sup>, “os direitos de quarta geração são conhecidos como direitos da vida e possuem dimensão planetária”. Da efetividade dos direitos de quarta geração, como afirma Paulo Bonavides<sup>37</sup>:

Depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e as aberturas pluralistas do sistema.

---

<sup>34</sup> José Celso de Mello Filho apud MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 27.

<sup>35</sup> BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 571.

<sup>36</sup> RIBAS, Luciano do Monte. Direitos da humanidade. 2005. *Angelfire*. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/sk/holgonsi/lucianno.html>>. Acesso em: 27 ago. 2006.

<sup>37</sup> BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 571.

### 1.2.2 Crítica à terminologia gerações de direitos fundamentais

Willis Santiago Guerra Filho<sup>38</sup> entende que o uso corrente da expressão geração de direitos humanos fundamentais, tecnicamente, não é correta. Em vez de geração sugere a expressão dimensão de direitos fundamentais, argumentando que:

Não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recentes tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada e, conseqüente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental.

José Joaquim Gomes Canotilho<sup>39</sup> fulmina o uso da expressão geração de direitos fundamentais, quando dispõe que:

(...) pois, ela sugere a perda de relevância e até a substituição dos direitos fundamentais das primeiras gerações. A idéia de generatividade geracional também não é totalmente correta: os direitos fundamentais são direitos de todas as gerações. Em terceiro lugar, não se trata apenas de um direito com um suporte coletivo, o direito dos povos, o direito da humanidade. Neste sentido se fala em *solidary rights*, de direitos de solidariedade, sendo certo que a solidariedade já era uma dimensão indimensionável dos direitos econômicos, sociais e culturais. Precisamente por isso, preferem hoje os autores falar de dimensões de direitos do ser humano e não de gerações.

Paulo Bonavides<sup>40</sup> trata do equívoco que o uso da expressão geração de direitos pode acarretar:

O vocábulo dimensão substitui com vantagem lógica e qualitativa o termo geração, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda geração, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é

<sup>38</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RCS Ed., 2005. p. 47.

<sup>39</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 384.

<sup>40</sup> BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 571-572.

o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo. Os direitos de quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem - sem, todavia, removê-la - a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos de primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.

No ensejo dessa lição, assinala-se o quanto a ciência do direito é rígida em termos de precisão vocabular. Assinala ainda a inexistência de sucessão de direitos fundamentais substituídos, mas, de direitos que se completam, já que não existe sucessão alguma, como atesta a retrospectiva histórica, quando indica o surgimento praticamente simultâneo de textos jurídicos, abarcando direitos fundamentais de uma e de outra dimensão.

As gerações de direitos fundamentais não se contrapõem, mas se complementam pelo mútuo envolvimento, como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>41</sup>:

A primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade.

Observamos, finalmente, que a expressão dimensão de direitos fundamentais abrange o envolvimento entre direitos humanos já consolidados e aqueles surgidos recentemente.

### **1.3 Construção teórica dos direitos humanos fundamentais**

Nesta modalidade do estudo, analisam-se as principais teorias de construção do conceito de direitos humanos fundamentais ao longo da história da humanidade: teoria dos direitos naturais, teoria positivista e teoria realista ou moralista.

---

<sup>41</sup>FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 7.

### 1.3.1 Teoria dos direitos naturais

A teoria dos direitos naturais foi denominada, pela escola filosófica, de jusnaturalismo, uma vez que defendia a idéia de os direitos humanos decorrerem da existência de um ordenamento universal nomeado como direito natural antecedente ao direito positivo.

Na Antigüidade e Idade Media, aconteceu longa tradição do direito natural (jusnaturalismo), que dominou a história do conceito, desde Aristóteles até o final do Século XIV. Entre as características do jusnaturalismo antigo está a objetividade do direito, entendida como conformidade a uma ordem natural que o ser humano não constrói, mas somente descobre e à qual o indivíduo tem que se adequar. Nesta perspectiva, o mundo humano é pensado em estrita analogia com o mundo cósmico, o que comporta a visão naturalista da política, ou seja, a concepção da sociedade fundada sobre uma ordem hierárquica e imutável, análoga à ordem que rege a natureza física<sup>42</sup>.

Nesse momento da história humana, o direito é concebido como relação fundada sobre o que objetivamente era devido nas relações entre os sujeitos, e não sobre a vontade dos indivíduos. O que era devido era estabelecido a partir de uma ordem natural e social que governava o mundo e que era legitimada por Deus, ordem com a qual os sujeitos deviam se conformar, cada um ocupando o próprio lugar, ao mesmo tempo social e natural<sup>43</sup>.

Na idade moderna, (séculos XVI e XVII), esse direito natural com fundamento divino, passou a ser fundamentado na razão, elemento comum a todos os seres humanos. Na mesma época, as reformas protestantes levaram a uma cisão

---

<sup>42</sup>Guido Fasso apud TOSI, Giuseppe. História conceitual dos direitos humanos: esboço de uma história conceitual dos direitos humanos. 2005. *Giuseppe Tosi*. Disponível em: <[http://giuseppetosi.blog.kataweb.it/giuseppetosi/2005/09/histria\\_conceit.html](http://giuseppetosi.blog.kataweb.it/giuseppetosi/2005/09/histria_conceit.html)>. Acesso em: 16 ago. 2006. Idem: LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 123. Afirma que, para o jusnaturalismo, que inspirou o constitucionalismo, a fonte da lei passa a ser o homem, e não mais o comando de Deus ou os costumes, de modo que, os direitos do homem eram vistos como direitos inatos e tidos como verdade evidente.

<sup>43</sup>TOSI, Giuseppe. *op. cit.*

profunda na cristandade ocidental que, somada ao processo de consolidação dos Estados-nacionais, engendrou inúmeros conflitos sangrentos, os quais levaram eventualmente ao reconhecimento da liberdade individual de crença religiosa. O instrumento jurídico que instituiu esses novos princípios organizadores da política européia foi o Tratado de Vestfália, de 1648, que encerrou a Guerra dos Trinta Anos e garantiu a igualdade de direitos entre as comunidades cristãs católica e protestante, em território alemão. Pode, por isso, ser inserido como um dos primeiros instrumentos internacionais com medidas de proteção aos direitos humanos<sup>44</sup>.

A partir do fim da Idade Média e do início do Renascimento, a concepção de direito natural começa a mudar de forma radical, acompanhando a “virada antropocêntrica” que investe sobre todos os campos do saber. A modernidade instaura uma ruptura com a maneira de viver e de pensar do mundo antigo e medieval, ruptura que encontra o seu ponto de mutação entre o Século XVI e XVII. O direito tende, agora, a ser identificado com o domínio (*dominium*), que por sua vez é definido como faculdade (*facultas*) ou poder (*potestas*) do sujeito sobre si mesmo e sobre as coisas<sup>45</sup>.

Nasce, então, a concepção subjetiva dos direitos naturais, que desvincula e liberta, progressivamente, o indivíduo da sujeição a uma ordem natural e divina objetiva, e lhe confere dignidade e poder próprio e original quase que ilimitado, ou melhor, limitado somente pelo poder igualmente próprio e original do outro indivíduo, sob a égide da lei e do contrato social. Inicia-se, assim, a transição do direito para a dos direitos<sup>46</sup>.

A concepção subjetiva dos direitos naturais, neste momento da história, ainda não é idêntica à concepção dos modernos direitos humanos, mas cria as condições para o aparecimento da doutrina dos direitos humanos, enquanto direitos do indivíduo livre e autônomo no século XVII<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup>DIREITOS humanos. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos\\_humanos](http://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos_humanos)>. Acesso em: 27 ago. 2006.

<sup>45</sup>TOSI, Giuseppe. *op. cit.*

<sup>46</sup>*Id. Ibid.*

<sup>47</sup>HOBBS, Thomas. *Leviatã* (1651). In: Abril Cultural, São Paulo, 1983. Apud TOSI, Giuseppe. *op. cit.*



Neste sentido, André Ramos Tavares<sup>48</sup> constata que o próprio entendimento jusnaturalista sofreu transformações:

Enquanto o jusnaturalismo clássico construiu uma doutrina do direito natural objetivo, o jusnaturalismo moderno trouxe um conjunto denominado direito natural subjetivo. (...) Assim, segundo essa corrente, foi por meio de um processo de subjetivação dos direitos naturais que se construiu a teoria dos direitos do ser humano. As distintas concepções jusnaturalistas coincidiram-se, ao afirmar a existência de alguns postulados de suposta juridicidade que seriam anteriores ao Direito positivo.

Em face da densidade lógica jurídica que permeia a tese enunciada, não hesitamos em sufragá-la com o intuito de compreender o pensamento da corrente jusnaturalista, pois que os integrantes da corrente do direito natural adotam a idéia de que a positivação possui caráter meramente declaratório. A corrente jusnaturalista parte da premissa de que não incumbe ao Estado a outorga dos direitos, mas sim, de reconhecê-los e de aprová-los formalmente.

O jusnaturalismo, inicialmente, foi a premissa dos direitos fundamentais, mas, posteriormente, o positivismo trouxe as grandes declarações de direitos, reforçando a segurança jurídica dos direitos e delimitando os direitos de defesa e de prestação perante o Estado.

### **1.3.2 Direitos humanos e positivismo**

Enquanto no jusnaturalismo o fundamento de validade da norma de direito está na dependência direta com a norma de justiça que lhe orienta o valor, a teoria positivista rejeita a existência de autoridade transcendente e admite tão-somente a existência de ordem terrena, a saber: a do direito positivo, posto pelos seres humanos. Daí seu caráter monista<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup>TAVARES, André Ramos. *op. cit.*, p. 347.

<sup>49</sup>ARANHA, Guilherme Arruda. Os direitos humanos e a teoria pura de Kelsen. *Valor Justiça*. Disponível em: <<http://www.valorjustica.com.br/artigo7.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2006.

Desta forma:

Ao rejeitar a existência de uma ordem transcendente, o positivismo rejeita também o pressuposto da justiça absoluta. No seu lugar, admite e aceita o relativismo axiológico: há várias normas de justiça no tempo e no espaço, diferentes e possivelmente contraditórias entre si (são, por exemplo, diferentes e possivelmente contraditórias a idéia da justiça cristã e a idéia da justiça muçulmana). Portanto, [...], nenhuma delas pode ser aceita como fundamento de validade de uma norma de direito, afinal, uma norma de direito pode ser interpretada como justa por um critério e injusta por outro, rejeitando-se, por essa operação lógica, toda e qualquer espécie de apreciação valorativa do sistema normativo<sup>50</sup>.

Os integrantes da corrente positivista abraçam a idéia de o direito natural não integrar o direito, como afirma André Ramos Tavares<sup>51</sup>, mas constitui

(...) uma categoria de regras morais, filosóficas ou ideológicas que, no máximo, influenciam o Direito. Só quando a este incorporadas é que – pela visão positivista – podem-se considerar regras cogentes. Partindo de tais premissas, concebe-se a positividade não mais com um cunho declaratório, mas como ato de criação e, pois, constitutivo.

O positivismo jurídico refere-se ao “direito positivo, institucionalizado pelo Estado, de ordem jurídica e obrigatória em determinado lugar e tempo”. Os seguidores desse entendimento “defendem que não existe necessariamente uma relação entre direito e moral. Corresponde também à dogmática jurídica”<sup>52</sup>.

Embora o positivismo Jurídico seja mais ou menos homônimo da obra de Augusto Comte, a forte defesa a teoria pura do direito desencadeada por Hans Kelsen passa a desfrutar de um significado mais simples, onde o direito positivo é dado apenas ao dogmatismo jurídico, ou seja, a norma pura, as leis vigentes nas sociedades que quando usadas causam efeitos reais e que estão prontas a serem argüidas. Com esta definição percebe-se que o positivismo mantém suas origens baseadas em regras de condutas admitidas ou não pela sociedade, mas que regem suas vidas de uma forma a manter um convívio pacífico e harmonioso de indivíduos apesar de suas diferenças<sup>53</sup>.

Foi com base na concepção positivista que os direitos humanos fundamentais foram positivados nas declarações internacionais emergentes na época das grandes revoluções e que acabaram fazendo parte do texto das constituições da maioria dos

<sup>50</sup> ARANHA, Guilherme Arruda. *op. cit.*

<sup>51</sup> TAVARES, André Ramos. *op. cit.*, p. 348.

<sup>52</sup> POSITIVISMO jurídico. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Positivismo\\_jur%C3%ADdico](http://pt.wikipedia.org/wiki/Positivismo_jur%C3%ADdico)>. Acesso em: 27 ago. 2006.

<sup>53</sup> *Id. Ibid.*

países. A ótica positivista capta o direito só depois de já vertido em normas, ou seja, limitado à ordem estabelecida, que garante diretamente normas sociais não-legisladas, como o costume da classe dominante, por exemplo; ou se articula no Estado, como órgão centralizador do poder, através do qual aquela ordem e classe dominante passam a exprimir-se. Neste caso, ao Estado é deferido o monopólio de produzir ou de controlar a produção de normas jurídicas, mediante leis, que só reconhecem os limites por elas mesmas estabelecidos<sup>54</sup>.

Em síntese, o positivismo compreende o direito como padrões de conduta, impostos pelo poder social, com ameaça de sanções organizadas. Assim, quando o positivista fala em direito, refere-se a um sistema de normas válidas, como se ao pensamento e às práticas jurídicas interessasse apenas o que certos órgãos do poder social impõem e rotulam como direito.

### 1.3.3 Teoria realista ou moralista

Para Antonio Enrique Pérez Luño<sup>55</sup>, os integrantes da corrente realista, também chamada de moralista, são aqueles que não outorgam ao processo de positivação um significado declaratório ou constitutivo, pois entendem que um elemento diverso pressupõe o processo de positivação. Não consideram a positivação como ponto final de um processo, mas como ponto inicial para o desenvolvimento das técnicas de proteção dos direitos fundamentais.

A corrente moralista abraça os direitos fundamentais como direitos morais, defendendo a natureza jurídica dos direitos do ser humano, ligando-os à ética, já que refletem exigências decorrentes da idéia de dignidade humana. Essa corrente reconhece a necessidade da historicidade e da positivação dos valores para terem natureza jurídica, razão pela qual não pode ser confundida com a corrente do

---

<sup>54</sup>OLIVEIRA, Nelson do Vale. Teoria pura do direito e sociologia compreensiva. *UOL*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4014>>. Acesso em: 27 ago. 2006.

<sup>55</sup>Enrique Pérez Luno *apud* TAVARES, André Ramos. *op. cit.*, p. 349.

jusnaturalismo axiológico, fundado em uma ordem eterna de valores que despreza os acontecimentos históricos.

Norberto Bobbio<sup>56</sup> adota a teoria moralista ou ético-axiológica, pois afirma que não se podia propor a busca de um fundamento absoluto dos direitos do homem, uma vez que a fundamentação desses direitos implicaria o apelo a valores últimos, os quais não se justificam. E assume que:

O problema filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios.

A questão é política, pois não basta justificar os direitos humanos fundamentais, quando o importante é protegê-los. Para tanto, adota-se a lição de Alexandre de Moraes<sup>57</sup>:

A incomparável importância dos direitos humanos fundamentais não consegue ser explicada por qualquer das teorias existentes, que se mostram insuficientes. Na realidade, as teorias se completam, devendo coexistir, pois somente a partir da formação de uma consciência social (teoria de Perelman), baseada especialmente em valores fundados numa ordem superior, universal e imutável (teoria jusnaturalista), é que o legislador ou os tribunais (principalmente nos países anglo-saxões) encontram substrato político e social para reconhecerem a existência de determinados direitos humanos fundamentais como integrantes do ordenamento jurídico (teoria positivista). O caminho inverso também é verdadeiro, pois, o legislador ou os tribunais necessitam justificar o reconhecimento ou a própria criação de novos direitos humanos a partir de um processo na consciência social, originada em fatores sociais, econômicos, políticos e religiosos. .

#### 1.4 Conceito atual de direitos fundamentais

O tema de direitos fundamentais abraça questionamentos relevantes, constantemente desafiados pelos estudiosos da matéria. A questão terminológica resulta essencial. A doutrina tem a preocupação de identificar e de limitar os

---

<sup>56</sup>BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.

<sup>57</sup>MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 17.

conteúdos dos diversos termos empregados para indicar os fenômenos jurídicos, a fim de estabelecer entendimento unívoco da linguagem do texto do direito posto entre o emissor e o receptor dos direitos fundamentais.

Encontra-se, geralmente, num texto do direito posto, o emprego de termos diversos para denominar a mesma realidade, no caso, a referente aos direitos fundamentais. Assim é que são empregadas indistintamente as seguintes expressões, conforme afirma André Ramos Tavares<sup>58</sup>:

direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem [...]. Entretanto, é preciso advertir desde logo que muitas dessas expressões apresentam significados não coincidentes, e por isso está a merecer uma abordagem mais técnica a questão da designação desse conjunto de direitos mundialmente reconhecidos.

No Brasil, a expressão direitos fundamentais, empregada pela Constituição Federal de 1988, é gênero de diversas espécies de direitos, ou seja: os direitos individuais do artigo 5º; os direitos coletivos do artigo 5º; os direitos sociais do artigo 6º e 193º; os direitos à nacionalidade do artigo 12º; os direitos políticos do artigo 14º e 17º.<sup>59</sup>

Considerando a dimensão analítica, em que se hão de elaborar conceitos unívocos, cabe indicar a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, formalizados pela doutrina. Fábio Konder Comparato<sup>60</sup> afirma que:

A doutrina jurídica germânica faz a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais (*grundrechte*). Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder de editar normas, seja no interior dos Estados ou no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os direitos humanos ainda não declarados em textos normativos.

Em continuidade à discussão sobre a distinção de direitos humanos e dos direitos fundamentais José Joaquim Gomes Canotilho<sup>61</sup> afirma que:

---

<sup>58</sup>TAVARES, André Ramos. *op. cit.*, p. 350.

<sup>59</sup>SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, p. 164.

<sup>60</sup>COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 56.

<sup>61</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 391.

As expressões “direitos dos homens” e “direitos fundamentais” são, freqüentemente, utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista), direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Observa-se, finalmente, que a expressão “direitos fundamentais”, para Ingo Wolfgang Sarlet<sup>62</sup> tem contornos mais específicos, quando afirma que:

[...] o termo direitos humanos se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu carácter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.

Nesta dissertação, adota-se o uso da expressão direitos fundamentais, por ter sido ela utilizada pela doutrina, nas últimas décadas, para designar os direitos das pessoas frente ao Estado<sup>63</sup>.

Compreendem-se por direitos fundamentais aqueles que o ser humano possui pelo fato de ser o que é, por sua própria natureza humana e pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Ao contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e de garantir<sup>64</sup>. Para Fábio Luís dos Santos Silva<sup>65</sup>:

Os direitos humanos fundamentais visam ao pleno desenvolvimento da personalidade do ser humano, mediante a garantia, entre outras, do respeito ao direito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade. Eles prescrevem não ingerência do estado na esfera individual, e consagrando a dignidade humana. Sua proteção deve ser reconhecida positivamente pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais. Portanto, devermos

<sup>62</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1989. p. 32.

<sup>63</sup>MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1988. t. 4, p. 48-49.

<sup>64</sup>HERKENHOFF, João Baptista. *Gênese dos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, [s.d.]. v. 1, *passim*.

<sup>65</sup>SILVA, Fábio Luis dos Santos. O que são direitos humanos? *Prefeitura do Recife*. Disponível em: <<http://www.recife.pe.gov.br/pr/secjuridicos/ddh.php>>. Acesso em: 27 ago.2006.

entender direito humanos como os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais assentados nas práticas de integralidade, universalidade e interdependência e passíveis de exigibilidade política e jurídica, tendo em vista a afirmação da dignidade da pessoa humana, e ao mesmo tempo a construção de uma nova cidadania, entendida como a luta para incorporar à vida pública todos os seres humanos.

De forma diversa de todas as disciplinas particulares, a característica dos direitos humanos fundamentais é a universalidade. Seu postulado central, sua razão de ser é o culto ao princípio da dignidade da pessoa humana. Embora esse conceito não seja absolutamente unânime nas diversas culturas, seu núcleo central alcança universalidade no mundo contemporâneo.

É por isso que de nada adianta ao intérprete conhecer todas as disciplinas particulares, se desconhecer a disciplina geral que dá o sentido ético ao seu mister, e é a partir da interpretação constitucional que o intérprete promove a concretização dos direitos fundamentais, razão pela qual passa-se a analisar a hermenêutica e a interpretação a respeito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.

## 2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DOUTRINÁRIA

Na atualidade, a aplicação do direito positivo exige mais que nova abordagem do método de aplicação e de conhecimento do direito, ou mesmo de um problema de interpretação das normas jurídicas. A questão deve ser situada a partir de um novo olhar sobre o próprio fenômeno jurídico, como ele se desenvolve e como se torna possível a atividade do jurista. A própria concepção de ciência vem se modificando, forçando o intérprete à releitura dos paradigmas clássicos.

Historicamente, a crise da modernidade, os problemas sociais, políticos e econômicos passaram a exigir, dos aparatos jurídicos, respostas convincentes através de ações que possibilitassem a segurança, a igualdade e a justiça. Os desejos de emancipação humana e a necessidade de regulação do capitalismo fazem brotar paradigmas de modernidade, assentados na hermenêutica e na interpretação constitucional<sup>66</sup> que se diferenciam da hermenêutica e da interpretação jurídica propriamente dita.

Como decorrência, para melhor compreensão do que se pretende mostrar neste capítulo, apresenta-se inicialmente a distinção entre hermenêutica e interpretação jurídica, para, em seguida, analisar nova diferenciação, agora entre hermenêutica e interpretação jurídica geral da hermenêutica e interpretação constitucional.

### 2.1 Distinção entre hermenêutica e interpretação jurídica

A hermenêutica jurídica é conhecida como o traço da ciência jurídica que dirige suas preocupações para os problemas da interpretação das leis positivas.

---

<sup>66</sup>CIMADON, Aristides. Ideologias e promessas da dogmática jurídica penal. Disponível em: <<http://www.unoescjba.rct-sc.br/~cimadon/produ%E7oes/texto4.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2006.



As leis positivas são formuladas em termos gerais: fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla e geral, sem a proposição de minúcias. É tarefa primordial do intérprete a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, de modo a aplicar o direito. Para se conseguir isso, é necessária tarefa preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva, e, conseqüentemente, o respectivo alcance e sua extensão. Em resumo, o intérprete extrai da norma tudo o que nela está contido: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do direito<sup>67</sup>. Entretanto, como os enunciados detêm proposições, é preciso que a expressão do direito seja dotada de clareza e de objetividade, o que impede interpretações falaciosas e múltiplas, evitando-se injustiças.

A interpretação das leis positivas é realizada como determinam algumas regras preestabelecidas. A ciência que elabora essas regras, para serem observadas com rigor pelos intérpretes, é conhecida como hermenêutica, ciência que, por seu caráter predominantemente lingüístico, invade as esferas das proposições.

A palavra hermenêutica é originária do grego *hermeneutike*<sup>68</sup>, ligada possivelmente ao deus Hermes, da lenda mitológica grega, considerado mensageiro dos deuses<sup>69</sup>. Tal palavra está vinculada à idéia de compreensão e de compreensão mediada como a de alguém levando um objeto ao alcance de outrem. Apesar da multiplicidade de acepções da palavra, traduz essencialmente que alguma coisa seja levada à compreensão e essa coisa é a palavra, ou a expressão, a linguagem, enquanto significado simbólico, seletivo e racional.

As várias acepções da palavra sugerem o processo de trazer uma situação ou uma coisa da inteligibilidade à compreensão, como explica Martin Heidegger<sup>70</sup>:

---

<sup>67</sup>MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 1.

<sup>68</sup>FERNANDES, Francisco. *Dicionário brasileiro contemporâneo*. Porto Alegre: Melhoramentos, 1966. p. 585.

<sup>69</sup>Junio de Sousa Brandão apud de PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 1.

<sup>70</sup>Martin Heidegger *apud* de HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 6.

É o estudo do compreender. Compreender significa compreender a significação do mundo. O mundo consiste numa rede de relações, é a possibilidade de relações. Pode-se organizar o mundo matematicamente; pode-se conceber o mundo teologicamente; pode-se interpretar o mundo como linguagem, que é o que interessa ao hermenêuta. Então o mundo se torna dizível, o mundo é convertido na linguagem que nós utilizamos. A hermenêutica é sempre uma compreensão de sentidos; buscar o ser que me fala e o mundo a partir do qual ele me fala, descobrir atrás da linguagem o sentido radical, ou seja o discurso.

A hermenêutica abarca todas as regras e os princípios que devem ser utilizados para interpretação de um texto legal. A interpretação de um texto não se restringe ao esclarecimento de pontos obscuros, pelo intérprete, mas a completa elucidação a respeito da exata compreensão da regra jurídica a ser aplicada aos fatos concretos, como bem explica Carlos Maximiliano<sup>71</sup>:

A hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. (...) Incumbe ao intérprete aquela difícil tarefa. Procede à análise e também à reconstrução ou síntese. Examina o texto em si, o seu sentido, o significado de cada vocábulo. Faz depois obra de conjunto; compara-o com outros dispositivos da mesma lei, e com os de lei diversas, do país ou de fora. Inquire qual o fim da inclusão da regra no texto, e examina este tendo em vista o objetivo da lei toda e do Direito em geral. Determina por este processo o alcance da norma jurídica, e, assim, realiza, de modo completo, a obra moderna da hermenêutica. Interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando, é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta.

Assim sendo, a hermenêutica é metafórica e metonímica, indo e vindo do todo às partes, geralmente utilizada como sinônimo<sup>72</sup> de interpretação; porém a doutrina clássica a tem distinguido como um modo especial de interpretação..

Carlos Maximiliano<sup>73</sup>, por exemplo, introduz uma diferença entre hermenêutica e interpretação; a primeira, entendida como a teoria da arte de

<sup>71</sup>MAXIMILIANO, Carlos. *op. cit.*, p. 1 e 10.

<sup>72</sup>REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 273. Aceita a sinonímia dos vocábulos: hermenêutica e interpretação, quando utiliza a conjunção 'ou' no título do capítulo XXI do livro as seguintes expressões: da hermenêutica ou da interpretação do direito.

<sup>73</sup>MAXIMILIANO, Carlos. *op. cit.*, p. 1. Idem: NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 281. A lição revela distinção de hermenêutica e interpretação, ou seja: enquanto que a hermenêutica é teórica e visa estabelecer princípios, critérios, métodos, orientação geral, a interpretação é de cunho prático, aplicando os ensinamentos da hermenêutica. Idem: MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 430.

interpretar, cujos objetos seriam o estudo e a sistematização dos processos, isto é, das técnicas aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito; a segunda cuidaria de determinar o sentido e o alcance das expressões do direito utilizando-se dos princípios fixados pela hermenêutica. Em resumo: a hermenêutica descobre e fixa os princípios que regem a interpretação, de acordo com outros recursos, onde o texto se insere, tais como: tempo, espaço, história, ideologia, etc. Assim sendo, a hermenêutica invade a área da língua enquanto discurso, isto é, com caráter situacional e pragmático.

Vicente Ráo<sup>74</sup> formula distinção entre hermenêutica, interpretação e aplicação do direito, como a diferença que vai da teoria científica à prática, ou seja, a primeira é ciência; a segunda e a terceira são a prática:

A hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar, por modo sistemático, os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para o efeito de sua aplicação a interpretação, por meio de regras e processos especiais, procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos e assim interpretados às situações de fato que se lhes subordinam. Fixando os precisos termos dessa distinção, não queremos significar, entretanto, que hermenêutica, interpretação e aplicação constituem três disciplinas inteiramente distintas, sem ligação, nem recíproca dependência. Ao contrário, aquilo que as distingue é, tão-somente, a diferença que vai entre a teoria científica, sua prática e os diferentes modos técnicos de sua aplicação. Em substância, entre elas, existe uma unidade conceitual e uma continuidade, que devem ser devidamente consideradas, pois o direito, teórico, normativo, ou aplicado, é sempre e precipuamente uma ciência.

Muito embora alguns doutrinadores entendam que distinguir hermenêutica e interpretação não traz qualquer sentido prático à consecução dos fins, a verdade é que a interpretação tem caráter concreto, seguindo via abstrata, pré-estabelecida pela hermenêutica. Pode-se afirmar que a interpretação somente se dá em confronto com o caso concreto a ser analisado e decidido pelo executivo e judiciário, razão

---

<sup>74</sup>RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 456; Idem: FRIEDE, Roy Reis. *Liminares em matéria tributária*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 47-48; MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 4.

pela qual a interpretação é conceituada como o ato de aplicar a norma ao caso concreto, como bem explica Inocêncio Mártires Coelho<sup>75</sup>:

Sem necessidade de enfrentar as tormentosas discussões que se travam no terreno da lingüística, diremos, com a generalidade dos autores, que interpretação de qualquer norma jurídica é uma atividade intelectual que tem por finalidade precípua, fixando o seu sentido, tornar possível a aplicação de enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações da vida, naturalmente particulares e concretas.

A interpretação é a aplicação ao caso concreto de enunciados já estabelecidos pela ciência da hermenêutica. A hermenêutica, ao contrário, é totalmente abstrata, pois não tem o propósito de resolver qualquer caso.

Se as leis positivas são formuladas em termos gerais, mas sem descer a minúcias, essa é a razão pela qual o intérprete tem o dever de encontrar o seu real significado, antes de aplicá-las. A letra da lei permanece, mas seu sentido é atualizado para acompanhar as mudanças que o progresso e a evolução cultural impõem à sociedade. A hermenêutica é, pois, neutra, fria, histórica, discursiva e pragmática.

Do exposto ressalta-se o erro ao substituir uma palavra por outra. A interpretação é a aplicação da hermenêutica, que descobre e fixa os princípios regentes da interpretação. Sendo assim, percebe-se que o conceito de hermenêutica não se confunde com o de interpretação pelo seguinte: a hermenêutica pode ser entendida como a verdadeira teoria científica da arte de interpretar, mas sem esquecer que a interpretação é, essencialmente, mera aplicação da hermenêutica.

---

<sup>75</sup>COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. p. 55. Idem: GADAMER, Hans-Georg. *Apud* de COELHO, Inocêncio Martines. Métodos e princípios da interpretação constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, p. 169, out./dez. 2002. A lição revela o seguinte: "interpretar sempre foi, também, aplicar, aplicar o direito significa pensar, conjuntamente, o caso e a lei, de tal maneira que o direito propriamente dito se concretize; e, afinal, o sentido de algo geral, de uma norma, por exemplo, só pode ser justificado e determinado, realmente, na concretização e através dela".

## 2.2 Métodos clássicos de interpretação jurídica

A hermenêutica clássica sempre se preocupou em identificar a vontade do legislador histórico ou a vontade objetiva e autônoma da lei, considerando diversos aspectos da questão tormentosa da tarefa interpretativa, ora com destaque para os trabalhos preparatórios, ora para a literalidade, para a conexão sistemática da norma e para o próprio contexto na qual foi editada.

Trata-se, portanto, de se verificar uma ou várias circunstâncias e proceder à submissão do problema, do fato social, e de uma operação lógico-abstrata para atingir uma conclusão. Silvio Rodrigues<sup>76</sup> afirma que:

Já vimos que na aplicação do direito, o juiz procura, tendo em vista a norma geral, nela encaixar o caso concreto. A norma funciona como premissa maior de um silogismo, e a hipótese *sub judice* como premissa menor, decorrendo inevitavelmente a conclusão. Por exemplo, se a regra dispõe que atinge a maioria aos vinte e um anos, e no caso concreto se prova que o autor da ação já completou essa idade, a conclusão ressalta automaticamente: é ele de maior idade, portanto, plenamente capaz no que concerne a este fator.

Vários são os métodos clássicos idealizados em razão da finalidade prática da interpretação do direito, com o intuito de interpretação jurídica mais bem feita. Em tese, a doutrina classifica a interpretação jurídica geral quanto à origem, aos resultados e à natureza<sup>77</sup>. Tal classificação tem utilidade apenas didática, sem significar a mais ou menos correta e muito menos o intuito de desmerecer outras classificações identificadas na doutrina.

---

<sup>76</sup>RODRIGUES, Silvio. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1, p. 24.

<sup>77</sup>DJI. Índice Fundamental do Direito. Interpretação da lei. Disponível em: <[www.dji.com.br/civil/interpretacao\\_da\\_lei.htm](http://www.dji.com.br/civil/interpretacao_da_lei.htm)>. Acesso em: 27 jul. 2006; OLIVEIRA, Luiz Andrade. A interpretação do direito. Prof. Luiz Andrade Oliveira. Disponível em: <<http://www.loveira.adv.br/trabalhos/hermeneutica.doc>>. Acesso em: 27 ago. 2006.

## 2.2.1 Interpretação quanto à origem

Quanto à origem ou fonte de que emana, a doutrina classifica a interpretação em autêntica, judicial, administrativa e doutrinária<sup>78</sup>.

### 2.2.1.1 Interpretação autêntica

Diz-se “interpretação autêntica” aquela que “emana do próprio poder que fez o ato cujo sentido e alcance ela declara”<sup>79</sup>, ou seja, “é a interpretação realizada pelo próprio legislador, que cria uma lei interpretativa ou define o instituto no próprio texto legal”<sup>80</sup>.

A interpretação autêntica pode ser contextual ou posterior. Contextual é a interpretação que o próprio legislador faz no texto da lei, e posterior é aquela feita depois de editada a lei<sup>81</sup>.

No ensinamentos de Luiz Andrade Oliveira<sup>82</sup>:

---

<sup>78</sup>OLIVEIRA, Luiz Andrade. *op. cit.*

<sup>79</sup>*Id. Ibid.*

<sup>80</sup>DJI. Índice Fundamental do Direito. Interpretação da lei, *cit.* Em sentido inverso: Idem: FRIEDE, Roy Reis. *op. cit.*, p. 52. A lição revela o seguinte: “O leigo poderia bem supor que a tarefa de interpretação devesse ser exclusiva do próprio legislador ou, ainda da própria lei. Parece em princípio óbvio que ninguém deva conhecer melhor a norma que editou ou a lei que elaborou, do que o próprio legislador. Porém, não obstante numa análise preambular pareça correta esse tipo de suposição, em nenhuma hipótese tal conclusão pode ser apresentada como absolutamente verdadeira. Primeiro, porque o legislador é um representante do povo que, em sua maioria, não conhece e nem possui obrigação de conhecer com profundidade a ciência jurídica de forma geral, e o direito em particular; segundo, porque depois que a norma jurídica entra em vigor, ou que a norma jurídica passa a vigor, esta se desagrega, por completo, do legislador, deixando, por imposição da própria dinâmica legislativa, de ser obra de sua quase exclusiva autoria. Na verdade, muito pelo contrário, no método que convencionamos chamar de interpretação autêntica, o legislador dá apenas um mero depoimento sobre os trabalhos preparatórios da lei, como bem assim da realidade social dela determinante e, finalmente, de seus objetivos fundamentais”.

<sup>81</sup>DJI. Índice Fundamental do Direito. Interpretação da lei, *cit.*

<sup>82</sup>OLIVEIRA, Luiz Andrade. *op. cit.* Idem: PEIXINHO, Manoel Messias. *op. cit.*, p. 55. Lança um exemplo de interpretação autêntica da constituição, vez que sustenta o seguinte: “A Constituição Federal de 1988 dispõe, no § 1º do seu artigo 5º, que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias constitucionais fundamentais têm aplicação imediata’. Assim, o comando constitucional determina que as normas de direitos fundamentais são de eficácia plena, auto-aplicáveis, e não necessitam de nenhuma outra legislação infra-constitucional para a sua efetividade. Assim, o

Dissemos que a interpretação autêntica emana do próprio poder que fez o ato cujo sentido e alcance ela declara; assim, por exemplo, o Regulamento pode esclarecer o sentido da lei e completá-lo; mas não tem o valor de interpretação autêntica a oferecida por aquele, ou por qualquer outro ato ministerial como uma portaria, uma vez que não decorrem do mesmo poder.

Para Miguel Reale<sup>83</sup>, a interpretação autêntica é somente aquela que se opera através de outra lei; e, quando uma lei é emanada para interpretar outra lei, a interpretação retroage e disciplina a matéria tal como nela foi esclarecido, tão somente a partir de sua vigência.

---

aludido § 1º é um exemplo de interpretação autêntica”. Em sentido inverso: FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 166. A lição revela o seguinte: “Na conformidade do conceito enunciado, rigorosamente falando, não existe interpretação autêntica da Constituição, obra de um Poder Constituinte Originário e que, só por ele, portanto, poderia ser autenticamente interpretada. Quando o Poder Constituinte Originário atua, porém, em regra ele porta nova Constituição”. E, ainda, a nossa mentora acadêmica, explica que: “Discute-se em doutrina todavia se, diante de uma Constituição rígida, O poder de Reforma Constitucional pode desenvolver interpretação constitucional qualificada de autêntica, nos casos em que, dentro dos limites do exercício constitucional de poder constituinte derivado, emenda a Constituição. A indagação se coloca, particularmente, quando a alteração formal da Constituição tem por objetivo adequar a norma constitucional a uma interpretação judicial que lhe tenha atribuído sentido não desejado pelos detentores do poder constituinte derivado ou pela comunidade. Para uns, a obra de reforma do constituinte derivado não é interpretação, mas sim criação de nova norma. Previsto na Constituição e atuando na forma fixada, o constituinte derivado modifica a norma constitucional, substituindo-a por outra, não a interpretando em realidade. Outros, todavia, entendem que existe interpretação autêntica da Constituição quando é a mesma reformada pelo constituinte derivado, na forma prevista pelo texto de Lei Maior, para o fim de eliminar os obstáculos opostos à aplicação ou entendimento da norma constitucional, por interpretação de outros órgãos, principalmente do judiciário, nos casos em que este tem, a seu favor, a autoridade suprema de guarda da Constituição. A finalidade, pois, é que definiria, no caso o caráter de reforma constitucional. Parece correta a primeira posição. Uma reforma constitucional, ainda que operada para obviar obstáculo impostos à interpretação e aplicação do texto constitucional pelos demais poderes constituídos, sobretudo pelo Judiciário, não se reveste da configuração de uma atividade interpretativa. Trata-se pura e simplesmente de alteração da Lei Maior”.

<sup>83</sup>REALE, Miguel. Apud OLIVEIRA, Luiz Andrade. *op. cit.* Idem: CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 71. A lição revela que: (...) às chamadas leis interpretativas que, em qualquer caso, assumindo expressamente esse caráter, podem ser aplicadas a atos ou fatos pretéritos, mas excluindo-se a aplicação de penalidades à infração os dispositivos interpretados. As leis interpretativas exibem um traço bem peculiar, na medida em que não visam à criação de novas regras de conduta para a sociedade, circunscrevendo seus objetivos ao esclarecimento de dúvidas levantadas pelos termos da linguagem da lei interpretada. Encaradas sob esse ângulo, despem-se da natureza inovadora que acompanha a atividade legislativa, retrotraindo ao início da vigência da lei interpretada, explicando com formulas elucidativas sua mensagem antes obscura.

### 2.2.1.2 Interpretação judicial

A interpretação judicial, também chamada de usual, é aquela realizada pelos órgãos judiciários. Nas palavras de Luiz Andrade Oliveira<sup>84</sup>:

Judicial é a resultante das decisões prolatadas pela Justiça; vem a ser aquela que realizam os juízes ao sentenciar, encontrando-se nas Sentenças, nos Acórdãos e Súmulas dos Tribunais (formando a sua jurisprudência).

Embora essa interpretação desfrute de autoridade, não dispõe, entretanto, de força obrigatória, a não ser para o caso concreto.

Mas, a EC 45/04 estabelece eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para as decisões definitivas de mérito lançadas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, como bem explica Anna Candida da Cunha Ferraz<sup>85</sup>:

Na fiscalização concentrada por via de ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão, o controle da constitucionalidade, no Brasil, somente, atinge leis e atos normativos, de efeitos gerais, e é veiculado por intermédio de ação dita direta e originária, interposta perante o Supremo Tribunal Federal, por legitimados restritos (art. 103), e nos casos em que ocorre afronta à Constituição Federal. Os efeitos da decisão proferida nessa modalidade de controle, em decorrência de expressa normatização constitucional, orientação e de lei infraconstitucional, são, em regra, *erga omnes*, vinculantes e, que, quanto ao momento de sua operacionalidade, podem valer *ex tunc ou ex nunc*. (...) É a ação declaratória de constitucionalidade instrumento de controle concentrado objetivo, de

---

<sup>84</sup>OLIVEIRA, Luiz Andrade. *op. cit.* Idem: FRIEDE, Roy Reis. *op. cit.*, p. 53. A lição revela o seguinte: “É evidente, por todos os motivos, o fato de que quem tem por profissão aplicar as leis, precisa, necessariamente, conhecê-las melhor do que qualquer outra pessoa, e muito possivelmente, melhor até do que o próprio jurista; considerando, em última análise, que é da interpretação judicial que resultarão os efeitos práticos, de caráter definitivo, para todos os jurisdicionados (no caso de interpretação de uma norma *in concreto* realizada por um Juiz singular) ou mesmo para toda a sociedade (no caso de interpretação de uma norma *in abstracto* realizada pelos Tribunais, especificamente pela Suprema Corte). É, portanto, a interpretação que emana do Juiz *lato sensu* a chamada interpretação judicial. Ao contrário do que ocorre com outras interpretações – a autêntica e a doutrinária -, a interpretação judicial, exposta em sentença ou acórdão é sempre obrigatória para as partes do litígio. A interpretação judicial possui ainda um relevo flagrantemente excepcional, na medida em que esta modalidade de interpretação normativa revela, com notável clareza, os verdadeiros embates das leis com a realidade social, influenciando, sobremaneira, o Poder Legislativo, na qualidade de responsável último pela criação de novas normas jurídicas”.

<sup>85</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Anotações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais. *Revista Mestrado em Direito da UNIFIEO*, Osasco, ano 4, n. 4, p. 21, 2004.



exclusiva competência originária do Supremo Tribunal Federal, e fulmina a lei ou ato normativo em tese. Tinha a ação declaratória legitimação mais restrita do que a ação direta de inconstitucionalidade antes da E.C. 24/2004, somente alcançáveis e atos federais, e os efeitos da decisão proferida nesta sede, em decorrência de configuração normativa constitucional e legal em vigor, são *erga omnes* e vinculantes relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

### 2.2.1.3 Interpretação administrativa

A interpretação administrativa é “aquela cuja fonte elaboradora é a própria Administração Pública, através de seus órgãos e mediante pareceres, despachos, decisões, circulares, portarias etc.”<sup>86</sup>.

Essa espécie de interpretação “vincula as autoridades administrativas que estiverem no âmbito das regras interpretadas, mas não impede que os particulares adotem interpretações diversas”<sup>87</sup>.

### 2.2.1.4 Interpretação doutrinária ou judiciária

Também chamada de “interpretação livre”, é aquela consistente das opiniões dos jurisconsultos e comentaristas. Segundo Luiz Andrade Oliveira<sup>88</sup>:

Vem a ser a realizada cientificamente pelos doutrinadores e juristas em suas obras e pareceres. Há livros especializados de direito, que comentam artigo por artigo de uma lei, código ou consolidação, dando o sentido do texto comentado, com base em critérios científicos.

---

<sup>86</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Anotações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais, *cit.*, p. 1.

<sup>87</sup>*Id.*, *loc. cit.*

<sup>88</sup>OLIVEIRA, Luiz Andrade. *op. cit.* Idem: FRIEDE, Roy Reis. *op. cit.*, p. 52. A lição revela o seguinte: “Mais do que o legislador, sem sombra de dúvida, se encontra capacitado para interpretar as leis, o jurista, na qualidade de verdadeiro cientista do Direito. É conveniente lembrar que, em essência, quem estuda em profundidade a doutrina jurídica não é propriamente o legislador, mas sim o jurista que, por seu turno, conhece a necessária profundidade o Direito e pode, portanto, interpretar adequadamente as leis, amparado no seu conhecimento técnico-jurídico que indiscutivelmente deve ser suficiente para remover todas as dificuldades que se encontram no caminho da interpretação. A essa interpretação que apresenta o jurista, através de escritos, em tratados, compêndios, manuais, monografias, teses ou comentários”.

## 2.2.2 Interpretação quanto aos resultados

Tendo como base a doutrina de Luiz Andrade Oliveira<sup>89</sup>, verifica-se que quanto a seus efeitos ou resultados, a interpretação pode ser: extensiva, restritiva, declarativa ou especificadora.

### 2.2.2.1 Interpretação extensiva

Ocorre interpretação extensiva “quando o intérprete conclui que o alcance da norma é mais amplo do que indicam os seus termos”. Nesse caso, diz-se que o legislador escreveu menos do que queria dizer (*minus scripsit quam voluit*), e o intérprete alarga o campo de incidência da norma para aplicá-la a determinadas situações não previstas expressamente em sua letra, mas que nela se encontram, virtualmente, incluídas.

Às vezes, o legislador, ao exprimir seu pensamento, pode formular, para um caso singular, um conceito que deve valer para toda uma categoria ou usar um elemento que designa espécie, quando queria mesmo aludir ao gênero. Para aclarar o tema, Luiz Andrade Oliveira<sup>90</sup> cita o seguinte exemplo:

Por exemplo, a lei diz "filho", quando na realidade queria dizer "descendente". Ou ainda, a Lei do Inquilinato dispõe que: "o proprietário tem direito de pedir o prédio para seu uso"; a interpretação que conclui por incluir o "usufrutuário" entre os que podem pedir o prédio para uso próprio, por entender que a intenção da lei é a de abranger também aquele que tem sobre o prédio um direito real de usufruto, é uma interpretação extensiva.

Em síntese, no que tange à interpretação extensiva, esta é procedente quando o caso requer que seja ampliado o alcance das palavras da lei para que a letra corresponda à vontade do texto. Ocorre também quando o texto não expressa a sua vontade na extensão desejada, ou seja, “diz menos do que o pretendido pelo legislador”. Esta técnica de interpretação amplia o alcance dos termos puramente

---

<sup>89</sup>OLIVEIRA, Luiz Andrade. *op. cit.*

<sup>90</sup>*Id. Ibid.*, p. 53.

literais da norma, abrangendo casos que, mesmo cabíveis em sua mensagem, acham-se fora de sua expressão verbal, por ser o pensamento mais amplo que as palavras. Assim, levando-se em consideração tais regras, o intérprete pode buscar o real significado das normas<sup>91</sup>.

### 2.2.2.2 Interpretação restritiva

A interpretação é restritiva “quando o intérprete restringe o sentido da norma ou limita sua incidência, concluindo que o legislador escreveu mais do que realmente pretendia dizer (*plus scripsit quam voluit*), e assim o intérprete elimina a amplitude das palavras”.

Luiz Andrade Oliveira<sup>92</sup> exemplifica a interpretação restritiva da seguinte forma:

A lei diz "descendente", quando na realidade queria dizer "filho". A mesma norma da Lei do Inquilinato, acima mencionada, serve também para modelo de uma interpretação restritiva, no caso do "nu-proprietário", isto é, daquele que tem apenas a nua-propriedade, mas não o direito de uso e gozo do prédio; este não poderia pedir o mesmo para seu uso.

A interpretação restritiva procura restringir o texto que foge aos limites desejados pelo legislador. Esse método de interpretação jurídica subordina os termos da lei à esfera do pensamento que o legislador realmente desejou exprimir. Com efeito, por vezes a linguagem da lei diz mais do que o pretendido.

A interpretação restritiva limita, então, o alcance das palavras da lei até o seu sentido real<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup>DJI. Índice Fundamental do Direito. Interpretação da lei, *cit.*

<sup>92</sup>OLIVEIRA, Luiz Andrade. *op. cit.*

<sup>93</sup>DJI. Índice Fundamental do Direito. Interpretação da lei, *cit.*

### 2.2.2.3 Interpretação declarativa

A interpretação declarativa, também chamada de “interpretação especificadora”, acontece quando se limita a declarar ou a especificar o pensamento exposto na norma jurídica, sem necessidade de estendê-la a casos não previstos ou de restringi-la mediante a exclusão de casos inadmissíveis. Nela o intérprete chega à verificação de que as palavras expressam, com medida exata, o espírito da lei, cabendo-lhe apenas constatar esta coincidência.

Consiste no tipo mais corrente de interpretação. Por seu intermédio se resolvem as dúvidas, aferindo-se a correspondência entre a letra da lei e a vontade do legislador, sem conferir à fórmula um sentido mais amplo ou mais restrito. A interpretação declarativa reconhece que o texto da norma coincide com o espírito desta, limitando-se, por definição, a declarar o próprio texto legal, sem estender seu sentido a situações não previstas<sup>94</sup>.

No entendimento de Carlos Maximiliano<sup>95</sup>, a interpretação declarativa corresponde àquela também denominada de “estrita”; nela, as normas “aplicam-se no sentido exato, não se dilatam, nem restringem seus termos”.

A exegese aqui é “estrita, porém não restritiva; deve dar precisamente o que o texto exprime, porém tudo o que no mesmo se compreende; nada de mais, nem de menos”<sup>96</sup>.

Nos esclarecimentos de Luiz Andrade Oliveira<sup>97</sup>:

A interpretação estrita há de ser aplicada, por exemplo, quando se trata de leis que impõem penalidades, que cominam multas etc. O Código de Direito Canônico, *exempli gratia*, estabelece no seu cânone 18: “as leis que estabelecem pena ou limitam o livre exercício dos direitos ou contêm exceção à lei, devem ser interpretadas estritamente”.

---

<sup>94</sup>DJI. Índice Fundamental do Direito. Interpretação da lei, *cit.*

<sup>95</sup>MAXIMILIANO, Carlos. Apud OLIVEIRA, Luiz Andrade. *op. cit.*

<sup>96</sup>*Id. Ibid.*

<sup>97</sup>OLIVEIRA, Luiz Andrade. *op. cit.*

Na síntese de Alípio Silveira<sup>98</sup>, a interpretação jurídica:

É declarativa quando a letra se harmoniza com o significado obtido pelos outros métodos. É extensiva, se o significado obtido pelos outros métodos é mais amplo do que o literal; a final, é restritiva, quando o significado literal é mais amplo do que aquele obtido pelos outros métodos.

### 2.2.3 Interpretação quanto à natureza

De acordo com Luiz Andrade Oliveira<sup>99</sup>, quanto à natureza, a interpretação jurídica pode ser literal ou gramatical, lógico-sistemática, histórica e teleológica.

Nas palavras de Sebastião Donizete Batista Pires<sup>100</sup>, “em razão da finalidade prática da interpretação no direito, foram desenvolvidas teorias ou processos de interpretação, sendo que os mais conhecidos são o gramatical, lógico, sistemático, teleológico e histórico-evolutivo”.

Neste estudo, apenas de forma didática, divide-se a interpretação jurídica quanto à sua natureza, em gramatical e lógica, sendo que o elemento lógico subdivide-se em sistemático, histórico e teleológico.

#### 2.2.3.1 Interpretação gramatical

Também chamada de “interpretação literal, semântica ou filológica”, esta forma de interpretação “toma como ponto de partida o exame do significado e alcance de cada uma das palavras da norma jurídica; ela se baseia na letra da norma jurídica”<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup>SILVEIRA, Alípio. *Apud* OLIVEIRA, Luiz Andrade. *op. cit.*

<sup>99</sup>OLIVEIRA, Luiz Andrade. *op. cit.*

<sup>100</sup>PIRES, Sebastião Donizete Batista. Tradução e interpretação jurídica. *UOL*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5671>>. Acesso em: 28 ago. 2006.

<sup>101</sup>OLIVEIRA, Luiz Andrade. *op. cit.*

O método gramatical funda-se na lingüística, a partir de uma idéia sintática da norma jurídica. A interpretação jurídica pelo método gramatical visa a examinar a pontuação, a etimologia e a colocação das palavras.

O método gramatical figura como premissa da corrente hermenêutica formalista e tem assento na idéia básica de que a lei possui um sentido unívoco, cabendo ao intérprete apenas desvelar o seu real significado. Silvio Rodrigues<sup>102</sup> afirma que:

A interpretação gramatical consiste em proceder a metucioso exame do texto, para dele extrair a precisa vontade do legislador, procura-se o sentido exato de cada vocábulo, examina-se a pontuação, tentando estabelecer o que efetivamente a regra determina.

Evidente que não é possível extrair toda a riqueza do direito da mera literalidade da lei. Os símbolos lingüísticos e a literalidade da norma, em sua redação gramatical, serão um bom início para a tarefa interpretativa, mas nunca esgotará o processo de interpretação das normas de direitos fundamentais. O instrumental gramatical restrito deve ser visto, assim, como o momento primeiro do processo de interpretação, na busca do sentido possível das palavras do texto.

O que geralmente ocorre, como afirma Luís Roberto Barroso<sup>103</sup>, é que, o intérprete passa a eleger o texto como a única fonte de interpretação, totalmente desvinculado da realidade, ainda que a solução hermenêutica apresente-se injusta. É necessário lutar contra certo vício que, a pretexto de produzir interpretação segura, termina gerando imensas injustiças, pelo desprezo a outras variantes que devem estar presentes no processo hermenêutico.

O Supremo Tribunal Federal estigmatiza o uso da interpretação literal por gerar injustiças, conforme destaca Francisco Rezek, quando decidiu a Rep. nº 1.180-MG<sup>104</sup>:

Entretanto, a questão posta a exame e sereno julgamento da Excelsa Corte não parece de solução à custa, tão-somente, de interpretação gramatical ou

---

<sup>102</sup>RODRIGUES, Silvio. *op. cit.*, v. 1, p. 25. No mesmo sentido: MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p. 36.

<sup>103</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 127-128.

<sup>104</sup>RTJ 142/405.

sistemática. Há que se buscar o sentido teleológico da norma, consagrado na prática legislativa, a fim de que se evite iniquidades, de resto, desautorizadas pelas garantias individuais insculpidas na própria Constituição.

A verdade é que a palavra não esgotará toda a riqueza do direito e nem dos ideais a que ele, como ciência humana, deve servir.

Neste sentido, tem sido feito o entendimento da doutrina brasileira. Segundo Sebastião Donizete Batista Pires<sup>105</sup>, “a interpretação gramatical restrita preocupa-se com a letra. Pela própria impossibilidade de encontrar na língua primeira, o sentido definitivo e imutável da palavra, essa se torna missão árdua, senão impossível”.

Na acepção de Tércio Sampaio Ferraz<sup>106</sup>. “mesmo regida por um princípio de economia de pensamento, a hermenêutica jurídica raras vezes consegue limitar-se ao sentido vocabular do texto, quer comum, quer técnico”.

Tratando do tema, Carlos Maximiliano<sup>107</sup> afirma que a interpretação gramatical perde importância no direito moderno, já que os antigos utilizavam-se de línguas mortas, maduras e devidamente estratificadas. Argumenta o autor em comentário que, na atualidade, a utilização de línguas em atividade exigiriam um conhecimento profundo das técnicas e do seu manejo, além das implicações da variante ligada ao seu processo de construção e incessante aperfeiçoamento, o que implica modificação de verbetes no tempo e no espaço. Afirma que “a língua moderna possui a sua própria anatomia e fisiologia; mas, ainda, a sua patologia. Até as enfermidades da linguagem precisam ser conhecidas pelo intérprete e expositor do direito”.

Ao analisar a interpretação gramatical da Constituição Federal de 1988, Anna Candida da Cunha Ferraz<sup>108</sup> afirma que:

É claro, porém, que a interpretação constitucional, enquanto aplica o método gramatical, tem alcance limitado, já que a letra expressa do texto, em que pesem as possíveis controvérsias, é critério bastante objetivo para

---

<sup>105</sup>PIRES, Sebastião Donizete Batista. *op. cit.*

<sup>106</sup>FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977. p. 76.

<sup>107</sup>MAXIMILIANO, Carlos. Apud PIRES, Sebastião Donizete Batista. *op. cit.*

<sup>108</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição, cit.*, p. 40.

conduzir a interpretação, deixando pequena margem para a atuação, por esse método interpretativo, da mutação constitucional.

A razão de haver extrema cautela com que há de ser vista a escolha do método gramatical de interpretação das normas constitucionais de direitos fundamentais, pois que a formação puramente literal tem levado muitos intérpretes a um criticável apego aos símbolos lingüísticos em prejuízo de outros elementos absolutamente indispenáveis para uma hermenêutica adequada.

Luís Roberto Barroso<sup>109</sup> afirma que:

Já se deixou consignado, anteriormente, que uma das singularidades das normas constitucionais é o seu caráter sintético, esquemático, de maior abertura. Disso resulta que a linguagem do Texto Constitucional é mais vaga, com emprego de termos polissêmicos (tributos, servidores, isonomia) e conceitos indeterminados (assuntos de interesse local, dignidade da pessoa humana). É justamente dessa abertura de linguagem que resultam construções como: a) legitimados os fins também estarão os meios necessários para atingi-los; b) se a letra da norma assegura o direito a mais, está implícito o direito a menos; c) o devido processo legal abriga a idéia de procedimento adequado e de razoabilidade substantiva. Desnecessário enfatizar que tal característica amplia a discricionariedade do intérprete, que há de adicionar um componente subjetivo resultante de sua própria valoração para integrar o sentido dos comandos constitucionais. Como já se reconheceu, anteriormente, na interpretação jurídica, em geral, e na interpretação constitucional, em particular, jamais será possível obter racionalidade e objetividade plenas.

Não se pode negar a contribuição do método gramatical à interpretação jurídica, porque o direito é também linguagem, todavia sua visão extremamente formalista o faz insuficiente, não sendo, pois, capaz de atender à complexidade do fenômeno jurídico da interpretação das normas constitucionais de direitos fundamentais.

O ponto de partida de toda interpretação é o texto da lei; aliás, não só o ponto de partida, mas, por igual, o limite da busca do espírito, daí dever o jurista, através do elemento literal ou gramatical, proceder à análise filológica do texto, da sua linguagem, do significado dos termos. Pode, entretanto, o elemento literal não exprimir o pensamento do legislador em termos adequados, quer porque usou

---

<sup>109</sup>BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 129-130.



palavras ambíguas, quer porque o espírito e a letra podem não coincidir, impondo-se então o sacrifício da letra<sup>110</sup>. Assim:

Vendo que a interpretação gramatical é um ponto de partida, o intérprete vai então em busca de uma técnica que possa ampliar suas possibilidades e entra no sentido contextual da norma. Trata-se da interpretação lógica e sistemática. Cada artigo de uma norma situa-se num capítulo, e seu valor depende da sua colocação sistemática no texto<sup>111</sup>.

Significa dizer que “é necessário interpretar os dispositivos legais de acordo com seu valor lingüístico, mas sem perder de vista sua função no texto, buscando com isso através da semântica textual, uma interpretação sistemática do texto legal”<sup>112</sup>.

### 2.2.3.2 Interpretação lógica

Ao lado do método literal ou gramatical, é mister recorrer ao elemento lógico, para apreender o espírito ou o sentido da lei, pois a tarefa da interpretação é una.

Significa dizer que o processo de interpretação faz com que ambos os elementos sejam utilizados a um só tempo num processo mental natural de, ao mesmo tempo em que examina o significado da palavra do texto, o cérebro humano faz ilações na busca do espírito da lei, pois o ser humano, ao ler o texto da lei, já o está interligando com outros e ao mesmo tempo valorando-o, quer sob orientação subjetivista (*mens legislatoris*, o sentido da lei será o sentido do legislador), quer objetivista (*mens legis*, o sentido da lei não está condicionado ao pensamento e à palavra do legislador), sendo certo que a interpretação deve ser sempre evolutiva, pois deve-se buscar o sentido atual da lei, porquanto, o que interessa é determinar o fundamento e a finalidade da lei, o porquê e o para quê<sup>113</sup>.

O elemento lógico se subdivide em sistemático, histórico e teleológico,

---

<sup>110</sup>DJI. Índice Fundamental do Direito. Interpretação da lei, *cit.*, p. 1.

<sup>111</sup>PIRES, Sebastião Donizete Batista. *op. cit.*

<sup>112</sup>*Id.*, *loc. cit.*

<sup>113</sup>DJI. Índice Fundamental do Direito. Interpretação da lei, *cit.*

conforme lembra Anna Candida da Cunha Ferraz<sup>114</sup>:

Identificar a intenção do legislador constituinte, indagar o que pretendeu dizer e alcançar, é objetivo do método de interpretação denominado lógico. Pela interpretação lógica busca-se reconstituir o pensamento ou a intenção do constituinte de modo a alcançar, depois, a precisa vontade do texto constitucional. Três são os caminhos que, em geral, a doutrina segue para desenvolver a interpretação lógica: o histórico, o teleológico e o sistemático, segundo os quais, respectivamente, a norma é analisada quanto à sua formação e elaboração, ao fim que persegue e às suas relações com outras normas do mesmo ordenamento.

### **a) interpretação lógico-sistemática**

Para Luiz Andrade Oliveira<sup>115</sup>, a interpretação lógico-sistemática “busca descobrir o sentido e alcance da norma, situando-a no conjunto do sistema jurídico; busca compreendê-la como parte integrante de um todo, em conexão com as demais normas jurídicas que com ela se articulam logicamente”.

O método sistemático pretende, essencialmente, uma interpretação da norma em cotejo harmonioso com a totalidade do sistema jurídico.

A aplicação no direito, da norma jurídica, deve-se dar, não isoladamente, mas, em congregação com o sistema jurídico, vale dizer, pressupondo uma visão global do processo. Então, aqui, procurar-se-á a coerência e a unidade, de modo a evitar aparente antinomias<sup>116</sup> entre as normas ou entre uma determinada norma e o

---

<sup>114</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*, cit., p. 40-41.

<sup>115</sup>OLIVEIRA, Luiz Andrade. *op. cit.*

<sup>116</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1221. A lição demonstra como solucionar as antinomias entre as normas constitucionais, quando trata do tema Interpretação e ponderação. “Em muitas propostas metodológicas é apenas um elemento do procedimento da interpretação/aplicação de normas conducentes à atribuição de um significado normativo e à elaboração de uma norma decisiva. Aqui o *balancing process* vai recorrer-se em termos para dar relevo à idéia de que no momento de ponderação está em causa não tanto atribuir um significado normativo ao texto da norma, mas sim, equilibrar e ordenar bens conflituantes (ou, pelo menos, em relação de tensão) num determinado caso. Neste sentido, o balanceamento de bens situa-se jusante da interpretação. A actividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflituantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa do conflito de bens”. O autor exemplifica: “Direito à informação contra o direito á ressociação individual. Um determinado indivíduo cometeu um crime grave (assassinio de sentinelas de um quartel militar) e por esse facto foi julgado e condenado a pena de prisão. Pouco antes do termo da sua pena e conseqüente regresso à

sistema no qual se encontra inserida.

Como a interpretação deve ter em conta a “unidade do sistema jurídico”, já que toda norma se integra numa ordem da qual a regra é apenas um modo de expressão dessa ordem global, é preciso estabelecer as necessárias relações entre as várias disposições, através do elemento sistemático, que se desdobra em relações: de subordinação (relacionamento do preceito isolado com os princípios gerais do sistema jurídico); de conexão (o preceito deve ser interpretado em função do contexto, jamais isoladamente, pois cada trecho é desenvolvimento de um plano lógico, cada artigo só é compreensível se situado perante os que o antecedem ou o sucedem) e de analogia (buscam-se semelhanças entre os preceitos. Não confundir com a analogia, que supre as lacunas das fontes do direito)<sup>117</sup>.

Vidal Serrano Nunes e Luiz Alberto David de Araújo<sup>118</sup> defendem o método sistemático de interpretação para assegurar a qualquer pessoa os direitos e garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Interpretação sistemática e finalística do texto constitucional não deixa dúvidas de que os direitos fundamentais se destinam a todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade ou da sua situação no Brasil. Assim, um turista (estrangeiro não residente) que seja vítima de uma arbitrariedade policial, por evidente, poderá se utilizar do *Habeas Corpus* para proteger seu direito de locomoção.

O Supremo Tribunal Federal prestigia a interpretação sistemática, conforme destaca o Antônio Nader, quando decidiu a Rep. nº 846-RJ<sup>119</sup>:

---

liberdade e à sociedade, um canal da televisão anunciou a emissão de um filme-documentário sobre este caso. Reagiu o condenado argumentando que a passagem televisiva do filme implicava uma nova condenação pública, perturbando seriamente a sua ressocialização. Replicou a estação de televisão com o argumento do direito e liberdade de informação. Não é possível metodologicamente estabelecer-se, de forma abstracta, esquema de supra/infra-ordenação entre os direitos conflituantes dizendo que o direito à informação “pesa” mais de que o direito à ressocialização, ou, vice-versa, afirmar que este último se sobrepõe ao primeiro. É necessário um esquema de prevalência parcial estabelecido segundo a ponderação dos bens em conflito e tendo em conta as circunstâncias do caso. Por mais que procurassem, os juízes não encontravam na “interpretação” das normas constitucionais a solução para o conflito de direitos. O *balancing ad hoc* levou-os a considerar que nas exactas circunstâncias do caso (o “caso Lebach”) o direito à ressocialização prevalecia sobre o direito à informação”.

<sup>117</sup>DJI. Índice Fundamental do Direito. Interpretação da lei, *cit.*

<sup>118</sup>NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 46.

<sup>119</sup>Antônio Nader *apud* BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 138.

É o que em seguida será demonstrado pela interpretação sistemática, a mais racional e científica, e a que mais se harmoniza com o método do Direito Constitucional, exatamente a que aproxima da realidade.

O método sistemático de interpretação vê o sistema jurídico não como uma mera agregação de normas, mas como um sistema, como um organismo que preserva a relação de sentido e de coerência das partes em relação ao todo e vice-versa, razão pela qual a tarefa interpretativa impõe ao intérprete a missão inicial de cotejar a norma com a totalidade do ordenamento jurídico, estabelecendo entre elas as devidas conexões.

Enfatize-se que, no ápice do sistema, estará a Constituição, conferindo a ele a necessária unidade, irradiando para o ordenamento todos os seus valores.

### **b) interpretação lógico-histórica**

Na doutrina de Luiz Andrade Oliveira<sup>120</sup>, a interpretação histórica “indaga as condições de meio e do momento da elaboração da norma jurídica, bem como das causas pretéritas da solução dada pelo legislador (*origo legis e occasio legis*)”.

O método histórico, do qual deve se valer a hermenêutica, investiga os antecedentes históricos da norma: os trabalhos de confecção do projeto de lei, a justificação, a exposição de motivos, a discussão, as emendas e a aprovação.

Por meio do método histórico, levam-se em conta os dados históricos que expliquem a lei e que podem ser compreendidos assim: precedentes normativos históricos (regras que vigoravam no passado) e comparativos (regras estrangeiras que vigoravam na época da formação da lei e tiveram influências sobre ela); trabalhos preparatórios (segundo a orientação objetivista não têm grande importância); *occasio legis*: circunstâncias sociais que rodearam o aparecimento da lei<sup>121</sup>. Nesse sentido, Silvio Rodrigues<sup>122</sup> esclarece que:

Como espécie da interpretação lógica, na opinião de muitos, mas como sistema autônomo de interpretação no ver de outros, aparece a

<sup>120</sup>OLIVEIRA, Luiz Andrade. *op. cit.*

<sup>121</sup>DJI. Índice Fundamental do Direito. Interpretação da lei, *cit.*

<sup>122</sup>RODRIGUES, Silvio. *op. cit.*, v. 1, p. 26.

interpretação histórica. Ela consiste no exame dos trabalhos; das discussões que rodearam sua elaboração; dos anseios que veio satisfazer; e das necessidades contemporâneas à sua feitura. Por vezes, através do exame desses elementos, consegue-se descobrir qual a efetiva vontade do legislador [...]. Através desses modos de interpretação busca-se descobrir o sentido atribuído ao texto, pela vontade do legislador. Confundia-se, assim, a pesquisa do sentido de uma lei com o sentido que a ela teria querido atribuir a vontade do legislador. A reação da doutrina contra tal orientação iniciada na França com a célebre obra Gény (*méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899) alcançou imediatamente grande êxito, por mostrar o erro que consistia em procurar na lei apenas a vontade do legislador. A lei disciplina relações que se entendem no tempo e que florescerão em condições necessariamente desconhecidas do legislador. Daí a idéia de se procurar interpretar a lei de acordo com fim a que ela se destina, isto é, procurar dar-lhe uma interpretação teleológica.

Na interpretação constitucional, o método histórico de interpretação visa, única e exclusivamente, identificar a vontade original do constituinte. E, embora seja tarefa de certa relevância jurídica, o processo de interpretação não pode se esgotar na busca de uma vontade originária do constituinte, uma vez que há dificuldade de se obtê-la pela antiga interpretação dos textos.

A questão que se coloca é saber se existe realmente uma vontade homogênea do constituinte, na medida em que é próprio do processo constituinte um certo fracionamento nas vontades das diversas visões políticas e filosóficas em debate.

Saber se as condições históricas, políticas e sociais, em que a norma foi produzida, tenham ou não relevância para a interpretação das normas constitucionais de direitos fundamentais, é necessário, mas não é indispensável, pois que o processo de interpretação deve ser visto de forma prospectiva e, não simplesmente, de retrospectiva.

Sobre o assunto, assim se expressou o Supremo Tribunal Federal, conforme destaca Aldir Passarinho, quando decidiu a Embs. na ADIn-MC nº 27-DF<sup>123</sup>:

Não me parece, por isso mesmo, Sr. Presidente, deva conferir-se um valor subordinante, no processo de interpretação da Lei Fundamental, quer aos trabalhos parlamentares, quer à vontade e à intenção originária do

---

<sup>123</sup>RTJ 134/963 *apud* BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 133.

legislador constituinte, (...) O originalismo contudo – enquanto de designação doutrinária desse método de interpretação – possui um peso específico, porém relativo, (...) na exata medida em que seus postulados não condicionam e nem vinculam na definição do sentido normativo das regras constitucionais. (...) Os condicionamentos hermenêuticos impostos pela exacerbação da vontade do legislador constituinte, e da intenção que o animava em determinado momento histórico, reduziram, de modo extremamente inconveniente, a interpretação constitucional, a uma dimensão voluntarista (J.J. Gomes Canotilho), que se revela de todo incompatível com o verdadeiro sentido da Constituição.

Não é demais lembrar que interpretar é atualizar a norma constitucional. E não se atualiza se se a amarra ao passado. Sendo assim, o exame histórico do processo constituinte é um elemento válido, mas não é decisivo na tarefa hermenêutica. Flavia de Almeida Viveiros de Castro<sup>124</sup> assim se manifesta sobre o tema:

Nunca é demais lembrar que interpretar é atualizar a Constituição e, afinal, a vontade do constituinte nela inscrita. Portanto, seria contraditório buscar as soluções dos problemas constitucionais no passado. A Constituição e a vontade do constituinte se tornaram objetivas, ao mesmo tempo, em que as idéias, fatos e opiniões, que lhes deram origem, ficam cada vez mais localizados em um tempo pretérito.

A questão que a escola histórica não consegue explicar é a de que os litígios devem ser resolvidos à luz das exigências do presente e não amarrados ao passado. Seu historicismo é, nesse sentido, sempre presente, o que recusa o dever transformador que deve presidir à reflexão sobre o social. E, assim, produz um conhecimento ilusório da história.

Com referência ao método histórico de interpretação, Anna Candida da Cunha Ferraz<sup>125</sup> ensina que:

O recurso ao elemento histórico se faz sentir, com maior intensidade, nas constituições recém promulgadas, tendendo a diminuir com o transcorrer do tempo, quando a norma constitucional tem sua interpretação e aplicação sedimentadas pela doutrina, jurisprudência e legislação, o que não lhe retira o valor relativo de recurso interposto subsidiário e complementar.

Evidentemente que nenhum legislador, nem mesmo o constituinte originário,

---

<sup>124</sup>CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. *Interpretação constitucional e prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 60-61.

<sup>125</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*, cit., p. 42.

pode ter a intenção de aproximar ou de engessar o futuro. Trata-se de uma postura incompatível com o princípio democrático.

### **c) Interpretação lógico-teleológica**

Na síntese de Luiz Andrade Oliveira<sup>126</sup>, “a interpretação teleológica busca o fim que a norma jurídica tenciona servir ou tutelar”.

Através do elemento teleológico busca-se a justificação social da lei, a finalidade perseguida pela norma, o “para quê” da lei<sup>127</sup>.

O direito à evidência não é um fim em si mesmo. Toda norma possui uma finalidade em razão pela qual veio a ser produzida.

Luís Roberto Barroso<sup>128</sup> afirma que:

As normas devem ser aplicadas atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e à sua finalidade. Chama-se teleológico o método interpretativo que procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito. A interpretação histórica cuida, como se assinalou, da *occasio legis*, isto é, da circunstância histórica que gerou o nascimento da lei e que constitui sua finalidade imediata. É certo, todavia, que a modificação de tais circunstâncias ou mesmo a sua cessação não exercem qualquer influência sobre o valor jurídico da norma. Daí a necessidade de se trabalhar um outro conceito, o de *ratio legis*, que constitui o fundamento racional da norma e redefine ao longo do tempo a finalidade nela contida. A *ratio legis* é uma “força vivente móvel” que anima a disposição e a acompanha em toda a sua vida e desenvolvimento. A finalidade de uma norma, portanto, não é perene e pode evoluir sem modificação de seu texto.

Concluem os que se filiam a esse método de interpretação, que a finalidade da lei é sempre um valor tutelado pelo legislador, ou seja: justiça, liberdade, igualdade e dignidade da pessoa.

O Supremo Tribunal Federal prestigia o método de interpretação teleológico, conforme destaca Marco Aurelio, quando decidiu o RE nº 111.787-GO<sup>129</sup>:

---

<sup>126</sup>OLIVEIRA, Luiz Andrade. *op. cit.*

<sup>127</sup>DJI. Índice Fundamental do Direito. Interpretação da lei, *cit.*

<sup>128</sup>BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 138-139.

<sup>129</sup>RTJ 136/1292.

Linares Quintana, por exemplo, esclarece José Alfredo Baracho, procura sistematizar as conclusões da jurisprudência em geral e, especialmente, da Corte Suprema, ao retirar dessas decisões as seguintes regras: a) Na interpretação constitucional deve sempre prevalecer o conteúdo teleológico da Constituição, que é instrumento de governo, além de ser instrumento de restrição de poderes de amparo à liberdade individual, b) a finalidade suprema e última da norma constitucional é a liberdade e dignidade do homem, c) A interpretação da lei fundamental deve orientar-se, sempre, para esta meta suprema, d) Em caso de aparente conflito entre a liberdade e o interesse do governo, aquela deve prevalecer sempre sobre este último, pois a ação estatal, manifestada através de normas constitucionais, não pode ser incompatível com a liberdade.

Apresentados os métodos clássicos de interpretação jurídica, passa-se à análise da interpretação constitucional, na acepção ampla da nova hermenêutica. Esses métodos clássicos, em relação ao processo evolutivo social vertiginoso da pós-modernidade, não mais conseguem dar conta da interpretação jurídica, porque se tornaram obsoletos, impondo, por isso, a nova hermenêutica.

### **2.3 Interpretação da norma constitucional: nova hermenêutica**

A Constituição é, como acentua Pontes de Miranda<sup>130</sup>, “o conjunto de regras jurídicas onde as forças políticas encontram o seu leito, o seu equilíbrio”. “É, em suma, o estatuto jurídico-político do Estado. Essas peculiaridades singularizam, pois, as normas constitucionais, exigindo princípios e métodos específicos para a sua interpretação”<sup>131</sup>.

---

<sup>130</sup>MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional de n. de 1969*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970. t. 1, p. 296. *Apud* NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A moderna interpretação constitucional. *UOL*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3497>>. Acesso em: 28 ago. 2006.

<sup>131</sup>NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. *op. cit.*



## 2.3.1 Especificidade da interpretação constitucional

### 2.3.1.1 Distinção entre interpretação jurídica e interpretação constitucional

No que diz respeito à Constituição, o intérprete, além das regras de hermenêutica e de interpretação geral, precisa buscar no interior do sistema jurídico aquelas normas que o legislador prestigiou, ou seja, que alçou em princípios regentes desse próprio sistema de valoração. Significa dizer que existe um traço distintivo entre a interpretação jurídica geral e a interpretação constitucional.

O texto fundador do Estado, o documento informador da unidade política, o estatuto inaugural da ordem jurídica ou o estatuto jurídico do fenômeno político traz atributos e caracteres não confundíveis com a lei comum, fato que determina imediatamente a utilização de métodos interpretativos vinculados à ciência constitucional e delimitados pela natureza específica do direito constitucional.

Ao tratar do tema, Willis Santiago Guerra Filho<sup>132</sup> assim se manifesta:

Praticar a “interpretação constitucional” é diferente de interpretar a Constituição de acordo com os cânones tradicionais da hermenêutica jurídica, desenvolvidos, aliás, em época em que as matrizes do pensamento jurídico assentavam-se em bases privatísticas. A intelecção do texto constitucional também se dá, em um primeiro momento, recorrendo aos tradicionais métodos filológico, sistemático, teleológico, etc. Apenas haverá de ir além, empregar outros recursos argumentativos, quando com o emprego do instrumental clássico da hermenêutica jurídica não se obtiver como resultado da operação exegética uma “interpretação conforme a Constituição” a *verfassungskonforme auslegung* dos alemães, que é uma interpretação de acordo com as opções valorativas básicas expressas no texto constitucional.

Defendendo entendimento inverso, Ernst Forsthoff<sup>133</sup> afirma que:

A interpretação da Constituição não se distingue da interpretação de uma lei e, por isso, para se interpretar o sentido da lei constitucional, devem utilizar-se as regras tradicionais da interpretação.

---

<sup>132</sup>GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 149. No mesmo sentido: PEIXINHO, Manoel Messias. *op. cit.*, p. 77-81.

<sup>133</sup>Ernst Forsthoff *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1182.

Em sentido intermediário Inocêncio Mártires Coelho<sup>134</sup> adverte que:

A rigor, a especificidade da interpretação constitucional se restrinja à parte dogmática das constituições, isto é, àquela parte onde estão compendiados os direitos fundamentais, interpretando-se os preceitos restantes de acordo com os “métodos tradicionais”.

A Constituição, como se vê, organiza a estrutura jurídica do Estado, bem como a organicidade da sociedade, razão pela qual suas normas são dirigidas a todos os cidadãos que, assim como os poderes do Estado, Legislativo, Executivo e Judiciário, são seus intérpretes<sup>135</sup>. Isso, porque não obstante a existência do conteúdo jurídico das normas constitucionais, é indiscutível que estas disciplinarão os diversos aspectos da vida social.

O direito constitucional é, praticamente, um direito político, condição que se reflete diretamente em sua hermenêutica. Na lição de Flávia de Almeida Viveiro de Castro<sup>136</sup>:

Sem embargos de opiniões divergentes, a interpretação constitucional não se reveste de um caráter específico, não jurídico. Contudo, como se verá mais adiante, existem profundas influências do universo político no direito constitucional, o que ocorre por meio do próprio objeto da interpretação deste direito. O intérprete constitucional deve levar em consideração a necessidade de uma especial sensibilidade exigida para atuar o seu mister, precipuamente pelos valores e princípios políticos que servem de fonte inspiradora para os conteúdos da Carta Maior. Não pode o operador do direito desconhecer o fenômeno hermenêutico em sua totalidade, notoriamente jurídico. Com este panorama, o agente da interpretação constitucional deve acercar-se dos preceitos fundamentais político-jurídicos com uma especialíssima sensibilidade, como se manuseando autêntica porcelana.

Para o direito constitucional, a questão da hermenêutica ganha especial destaque, na medida em que, em razão do caráter aberto das normas constitucionais e de seu inegável componente político, os problemas relacionados à captação de seu conteúdo serão mais frequentes e presentes do que em qualquer

---

<sup>134</sup>COELHO, Inocêncio Mártires. *op. cit.*, p. 27.

<sup>135</sup>COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 182. A lição revela que “a palavra ‘intérprete’ tem origem latina *interpres* que designava aquele que descobria o futuro nas entranhas das vítimas. Tirar das entranhas ou desentranhar, era, portanto, o atributo do *interpres* de que devera para a palavra interpretar o significado específico de desentranhar o próprio sentido das palavras da lei, deixando implícito que a tradução do verdadeiro sentido da lei é algo bem guardado, entranhado portanto, em sua própria essência”.

<sup>136</sup>CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. *op. cit.*, p. 21.

ramo do direito<sup>137</sup>. Neste sentido, assim se expressou o Supremo Tribunal Federal, conforme destaca Marco Aurelio, quando decidiu o RE nº 111.787-GO<sup>138</sup>:

A questão se põe, é bem de ver, no campo da hermenêutica constitucional, onde se situam os temas da interpretação e da construção constitucional, e que tem princípios próprios, posto não deixar de lado os princípios da Teoria Geral do Direito. José Alfredo de Oliveira Baracho, em rico trabalho doutrinário publicado na Revista de Informática Legislativa, nº 53, pág. 113, sob o título *Hermenêutica Constitucional*, acentua, forte em tratadista nacionais e estrangeiros, que os problemas de interpretação constitucional são mais amplos do que aqueles da lei comum, que, por isso mesmo, há regras especiais que devem servir de orientação para a boa interpretação dos dispositivos constitucionais, destacando aqueles princípios que se referem ao conteúdo teleológico ou finalista da Constituição.

A hermenêutica constitucional não pode desconsiderar os postulados da interpretação jurídica em geral, mas dado o traço singular com que são distinguidas as normas constitucionais no ordenamento jurídico, sua hermenêutica dar-se-á por um prisma próprio e igualmente singular.

Sobre a singularidade da interpretação das normas constitucionais para garantia do Estado de Direito, assim se manifestou Celso Ribeiro Bastos<sup>139</sup>, quando afirma:

Essas peculiaridades que justificam uma teoria da interpretação constitucional estão, por exemplo, no caráter inicial do texto a ser interpretado, ou seja, no fato de ser a Constituição o texto inaugural de uma nova ordem jurídica. Esse é, realmente, um dado que não pode ser olvidado de forma alguma, já que, enquanto as regras jurídicas em geral têm de buscar o seu fundamento de validade em outra regra jurídica, que lhes seja hierarquicamente superior, a Constituição, por sua vez, não necessita de amparo normativo algum, não devendo obediência a qualquer norma positivada.

Dentro dessa atenção específica com uma hermenêutica constitucional, tem-se a questão do caráter amplo e aberto das normas constitucionais. Quanto mais aberto o caráter das normas constitucionais, torna-se mais relevante a questão de sua interpretação e dos problemas dela decorrentes.

---

<sup>137</sup>BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 53. A lição revela que: “Segundo Konrad Hesse, para o Direito Constitucional, a importância da interpretação é fundamental em razão do caráter aberto e amplo da Constituição, sendo que, por isso, os problemas de interpretação surgem com maior frequência que em outros setores do Direito”.

<sup>138</sup>RTJ 136/1292.

<sup>139</sup>BASTOS, Celso Ribeiro. *op. cit.*, p. 51.

Basta recordar que é justamente esse caráter aberto que possibilita a atualização constante das normas constitucionais em consonância com a dinâmica da vida social. André Ramos Tavares<sup>140</sup>, ensina que:

A abstratividade ou abertura das normas revela-se pelos vocábulos vagos, pelas palavras imprecisas empregadas pelo constituinte, e que necessitam, inegavelmente, de um preenchimento ou integração para tornarem-se compreensíveis e imediatamente aplicáveis.

Nesse contexto é que se faz a interpretação da norma constitucional, isto é, levando-se em conta todo o sistema, utilizando-se das regras da hermenêutica e dando maior valor aos princípios que o legislador consagrou no texto da Constituição.

Portanto, a tarefa da interpretação constitucional consiste em desvendar o sentido mais profundo das normas constitucionais, pela captação de seu significado interno, da relação de suas partes entre si, quais sejam: a compreensão histórica de seu conteúdo, a compreensão gramatical crítica na sua relação com a linguagem e o poder, e, ainda, a compreensão de seu espírito como mantenedor de um Estado Democrático de Direito.

### **2.3.1.2 Linguagem do direito constitucional como elemento da interpretação inicial de trabalho**

Uma das características das normas constitucionais é a ausência de particularidades em sua linguagem. Sendo assim, dentro de seu contexto as questões serão tratadas de maneira imprecisa, genérica e sintética, quando não, com a utilização de vocábulos plurissignificantes. André Ramos Tavares<sup>141</sup>, ao analisar a linguagem constitucional, enfatiza que:

A linguagem empregada constitucionalmente merece abordagem mais detida, porque diversos são os pontos de contato entre o tema da linguagem e o da interpretação na seara constitucional. Em primeiro lugar, é preciso analisar o papel e a importância da linguagem na teoria da

---

<sup>140</sup>TAVARES, André Ramos. *op. cit.*, p. 74.

<sup>141</sup>*Id. Ibid.*, p. 72.

interpretação jurídica. Em seguida, é preciso constar que há proximidade entre a linguagem comum e a linguagem constitucional, importando saber qual é exatamente essa proximidade. Por fim, existem particularidades lingüísticas da Constituição, como os conceitos abertos, que demandam estudo próprio.

Somam-se a todas essas circunstâncias uma outra de mais relevância, ou seja, a característica política, implícita ou explicitamente presente nas normas constitucionais, mais do que em qualquer outro texto jurídico. Transcreve-se parcialmente a ementa da decisão lançada ao RE nº 166.772-RS<sup>142</sup>, já que trata do assunto:

Constituição. Alcance político. Sentido dos vocábulos. Interpretação. O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao técnico, considerados institutos consagrados pelo direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos quer, no caso do direito, pela atuação dos Pretórios.

Como se vê, não se poderá compreender devidamente a Constituição, se se procurar desvinculá-la de seu sentido político e reduzir a interpretação a uma tarefa mecânica. Paulo Bonavides<sup>143</sup>, afirma que:

As relações que a norma constitucional, pela sua natureza mesma, costuma disciplinar, são de preponderante conteúdo político e social e por isso mesmo sujeitas a um influxo político considerável, senão essencial, o qual se reflete diretamente sobre a norma, bem como sobre o método interpretativo aplicável.

A interpretação e a jurisdição também tratarão da questão política das normas constitucionais de direitos fundamentais.

### **2.3.1.3 Panorama teórico-político da interpretação constitucional**

As correntes de interpretação das normas constitucionais se bipolarizam em

---

<sup>142</sup>RTJ 156/666.

<sup>143</sup>BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 461.

interpretativistas e não-interpretativistas.<sup>144</sup>

A figura jurídica possibilita o enfoque de diversas colocações, face o seu caráter dialético. Justamente pela impressão dinâmica da figura jurídica é que se atesta a impossibilidade de uma hermenêutica neutra, principalmente se comprometida com determinada visão do mundo carregada pelos intérpretes, conforme lembra Pedro Gebran Neto.<sup>145</sup>

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

Para os interpretativistas, o juiz, ao interpretar o texto constitucional, deve se limitar a captar os sentidos expressos ou claramente implícitos no texto constitucional, de modo a não violar sua textura semântica e a vontade do legislador.

---

<sup>144</sup>GEBRAN NETO, Pedro. *A aplicação Imediata dos direitos e garantias individuais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 67. Idem: SCHIER, Paulo Ricardo. A hermenêutica constitucional: instrumentos para implementação de uma nova dogmática jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 741, p. 39, jul. 1997. A lição revela que: “tem-se as teorias interpretativas buscando legitimar a ideologia liberal de Estado através de uma epistemologia descritiva, de base positivista, pressupondo a neutralidade dos operadores jurídicos. É o que se observa de suas duas principais premissas: (a) o juiz, ao interpretar a Constituição, deve se limitar a captar o sentido dos preceitos expressos ou claramente implícitos na Constituição e, ainda, (b) deve respeitar os limites existentes na competência interpretativa que dizem respeito à textura semântica e vontade do legislador, pois, de acordo com certa visão do princípio democrático, a decisão judicial não deve substituir a decisão política da maioria democrática. Daí, a consequência é um conjunto de índole formalista, procedimental, pseudamente neutro e com fundamento na noção liberal de Estado mínimo. Por outro lado, tem-se as teorias não interpretativas defendendo que o juiz é lícito invocar e aplicar, na leitura/construção da realidade constitucional, valores substantivos (v.g., liberdade e justiça) tomando em conta o Projeto da Constituição que se quer implementar, recorrendo-se, assim como a teoria interpretativista, ao princípio democrático, mas sem perder a dimensão dos demais valores constitucionais (dimensão sistemática). De modo é reconhecer, nesta perspectiva, (a) que o direito da maioria é limitado pela Constituição, seja expressamente, seja através da existência de conceitos vagos – formulações sob forma de *standards*; (b) que a objetividade interpretativa não é perturbada pelo fato de os juízes recorrerem aos princípios da justiça, liberdade *et alii*, pois estes, contextualizados historicamente, permitem, também, uma tendencial objetividade, (c) o direito não é apenas o conteúdo de regras jurídicas concretas, mas é, também, formado pelos princípios jurídicos abertos que devem ser concretizados pelos juízes e que englobam a dimensão fática (real) da juridicidade. Assim, percebe-se um constitucionalismo de base epistemológica crítica, construtiva, prospectivo, mas sem perder a dimensão sistêmica, sempre preocupado com a materialidade, historicidade e funcionalidade dos valores jurídicos e sua força normativa, em detrimento do formalismo procedimental. Como se vê, de acordo com o que se afirmou, sem dúvida alguma, a discussão entre as duas correntes apontadas passa pelas questões éticas e epistemológicas contemporâneas e, neste embate, há que reconhecer que as teorias não interpretativistas são aquelas que mais se coadunam com as exigências de uma direito considerado dialeticamente, que ressalte a materialidade dos valores constitucionais e possibilite o resgate ético dos operadores jurídicos na implantação dos preceitos sociais consagrados no pacto fundador, mormente em se considerando a dirigiência de Constituições com a Brasileira”.

<sup>145</sup>GEBRAN NETO, Pedro. *op. cit.*, p. 71.

Prestigia-se o princípio democrático de tal forma a não admitir que a decisão judicial substitua a decisão política da maioria democrática, conforme lembra Pedro Gebran Neto<sup>146</sup>:

Os interpretativistas preconizam uma atuação que se limita a captar o sentido dos dispositivos expressos na Constituição.”O interpretativismo indica que o juiz, ao decidir questões constitucionais, deveria ater-se a fazer cumprir normas que estão declaradas ou evidentemente implícitas na Constituição”. O limite da Competencia estaria na textura e na vontade do legislador.

Atrás da selada neutralidade dos intérpretes exigida pela corrente interpretativista, o que está em debate é a proteção da visão liberal do Estado através de uma teoria de evidente impressão positivista e um constitucionalismo procedimentalista.

Para os não-interpretativistas, ao contrário, o juiz, ao interpretar a Constituição, não só pode como deve apelar para os princípios substantivos, segundo a dimensão dos valores do texto constitucional. Isso, porque o direito não é apenas o conteúdo de regras jurídicas concretas, mas é, também formado por princípios abertos que devem ser concretizados pelos juízes, conforme lembra Pedro Gebran Neto:

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

Para os não-interpretativistas, o constitucionalismo toma uma decisão nitidamente material dos valores em detrimento do formalismo procedimental, introduzindo-se a possibilidade de uma hermenêutica prospectiva e construtiva.

A posição da corrente não-interpretativista deita raízes, entre nós, nas palavras de Carlos Maximiliano<sup>147</sup>:

Entretanto, apesar das limitações decorrentes da divisão e independência dos poderes, ainda resta aos magistrados um campo vastíssimo de atividade autônoma, em consequência do dever ineludível de despachar,

---

<sup>146</sup>GEBRAN NETO, Pedro. *op. cit.*, p. 67-68.

<sup>147</sup>MAXIMILIANO, Carlos. *op. cit.*, p. 58-59.

ou decidir, todos os feitos compreendidos na sua jurisdição e competência, sejam quais forem as diferenças dos textos positivos. Insensivelmente se foi tornando, nos países cultos sobretudo nos últimos anos, cada vez mais livre e independente a Aplicação do Direito. Nem podia ser de outro modo. Sem uma certa amplitude de autoridade em face das normas estritas, a magistratura ficaria impotente contra as resistências brutais da realidade das coisas. Por isso, todas as escolas lhe reconhecem o direito de abrandar a rigidez das formulas legais, esforço este em que influi e transparece o coeficiente pessoal. Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução palída e servil: dá vida ao papel, encara de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhados belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil á sociedade. Não o consideram autômato; e sim, árbitro da adptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social.

Em face da densidade lógico-jurídica que permeia a tese enunciada, não hesitamos em sufragá-la com o intuito de compreender o pensamento das correntes de interpretação das normas constitucionais de direitos fundamentais, que têm visões epistemológicas tão ambíguas, como revela a lição acima transcrita de Pedro Gebran Neto e Carlos Maximiliano.

#### **2.3.1.4 Interpretação plural e aberta da constituição**

Peter Häberle<sup>148</sup> propõe interpretação plural e aberta da constituição, já que as normas constitucionais são dirigidas a todas as pessoas. Expõe sua proposta da seguinte forma:

Propõe, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas,

---

<sup>148</sup>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: Sérgio Fabris, 1997/2002. p. 13.



todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de interpretes da Constituição.

Sendo assim, a interpretação constitucional é feita por todos os participantes sociais que vivem a norma constitucional, e, mesmo que de forma inconsciente, implique uma interpretação antecipada<sup>149</sup>. Os participantes deste processo de interpretação das normas constitucionais foram identificados por Peter Häberle<sup>150</sup>, como consta do seu catálogo sistemático:

(1) as funções estatais: a) na decisão vinculante (da Corte Constitucional); decisão vinculante que é realizada mediante o instituto do voto vencido, b) nos órgãos estatais com o poder de decisão vinculante, submetidos, todavia, a um processo de revisão: jurisdição, órgão legislativo (submetido a controle em consonância com o objeto de atividade): órgão do Executivo, especialmente na (pré) formulação do interesse público; (2) os participantes do processo de decisão nos casos 1a e 1b, que não são necessariamente órgãos do Estado, isto é: a) o requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido no recurso constitucional (*verfassungsbeschwerde*), autor e réu, em suma, aqueles que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal a tomar uma posição ou a assumir um “diálogo jurídico” (*Rechtsgespräch*); b) outros participantes do processo, ou seja, aqueles que têm direito de manifestação ou de integração à lide, nos termos da Lei Orgânica da Corte Constitucional (v.g., § § 77, 85, nº 1 a 4, § § 65, 82, nº 2, 83, nº 2, 94, nº 94, nº 5), ou que são, eventualmente, convocados pela própria Corte Constitucional (v.g., § 82, nº 4, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*); c) parceristas ou *experts*, tal como se verifica nas Comissões Especiais de Estudos ou de Investigação (§ 73, do Regimento Interno do Parlamento Federal); d) peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do Parlamento (§ 73, nº 3, do Regimento Interno do Parlamento Federal alemão), peritos nos Tribunais, associações, partidos políticos (frações parlamentares), que atuam, sobretudo, mediante a “longa manus” da eleição de juízes (NT 2); e) os grupos de pressão organizados (§ 10, do Regimento Interno do Governo Federal), f) os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo; 3) a opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores: *media* (imprensa, rádio, televisão, que, em sentido estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa de leitores, as cartas de leitores, de outro, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada (Cf. 2, d), igrejas, teatros editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais; 4) cumpre esclarecer, ainda, o papel da doutrina constitucional nos nº 1, 2 e 3, ela tem um papel especial por tematizar a participação de outras forças e, ao mesmo tempo, participar nos diversos níveis.

<sup>149</sup>HÄBERLE, Peter. *op. cit.*, p. 13-14.

<sup>150</sup>*Id. Ibid.*, p. 20-22.

A interpretação constitucional não é evento exclusivamente estatal, seja prática ou teoricamente, pois que a esse processo tem acesso todas as forças da comunidade política, como revela o catálogo sistemático elaborado por Peter Häberle<sup>151</sup>.

Os meios procedimentais que possibilitam a participação dos intérpretes não oficiais na interpretação das normas constitucionais são raríssimos, como afirma Elísio Bastos<sup>152</sup> quando trata do subtema: “Quem interpreta a Constituição brasileira?”:

Todavia, é junto ao Poder Judiciário que encontramos a maior possibilidade de participação, efetiva e em maior escala, dos cidadãos. Sem dúvida, o nosso sistema misto de controle de constitucionalidade possibilita a qualquer parte de um processo, por via concreta, interpretar a Constituição, solicitar a prestação jurisdicional por meio de um determinado enfoque acerca das normas constitucionais. No que concerne ao sistema abstrato de controle, o número limitado de pessoas aptas a utilizá-lo reduz, sensivelmente a participação do cidadão nos autos do processo, fato que é atenuado com a possibilidade da participação do *amicus curiae*, espécie de colaborador informal do processo, à qual, apesar de já fazer parte do construto jurisprudencial do STF, foi incorporada em nosso ordenamento

<sup>151</sup>HÄBERLE, Peter. *op. cit.*, p. 20-23.

<sup>152</sup>BASTOS, Elísio. Interpretação constitucional: a quem cabe a tarefa de concretizá-la? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 10, n. 41, p. 241, out./dez. 2002. Idem: DANTAS, Luís Rodolfo de Souza. *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 477-478. A lição revela o seguinte: “Deste modo, somos otimistas com relação a certas saudáveis conseqüências hermenêuticas advindas da efetiva aplicação da Lei nº 9.868/99 – por mais que ela padeça, em alguns pontos, de duvidosa constitucionalidade -, ao permitir que nosso Supremo Tribunal Federal (STF) possa vir a adotar uma realística jurisprudência de resultados, assumidamente inspirada nos valores da segurança jurídica e do interesse social, que são congêntos a idéia de direito. Mencionamos da citada lei, por exemplo, a faculdade conferida ao relator para, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, requisitar informações adicionais, designar peritos para emitir parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria, bem como a permissão, igualmente concedida ao relator, para solicitar aos tribunais superiores, aos tribunais federais e estaduais acerca da aplicação da norma impugnada, podendo vir a ampliar consideravelmente o seu horizonte de compreensão e, por via de conseqüência, a decidir melhor as demandas constitucionais. Significativamente também se mostra a possibilidade de que – atento à relevância da matéria e à representatividade dos postulados – o relator possa autorizar que qualquer outro órgão ou entidade se manifeste, vindo a contribuir para que o tribunal decida as questões constitucionais com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões. Por mais que a lei dê ao juiz, se considerar oportuno e conveniente, a iniciativa para recorrer a essas manifestações, só o fato de ensejá-las representa significativo avanço. Poderá assim o STF enriquecer a interpretação constitucional pela reintegração entre o fato e norma, entre realidade constitucional e texto constitucional, reintegração que se faz tanto necessária quanto sabemos que esses elementos se implicam e se exigem reciprocamente, como condição de possibilidade da compreensão, da interpretação e da aplicação de qualquer modelo jurídico (importante lembrar que a correlação fato-norma é da própria essência do direito, que só é o que é enquanto se manifesta como ordenação jurídica da vida social)”.

por meio do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99. Há, de igual modo, a possibilidade de realização de audiências públicas, para ouvir, em depoimento, pessoas com experiência e autoridade no objeto discutido, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações das informações existentes nos autos de ADIn e ADC, conforme, aliás, prevêm os arts. 9º, § 1º, e 20, § 1º, da mesma Lei 9.868/99. Podemos falar, ainda, numa interpretação doutrinária, realizada pelos cientistas do direito, quer por meios de suas obras ou pareceres, realizando, com isso, análise acurada acerca da norma jurídica, exercendo, sem dúvida, influência direta na interpretação celebrada pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Há, ainda, as chamadas fontes não oficiais, que atuam indiretamente junto as demais fontes supramencionadas. Como negar a influência que a opinião pública exerce ou pode, potencialmente, exercer sobre casos relevantes, polêmicos, que consigam mobilizar uma parcela razoável de cidadãos a discutir com seriedade e profundidade certo tema. Como negar o poder da mídia não só de mobilizar ou conduzir opinião pública, além, é claro de influenciar os demais agentes chamados oficiais de interpretação. Todavia, a participação do cidadão não é sistematizada procedimentalmente, e por vezes, é até celebrada de forma inconsciente, eis que, repita-se, os cidadãos, em sua grande maioria, não possuem, nem sequer, a consciência do alcance e poder de sua própria cidadania, a qual está eterna e indissolavelmente ligada à compreensão de que o cidadão não é apenas o destinatário, mas sim o autor, ou pelo menos co-autor do seu direito. Necessário, portanto, investir cada vez mais, na obtenção de uma cidadania procedimentalmente ativa, em que o cidadão tenha facilitado seu acesso aos meios jurídicos de concretização- interpretação da Constituição. Não há que se abrir mão dos processos formais de exegese constitucional. Há isto sim, que se investir, de modo firme, na criação ou reformulação dos procedimentos que possam instigar, potencializar e efetivar a participação dos cidadãos ou de grupos organizados em tais processos. Potencializando-se ou incentivando-se as audiências públicas, a intervenção dos chamados amigos do processo, ampliando-se os instrumentos dos Juízes constitucionais.

Extrai-se da teoria da legitimação pluralista, elaborada por Peter Häberle, que os intérpretes não oficiais das normas constitucionais acabam fornecendo material valioso à interpretação formulada pelos intérpretes oficiais das normas constitucionais, quando convidados a participar da concretização constitucional.

### **2.3.1.5 Insuficiência dos métodos clássicos de interpretação na concretização das normas constitucionais de direitos fundamentais**

A questão do método de interpretação é indispensável na ciência do direito que trata diretamente com conceitos e com realidades abstratas e, ainda, destina-se a regular a vida social, sendo a contradição a característica mais comum na sociedade capitalista. Qual é o método mais justo à ciência do direito?

A questão ganha especial destaque, quando se trata de interpretar e de concretizar o texto constitucional, uma vez que suas normas têm o caráter amplo e aberto, totalmente inexistente nas demais normas jurídicas em geral.

Há, na Constituição, uma visão construtiva que diz respeito a todos os indivíduos e não apenas aos juristas, razão pela qual a interpretação de qualquer um deles deve atingir o projeto nela encerrado. Por outro lado, verifica-se que os métodos clássicos de interpretação assentam-se, em regra, numa experiência hermenêutica que tem por objetivo as normas infraconstitucionais.

Coloca-se, portanto, a questão de se saber até que ponto é esse método clássico de interpretação é suficiente para a hermenêutica constitucional. Em razão da especificidade da abrangência constitucional, será possível aos métodos clássicos de interpretação atender a complexidade das normas constitucionais?

Ao tratar do tema, Bruno Galindo<sup>153</sup> responde a questões acima ventiladas:

A interpretação constitucional, embora também seja interpretação jurídica, possui caracteres peculiares e nuances próprias que a diferenciam da interpretação das demais normas jurídicas. Isso faz com que a interpretação constitucional se torne uma tarefa ainda mais árdua do que a interpretação jurídica em geral, pois o que ocorre é que, além das considerações da hermenêutica jurídica clássica e contemporânea, deve tal interpretação ser norteadada também pelos cânones específicos da complexa hermenêutica constitucional. No entanto, não abandona a hermenêutica constitucional a contribuição da hermenêutica jurídica clássica, mas enriquece-a doutrinariamente no que diz respeito à interpretação especificamente constitucional. Destaca Baracho que a hermenêutica constitucional, mesmo

---

<sup>153</sup>GALINDO, Bruno. *op. cit.*, p. 127-131.

seguindo princípios próprios do direito constitucional, não abandona os fundamentos da interpretação da norma jurídica em geral utilizados pela teoria geral do direito, pelos magistrados ou pela administração. (...). Apesar disso, ocorre que, na interpretação constitucional, estão presentes outros problemas específicos da constituição, não existentes na interpretação das normas jurídicas infraconstitucionais. A interpretação de uma norma constitucional repercute em todo ordenamento jurídico, ocasionando muitas vezes a incompatibilidade das normas inferiores com a constituição e a declaração de sua inconstitucionalidade precisamente por este motivo. Tudo isso obviamente pelo caráter de supremacia da constituição sobre as demais normas jurídicas. Um segundo problema específico a ser colocado para a hermenêutica constitucional é o forte caráter político-ideológico da constituição. (...). Esse caráter político ideológico da constituição torna difícil, senão impossível, estabelecer critérios absolutos de interpretação. As normas constitucionais contêm uma plasticidade muito grande, adequando-se as mutações sociais sem perder o seu caráter de normas de orientação política do Estado. As considerações políticas na interpretação constitucional são de importância bem maior do que a interpretação das normas infraconstitucionais, sendo necessário que a hermenêutica constitucional auxilie a tarefa da interpretação constitucional de consagrar os valores políticos insculpidos na lei maior. (...). Devido o caráter político ideológico acentuado, as normas constitucionais se comportam em geral como diretrizes fundamentais de todo o ordenamento jurídico estatal. Por essa razão, tais normas têm um alcance demasiado amplo, com uma generalidade e abstração bem maior do que as normas jurídicas em geral, sendo exprimidas muitas vezes por meio de princípios constitucionais. Surge aí o terceiro problema básico da hermenêutica constitucional: a questão da normatividade dos princípios, discutida em outra parte do trabalho, na análise das contribuições de Dworkin e Alexy para a hermenêutica da constituição. Todas essas questões fizeram surgir, na hermenêutica constitucional, a chamada Nova Hermenêutica, que vem para afirmar uma moderna interpretação da constituição, contrapondo-se ao positivismo lógico-formal que prosperou na hermenêutica constitucional do Estado liberal. A Nova Hermenêutica, voltada especificamente para a hermenêutica constitucional, não nega os pressupostos e cânones da hermenêutica jurídica tradicional. A grande diferença dela em relação a esta última é que, enquanto os ensinamentos desta última podem ser aplicados de forma satisfatória na interpretação das normas jurídicas em geral, tal não se dá quando se trata da interpretação da constituição, exatamente pelos fatores a que aludiu. Na interpretação constitucional é preciso ir além; é necessário buscar um sentido mais profundo nas normas constitucionais. Isso se torna ainda mais acentuado com o advento do Estado social e a necessidade da promoção dos direitos fundamentais sociais, assim, como os individuais, denominados de direitos de primeira dimensão e tendo guarida desde o constitucionalismo liberal. (...). Surgida com o inconformismo dos juristas com o positivismo lógico-formal e utilização dos métodos clássicos de interpretação jurídica, a Nova Hermenêutica preconizou novos horizontes para a interpretação constitucional, surgindo com ela novos métodos e considerações hermenêuticas que abalaram a firmeza e estabilidade dos métodos

tradicionais que se tornaram insuficientes para satisfação das novas necessidades sociais, consagradas constitucionalmente como obrigações estatais a serem cumpridas. A Nova Hermenêutica gerou, portanto, perplexidades e incertezas, fundamentalmente por afastar-se do formalismo exacerbado e buscar a construção de uma hermenêutica material da constituição vinculando-se a uma teoria material dela. Esta deixaria de ser, portanto, uma vaga idéia geral e abstrata, carente de força normativa, para efetivamente tornar-se direito, possuir a densidade de uma norma jurídica, já que é, aliás, a principal delas.

Conclui-se que a especificidade da norma constitucional exige uma metodologia própria, buscando não apenas a eleição de um método, mas o conjunto deles, a fim de atender uma ordem que não seja abstrata, razão pela qual vale transcrever a lição de José Joaquim Gomes Canotilho<sup>154</sup>:

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

Isso implica concluir que o ato de interpretar a Constituição não pode se resumir numa operação lógica abstrata, que não estabeleça relação com o problema a ser desafiado e com os próprios destinatários das normas Constitucionais.

O ato interpretativo deve ser concebido pelo desafio do problema que se coloca à frente do intérprete na busca da realização de um resultado constitucionalmente justo<sup>155</sup>, conforme lembra Flávia de Almeida Viveiros de Castro:

O interprete da Constituição deve achar o resultado constitucionalmente correto para o problema que lhe é proposto, através de um procedimento racional e controlável, fundamentar tal resultado de forma coerente, criando, deste modo, a indispensável certeza e previsibilidade jurídica.

Nesse sentido, assim se expressou o Superior Tribunal de Justiça, conforme

<sup>154</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1194. Idem: GEBRAN NETO, Pedro. *op. cit.*, p. 69-70. A lição revela que: “Como já salientado, os diferentes métodos de hermenêutica não se excluem mutuamente. A contrário, utilizam-se concorrentemente, permitindo a extração do melhor sentido do texto, ainda que alguns dos diversos sentidos apurados sejam, por um motivo ou outro, posteriormente relegados. Isso se dá porque nenhum método é aprioristicamente melhor que os demais, unicamente válido ou mesmo pré-fixado pelo ordenamento jurídico (não sendo sequer admissível, pois aprisionaria o interprete)”.

<sup>155</sup>CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. *op. cit.*, p. 70.

destaca Sálvio de Figueiredo, quando decidiu o REsp. nº 299-RJ<sup>156</sup>:

A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo seu aplicador esquecer que o rigorismo na interpretação dos textos pode levar a injustiças.

Assim, a concretização constitucional exige os seguintes elementos: a norma e o problema a ser resolvido, a fim de que o intérprete possa utilizar o conjunto de todos os métodos para solucionar adequadamente a questão constitucional.

Em face da densidade lógico-jurídica que permeia a tese inuniciada, não exitamos em sufragá-la com o intuito de compreender o tema da insuficiência dos métodos clássicos de interpretação para concretização das normas constitucionais de direitos fundamentais, que têm uma visão puramente procedimental, como revela a lição acima transcrita de Bruno Galindo.

### **2.3.2 Métodos da nova interpretação constitucional**

Paulo Bonavides<sup>157</sup> constata que “a moderna interpretação da Constituição deriva de um estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal que tanto prosperou na época do Estado Liberal”.

Nos informes de Paulo Bonavides<sup>158</sup>, com o aparecimento do Estado Social, quando as constituições assumem a forma de autênticos pactos reguladores de sociedades heterogêneas e pluralistas, surge uma nova interpretação constitucional, que “já não se volve para a vontade do legislador ou da lei, senão que se entrega à vontade do intérprete ou do juiz, num Estado que deixa assim de ser o Estado de direito clássico para se converter em Estado de justiça, único onde é fácil a união do jurídico com o social”. Significa dispor que “os modernos métodos de interpretação

---

<sup>156</sup>RSTJ 1 (4) 1554/1562.

<sup>157</sup>BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 476.

<sup>158</sup>*Id. Ibid.*, p. 477.

constitucional caracterizam-se, pois, pelo abandono do formalismo clássico e pela construção de uma hermenêutica material da Constituição”<sup>159</sup>.

Observam-se alguns autores neste contexto, dentre os quais destacam-se Paulo Bonavides<sup>160</sup> e Anna Candida da Cunha Ferraz<sup>161</sup>, assinalando ambos, como métodos da nova interpretação constitucional: o método científico espiritual; o método hermenêutico concretizador.

Com referência a esse dois métodos de interpretação constitucional, não poderíamos passar ao largo da expressiva lição de Anna Cândida da Cunha Ferraz<sup>162</sup> que, nesta passagem, merece transcrição:

Dentre os métodos de interpretação constitucional a doutrina contemporânea aponta os chamados “métodos modernos”, dos quais merecem menção, por sua particular conexão com o tema de mutação constitucional, o método integrativo ou científico espiritual e o método interpretativo de concretização, ambos clara e concisamente expostos por Paulo Bonavides.

Formalizadas essas considerações a respeito do tema acima, é bom que se analise, separadamente, cada um deles.

### 2.3.2.1 Método científico-espiritual<sup>163</sup>

Para Inocêncio Martires Coelho<sup>164</sup> a interpretação constitucional deve levar em consideração a ordem ou o sistema de valores subjacentes à Constituição, e o

<sup>159</sup>NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. *op. cit.* Idem: GALINDO, Bruno. *op. cit.*, p. 130. A lição revela o seguinte: “Surgida com o inconformismo dos juristas com o positivismo lógico-formal e a utilização dos métodos clássicos de interpretação jurídica, a Nova hermenêutica preconizou novos horizontes para a interpretação constitucional, surgindo com ela novos métodos e considerações hermenêuticas que abalaram a firmeza e a estabilidade dos métodos tradicionais que se tornaram insuficientes para a satisfação das novas necessidades sociais, consagradas constitucionalmente como obrigações estatais a serem cumpridas”.

<sup>160</sup>BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, 477-482.

<sup>161</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição, cit.*, p. 49.

<sup>162</sup>*Id.*, *loc. cit.* Em sentido inverso, admitindo a existência da classificação mais ampla de tais métodos da nova interpretação constitucional, manifestam-se: a) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1194-1198 e, b) COELHO, Inocêncio Mártires. *op. cit.*, p. 89-93.

<sup>163</sup>Rudolf Smend apud de BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 477, desenvolveu o método científico-espiritual: “Um novo método interpretativo da Constituição, inteiramente distinto daquele de teor exegético, familiar aos positivistas do Estado liberal, foi desenvolvido no século XX por juristas alemães, tendo à frente Rudolf Smend, o criador da concepção integrativa da Constituição”.

<sup>164</sup>COELHO, Inocêncio Mártires. *op. cit.*, p. 90. Idem: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1196-1197. A lição revela que: “as premissas básicas do método científico-espiritual baseiam-se na necessidade da interpretação da constituição considerar o seguinte: a) as bases de valoração (ordem de valores, sistemas de valores) e, b) o sentido e a realidade da constituição como elemento do processo de integração”.



sentido e a realidade da Constituição como elementos essenciais do processo de integração da sociedade.

No ensejo desta lição, admite-se que o intérprete da Constituição, ao aplicar as normas constitucionais de direitos fundamentais, deve considerar o sistema de valores da Constituição.

Para José Joaquim Gomes Canotilho<sup>165</sup> o recurso à ordem de valores obriga a uma captação espiritual do conteúdo axiológico último da ordem constitucional. A idéia de interpretação como compreensão do sentido e da realidade da lei constitucional, conduz à sua articulação com a integração espiritual real da comunidade e com a realidade do Estado.

Partindo das lições acima destacadas, sustenta-se que o direito é composto também de princípios abertos, razão pela qual devem os intérpretes da instância legislativa, judicial e executiva concretizar os princípios substantivos, quando interpretarem a Constituição.

A interpretação constitucional deve buscar toda a carga de valores dos princípios substantivos, a fim de que possa ser considerada adequada. A tarefa é bipartite, ou seja, atua diretamente no conjunto das normas constitucionais e influencia a interpretação das normas infraconstitucionais.

Esse método de interpretação constitucional inclui, no processo de interpretação, elementos metajurídicos, totalmente desconsiderados pelos integrantes da corrente interpretativista, já que aderem ao formalismo procedimental.

A utilização do método científico-espiritual obriga o intérprete a buscar o espírito da Constituição, razão pela qual não fica vinculado exclusivamente aos símbolos lingüísticos, como entende Paulo Bonavides<sup>166</sup>:

---

<sup>165</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1197.

<sup>166</sup>BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p.479-480.

O intérprete constitucional deve prender-se sempre à realidade da vida, à “concretude” da existência, compreendida esta sobretudo pelo que tem de espiritual, enquanto processo unitário e renovador da própria realidade, submetida à lei de sua integração. Nenhuma forma ou instituto de Direito Constitucional poderá ser compreendido em si, fora da conexidade que guarda com o sentido de conjunto e universalidade expresso pela Constituição. De modo que cada norma constitucional, ao aplicar-se, significa um momento no processo de totalidade funcional, característico da integração peculiar a todo ordenamento constitucional. A Constituição se torna por conseqüência mais política do que jurídica. Reflete-se assim essa nova tomada de sentido na interpretação, que também se “politiza” consideravelmente, do mesmo passo que ganha incomparável elasticidade, permitindo extrair da Constituição, pela análise integrativa, os mais distintos sentidos, conforme os tempos, a época, as circunstâncias. Graças pois a esse novo meio de interpretação, chega-se a amoldar a Constituição às realidades sociais mais vivas. Já não se menosprezam, em conseqüência, os chamados fatores extra constitucionais, que a interpretação formalista costumava ignorar por metajurídicos, mas que têm importante lugar na operação integrativa da Constituição. Disso decorre portanto uma plasticidade maior dos textos constitucionais, bem como uma consideração mais larga e expressiva daquilo que se tem chamado “o espírito da Constituição”, que o intérprete deve buscar tanto quanto Montesquieu perscrutava o espírito das leis.

O método científico-espiritual recebeu críticas<sup>167</sup> dos adeptos do formalismo procedimental, já que, abarcando elementos metajurídicos, afasta a segurança jurídica.

As críticas dirigidas ao método científico-espiritual são mais bem sintetizadas por Bruno Galindo<sup>168</sup>:

O mestre português também tece críticas ao método de Smend. Considera Canotilho que esse método de interpretação é desenvolvido em termos variados e o seu fundamento filosófico e jurídico também não é claro. A excessiva politização da interpretação constitucional, assim como está presente em outros métodos da Nova Hermenêutica, também é algo que pode tornar perigoso, sobretudo se se traduzir em tráfego de soluções de conveniência, a excessivos subjetivismos e a conclusões preconcebidas, como assevera Bonavides. Concordamos com as críticas feitas por Canotilho e Bonavides. De fato, a perspectiva esboçada por Smend

<sup>167</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1197. A lição revela a crítica lançada ao método científico-espiritual, ou seja: “O método científico-espiritual é desenvolvido em termos muito variados e o seu fundamento filosófico-jurídico também não é claro. O pensamento de integração de Smend é aqui sistematicamente invocado”. Para uma visão global cfr. GOERLICH, Wertordnung und Grundgesetz-Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichts, Baden-Baden, 193. Cfr., também, a 3ª edição do Curso de Direito Constitucional, pp. 229 e ss; BONAVIDES, Paulo.

<sup>168</sup> GALINDO, Bruno. *op. cit.*, p. 133.

apresenta-se de forma extremamente vaga e imprecisa, o que permite diversas leituras do seu pensamento, muitas delas provavelmente dissociadas daquilo que o mesmo efetivamente defendeu. A falta de clareza em inúmeros aspectos pode acarretar em um excessivo casuismo interpretativo na medida em que o intérprete venha utilizar o postulado integrativista defendido pelo autor.

Por isso, a ousadia acadêmica tem de dissentir das críticas acima particularizadas, uma vez que a interpretação constitucional, pelo método científico-espiritual, não possibilita o seguinte: arbítrio pessoal dos intérpretes, pois a Constituição é inimiga do absolutismo; a eleição de valores estritamente pessoais dos intérpretes para alcançar um ideal subjetivo de justiça, pois a Constituição é muito mais sábia do que os intérpretes e traduz uma experiência multissecular, um princípio ético que não podem ser ignorados pelos intérpretes.

Nesse sentido, são pertinentes as palavras de Marcio Diniz<sup>169</sup>:

Como objetivo da interpretação tem uma objetividade diante do intérprete que não tolera a captação de outros significados para além daqueles que ela transmite por meio do diálogo hermenêutico. Ao mesmo tempo, o intérprete, não se contenta com a mera reprodução fiel do sentido por ele captado, mas também toma parte na produção deste. No momento prático da hermenêutica constitucional, desse modo, nem o intérprete pode agir arbitrariamente, pois tem na Constituição mesma o limite da sua atividade, nem muito menos pode admitir tenha a Constituição um determinado sentido predeterminado que não possa ser conformado com a posição do intérprete.

A interpretação constitucional pelo método científico-espiritual deve permanecer em conformidade com toda a carga de valores dos princípios da Constituição.

### **2.3.2.2 Método hermenêutico-concretizador**

O método hermenêutico concretizador de interpretação constitucional parte da premissa de que a leitura de um texto normativo inicia-se pela pré-compreensão do seu sentido pelo intérprete. A interpretação do texto constitucional não escapa deste

---

<sup>169</sup>DINIZ, Márcio. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998. p. 230-231.

processo: o intérprete tem a tarefa prática e normativa de preenchê-la de sentido juridicamente criador, concretizando a norma a partir do contexto histórico em que ela se insere, como lembra Inocêncio Mártires Coelho<sup>170</sup>:

(...) a interpretação, que assim se obtém, realçará os aspectos subjetivos e objetivos da atividade hermenêutica – a atuação criadora do interprete e as circunstâncias em que se desenvolve essa atividade – relacionando texto e contexto e transformando o ato interpretativo em movimento de ir e vir, o chamado círculo hermenêutico.

Esse método de interpretação constitucional realça diversos pressupostos da tarefa interpretativa, conforme afirma José Joaquim Gomes Canotilho<sup>171</sup>:

(1) os pressupostos subjectivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional: (2) os pressupostos objectivos, isto é, o contexto, actuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica: (3) relação entre o texto e contexto com a mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em movimento de ir e vir.

O método hermenêutico concretizador necessita concretizar as normas constitucionais, permitindo ao intérprete determinar o conteúdo material das normas constitucionais, ou seja, a concretização pressupõe antecipadamente um entendimento do conteúdo da norma e um vínculo da pré-compreensão do intérprete sobre problema concreto, que se pretende solucionar.

Nesse sentido, assim se expressou Konrad Hesse<sup>172</sup>:

Concretização pressupõe um “entendimento” do conteúdo da norma a ser concretizada. Esse não se deixa desatar da “(pré)-compreensão” do intérprete e do problema concreto a ser resolvido, cada vez. a) o intérprete não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto situado fora da existência histórica, por se assim dizer, arquiédico, senão somente na situação histórica concreta, na qual ele se encontra, cuja maturidade informou seus conteúdos de pensamento e determina seu saber e seu (pré)-juízo. Ele entende o conteúdo na norma de uma (pré)-compreensão, que primeiramente lhe torna possível olhar a norma com certas esperanças,

<sup>170</sup>COELHO, Inocêncio Mártires. *op. cit.*, p. 90. Idem: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1196. A lição revela que: “O método hermenêutico-concretizador arranca da idéia de que a leitura de um texto normativo se inicia pela pré-compreensão do seu sentido através do intérprete. A interpretação da constituição também não foge a este processo; é uma compreensão de sentido, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o interprete efectua uma atividade prático-normativa, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta”.

<sup>171</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1196.

<sup>172</sup>HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. p. 61-63.

projetar-se um sentido do todo e chegar a um anteprojetado que, então, em penetração mais profunda, carece da confirmação, correção e revisão até que, como resultado de aproximação permanente dos projetos revisados, cada vez, ao 'objeto', determine-se univocamente a unidade do sentido. Por causa dessa capacidade de (pré)-juízo de todo entendimento é importante não simplesmente efetuar as antecipações da (pré)-compreensão, senão torná-las conscientes e fundamentá-las mesmo para, assim, corresponder ao mandamento fundamental de toda interpretação: proteger-se contra o arbítrio de idéias e a estreiteza de hábito de pensar imperceptíveis e dirigir o olhar "para as coisas mesmas". A tarefa, que com isso se põe, da fundamentação da (pré)-compreensão é, sobretudo, uma tarefa da Teoria da Constituição que, por sua vez, não é discricionária se ela é obtida com vista à ordem constitucional concreta e, em contínuo dar e tomar, confirmada e corrigida pela prática do caso concreto; e b) só mentalmente, não no procedimento real, é distinguível dessa condição da interpretação constitucional a segunda: "entendimento" e, com isso, concretização, somente é possível com vista a um problema concreto. O intérprete deve relacionar a norma, que ele quer entender, a esse problema, se ele quer determinar seu conteúdo decisivo *hic et nunc*. Essa determinação e a "aplicação" da norma ao caso concreto são um procedimento uniforme, não aplicação posterior de algo dado, geral, que em primeiro lugar é entendido em si, a um fato. Não existe interpretação constitucional independente de problemas concretos. Também a compreensão do problema pressupõe, nisso, um "entendimento"; ela é, por causa disso, igualmente dependente da (pré)-compreensão do intérprete que, por sua vez, carece da fundamentação teórico-constitucional. Teoria da constituição converte-se, com isso, em condição tanto da compreensão da norma como do problema.

Com isso, a compreensão e a concretização das normas constitucionais somente são possíveis em face de um problema concreto a resolver, sem o que não existe interpretação constitucional, razão pela qual o intérprete deve colocar a norma constitucional em relação ao problema concreto levantado, e depois, determinar o conteúdo da norma decisiva.

Para José Joaquim Gomes Canotilho<sup>173</sup>, a essência do método hermenêutico concretizador não é o pensamento axiomático, mas o pensamento problematicamente orientado, razão pela qual não guarda relação com o método tópico problemático de interpretação constitucional, já que este pressupõe o primado do problema perante a norma constitucional, e aquela parte da premissa do texto constitucional em face do problema

---

<sup>173</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1196.

É, nesse aspecto, totalmente pertinente a lição de Paulo Bonavides<sup>174</sup>:

Os intérpretes concretistas têm da Constituição normativa uma concepção diferente daquela esposada pelos de outros métodos, portanto não consideram a Constituição um sistema hierárquico-axiológico, como os partidários da interpretação integrativa ou científico-espiritual, nem como um sistema lógico-axiomático, como os positivistas mais modernos. Ao contrário, rejeitam o emprego da idéia de sistema e unidade da Constituição normativa, aplicando um 'procedimento tópico' de interpretação, que busca orientações, pontos de vista ou critérios-chaves, adotados consoante a norma e o problema a ser objeto de concretização. É uma espécie de metodologia positivista, de teor empírico e casuístico, que aplica as categorias constitucionais à solução direta dos problemas, sempre atenta a uma realidade concreta, impossível de conter-se em formalismos meramente abstratos ou explicar-se pela fundamentação lógica e clássica dos silogismos jurídicos. A razão atua aí inventivamente, uma vez que tais pontos de vista só em parte se extraem da norma. Devem, contudo, vincular-se necessariamente ao problema que os limita, pois se não fora desse modo reinaria da consideração tópica o arbítrio do intérprete.

O pensamento tópico propõe, pois, uma interpretação constitucional vinculada exclusivamente ao problema concreto, partindo deste para chegar a uma norma de solução. O sistema constitucional é mero ponto de vista para o ilimitado método tópico-problemático de interpretação constitucional.

Konrad Hesse<sup>175</sup> lança algumas objeções ao comentar os limites da interpretação constitucional, partindo da premissa de que a Constituição é o próprio limite da tarefa concretizadora formalizada pelo intérprete constitucional, razão pela qual afirma o seguinte:

A vinculação da interpretação à norma a ser concretizada, à (pré)-compreensão do interprete e ao problema concreto a ser resolvido, cada vez, significa, negativamente, que não pode haver método de interpretação autônomo, separado desses fatores, positivamente, que o procedimento de concretização deve ser determinado pelo objeto da interpretação, pela Constituição e pelo problema respectivo. (...) Interpretação está vinculada a algo estabelecido. Por isso, os limites da interpretação constitucional estão lá onde não existe estabelecimento obrigatório da Constituição, onde terminam as possibilidades de uma compreensão conveniente do texto da norma ou onde uma resolução iria entrar em contradição unívoca com o contexto da norma. Estabelecimentos obrigatórios podem, nisso, também estar contidos em Direito Constitucional não-escrito. Como, entretanto, direito não-escrito não, deve entrar em contradição com a *constitutio scripta*, é esta um limite insuperável da interpretação constitucional. Esse limite é

<sup>174</sup>BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 482.

<sup>175</sup>HESSE, Konrad. *op. cit.*, p. 63, 69.

pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição. Ele inclui a possibilidade de uma mutação constitucional por interpretação, ele inclui um rompimento constitucional – o desvio do texto em cada caso particular – e uma modificação constitucional por interpretação. Onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição. Ambos estão proibidos a ele pelo direito vigente. Mesmo que um problema, por conseguinte, não se deixe resolver adequadamente por concretização, o juiz, que está vinculado à Constituição, não tem livre escolha dos *topoi*.

O método hermenêutico-concretizador traduz uma não-identidade de norma e do texto da norma<sup>176</sup>, razão pela qual o intérprete deve procurar compreender a norma constitucional considerando a própria norma constitucional a ser concretizada, ou seja, levando em consideração o programa normativo e o domínio normativo, conforme lembra Konrad Hesse<sup>177</sup>:

Se a Constituição, como mostrado, não contém um sistema concluído e uniforme, lógico-axiomático ou hierárquico de valores – a interpretação de suas normas não só pode estar na assimilação de algo determinado, então ela requer um procedimento de concretização que corresponda a este tipo: no avanço “tópico” guiado e limitado normativamente, isto é, porém, vinculado normativamente, devem ser achados e demonstrados pontos de vista dirigentes, no caminho da *inventio* são buscados no pró e contra da conformidade com a opinião empregados, e fundamentem a decisão ao evidente e conveniente quanto possível. Se esses pontos de vista contêm premissas materialmente apropriadas e férteis, então elas possibilitam deduções que conduzem para a resolução do problema ou, então, contribuem. Nisso, não está na discricção do interprete quais *topoi* ele, da multiplicidade dos pontos de vista possíveis, quer considerar. Ele deve, por um lado, empregar somente tais pontos de vista para a concretização que estão relacionados com o problema; a determinação pelo problema exclui *topoi* não-apropriado. Por outro lado, ele, 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.

O método hermenêutico-concretizador, para compreender e concretizar o texto da norma constitucional, não dispensa os métodos clássicos de interpretação

<sup>176</sup>MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 38-41. Idem: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1202. A lição revela que: “O recurso ao texto para se averiguar o conteúdo semântico da norma constitucional não significa a identificação entre texto e norma. Isto é assim mesmo em termos lingüísticos, a norma é o que se revela ou designa”.

<sup>177</sup>HESSE, Konrad. *op. cit.*, p. 63-64.

jurídica, nem os princípios auxiliares da interpretação constitucional, a fim de obstar o arbítrio e o subjetivismo do intérprete.

Konrad Hasse<sup>178</sup> para estruturar a concretização constitucional destaca princípios específicos de interpretação constitucional. Tais princípios são os seguintes: princípio da unidade da constituição, princípio da concordância prática; princípio do critério da correção funcional; princípio do efeito integrador e da força normativa da constituição.

Esses princípios serão, um a um, analisados, ato contínuo à abertura do tema, como princípios auxiliares da interpretação constitucional.

## 2.4 Princípios auxiliares da interpretação constitucional

Se toda interpretação exige um método, como mediador entre o intérprete e o objeto, na interpretação constitucional haverá sempre certos postulados que deverão anteceder cronologicamente esta tarefa para solução concreta do problema.

Nesse sentido, assim se expressou Celso Ribeiro Bastos<sup>179</sup>:

Postulado é um comando, uma ordem mesma, dirigida à todo aquele que pretende exercer a atividade interpretativa. Os postulados precedem a própria interpretação, e se se quiser, a própria Constituição. São, pois, parte de uma etapa anterior á de natureza interpretativa, que tem de ser considerada enquanto fornecedora de elementos que se aplicam à Constituição, e que significam, sinteticamente, o seguinte: não poderás interpretar a Constituição devidamente sem antes atentares para estes elementos. Trata-se de uma condição, repita-se, da interpretação. Não se terá verdadeira atividade interpretativa se não estiver o interprete bem imbuído dessas categorias. Concluindo, o interprete fica diante de enunciados cogentes, dos quais a sua atividade (interpretativo-constitucional) não pode descurar.

Seja a exigência anterior à tarefa interpretativa, denominada de postulados ou princípios ou pressupostos ou instrumentos prévios ou hermenêutica, o que importa

---

<sup>178</sup>Konrad Hesse *apud* de GALINDO, Bruno. *op. cit.*, p. 146.

<sup>179</sup>BASTOS, Celso Ribeiro. *op. cit.*, p. 95-96. Idem: BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 370.



é que o intérprete tenha consciência de que no universo hermenêutico constitucional uma interpretação não se formalizará dispensando certos princípios que o objeto determina.

Esses postulados não estão no texto constitucional, mas são instrumentos de auxílio do intérprete na tarefa da interpretação das normas constitucionais de direitos fundamentais.

Com referência a falta de positivação dos Princípios Auxiliares de Interpretação Constitucional, não se poderia desconsiderar a expressiva lição de Luís Roberto Barroso<sup>180</sup> que, nesta passagem, merece transcrição.

Os princípios instrumentais de interpretação constitucional constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta. Nenhum deles encontra-se expresso no texto da Constituição, mas são reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência.

Não há nesse sentido nenhuma opção valorativa prévia, já que funcionam exclusivamente como instrumentos de auxílio na busca dos valores da constituição.

Trata-se de um catálogo<sup>181</sup> de princípios germinados pelos esforços doutrinários e jurisprudenciais para auxiliar a tarefa da interpretação das normas constitucionais de direitos fundamentais.

Os princípios a seguir alinhados são classificados por José Joaquim Gomes Canotilho<sup>182</sup> como catálogos dos princípios constitucionais desenvolvidos a partir de uma postura metódica hermenêutica-concretizante. Este catálogo que os autores<sup>183</sup>

---

<sup>180</sup>BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 97.

<sup>181</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1207. A lição revela que: “A elaboração (indutiva) de um catálogo de tópicos relevantes para a interpretação constitucional está relacionada com a necessidade sentida pela doutrina e práxis jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa: (1) relevantes para a decisão do problema prático, (2) metodicamente operativos no campo do direito constitucional formal e material, princípios jurídico-funcionais (ex.: princípio da interpretação conforme a constituição) e princípios jurídico-materiais (ex.: princípio da unidade da constituição, princípio da efetividade dos direitos fundamentais); (3) constitucionalmente praticáveis, isto é, susceptíveis de ser esgrimidos na discussão de problemas constitucionais dentro da base de compromisso cristalizada nas normas constitucionais (princípio da praticabilidade)”.

<sup>182</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1207.

<sup>183</sup>BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 371-374. A lição revela um catálogo distinto de princípios direcionadores da interpretação constitucional, o qual abrange seguintes princípios: a) princípio da supremacia da constituição, b) princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público, c) princípio da unidade da constituição, d) princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, e) princípio da efetividade.

recortam de forma diversa tornou-se um ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional.

Quanto á análise desses princípios, serão um a um, em seguida, comentados.

#### 2.4.1 Princípio da unidade da Constituição

O princípio da unidade da constituição exige que as normas constitucionais sejam interpretadas de forma a se evitar contradições entre elas.

Sobre isso, assim se expressou José Joaquim Gomes Canotilho<sup>184</sup>:

O princípio da unidade da constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismo) entre suas normas. Como ponto de orientação, guia de discussão e factor hermenêutico de decisão, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição em sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existente entre as normas constitucionais a concretizar (ex.: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno e unitário de normas e princípios.

O princípio da unidade da constituição obriga o intérprete a considerar as normas constitucionais não isoladas e dispersas, mas a considerar a constituição na sua totalidade, a fim de evitar os riscos das antinomias<sup>185</sup>.

---

<sup>184</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1207.

<sup>185</sup>*Id. Ibid.*, p. 1221. A lição revela como solucionar eventuais tensões entre normas constitucionais, quando trata do tema interpretação e ponderação de bens. A lição foi transcrita integralmente, quando desenvolvemos o seguinte assunto: interpretação lógico-sistemática. Idem: BASTOS, Celso Ribeiro. *op. cit.*, p. 149. A lição revela como evitar antinomias de princípios, quando explica que: “Os princípios permeiam toda a Constituição, chocando-se, por vezes, uns com os outros, o que necessitará, evidentemente, da devida harmonização com a cedência parcial recíproca”. Idem: BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 212. A lição revela a inexistência de antinomias, quando transmite que: “O fundamento subjacente a toda a idéia de unidade hierárquico-normativa da Constituição é o de que as antinomias eventualmente detectadas serão sempre aparentes e, *ipso facto*, solucionáveis pela busca de um equilíbrio entre as normas, ou pela legítima exclusão da incidência de algumas delas sobre da hipótese, por haver o constituinte disposto nesse sentido. Não se reconhece, assim, a existência de antinomias jurídicas reais, qualificadas por Tércio Sampaio Ferraz Jr. Como sendo ‘a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo prestigia o princípio da unidade da constituição, a fim de obstar antinomias de normas constitucionais, conforme destaca Andrades Marques, quando decidiu a Ap. nº 146.692-1/6<sup>186</sup>:

A liberdade de exercício de culto religioso assegurada pelo art. 5º, VI, da Constituição Federal, não autoriza o abuso na utilização de instrumentos sonoros a desrespeitar o repouso da coletividade e normas municipais. (...) Os vizinhos têm também o direito à intimidade (art. 5º, X, da CF) e, também, à liberdade de consciência e de crença (art. 5º VI, da CF), prejudicados estes direitos fundamentais pelo som da apelante.

Trata-se de tarefa relevante, geralmente difícil, inclusive pela própria característica política da Constituição que representa, muitas das vezes, uma solução de compromisso entre as demais forças que atuam politicamente.

Sua natureza é, eminentemente dialética e, expressa um consenso fundamental. De suas normas emana o pluralismo de idéias, presente no momento

---

parcialmente), emanadas de autoridade competente num mesmo âmbito normativo, que coloca o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado”. Em sentido inverso: DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 118. A lição revela a possibilidade da existência de antinomia entre normas constitucionais, razão pela qual afirma que: “Como já demonstrado, se ante um conflito entre duas ou mais normas constitucionais ou ainda, entre o critério hierárquico e do da especialidade, por exemplo, não for possível solucionar a antinomia, surgirá a antinomia real ou lacuna de conflito, por haver incompletude dos meios de sua resolução, logo aqueles conflitos não poderão ser solucionados por quaisquer critérios normativos, embora possam ser suprimidos pela edição de uma terceira norma, ou seja, por uma norma derogatória (p. ex., uma emenda), que opte por uma delas. Porém, isso não exclui a possibilidade de uma solução por meio de uma interpretação corretiva e equitativa do jurista e do aplicador, que (...), opta pela norma que, ao ser aplicada, não produzir efeitos contrários aos fins e às valorações, pelos quais se modela a ordem jurídica”. Para justificar a antinomia das normas constitucionais, ventilada pela autora, transcrevemos a lição das fls. 114 que oferece o seguinte exemplo: “Com efeito, o que o art. 33 está ensejando é, na verdade um brutal ataque ao princípio da igualdade jurídica, que manda tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. (...) Enquanto os afortunados beneficiários de precatórios expedidos no dia seguinte da promulgação irão receber os seus créditos contra as Fazendas Públicas sem outra peia que não a da ordem cronológica de pagamento, os infelicitados credores, que a rigor, antes deles, já estariam na fila do recebimento dos seus quinhões, sofrerão o rude golpe da paralisação punitiva... Mas a antinomia não decorre apenas da norma do art. 33º do referido Ato com o princípio da isonomia, que está rigorosamente instituído pelo texto constitucional no art. 5º, pois ela também contrasta com a disposição taxativa constante do art. 100º da mesma Carta, que, na esteira do princípio em referência, sacramenta outro princípio não menos relevante, que é o da extinta obediência a ordem cronológica dos pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas”. O Supremo Tribunal Federal, a respeito dessa específica discussão sobre o artigo 33 do ADCT, rejeita a possibilidade de antinomia de normas constitucionais, como destaca José Celso de Mello Filho, quando decidiu o RE nº 160.486-7-SP publicado na RDA nº 201/157: “Inexiste qualquer relação de antinomia real ou insuperável entre norma inscrita no art. 33 do ADCT e os postulados da isonomia, da justa indenização, do direito adquirido e do pagamento mediante precatórios, consagrados pela disposições permanentes da Constituição da República, eis que todas essas cláusulas normativas, inclusive aquelas de índole transitória, ostentam grau idêntico de eficácia e de autoridade jurídica”.

<sup>186</sup>RT 676/98.

de sua elaboração. E é, exatamente, em função dessa característica particular, que o intérprete deve visar à interpretação que examine a Constituição em sua totalidade, já que é um sistema normativo, e não uma simples reunião de normas justapostas.

Com referência à unidade da interpretação, não se poderia desconsiderar a expressiva lição de Luís Roberto Barroso<sup>187</sup> que, nesta passagem, merece novamente transcrição:

A idéia de unidade da ordem jurídica se irradia a partir da Constituição e sobre ela também se projeta. Alias, o princípio da unidade da constituição assume magnitude pelas dificuldades geradas pela peculiaríssima natureza do documento inaugural e instituidor da ordem jurídica. É que a Carta fundamental do Estado, sobretudo quando promulgada em via democrática, é o produto dialético do confronto de crenças, interesses e aspirações distintos quando não colidentes. Embora expresse um consenso fundamental quanto a determinados princípios e normas, o fato é que isso não apaga o “pluralismo e antagonismo de idéias subjacentes ao pacto fundador.” É precisamente por existir pluralidade de concepções que se torna imprescindível a unidade na interpretação. Afinal, a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas idéias que configuram um núcleo irreduzível condicionante da inteligência de qualquer de suas partes. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas. Deverá fazê-lo guiado pela grande bússola da interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais, e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior.

Trata-se, então, de buscar uma unidade de sentido da Constituição. A tarefa da interpretação ocorre, portanto, com o intérprete sempre voltado para a unidade da Constituição, compreendida como sistema normativo.

#### **2.4.2 Princípio do efeito integrador**

O princípio do efeito integrador está diretamente relacionado ao princípio da unidade da Constituição, e exige que, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, deve-se privilegiar a interpretação que favoreça a manutenção da

---

<sup>187</sup>BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 196.

unidade política da Constituição.

Joaquim Gomes Canotilho<sup>188</sup> adverte que essa postura não significa, em absoluto, negar a existência de conflitos e de tensões:

(...) o princípio do efeito integrador significa precisamente isto: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política. Como tópico argumentativo, o princípio do efeito integrador não assenta numa concepção integracionista de Estado e da sociedade (conducente a reducionismos, autoritarismos, fundamentalismos e transpersonalismos políticos), antes arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras.

Significa dizer que, quando existirem conflitos entre normas constitucionais, a interpretação deve ser feita no sentido de promover solução integradora.

### 2.4.3 Princípio da máxima efetividade

O princípio da máxima efetividade exige que cada norma constitucional deve ser interpretada no sentido da qual decorra sua maior eficácia. Em outro sentido, ocorrendo mais de um entendimento possível ou dúvidas, deve prevalecer a interpretação que resultar em maior carga de eficácia para a norma constitucional, conforme afirma José Joaquim Gomes Canotilho<sup>189</sup>:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas, é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvida deve preferi-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)

---

<sup>188</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1208. Idem: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais, cit.*, p. 78. A lição revela que o princípio do efeito integrador, indissolavelmente associado ao princípio da unidade da constituição, ao determinar que, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, se dê preferência à interpretação que mais favoreça a integração social, reforçando a unidade política.

<sup>189</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1208.

A essência do princípio da máxima efetividade é exatamente obstar o empobrecimento da Constituição, preservando a carga material de cada norma constitucional, como bem explica Celso Ribeiro Bastos<sup>190</sup>:

O postulado é válido na medida em que por meio dele se entenda que não se pode empobrecer a Constituição. O que efetivamente significa este axioma é o banimento da idéia de que um artigo ou parte dele possa ser considerado sem efeito algum, o que equivaleria a desconsiderá-lo mesmo. Na verdade, neste ponto, acaba por ser um esforço do postulado da unidade da Constituição. Não se pode esvaziar por completo o conteúdo de um artigo, qualquer que seja, pois isto representaria uma forma de violação da Constituição. (...) Concluindo, o postulado da efetividade máxima possível se traduz na preservação da carga material que cada norma possui, e que deve prevalecer, não sendo aceitável sua nulificação nem que parcial.

O Supremo Tribunal Federal recorre ao princípio da máxima efetividade, a fim de propiciar a ótima eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais, conforme destaca José Celso de Mello Filho, quando decidiu o AgRg no RE nº 271.286-8-RS<sup>191</sup>:

Paciente com HIV/AIDS. Pessoa destituída de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde pública. Fornecimento gratuito de medicamentos. Dever constitucional do Poder Público. (CF, art. 5º, caput, e 198). Precedentes (STF). Recurso de Agravo Improvido. O direito a saúde representa conseqüência indissociável do direito à vida. O direito subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integralidade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular e implantar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional e sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado Brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele dispostas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o

---

<sup>190</sup>BASTOS, Celso Ribeiro. *op. cit.*, p. 105.

<sup>191</sup>TAVARES, André Ramos. *op. cit.*, p. 387.

cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental. Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. O reconhecimento judicial de validade de programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concepção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

A decisão é relevantíssima, já que não visualiza as normas constitucionais como mera promessa de governo, destituídas de eficácia, razão pela qual tal idéia encontra guarida na lição de Willis Santiago Guerra Filho<sup>192</sup>:

(...) na interpretação de norma constitucional, se atribua a ela o sentido que a confira maior eficácia, sendo de se observar que, atualmente, não mais se admite haver na Constituição normas que sejam meras exortações morais ou declarações de princípios e promessas a serem atendidos futuramente. Tal princípio assume particular relevância na inteligência das normas consagradoras de direitos fundamentais.

Se a Constituição visa a regular a realidade social e, também, a indicar uma visão prospectiva, não é possível aceitar-se uma interpretação que não favoreça sua máxima efetividade.

#### **2.4.4 Princípio da exatidão funcional**

O princípio da exatidão funcional, também conhecido como princípio da justeza, tem o propósito de obstar, em sede de concretização constitucional, a alteração da repartição das funções constitucionalmente estabelecidas.

É, nesse aspecto, totalmente pertinente a lição de José Joaquim Gomes Canotilho<sup>193</sup>:

---

<sup>192</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, cit., p. 79.

<sup>193</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1208-1209. Idem: CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Ed., 1993. p. 325-329. A lição é pertinente ao princípio da exatidão funcional, ou seja: "Transparece, pois, em observação ligeira, que nada impede que a pessoa política deixe de exercer, no todo ou em parte, sua competência tributária. Este, inclusive, é o caudatário natural da incidência da competência tributária. A não

O princípio da conformidade constitucional tem em vista impedir, em sede de concretização da constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida. O seu alcance primeiro é este: o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido. É um princípio importante a observar pelo Tribunal Constitucional, nas suas relações com o legislador e governo, e pelos órgãos constitucionais nas relações verticais do poder (Estado/regiões, Estado/autarquias locais). Este tende, porém, hoje, a ser considerado mais como um princípio autónomo de competência do que como um princípio de interpretação da constituição.

É defeso ao intérprete constitucional chegar a resultados que alterem a estrutura organizatória e funcional da Constituição, já que o princípio da exatidão funcional visa mais à preservação da competência<sup>194</sup> das pessoas políticas de direito público interno, do que propriamente a ser diretriz de interpretação constitucional.

#### 2.4.5 Princípio da concordância prática

O princípio da concordância prática, também conhecido como de harmonização, visa a conformar possíveis contradições de valores na Constituição, a fim de que a aplicação de um deles não acarrete necessariamente o sacrifício do outro.

---

utilização, porém, por parte de uma pessoa política, de sua competência tributária, não autoriza qualquer outra a dela tomar mão. Tal usurpação configuraria irremissível inconstitucionalidade. Primorosa, a respeito, a lição de Aliomar Baleeiro: ‘Dentro do ponto de vista da técnica jurídico-constitucional, parece supérfluo estatuir que o não exercício da competência tributária pela Pessoa que é dela titular não defere a Pessoa de Direito Público Interno diversa. A competência fiscal não é res nullius de que outra Pessoa de Direito Público se poderá aproveitar pela inércia do titular dela.’ Cada pessoa política, pois, possui sua própria competência tributária, sendo-lhe defeso invadir, sob pena de inconstitucionalidade, campo tributário alheio. Explanemos melhor estas noções. Até hoje (início de 1993), a União não criou o imposto sobre grandes fortunas, tributo de sua competência explícita (art. 153, VII da CF). Nada, porém, pode obrigá-la a instituí-lo. Do mesmo modo, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal não podem criar este tributo, a pretexto de que, até o presente momento, a União com ele não se ocupou. Se o fizerem, estarão indo para além das extremas da Constituição e, ao cabo de contas, produzindo atos nulos, incapazes de gerar quaisquer efeitos?. Por quê? Porque cada pessoa política recebeu, da Carta da República, competências tributárias exclusivas, que não podem ser impunemente invadidas por outras pessoas políticas. Em suma: ou a União, no caso apontado, cria, ela própria, o imposto sobre o patrimônio ou a nenhuma outra pessoa política será dado validamente fazê-lo”.

<sup>194</sup>PEIXINHO, Manoel Messias. *op. cit.*, p. 108. A lição revela que: “o princípio estabelece a imperatividade do respeito à divisão das funções constitucionais e sua inalterabilidade. Assim, é inadmissível uma interpretação que atente contra a divisão de competência insculpida na Magna Carta”.



Com referência à harmonização dos valores constitucionalmente protegidos, quando existir contradição não se pode desprezar a expressiva lição de José Joaquim Gomes Canotilho:<sup>195</sup>

Reduzido ao núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflitos de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros. O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a idéia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre bens.

Na maioria das vezes, as Constituições expressam valores de diversos setores da sociedade, razão pela qual, em tese, surgem as contradições no texto constitucional. Todavia, sob o aspecto jurídico não podem existir contradições constitucionais, razão pela qual o intérprete deve utilizar técnicas específicas para concretizar a harmonização do sistema constitucional.

Isso porque o princípio da concordância prática exige uma harmonização dos valores constitucionalmente protegidos, a fim de não acarretar a exclusão absoluta de um ou alguns deles, como bem explica Willis Santiago Guerra Filho<sup>196</sup>:

No problema a ser solucionado em face da Constituição, confrontar os bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando, de modo a, no caso concreto sob exame, se estabeleça qual ou quais dos valores em conflito deverá prevalecer, preocupando-se, contudo, em otimizar a preservação, igualmente, dos demais, evitando o sacrifício total de uns em benefícios dos outros.

---

<sup>195</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1209. Idem: COELHO, Inocêncio Mártires. *op. cit.*, p. 91. A lição revela que: “os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício de outro, o que só se alcança na aplicação ou na prática do texto”. Em sentido inverso: SPITZCOVSKY, Celso. Princípio da concordância prática. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, n. 49, p. 37-45. A lição revela que, admite o sacrifício de um dos bens conflitantes, em nome do princípio da unidade constitucional, vez que “a constatação de incongruências ou contradições e a sua conseqüente eliminação, colaboram para que esta unidade seja efetivada saindo do campo da ficção. O entendimento contrário levaria a um choque intransponível que acabaria por descaracterizar o próprio texto”, acrescentando “A unidade da Constituição é um ideal a ser atingido a qualquer custo, não havendo demérito nenhum em admitir-se que alguns casos a contradição é insuperável, sendo necessário, pois, em nome do valor maior da unidade sacrificar-se uma das normas”.

<sup>196</sup>GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais, cit.*, p. 80.

A interpretação não pode, nem deve atribuir a uma norma constitucional um significado que acarrete contradição relacionada às demais normas do sistema constitucional.

Sobre o assunto, assim se expressou Celso Ribeiro Bastos<sup>197</sup>:

Assim, o postulado da harmonização impõe que a um princípio ou regra constitucional não se deva atribuir um significado tal que resulte ser contraditório com outros princípios ou regras pertencentes à Constituição. Também não se lhe deve atribuir um significado tal que reste incoerente com os demais princípios ou regras. Além disso, a uma regra constitucional se deve atribuir um conteúdo de tal forma que esta regra resulte o mais coerente possível com as demais regras pertencentes ao sistema constitucional.

Buscando, com dificuldade, uma hipótese em que tem aplicabilidade o princípio da concordância prática para demonstrar adesão à doutrina transcrita, cita-se o cotejo do artigo 5º, IX (“é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”) e do artigo 220, I, (“regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendam, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada”). Extrai-se daí a concordância prática entre ambos na medida em que a participação do Poder Público, na regulamentação das diversões e espetáculos públicos, limite-se à esfera da recomendação (quanto ao público, horários, e local de exibição), e nunca à da manifestação sobre o seu conteúdo (o que teria, nitidamente, a natureza de censura), ainda que assim procedesse em nome do interesse público.

Sendo assim, nenhum princípio ou regra deve exigir do intérprete aplicação absoluta frente a outro divergente, até porque, ao aplicar uma norma da Constituição, aplica-se toda a Constituição.

---

<sup>197</sup>BASTOS, Celso Ribeiro. *op. cit.*, p. 106-107.

#### 2.4.6 Princípio da força normativa da constituição

O princípio da força normativa da constituição determina ao intérprete, na solução de questões constitucionais, o dever de atualizar<sup>198</sup> a norma constitucional, a fim de que se mantenham a eficácia e a permanência através dos tempos.

Sob esse prisma, é totalmente pertinente a lição de José Joaquim Gomes Canotilho<sup>199</sup>:

Segundo o princípio da força normativa da constituição na solução dos problemas jurídicos-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Conseqüentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a actualização normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.

O princípio da força normativa da constituição expressa é, pois, muito simplesmente, a constituição que, sendo uma lei, como lei deve ser aplicada, razão pela qual, afasta-se a tese utrapassada que atribui a algumas normas da constituição um sentido de direção política, um valor declaratório e um caráter meramente programático<sup>200</sup> inexistente nas demais leis.

Esse princípio contraria diretamente a teoria defendida por Ferdinand Lassale de que as normas constitucionais não possuíam força normativa frente aos fatores

---

<sup>198</sup>BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p 483. Extrai-se da lição que: “Não resta dúvida que interpretar a Constituição normativa é muito mais do que fazer-lhe claro o sentido: é sobretudo atualiza-la”. Idem: CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. *op. cit.*, p. 60-61. A lição revela o seguinte: “Nunca é demais lembrar que interpretar é atualizar a Constituição e, afinal, a vontade do constituinte nela inscrita. Portanto, seria contraditório buscar as soluções dos problemas constitucionais no passado. A Constituição e a vontade do constituinte se tornam objetivas, ao mesmo tempo em que as idéias, fatos e opiniões, que lhes deram origem ficam cada vez mais localizados em seu tempo pretérito”.

<sup>199</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1210. Idem: MÜLLER, Friedrich. *op. cit.*, p. 78. Extrai-se da lição que: “Na solução de problemas de direito constitucional deve-se preferir aos pontos de vista que promovam sob os respectivos pressupostos a eficácia ótima da constituição normativa”.

<sup>200</sup>GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a constituição que teremos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985. p. 46. Extrai-se da lição que: Cumpre-nos, pois, desmistificar a Constituição, conferindo imediata eficácia e aplicação a suas disposições, inclusive as ditas programáticas. Idem: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1160-1161.

reais de poder, como bem explica Konrad Hesse<sup>201</sup>:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. (...) A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizado por Lassalle. Ela não se afigura impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder, tal como ensinado por Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo sociológico que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realizierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição.

Percebe-se, então, que o direito constitucional existe para realizar-se. Nesse sentido, as lições de Luís Roberto Barroso tratam da ascensão científica e política do direito constitucional em nosso país, declarando o seguinte:

O direito constitucional brasileiro vive um momento virtuoso (...) duas mudanças paradigmáticas deram-lhe nova dimensão: a) o compromisso com a efetividade de suas normas, e (...). Passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento da sua força normativa, do caráter vinculado e obrigatório de suas disposições, superada a fase em que eram tratada como um conjunto de aspirações políticas e uma convocação à atuação dos Poderes Públicos<sup>202</sup>.

E ainda:

O Direito existe para realizar-se. O Direito Constitucional não foge a este designio. Como adverte Biscaretti di Ruffia, sendo a Constituição a própria ordenação suprema do Estado, não pode existir uma norma ulterior, de grau superior, que a proteja. Por conseguinte ela deve encontrar-se em si mesma a própria tutela e garantia. Fica, por conseguinte, desde logo rejeitada a idéia de que o Direito Constitucional seria um Direito sem sanção<sup>203</sup>.

O intérprete tem, pois, o dever constitucional de atualizar<sup>204</sup> as normas

<sup>201</sup>HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. p. 15, 25.

<sup>202</sup>BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós modernidade, teoria crítica e pós positivismo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 225, p. 34, jul./set. 2001.

<sup>203</sup>BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 87.

<sup>204</sup>BASTOS, Celso Ribeiro. *op. cit.*, p. 53-54. A lição revela que: "A norma constitucional, muito frequentemente, apresenta-se como uma petição de princípios ou mesmo como uma norma programática sem conteúdo preciso ou delimitada. Como consequência direta desse fenômeno, surge a possibilidade da chamada atualização das normas constitucionais. Aqui a interpretação cumpre uma

constitucionais para a dinâmica da vida social, porque são dotadas de caráter amplo, aberto. O direito constitucional impôs a positividade dos princípios, implícitos e explícitos, assegurando a força normativa da constituição, independentemente de lei integrativa, como afirma Pietro Perlingieri<sup>205</sup>:

Não existem, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. (...) Portanto, a normatividade constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra de hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.

Se princípios são espécies de normas, além de meras regras, esses têm eficácia, aplicabilidade e vinculabilidade, impondo-se de forma definitiva a todos os intérpretes da constituição.

O Superior Tribunal de Justiça recorre ao princípio da força normativa da constituição, a fim de propiciar a ótima eficácia das normas constitucionais, conforme destaca José Delgado, quando decidiu o REsp. nº 249026-PR<sup>206</sup>:

FGTS. Levantamento, tratamento de familiar portador do vírus HIV. Possibilidade. É possível o levantamento do FGTS para fins de tratamento de portador do vírus HIV, ainda que tal moléstia não se encontre elencada no artigo 20, XI, da Lei 8036/90, pois não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim considerá-la com temperamento, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante o preceito maior insculpido na Constituição Federal garantidor do direito à saúde, à vida e a dignidade humana e, levando-se em conta o caráter social do Fundo que é, justamente, assegurar ao trabalhador o atendimento de suas necessidades básicas e de seus familiares.

Em resumo: interpretação adequada é aquela que alcança a concretização das normas constitucionais dentro das condições reais dominantes, em determinada

---

função muito além da de mero pressuposto de aplicação de um texto jurídico, para transformar-se em elemento de constante renovação da ordem jurídica, de modo a atender, dentro de certos limites oriundos da forma pela qual a norma está posta, às mudanças operadas na sociedade, mudanças tanto no sentido do desenvolvimento quanto no de existência de novas ideologias”.

<sup>205</sup>PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 11-12.

<sup>206</sup>NUNES, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 91. Idem: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição, cit.*, p. 336. O autor para demonstrar a superação do legalismo estrito, também, indica o REsp. nº 249.026-PR. Idem: FAGUNDES JUNIOR, José Cabral Pereira. *Direito à vida privada e à intimidade do portador do HIV*. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 42.

situação e em nome do princípio da força normativa da constituição.

Como se vê, a interpretação constitucional não dispensa qualquer um de seus mecanismos para encontrar um resultado correto, através de um procedimento racional, fundamentado e controlável. A interpretação constitucional tem a função de concretizar as normas constitucionais, mediante ato formal de seus intérpretes. Entretanto, neste trabalho realça-se a concretização das normas constitucionais de direitos fundamentais formalizada pelo Poder Judiciário.

### 3 CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL E REALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO<sup>207</sup>

#### 3.1 Distinção entre concretização constitucional e realização da Constituição

Para o direito constitucional, a questão da interpretação é fundamental, na medida em que, em razão do caráter amplo e aberto das normas constitucionais, os problemas relacionados à captação de seu conteúdo serão mais freqüentes do que em outros ramos do direito, cujas normas têm grau maior de concretude, como bem explica Celso Ribeiro Bastos<sup>208</sup>:

Segundo Konrad Hesse, para o Direito Constitucional, a importância da interpretação é fundamental em razão do caráter aberto e amplo da Constituição, sendo que por isso os problemas de interpretação surgem com maior freqüência do que em outros setores do Direito.

E é, exatamente, em função dessa característica peculiar das normas constitucionais, que o intérprete deve preencher de sentido uma norma constitucional que precisa de concretização, a fim de possibilitar solução de questões constitucionais.

Com referência à densificação de normas, é preciso dar relevância à expressiva lição de José Joaquim Gomes Canotilho<sup>209</sup>:

Densificar uma norma significa preencher, completar e precisar o espaço normativa de um preceito constitucional, especificamente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, de problemas concretos.

A interpretação constitucional funciona como exigência prática da aplicação e da concretização das normas constitucionais. Nesse sentido, temos a lição, de raro

---

<sup>207</sup>MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. Processo de realização dos direitos fundamentais: um caminho teórico para distinguir os fenômenos “efetivação” e “concretização”. *Revista de Mestrado Direito da UNIFIEO*, Osasco, n. 5, p. 123, 2005. O artigo de raro brilhantismo trata diferentemente os institutos utilizados neste trabalho de conclusão de curso.

<sup>208</sup>BASTOS, Celso Ribeiro. *op. cit.*, p. 53.

<sup>209</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1185.

brilhantismo, de Anna Candida da Cunha Ferraz<sup>210</sup>:

Em regra, atribui-se, pois, à interpretação constitucional, uma função, qual seja, a aplicação do texto constitucional. Quem é chamado a aplicar a norma constitucional deve necessariamente interpretá-la, já que a aplicação da norma exige, antes, a interpretação, momento essencial e pressuposto indispensável para a aplicação, se por interpretação se entende o processo lógico mediante o qual se assinala e se põe em evidência o conteúdo da disposição legal ou constitucional.

O direito constitucional existe para realizar-se. A interpretação faz o direito constitucional funcionar, tornando-o concreto, para posteriormente regular a dinâmica da vida social, conforme afirma Christiano José de Andrade<sup>211</sup>:

Como uma operação de esclarecimento do texto normativo, a interpretação aumenta a eficácia retórica ou comunicativa do direito, que é uma linguagem do poder e de controle social. E dependendo da técnica adota, a interpretação pode exercer uma função estabilizadora ou renovadora e atualizadora da ordem jurídica, já que o direito pode ser visto como uma inteligente combinação de estabilidade e movimento, não recusando as mutações sociais.

O cerne da interpretação constitucional é, pois, o de buscar o sentido da norma e, conseqüentemente, aplicá-la ao caso concreto.

E, nesse sentido, é novamente pertinente a lição de José Joaquim Gomes Canotilho<sup>212</sup>:

Concretizar a constituição traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica – que por sua vez, será apenas um resultado intermediário, pois só com a descoberta da

<sup>210</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*, cit., p. 24.

<sup>211</sup>ANDRADE, Christiano José de. *O problema dos métodos da interpretação jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992. p. 18. Idem: BASTOS, Celso Ribeiro. *op. cit.*, p. 90. Extrai-se da lição o seguinte: “A interpretação faz a ordem jurídica funcionar, tornando o Direito operativo. O direito existe para regular a vida em sociedade e esta, por sua vez, mostra-se extremamente rica em sua particularidades. O Direito, geral e abstrato, necessita, pois, de um método que consiga adequá-lo às realidades concretas em função das quais existe. Como lembra Christiano José de Andrade: ‘(...) as leis não podem operar por si sós, senão unicamente através da interpretação que lhes é dada’”.

<sup>212</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1185. Idem: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 19. A lição revela o seguinte: “A concretização implica em um caminhar do texto da norma para a norma concreta (a norma jurídica), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado; a concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é definida a norma decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto. Por isso, sustento que interpretação e concretização se superpõem. Inexiste, hoje, interpretação do direito sem concretização; esta é a derradeira etapa daquela”.



norma decisão para solução dos casos concretos teremos o resultado final da concretização. Essa concretização normativa é, pois, um trabalho técnico-jurídico; é, no fundo, o lado técnico do procedimento estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual a interpretação do texto da norma; e, sim, a construção de uma norma jurídica.

Partindo destas considerações, é possível dividir o processo de concretização das normas constitucionais em três etapas:

- a norma como ponto de partida e limite da tarefa do intérprete;
- a mediação (captação, obtenção) do conteúdo (significado, sentido, intenção) semântico do texto constitucional como tarefa primeira do intérprete;
- a norma como decisão.

O elemento primário do processo interpretativo, o texto constitucional, não é suficiente para a solução de um problema concreto da vida real, nem rejeita a certificação de seu conteúdo semântico.

Os elementos da norma são os seguintes:

- O programa normativo é um aspecto da literalidade da norma constitucional, razão pela qual seu enunciado lingüístico é ponto de partida e é o limite do processo de concretização;
- O domínio normativo assenta-se na realidade empírica (dados reais, ou seja, dados da realidade recortada pela norma) como parte da realidade que o programa normativo observa.

A norma jurídico constitucional é o resultado dessas duas dimensões: do programa normativo e do domínio normativo, circunstâncias que o processo de concretização das normas constitucionais deve considerar.

Na esteira desse conceito, vale transcrever a lição de José Joaquim Gomes Canotilho<sup>213</sup>:

---

<sup>213</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1200-1201.

O programa normativo é o resultado de um processo parcial de concretização (inserido por conseguinte, num processo global de concretização) assente fundamentalmente na interpretação do texto normativo. Daí que se tenha considerado o enunciado linguístico da norma como ponto de partida do processo de concretização (dados linguísticos). Por sua vez, o sector normativo é o resultado de um segundo processo parcial de concretização assente sobretudo na análise dos elementos empíricos (dados reais, ou seja, dados da realidade recortados pela norma). Desta forma a norma jurídico-constitucional é um modelo de ordenação orientado para uma concretização material, constituído por uma medida de ordenação, expressa através de enunciados linguísticos, e por um campo de dados reais (factos jurídicos, factos materiais). Da compreensão da norma constitucional como estrutura formada por duas componentes – o programa da norma e o domínio da norma – deriva o sentido de normatividade constitucional: normatividade não é uma qualidade estática do texto da norma ou das normas mas o efeito global da norma num processo estrutural e dinâmico entre o programa normativo e o sector normativo. Este processo produz, portanto, um efeito que se chama normativo, ou, para dizermos melhor, a normatividade é o efeito global da norma (com as duas componentes atrás referida) num determinado processo de concretização. Compreende-se, assim, a necessidade de manter sempre clara a distinção entre norma e formulação (disposições, enunciado) da norma: aquela é objeto da interpretação; esta é o produto ou resultado da interpretação.

A norma como decisão<sup>214</sup> encerra o processo de concretização das normas constitucionais, quando regula, concreta e vinculativamente, o caso que precisa de solução normativa.

Sendo assim, o intérprete deve utilizar todos os instrumentos de interpretação constitucional para formalizar a concretização das normas constitucionais, a fim de assegurar a eficácia dessas normas através de um processo racional, fundamentado e controlável.

A realização constitucional consiste na aplicação prática da norma decisão

---

<sup>214</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1205. Extrai-se da lição o conceito de norma decisão, como sendo o seguinte: “Uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a medida de ordenação nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se contempla através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante: (1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa). Em qualquer dos casos, uma norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma normatividade actual e imediata através da sua passagem a norma decisão que regula concreta e vinculativamente o caso carecido de solução normativa”.

para solucionar a questão constitucional. Nesse sentido, vale conhecer a lição de José Joaquim Gomes Canotilho<sup>215</sup>:

Realizar a constituição significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer constituição só é juridicamente eficaz (pretensão de eficácia) através da sua realização. Esta realização é uma tarefa de todos os órgãos constitucionais que, na actividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição. Nesta tarefa realizadora participam ainda todos os cidadãos “pluralismo de intérpretes” que fundamentam na constituição, de forma directa e imediata, os seus direitos e deveres.

Também Bruno Galindo<sup>216</sup>, em precisa análise do conceito de realização da constituição, adverte o seguinte:

Quanto à realização da constituição, temos essa idéia ligada ao que conceituamos como efetividade. Consiste a realização constitucional precisamente na aplicação prática da norma constitucional, ou seja, a concretização fática, real, empírica, do seu conteúdo. A ligação com a efetividade existe exatamente por uma correspondência conceitual entre realização e efetividade, já que esta última significa precisamente a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social, consistindo na materialização dos efeitos previstos no postulado normativo, como vimos anteriormente. Portanto, a realização da constituição está ligada ao efetivo cumprimento da norma constitucional no plano social, é um conceito essencialmente ligado à sociologia do direito constitucional, estando, portanto, intimamente vinculada à correspondência entre eficácia da norma constitucional e a conduta social observada empiricamente de acordo com a norma aludida.

A realização constitucional traduz a efetividade das normas constitucionais no plano social, ao representar a materialização dos efeitos estabelecidos pela norma decisão.

### **3.2 Distinção entre eficácia constitucional e efetividade da Constituição**

A eficácia das normas de direitos fundamentais revela a possibilidade da sua aplicação imediata para solução de litígios. Tércio Sampaio Ferraz Junior<sup>217</sup> conceitua eficácia da norma como:

---

<sup>215</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1184.

<sup>216</sup>GALINDO, Bruno. *op. cit.*, p. 167.

<sup>217</sup>FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 48.

Uma qualidade da norma que se refere à sua adequação em vista da produção concreta de efeitos, diz respeito às condições fáticas e técnicas de atuação da norma jurídica, ao seu sucessor, ou seja, à possibilidade da consecução dos seus objetivos.

Sob dois aspectos pode-se analisar a eficácia das normas de direitos fundamentais: a eficácia social que exige a observação da conduta prescrita pela norma de direito fundamental e a eficácia jurídica que exige a qualidade de produzir seus efeitos.

Neste contexto, José Afonso da Silva<sup>218</sup> distingue o conceito de eficácia social e de eficácia jurídica, ao conceituar eficácia jurídica como:

A qualidade da norma de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular desde logo situações, relações e comportamentos de que cogita, nesse sentido a eficácia diz respeito a aplicabilidade, exigibilidade e executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica.

Para esse autor, o alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. Sob esse foco é que se fala em eficácia social em relação à efetividade, ou seja, quando o ditame contido na norma encontra guarida no corpo social. A norma só é aplicável, quando for eficaz; desse modo, a eficácia jurídica é vista no sentido de potencialidade e de aplicabilidade, como concretização constitucional.

Sobre o tema efetividade das normas constitucionais, Luís Roberto Barroso<sup>219</sup> desenvolveu o seguinte entendimento:

---

<sup>218</sup>SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 66. Idem: TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991. p. 26. A lição revela que: “Todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia. Algumas, eficácia jurídica e eficácia social, outras apenas eficácia jurídica. Eficácia jurídica se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Eficácia jurídica, por sua vez significa que a norma está apta a produzir efeitos na concorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com elas conflitam. Embora não aplicada a casos concretos; é aplicável juridicamente no sentido negativo antes apontado. Isto é: retira a eficácia da normatividade anterior. É eficácia, juridicamente, embora não tenha sido aplicada concretamente”.

<sup>219</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 374. Idem: CARVALHO, Paulo de Barros. *op. cit.*, p. 55. A lição revela o seguinte: “De outro lado, é bom lembrar que “eficácia jurídica”, expressa na potencialidade inerente aos fatos juricizados de provocarem o nascimento de relações deonticamente modalizadas, dista de ser “eficácia social”, consubstanciada na produção concreta de efeitos entre os indivíduos da sociedade. A eficácia social ou a efetividade diz com a produção das consequências desejadas pelo elaborador das normas, verificando-se toda vez que a conduta prefixada for cumprida pelo destinatário”.

Efetividade significa a realização do direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo o ser da realidade social.

A efetividade das normas de direitos fundamentais revela o resultado concreto da aplicação da norma. Por outro lado, a efetividade das normas constitucionais representa a realização da constituição.

Ingo Wolfgang Sarlet,<sup>220</sup> dissertando sobre a eficácia dos direitos fundamentais, mesmo utilizando a terminologia mais clássica, faz distinção entre eficácia jurídica e eficácia social. Para esse autor, a eficácia jurídica consiste na aptidão de uma norma em vigor ser aplicada aos casos concretos e, conseqüentemente, gerar efeitos jurídicos; já a eficácia social compreende os resultados concretos decorrentes da decisão e da efetiva aplicação da norma.

### **3.3 Classificação e características das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade**

A norma jurídica tem sido, por isso, objeto de profundos estudos, que resultam em muitas classificações oferecidas pela doutrina, revelando que inexistem uniformidade ou padrão rígido de exigência de adoção de critérios metódicos para sua classificação. Todas as classificações formuladas são válidas caso apresentem focos de visão da norma jurídica, conforme a ótica em que esteja sendo investigada.

José Afonso da Silva<sup>221</sup> classifica como tríplex a divisão das normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade. Para esse autor, as normas constitucionais são caracterizadas quanto à eficácia e à aplicabilidade em três grupos:

- normas constitucionais de eficácia plena;

---

<sup>220</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 211.

<sup>221</sup>SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais, cit.*, p. 81-82.

- normas constitucionais de eficácia contida;
- normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

Nesta divisão tripartite, o Autor evidencia que todas as normas constitucionais são capazes de produzir efeitos, mas não em nível de igual abarcamento. São suas as observações sobre o assunto:

Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente á entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instauradora. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida. Se todas tem eficácia, sua distinção, sob este aspecto, deve ressaltar essa característica básica e ater-se à circunstância de que se diferenciam tão-só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos. É insuficiente, a nosso ver, separá-las em dois grupos, como insinuam certos autores: a) normas constitucionais de eficácia plena, que seriam aquelas de imediata aplicação; b) normas constitucionais de eficácia limitada, distinguindo-se estas, ainda, em: 1) normas de legislação e 2) normas programáticas. Essa classificação considera as normas referentes aos direitos e garantias fundamentais como de legislação, quando mencionam uma legislação futura que regulamente seus limites. Parece-nos necessário discriminar ainda mais, a fim de fazer-se uma separação de certas normas que prevêm uma legislação futura mas não podem ser enquadradas entre as de eficácia limitada. Em vez, pois, de dividir as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, em dois grupos, achamos mais adequado considerá-las sob tríplice característica, discriminando em três categorias: I) normas constitucionais de eficácia plena; II) normas constitucionais de eficácia contida, III) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

### **3.3.1 Normas constitucionais de eficácia plena**

As normas constitucionais de eficácia plena produzem todos os seus efeitos desde a entrada em vigor da Constituição. Nestas condições, todos os objetivos visados pelo legislador constituinte atuam diretamente sobre a matéria valorada, independentemente de legislação posterior, para sua inteira operatividade.

Sobre o assunto, assim se expressou Ricardo Cunha Chimenti<sup>222</sup>:

As normas constitucionais de eficácia plena são auto-aplicáveis e também costumam ser denominadas completas, auto-executáveis (self-executing provisions), bastantes em si, ou ainda, normas de aplicação. São aquelas que não necessitam de qualquer outra disciplina legislativa para terem aplicabilidade, a exemplo da inviolabilidade de domicílio prevista no art. 5º, XI, da CF.

Cite-se como exemplo de normas de eficácia plena aquelas dos artigos 1º, 2º, 5º, XI, 22º, 37º, III, 69º, 153º, 155º, 226, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

As normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral apresentam as seguintes características: vedações e proibições constitucionais; imunidades e prerrogativas constitucionais; princípios da declaração dos direitos fundamentais; não-designação de órgãos ou autoridades especiais a quem incumbam especificamente sua execução; não-exigência da elaboração de novas normas legislativas que complementem seu alcance e seu sentido, já que são suficientemente explícitas em todos os seus termos.

Em resumo, a característica destas normas dispensa legislação integradora, porque já possuem os elementos indispensáveis a sua imediata aplicabilidade aos fatos reais da vida.

### **3.3.2 Normas constitucionais de eficácia contida**

As normas constitucionais de eficácia contida produzem todos os seus efeitos desde a entrada em vigor da Constituição, mas é permitido ao legislador ordinário limitar alguns dos seus efeitos, sob certas circunstâncias.

E, nesse sentido, é totalmente pertinente a lição de Ricardo Cunha Chimenti<sup>223</sup>:

---

<sup>222</sup>CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 28.

<sup>223</sup>*Id. Ibid.*, p. 28-29.

Há, também, a norma constitucional de eficácia contida (reduzível, de integração restringível), ou seja, aquela que traz em seu conteúdo a previsão (cláusula de redutibilidade) de que uma legislação subalterna, inferior, poderá compor seu significado. A norma subalterna (infraconstitucional) pode restringir o alcance da norma constitucional com autorização da própria constituição, a exemplo do disposto no § 1º do art. 9º da CF (que autoriza a lei infraconstitucional a definir os serviços essenciais e, quanto a eles, restringir o direito de greve), ou do inciso XIII do art. 5º da Lei Maior (que declara ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão mas autoriza que a lei imponha qualificação profissional para algumas atividades). A eficácia da norma contida também pode ser restringida ou suspensa pela incidência de outras normas constitucionais, a exemplo da liberdade de reunião, que mesmo estando consagrada no art. 5º, XVI, da CF está sujeita a restrição ou suspensão em período de estado de sítio (arts. 136, § 1º, I, a, e 139, IV, ambos da CF). Enquanto o legislador não produzir a norma restritiva, a norma de eficácia contida terá aplicabilidade plena e imediata.

Cite-se como exemplo de normas constitucionais de eficácia contidas aquelas dos artigos 5º, XVI, 15º, 84º, XXVI, 139º, IV, 184º, da Constituição Federal de 1988.

As normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral, apresentam as seguintes características: exigem a intervenção do legislador ordinário, mas o apelo ao legislador visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia, disciplinando os direitos subjetivos que delas decorrem a todas as pessoas; exigem eficácia plena enquanto o legislador ordinário não expedir legislação restritiva, e nesse ponto diferem das normas constitucionais de eficácia limitada; exigem aplicabilidade direta e imediata, desde que o legislador constituinte dê normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria que esses interesses tratam; exigem para essas normas um conceito ético juridicizado, como valor a preservar, que implica limitação de sua eficácia; por fim, exigem que a eficácia possa ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, se ocorrerem certos pressupostos de fato e de direito, como por exemplo o estado de sítio e o estado de defesa.



### 3.3.3 Normas constitucionais de eficácia limitada

As normas constitucionais de eficácia limitada não produzem todos os seus efeitos desde a entrada em vigor da Constituição Federal, isso porque o legislador constituinte não estabeleceu uma normatividade sobre determinada matéria, deixando, pois, essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

Sobre a eficácia limitada ou reduzida das normas constitucionais, Ricardo Cunha Chimenti<sup>224</sup> desenvolveu o seguinte entendimento:

Muitas vezes, porém, uma regra prevista na Constituição utiliza as expressões “nos termos da lei”, “na forma da lei”, “a lei disporá”, “a lei regulará” etc., evidenciando não ter aplicabilidade imediata. São as chamadas normas constitucionais de eficácia limitada, incompletas, não bastantes em si, de eficácia reativa, de integração completáveis, ou seja, normas constitucionais que não são auto-aplicáveis (*not-self executing provisions*), que dependem de lei interposta (complementar ou ordinária) para gerar seus efeitos principais. Por isso, também são denominadas normas de eficácia mediata ou indireta. Entretanto, mesmo as normas de eficácia limitada geram alguns efeitos negativos imediatos, pois vinculam o legislador infraconstitucional aos seus comandos (efeitos impeditivo de deliberação em sentido contrário ao da norma constitucional) e paralisam as normas precedentes com elas incompatíveis (efeitos paralisante).

As normas constitucionais de eficácia limitada são, então, de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida. Tais normas compreendem duas espécies: norma de princípio institutivo e norma de princípio programático.

As normas definidoras de princípio institutivo têm como característica principal o fato de indicarem uma legislação futura que lhes completem a eficácia e lhes dêem aplicação, permitindo larga margem de poder discricionário ao legislador.

---

<sup>224</sup>CHIMENTI, Ricardo Cunha. *op. cit.*, p. 29. Idem: DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 102-103. A lição, sobre a eficácia limitada das normas constitucionais, revela o seguinte: “Sua possibilidade de produzir efeitos é mediata, pois, enquanto não for promulgada aquela lei complementar ou ordinária, não produzirão efeitos positivos, mas terão eficácia paralisante de efeitos de normas precedentes incompatíveis e impeditiva de qualquer conduta contrária ao que estabelecerem. Não receberam, portanto, do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação imediata, porque ele deixou ao Legislativo a tarefa de regulamentar a matéria, logo, por esta razão, não poderão produzir todos os efeitos de imediato, porém têm aplicabilidade mediata, já que incidirão totalmente sobre os interesses tutelados, após o regramento infraconstitucional”.

Essas normas têm conteúdo organizativo de órgãos e de entidades com respectivas atribuições e relações. Sua função primordial é a de esquematização, tanto organizando, como criando entidades e órgãos, para que o legislador ordinário a estruture em definitivo, mediante lei. São, por isso, de eficácia jurídica limitada, podendo ser impositivas ou facultativas. Sua aplicação depende de lei integrativa.

Cite-se como exemplo de normas de princípio institutivo aquelas dos artigos 17, IV, 25, § 3º, 43, § 1º, I, II, 125º, § 3º, 127, § 2º, 131º, 148, I, II, 165, § 9º, I da Constituição Federal de 1988.

Também Ricardo Cunha Chimenti<sup>225</sup>, em precisa análise da eficácia das normas de princípio institutivo, expõe que esses princípios estabelecem leis, regula criação de matérias, disciplina plebiscitos, dentre outras funções. São dele as lições:

Norma constitucional de princípio instituidor ou institutivo (orgânico, organizatório) é aquela que traz um início de estruturação de uma entidade, a exemplo do art. 18, § 2º, da CF, o qual estabelece que lei complementar regulará a criação de território. A lei complementar n. 20/1974 trata da matéria específica, enquanto a Lei Ordinária n. 9.709/1998 disciplina o plebiscito previsto no § 3º do art. 18 da CF. A norma de princípio institutivo pode ser impositiva, quando determina ao legislador a edição da lei integradora (a exemplo do art. 88 da CF, que estabelece que a lei disporá sobre a criação, estruturação e atribuição dos Ministérios), ou facultativa, quando apenas permite a edição de uma lei (a exemplo do § 3º do art. 25 da CF, pelo qual os Estados, mediante Lei Complementar, poderão criar regiões metropolitanas).

Já as normas definidoras de princípio programático têm como característica principal o fato de traçarem os fins públicos a ser atingidos pelo Estado.

O conceito de normas de princípio programático é bem definido pela lição de José Horácio Meirelles Teixeira<sup>226</sup>:

---

<sup>225</sup>CHIMENTI, Ricardo Cunha. *op. cit.*, p. 29-30.

<sup>226</sup>TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 324. Idem: MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *op. cit.*, t. 1, p. 126-127. A lição revela o seguinte: "Regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras pelas quais se hão de orientar os Poderes Públicos. A legislação, a execução e a própria Justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função". Em sentido inverso: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1160-1161. A lição revela o seguinte: "Precisamente por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica pode e deve falar-se da morte das normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fins,

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

Essas normas comandam o próprio procedimento legislativo, ao estabelecer programas constitucionais que devem ser cumpridos, mediante legislação integrativa da manifestação do legislador ordinário.

Cite-se como exemplo de normas de princípio programático aquelas dos artigos 21, IX, 23, 170, 196, 205, 211, 215, 218, da Constituição Federal de 1988.

É, nesse sentido, totalmente pertinente a lição de Ricardo Cunha Chimenti<sup>227</sup>:

A norma de princípio programático é aquela que estabelece um programa a ser desenvolvido pelo Estado, mediante a regulamentação, pelo legislador ordinário, do direito nela previsto. Exemplo é a previsão constitucional de participação do trabalhador nos lucros ou resultados (art. 7º, XI), conforme definido em lei, questão hoje regulamentada pela Lei n. 10.101/2000. Enuncia princípio significativo da afinidade do Estado, devendo ser observada como regra-matriz para elaboração, interpretação e integração do sistema jurídico nacional. São normas de aplicação (para o futuro) que se limitam a enunciar comandos-valores, as linhas diretoras que devem ser seguidas pelo Poder Público (daí serem denominadas também normas

---

normas-tarefas, normas-programas que impõem uma actividade e dirigem materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina constitucional: simples programas, proclamações, exortações morais, declamações, sentenças políticas, aforismos políticos, promessas, determinações programáticas, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder público (Crisafulli). Mais do que isso, a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de norma careça de positividade jurídica autônoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela interposição; é a positividade das normas-fins e normas-tarefas (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes. Concretizando melhor, a possibilidade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) Vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); (2) Vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como diretivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) Vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que a contrariam. Em virtude da eficácia vinculativa reconhecida às normas programáticas, deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre norma jurídica actual e norma jurídica programática (aktuelle RechtsnormPrommsatz): todas as normas são actuais, isto é, têm força normativa independente do acto de transformação legislativa”.

<sup>227</sup> CHIMENTI, Ricardo Cunha. *op. cit.*, p. 30.

diretoras ou diretivas), mas que desde sua vigência deve ser observadas pelo legislador ordinário e pelo intérprete.

As normas definidoras de princípio programático têm eficácia jurídica pelas seguintes razões, como bem explica José Afonso da Silva<sup>228</sup>:

- condicionam a legislação futura, com a consequência de inconstitucionalidade,<sup>229</sup>
- impõem um dever político ao órgão com competência normativa,<sup>230</sup>
- informam a concepção estatal ao indicar as finalidades sociais e os valores pretendidos pela sociedade,<sup>231</sup>

<sup>228</sup>SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 164.

<sup>229</sup>*Id. Ibid.*, p. 163. A lição revela o seguinte: “A tese vale para todas as normas constitucionais, sejam de eficácia plena, de eficácia contida ou de eficácia limitada, inclusive as programáticas. Nesse ponto, as normas programáticas revelam-se com eficácia tão plena como qualquer outra. E a lei anterior com elas incompatível deve ser considerada revogada, por inconstitucionalidade. Aliás, do ponto de vista da eficácia das normas programáticas em relação às leis precedentes, pouco importa dizer se há inconstitucionalidade pura e simples, se há revogação pura e simples ou se há revogação por inconstitucionalidade. Relevante, mesmo, é fixar a tese dessa eficácia invalidadora das normas preexistentes incompatíveis”.

<sup>230</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Anotações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais, cit., p. 21. A lição de revela que, no intuito de evitar o esvaziamento das normas de eficácia limitada, em especial das programáticas, em decorrência das normas necessárias à sua regulamentação, surgiu em caráter pioneiro em nosso país o instituto da inconstitucionalidade por omissão. Ouçamo-la: “Destina-se determinar a Constituição, a possibilitar a declaração de omissão de medida para tornar efetiva “norma constitucional”, o que significa dizer qualquer norma cuja efetividade esteja sendo obstaculizada pela falta de elaboração, pelos poderes competentes, da medida requisitada pela Constituição. A idéia de que a inconstitucionalidade pode também advir do não cumprimento, por parte do legislador ou mesmo do Chefe do Poder Executivo, determinada e específica imposição constitucional de realizar uma conduta positiva, resulta, em grande parte, “da proliferação, no constitucionalismo contemporâneo, das chamadas normas programáticas”, significativamente presentes em nossa Lei Maior. Assim, conforme acentua Canotilho, incorre em inconstitucionalidade por omissão o órgão ou poder que não faz algo que positivamente lhe era imposto pela constituição. Não se trata apenas de um simples negativo “não fazer”: trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado a fazer. A adoção da ação direta de inconstitucionalidade por omissão para obtenção de direitos fundamentais, todavia, é possível, em tese, ante formulações constitucionais normativas que contemplam tais direitos e não tenham eficácia plena, dependendo de outras normas ou de medidas para concretizá-las; não tem o titular do direito, eventualmente obstaculizado em seu exercício pela ausência da norma infraconstitucional, disponibilidade para propor esta ação, dependendo, como se acentuou a propósito da ação direta de inconstitucionalidade, da atuação dos legitimados do artigo 103. Diz Canotilho, a propósito, ao conformar omissão inconstitucional e omissão violadora dos direitos fundamentais, que o problema da omissão legislativa, na perspectiva da presente investigação, insere-se ao problema mais vasto do cumprimento das imposições constitucionais e da atualização da constituição dirigente, ultrapassando o estrito âmbito dos direitos fundamentais. Não obstante, parece conveniente acentuar que a maioria das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão tem sido proposta para a defesa de direitos consagrados em norma constitucional não concretizada por ausência de lei ou medida do Poder Executivo”.

<sup>231</sup>SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 157. A lição revela que: “Eis como se descobre a grande relevância das normas programáticas. Constituem elas, como regras reveladoras das tendências sociais-culturais da comunidade, princípios básicos que, entre outros, informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordem jurídica positiva vigente”.

- condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;<sup>232</sup>
- estabelecem direitos subjetivos por obstar comportamentos que lhes sejam antagônicos;<sup>233</sup>
- servem de diretrizes teleológicas para interpretação e aplicação das normas jurídicas<sup>234</sup>.

### 3.3.4 Interpretação: aplicação e concretização das categorias das normas

Alguns juristas admitem que os critérios classificatórios da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais configuram elementos específicos da interpretação das normas de direitos fundamentais.

---

<sup>232</sup>SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 175. A lição revela que: “(...) as normas programáticas condicionam a atividade discricionária da Administração, bem como a atividade jurisdicional. Essas atividades não podem desenvolver-se contra os fins e objetivos postos pelas normas constitucionais programáticas. Se isso ocorrer, manifesta-se um comportamento inconstitucional e ato que daí deflui fica sujeito ao controle de inconstitucionalidade”.

<sup>233</sup>MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. In: CONFERÊNCIA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 9., 02-06 maio 1982. Florianópolis-SC. Tese n. 8. Explica o seguinte: “Todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, inobstante tenham teores eficaciais distintos. Tais direitos são verdadeiros “direitos subjetivos”, na acepção mais comum da palavra”.

<sup>234</sup>SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 157-158. Extrai-se da lição o seguinte: “A caracterização das normas programáticas como princípios gerais informadores do regime político e de sua ordem jurídica dá-lhes importância fundamental, como orientação axiológica para a compreensão do sistema jurídico nacional. O significado disso consubstancia-se no reconhecimento de que têm elas uma eficácia interpretativa que ultrapassa, nesse ponto, a outras do sistema constitucional ou legal, porquanto apontam os fins sociais e as exigências do bem comum, que constituem vetores da aplicação da lei. (...) Ora conjugada essa idéia com os fundamentos da interpretação indicados por Recaséns Siches, acima transcritos, vê-se que elas se manifestam exatamente como aqueles critérios hierárquicos de valor sobre os quais está fundada e pelos quais se inspira a ordem jurídica positiva, de que deve servir-se o juiz para resolver casos submetidos à sua jurisdição, como todo intérprete e aplicador do direito objetivo. Esses ditames estão, aliás, configurados expressamente na ordem jurídica brasileira, quando estatui, no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum. Ora, as normas constitucionais de princípio programático têm por objeto precisamente configurar os fins sociais a que se dirigem o Estado e a sociedade, consoante exigência do bem comum; se assim é, toda lei ou norma (inclusive as constitucionais) integrantes da ordem jurídica nacional há que conformar-se à pauta de valor indicada, ao menos tendencialmente, pelas normas programáticas da constituição”.

Anna Candida da Cunha Ferraz<sup>235</sup>, nossa mentora jurídica, afirma que a exposição das categorias das normas constitucionais, examinadas quanto à eficácia e aplicabilidade, permite ilustrar:

(...) como a tipologia das normas constitucionais influi na atuação do intérprete constitucional, quer quanto à escolha dos meios de interpretação, quer quanto aos limites que as diferentes categorias de normas impõem ao interprete, quer quanto a discricionariedade maior ou menor da ação interpretativa, quer, enfim, quanto aos resultados da interpretação. Constitui, pois, a categorização das normas constitucionais aspecto específico e peculiar na interpretação constitucional.

As normas constitucionais de eficácia plena, em tese, dispensam concretização pelos interpretes da instância legislativa, porque já possuem os elementos indispensáveis a sua imediata aplicabilidade aos fatos reais da vida.

A aplicabilidade das normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada não dispensa interpretação, conforme lembra Celso Ribeiro Bastos:

É de lembrar-se, mais uma vez, que não há aplicação da norma sem interpretação que a preceda. A norma, a seu turno, por mais que se queira tê-la por líquida e transparente, nem por isso prescindirá de uma (inafastável) interpretação.

A interpretação constitucional funciona como exigência prática da aplicação das normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada. Nesse sentido, temos a lição, de raro brilhantismo de Anna Candida da Cunha Ferraz<sup>236</sup>:

Em regra, atribui-se, pois, à interpretação constitucional, uma função, qual seja, a aplicação do texto constitucional. Quem é chamado a aplicar a norma constitucional deve necessariamente interpretá-la, já que a aplicação da norma exige, antes, a interpretação, momento essencial e pressuposto indispensável para a aplicação, se por interpretação se entende o processo lógico mediante o qual se assinala e se põe em evidência o conteúdo da disposição legal ou constitucional.

As normas constitucionais de eficácia contida têm eficácia plena, até que sobrevenha o seguinte: a) a legislação restritiva de alguns dos seus efeitos e, b) a incidência de outras normas constitucionais, se ocorrerem certos pressupostos de fato e de direito, como por exemplo o estado de sítio e o estado de defesa.

---

<sup>235</sup>FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*, cit., p. 35.

<sup>236</sup>*Id. Ibid.*, p. 24.

Nesse sentido, vale transcrever a decisão indicada por Alexandre de Moraes<sup>237</sup>:

Auto-aplicabilidade do art. 5º, LVIII: STF – “Após a edição do texto constitucional promulgado em 5-10-88, o identificado civilmente não será submetido à identificação criminal, salvo exceções que a lei não fixou” (RT 647/350)

Sendo assim, o intérprete deve observar a tipologia das normas constitucionais para aplicá-las diretamente aos fatos reais da vida.

### **3.4 Aplicabilidade imediata das normas constitucionais de direitos e garantias fundamentais**

O artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, prescreve que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

As exceções à aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são de carência ou de deficiência legislativa, razão pela qual Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins<sup>238</sup> apontam que:

Em síntese, o conteúdo desse parágrafo consiste no seguinte: o princípio vigente é o da aplicabilidade imediata, que, no entanto, cede em duas hipóteses: a) quando a Constituição expressamente refere que o direito acenado só será exercitável nos termos e na forma da lei; b) quando o preceito constitucional for destituído de elementos mínimos que assegurem

<sup>237</sup>MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 270.

<sup>238</sup>BASTOS, Celso Ribeiro. *op. cit.*; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2, p. 420. Idem: MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 24. Sobre a eficácia e aplicabilidade das normas que disciplinam os direitos e garantias fundamentais sustenta o seguinte: “Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediatas. A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (CF, art. 5º, § 1º). Essa declaração pura e simplesmente por si não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-los eficiente (por exemplo, mandado de injunção e iniciativa popular)”. Idem: CHIMENTI, Ricardo Cunha. *op. cit.*, p. 53. Leciona que: “Nos termos do art. 5º, § 1º, da CF, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, independentemente da criação de ordenamento infraconstitucional. No entanto, Uadi Lamêgo Bulos entende que “nem sempre os incisos do art. 5º, que definem os direitos e garantias fundamentais, têm aplicação imediata...” Para ele, “o § 1º registrou a regra, ou seja, terão aplicação imediata todos os direitos e garantias fundamentais que não estiverem obstaculizados por uma determinação legislativa posterior ou por uma menção explícita à lei”.

a sua aplicação, é dizer, não pode o vazio semântico ser tão acentuado a ponto de forçar o magistrado a converter-se em legislador.

Os direitos de primeira, de segunda, de terceira e quarta dimensão de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, quando não dependerem de lei integrativa.<sup>239</sup>

A interpretação sistemática da expressão “direitos e garantias fundamentais” do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, empregada pelo constituinte, alcança todas as normas do Título II da Constituição Federal de 1988, como bem explica José Afonso da Silva<sup>240</sup>:

O Título II da Constituição Federal contém a declaração dos direitos e garantias fundamentais, incluindo aí os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos. O artigo 5º, parágrafo 1º, por seu lado, estatui que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Isso abrange, pelo visto, as normas que revelam os direitos sociais, nos termos dos artigos 6º a 11. Isso, contudo, não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta. Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no parágrafo 1º do art. 5º, que declara todas de aplicação imediata? Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.

Por sua vez, o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, prescreve que as normas de direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios, ou dos tratados internacionais vinculando o Brasil.

A interpretação da última parte do § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal

---

<sup>239</sup>A falta de lei integrativa autoriza a impetração do mandado de injunção, conforme prescreve o artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988

<sup>240</sup>SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 165.



de 1988, reconhece direitos e garantias fundamentais a título exemplificativo<sup>241</sup>, a estes somando os direitos decorrentes do seguinte:

- do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal de 1988;
- dos tratados internacionais assinados pelo Brasil

### 3.5 Jurisdição e interpretação constitucional de direitos fundamentais

Partindo da premissa de que todas as normas constitucionais são dirigidas a todas as pessoas, pois que regerão vários aspectos da vida social, não se pode negar que as normas constitucionais são a leitura formalizada pelo Poder<sup>242</sup> Judiciário.

---

<sup>241</sup>CHIMENTI, Ricardo Cunha. *op. cit.*, p. 52-53. A lição revela que, o rol não exaustivo do artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “A relação dos direitos, garantias e remédios é meramente exemplificativa; outros podem ser encontrados como decorrência do sistema constitucional. Não constitui, portanto, *numerus clausus*. Tal conclusão é extraída do § 2º art. 5º, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...”. Observe-se, ainda, que a primeira parte do parágrafo, ao dispor que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”, não deixa dúvida quanto à existência de direitos e garantias implícitos ou decorrentes. Importa dizer, então, que teremos direitos ou garantias onde houver princípios constitucionais nesta matéria, que são: a) explícitos (os 77 incisos do art. 5º); b) implícitos ou decorrentes (p. ex.: princípio do duplo grau de jurisdição – significa que a decisão monocrática 1º grau estaria sempre suscetível a uma reapreciação do órgão superior. Tal princípio não é expresso na Constituição. Porém, segundo alguns autores, pelo exame lógico dos princípios constitucionais extrai-se a sua existência. Para outros autores, ele não configura princípio constitucional implícito)”.

<sup>242</sup>FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *op. cit.*, p. 19. A lição revela o significado da palavra poder, ou seja: “Em seu significado mais geral a palavra “Poder”, ensina Mario Stoppino, “designa a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. Tanto pode ser referida a indivíduos e a grupos como objeto ou fenômeno naturais (como na expressão Poder calorífico, Poder de absorção). Se o entendemos em sentido social, ou seja, na sua relação com a vida do homem em sociedade, o Poder torna-se mais preciso, e seu espaço pode ir desde a capacidade geral de agir, até a capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: Poder do homem sobre o homem. O homem é não é só o sujeito mas também o objeto do Poder social. É poder social a capacidade que um pai tem para dar ordens a seus filhos ou a capacidade de um Governo de dar ordens aos cidadãos (BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*, p. 935). (...) A famosa doutrina, conforme já aduzido, foi exposta por Montesquieu no Livro Décimo Primeiro – Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a Constituição – capítulo VI – Da Constituição da Inglaterra. Explica o autor o seguinte: “Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daqueles que dependem o direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. O terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado”. (MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 167).

O Supremo Tribunal Federal é órgão do Poder Judiciário incumbido de lançar a última palavra a respeito das normas de direitos fundamentais.

Em outras palavras: a atividade da jurisdição constitucional deve conduzir a uma interpretação adequada das normas constitucionais de direitos fundamentais.

É neste contexto que se evidencia a importância da interpretação das normas constitucionais de direitos fundamentais para o juiz<sup>243</sup>. Até porque, é no Estado Democrático de Direito, idealizado pela Constituição Federal de 1988, que estão disciplinados poderes, direitos e garantias individuais, e direitos sociais.

É o modelo de uma ordem jurídica fundada em princípios como o da igualdade e o da justiça social.

Ao juiz cabe densificar as normas constitucionais de direitos fundamentais para solucionar adequadamente um litígio constitucional, pois têm elas caráter

---

<sup>243</sup>FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *op. cit.*, p. 22, nota 51. A lição revela o conceito do vocábulo juiz: “Juiz foi a denominação dada ao indivíduo encarregado de julgar, função introduzida no Brasil durante o século XVI. Os primeiros cargos foram ocupados por mesteres das classes populares, que os denominavam juízes do povo. Posteriormente, em cada município havia um ouvidor (mais alta autoridade judiciária nas capitânicas, exercendo jurisdição sobre matéria criminal e civil e dirigindo também o policiamento), quando sede da comarca, e um juiz de órfãos (autoridade judiciária criada nas vilas com mais de 400 moradores na Capitania de São Paulo e Minas de Ouro, à qual cabia encaminhar os expostos – crianças abandonadas na Roda de Expostos ou na porta de pessoas caridosas – para o recrutamento pelas tropas militares e para aprendizes de ofícios, além de cuidar de sua herança e outros interesses), um ou dois juízes ordinários (eleitos anualmente e maior autoridade da vila que não fosse sede de comarca, traziam consigo como insígnia uma vara vermelha, como estabeleciam as Ordenações Manoelinas e Filipinas e, por isso, eram designadas como Juízes da Vara Vermelha; sem grande instrução formal no campo do direito, os juízes ordinários pagavam advogados para auxiliá-los nas sentenças) e um juiz de vintena (menor autoridade judiciária, era escolhido entre os homens bons – colônias proprietários de terras, de escravos e de gado, componentes e eleitores do Senado da Câmara – e atuava nas aldeias e pequenas povoações, presidindo inquéritos criminais em sua jurisdição). Ao final do século XVII, foi instituído para cada município um juiz denominado “fora”, já que vinha de fora, nomeado pelo rei, e em 1827 foi instituído no Império o cargo de juiz de paz (autoridade judicial que também exercia funções administrativas e de polícia, julgando pequenas demandas que envolvessem até \$ 16). Tribunal foi designação dada a todos os órgãos colegiados da justiça e da administração colonial e imperial. É o que se verifica com a Casa de Suplicação do Brasil (tribunal de instância superior estabelecido no Rio de Janeiro em 1808, que substituiu o Tribunal de Reclamação e que foi sucedido, em 1828, pelo Supremo Tribunal de Justiça e posteriormente por várias Relações do Império) e com o Desembargador do Paço (órgão da justiça estabelecido no Brasil em 1808, que desempenhava a função de tribunal da “graça”, a saber, resolvia todas as questões que requeriam algum favor, clemência ou mercê ao soberano, bem como pendências que envolviam legitimação de filhos, tutorias, direitos de morgadio e outros). A partir da Constituição de 1824 foi organizado o Poder Judiciário destinado a cuidar do cumprimento e obediência às leis seguindo-se as demais Cartas Magnas até os dias de hoje”. (BOTELHO, Ângela Vianna; REIS, Liana Maria. *Dicionário histórico Brasil colônia e império*. Belo Horizonte: Autêntica, 2001).

amplo e aberto. Ao densificá-las não pode, nem deve o juiz seguir exclusivamente as regras lógico-formais, pois ele tem poderes constitucionais para vivificá-las à luz da realidade latente, como intérprete dos desejos da comunidade deduzidas da principiologia constitucional.

A lição de José Cichocki Neto<sup>244</sup> frisa o seguinte:

Uma interpretação, puramente técnica do Direito, ainda que sustentada por silogismo correto e, portanto, por princípios lógico-dogmático, nem sempre conduz à realização da justiça. O fim próprio do direito não é a ordem ou a realização técnico dogmática do ordenamento jurídico; todavia, sim, um fim superior: a justiça. Esta, não no sentido de correspondência estrita com a legalidade, mas de conformidade com os princípios superiores: “lex naturalis” e “lex divina”. Tem, por isso, o juiz um comprometimento com o ideal de justiça, expressa no bem comum e, ao mesmo tempo, com o atendimento dos aspectos teleológicos da norma. Pode ocorrer, contudo, que a desconexão da lei seja de tal nível que não se possa acolhê-la. Nesse caso, o parâmetro que deve guiar o juiz na interpretação serão os princípios inculpidos na Constituição, na qual se condensam os valores humanos, reputados pela nação como dignos de proteção e inferidos da consciência dos cidadãos, tais como, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da promoção de todos, sem preconceitos de raça, religião ou cor, ... É na Constituição que se insere o conteúdo mínimo dos valores e critérios de justiça, legitimados pela aceitação da sociedade, através da vontade constituinte.

A interpretação é parte indispensável do processo de concretização dos valores constitucionais, no curso do qual a norma constitucional alcança sua verdadeira dimensão, seu círculo definitivo pela incorporação dos dados reais da vida.

A respeito desse processo, assim se manifestou José Renato Nalini<sup>245</sup>:

Não existe consenso. “Continua a haver a maior diversidade de opiniões quanto à medida em que a solução de um litígio de direito constitucional tem de resultar da correta interpretação das normas constitucionais, ou pode ser decidida pelo juiz de modo normativamente não vinculado, segundo ponderações genéricas de justiça e oportunidade”. Põe-se a questão apenas para evidenciar o quão imprescindível é, para o juiz brasileiro, decidir-se à hermenêutica do texto constitucional. Um texto ambicioso e casuístico, acolhendo como preceitos formalmente constitucionais disposições que, materialmente, nunca seriam fundantes. Uma Constituição

---

<sup>244</sup> CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 122, 126-127.

<sup>245</sup> NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 50-51.

panacéia ou uma Constituição cidadã, como a de 1988, é sempre objeto de controvérsias quando de sua interpretação, tamanhos e tantos são os assuntos nela abrigados. Grande progresso é a constatação de que os progressos da hermenêutica jurídica de nossos dias residem “no reconhecimento de que a norma não está ainda, enquanto tal acabada, nem é enquanto tal aplicável, porque só se perfaz na concretização, no processo da aplicação. Mas a interpretação não é, em princípio, livre em relação à norma, mesmo no processo da concretização tópica da norma, esta permanece como o ponto orientador primário. O juiz é que vai, a final, aplicar a norma constitucional, partindo de sua leitura como ponto de partida orientador.

O juiz ao interpretar, o texto constitucional, não deve utilizar um único método, mas o conjunto deles, já que não existe um método mais adequado, a fim de solucionar adequadamente o caso concreto, como bem explica Pedro Gebran Neto<sup>246</sup>:

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

O juiz não pode, nem deve, nesse processo de interpretação, ofuscar sua incumbência recebida diretamente da constituição, porque lança suas decisões sobre pessoas carregadas de preocupações da realidade da vida.

Sobre o assunto, assim se expressou Dalmo de Abreu Dallari<sup>247</sup>:

O juiz recebe do povo, através da Constituição, a legitimidade formal de suas decisões, que muitas vezes afetam de modo extremamente grave a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda uma gama de interesses fundamentais de uma ou de muitas pessoas. Essa legitimação deve ser precisamente complementada pelo povo, o que só ocorre quando, segundo a convicção predominante, os juízes estão cumprindo seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos e

---

<sup>246</sup>GEBRAN NETO, Pedro. *op. cit.*, p. 69-70. Idem: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1194. A lição revela o seguinte: “A questão do método justo em direito constitucional é um dos problemas mais controvertidos e difíceis da moderna doutrina juspublicista. No momento actual, poder-se-á dizer que a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes mas, em geral reciprocamente complementares”.

<sup>247</sup>DALLARI, Dalmo de Abreu. O controle da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. In: NEQUETE, Lenine (Coord.). *O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre: Ajuris, 1977. p. 87.

decidindo com justiça. Essa legitimação tem especial importância pelos efeitos políticos e sociais que podem ter as decisões judiciais.

Ademais, o direito não se resume na lei, razão pela qual o juiz não deve desconsiderar sua dimensão política de intérprete constitucional ao solucionar um caso concreto, a fim de realizar a igualdade e a justiça social.

Na esteira desses princípios, vale transcrever a lição de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen<sup>248</sup>:

O Direito não se resume à lei, mas deve ter, sim, um compromisso com a realidade social à qual se destina, devendo a Ciência Jurídica estar comprometida com o homem, na procura do bem individual e social, de modo que o bem comum não seja tal por ser de todos, mas porque reverte sobre cada um. A certeza de que o Direito, principalmente em uma República como a brasileira, com tantas disparidades sociais e tanto por fazer para implementação de uma ordem social justa, pode ser instrumento de transformação e concretização de direitos sociais, de criação de igualdade de oportunidades, na construção de uma sociedade mais justa.

Assim, é inadmissível ver o Poder Judiciário como poder exclusivamente técnico. A especificidade da ciência jurídica e a dimensão política do Poder Judiciário postulam uma hermenêutica jurídica constitucional que transcenda aos limites da hermenêutica e da lógica-formal, para assumir um papel ativo de intermediação e de construção efetivas do desejo constitucional.

O Supremo Tribunal Federal prestigia o ativismo judicial, conforme destaca Moreira Alves, quando decidiu o RE nº 103.909-MG<sup>249</sup>:

Como já teve a oportunidade de afirmar, o magistrado não é amanuense da lei, com mera função de conferir fatos com dispositivos legais, aplicando textos com a insensibilidade das máquinas. A própria lei confere função singular ao Magistrado, quando estabelece que, na sua aplicação, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum. Em outras palavras, a lei deve ser, nas mãos do seu aplicador, um instrumento de realização do bem social, porque o rigorismo da interpretação literal dos textos legais pode, muitas vezes, nos conduzir ao descompasso com a realidade, o que significaria o primeiro passo para uma injustiça.

O juiz, como intérprete da constituição, deve resgatar sua plena efetividade ao

---

<sup>248</sup>FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 19.

<sup>249</sup>RTJ 114/363.

considerar que não se admite uma constituição como um conjunto de documentos repletos de propósitos a se cumprirem futuramente, mas que sempre são adiados pelas manobras dos integrantes da máquina do Estado.

Com referência ao resgate da efetividade das normas constitucionais pelo juiz, não poderíamos desconsiderar a expressiva lição de Luís Roberto Barroso<sup>250</sup>:

Um dos pontos capitais relativamente ao princípio da efetividade é a necessidade de o Poder Judiciário se liberar de certas noções arraigadas e assumir, dentro dos limites do que seja legítimo e razoável, um papel mais ativo em relação à concretização das normas constitucionais. Para tanto, precisa superar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar um texto novo de maneira a que não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.

A constituição tem força normativa em sua integralidade, seja em suas regras ou em seus princípios. Esses são os verdadeiros fundamentos do sistema jurídico, as vigas mestras do Estado Democrático de Direito.

Lembra Celso Antonio Bandeira Mello<sup>251</sup> a esse respeito:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda estrutura neles esforçada.

Pela mediação do juiz, o direito pode transformar-se num instrumento de realização da justiça, uma vez que, ao aplicar a norma, deve atualizá-la, principalmente ao solucionar um caso concreto, se as necessidades assim exigirem.

É, nesse sentido, totalmente pertinente a lição de Willis Santiago Guerra Filho<sup>252</sup>:

<sup>250</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 257.

<sup>251</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 230.

<sup>252</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*, cit., p. 162. Idem: PEIXINHO, Manoel Messias. *op. cit.*, p. 17-18. A lição revela o seguinte: "Da afirmação feita sobre a inexistência de

O papel do Judiciário em um Estado que se quer democrático é distinto daquele que se lhe atribui na formulação clássica sobre suas relações com os demais poderes estatais. Do Judiciário hoje não é de se esperar uma posição subalterna perante os outros poderes, a quem caberia a produção normativa. O juiz não há de se limitar a ser apenas, como disse Montesquieu, *la bouche de la loi*, mas *la bouche du droit*, isto é, a boca não só da lei, mas do próprio Direito. (...) A atividade judicial não se reduz à mera aplicação de Direito preexistente, sendo, na verdade, criativa, produtora de Direito como evidencia mesmo na tão atacada doutrina kelseniana, na qual a sentença aparece com um norma jurídica, diversa daquelas gerais e abstratas em que se costuma basear, e o ato de interpretação e aplicação do Direito pelo juiz como integrante da política (*Rechtspolitik*), ao importar na opção por algum dos valores objetivamente consagrados nas normas positivas.

A própria característica política do ato de julgar não admite uma postura meramente mecânica<sup>253</sup>, vez que o direito é uma ciência dirigida ao propósito de promover a concretização dos princípios subjetivos.

Sobre o caráter constitutivo das decisões judiciais, assim se expressou Hans Kelsen<sup>254</sup>:

---

norma suficiente clara, que prescindida de interpretação, surge uma outra, sobre o papel do juiz na aplicação do Direito. Em primeiro lugar, a referência histórica à separação dos poderes, consagrada pelo pensamento iluminista, que está registrada no artigo 16 da Declaração do Homem e do Cidadão, de 26/8/1789, de que, segundo Maurice Duverger, 'toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição' (AZEVEDO, 1996, p. 110), marca um limite à suposta função criativa do juiz. Assim, sendo, a convicção de que a criação do Direito caberia como tarefa indeclinável do Poder Legislativo permeou todo século XIX e princípio do século XX, solidificando-se 'um modelo teórico puramente imaginário'. (...) As funções do papel do legislador e do juiz são bem delineadas por Recaséns Siches (1972, p. 211), quando doutrina que o legislador, dentro de seu âmbito de competência, detém amplos poderes para fixar normas gerais que considera mais justa e pertinente. Ao revés, para cumprir uma lei ou regulamento, o juiz ou o administrador deve transformar a regra geral em uma individualizada, modificando os preceitos abstratos e genéricos em comando concretizados individualmente. É justamente este exercício hermenêutico que se pode denominar de interpretação jurídica".

<sup>253</sup>BASTOS, Celso Ribeiro. *op. cit.*, p. 164-165. A lição revela o seguinte: "Em toda a interpretação existe criação de direito. Trata-se de um mero processo no qual entra a vontade humana. Nesse sentido, a interpretação é uma escolha entre múltiplas opções. (...) Fica difícil interpretar sem se levar em conta realidades políticas pelas quais passa o País. As discussões mobilizam o espírito de todos os setores da sociedade, que são altamente ideológicos, e fazem-se sentir na interpretação do Direito, em função do que se fala, então, de uma atualização das regras jurídicas por meio do processo interpretativo. Entender a aplicação do Direito como uma atividade puramente mecânica de subsunção do fato à norma jurídica correspondente implica admitir que os juízes não passam de meros fantoches manipulados por um ente supostamente dotado de vontade própria: a lei. Isso porque para a concepção perfilhada pela corrente cognoscitiva a interpretação se traduziria numa operação tão objetiva quanto uma operação matemática qualquer. E, para tanto, todos seriam capazes de efetuar-la, bastando o conhecimento das regras (matemáticas) aplicáveis".

<sup>254</sup>KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 263-265.

Do ponto de vista de uma consideração centrada sobre a dinâmica do Direito, o estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um estágio intermediário do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção. Este processo, no qual o Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização ou concretização sempre crescente. Para individualizar a norma geral por ele aplicada, o tribunal tem de verificar-se, no caso concreto que se lhe apresenta, existem, *in concreto* os pressupostos de uma consequência do ilícito determinados *in abstracto* por uma norma *in abstracto* por uma norma geral. Esta determinação do fato que condiciona as consequências do ilícito implica a determinação da norma geral a aplicar, isto é, a averiguação de que está em vigor uma norma geral que liga uma sanção ao fato (ou situação de fato) em apreço. O tribunal não só tem de responder à *questio facti* como também à *questio juris*. Depois de realizadas estas duas averiguações, o que o tribunal tem de fazer é ordenar *in concreto* a sanção estatuída *in abstracto* na norma jurídica geral. Estas averiguações e esta ordem ou comando são as funções essenciais da decisão judicial. Neste ponto existe uma certa diferença entre uma decisão civil e uma decisão penal, na medida em que, naquela, a sanção concreta é, em regra, ordenada condicionalmente. O tribunal civil condena o demandado a fazer prestação ao demandante e ordena a sanção somente sob a condição de esta prestação não ser efetuada dentro de um determinado prazo. A imposição da pena é feita, em regra, incondicionalmente. No entanto, esta também pode ser condicionada, fazendo depender a sua execução do fato de um condenado cometer novo delito dentro de um determinado prazo. Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples carácter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples descoberta do Direito ou jurisdição (declaração do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta declaração não tem um carácter simplesmente declarativo, mas um carácter constitutivo. O tribunal que tem de aplicar as normas vigentes de uma ordem jurídica a um caso concreto precisa decidir a questão da constitucionalidade da norma que vai aplicar, que dizer: se ela foi produzida segundo o processo prescrito pela Constituição ou por via de costume que a mesma Constituição delegue. Este fato, a averiguar pelo tribunal, é tanto um pressuposto da sanção a estatuir por ele no caso concreto como o fato, igualmente a apurar pelo tribunal, de ter sido cometido um delito. A proposição jurídica que descreve esta situação fática – por hipótese, no caso de aplicação de uma norma jurídico penal de uma ordem democrática – diz: Se o parlamento constitucionalmente eleito, pelo processo determinado na Constituição, editou uma lei segundo a qual uma determinada conduta deve ser punida, como crime de determinada maneira, e se o tribunal verifica que certo e determinado indivíduo praticou essa conduta, deve esse tribunal aplicar a pena prevista na lei. Desta formulação da proposição jurídica ressalta a posição que o chamado Direito constitucional – isto é, as normas que regulam a produção das normas



jurídicas gerais – ocupa nos quadros de uma ordem jurídica. Essas normas não são autônomas, normas perfeitas, pois apenas determinam os pressupostos do ato de coerção estatuído pelas outras normas. Elas apenas operam em combinação com estas outras normas jurídicas. Por isso, a circunstância de as normas do Direito constitucional não estatuírem atos de coerção não é razão suficiente para – como as vezes se pensa – rejeitar a definição do Direito como ordem de coerção. Só através da verificação, efetuada na decisão judicial, de que uma norma geral a aplicar ao caso concreto apresentado perante o tribunal é vigente – e tal norma é vigente aplicável ao caso concreto e se cria, através dela para este caso, uma situação jurídica que antes da decisão não existiria. A custo precisará de maior fundamentação a afirmação que a imposição da sanção concreta tem caráter constitutivo. A norma individual, que estatui que deve ser dirigida contra determinado indivíduo uma sanção perfeitamente determinada, só é criada através da decisão judicial. Antes dela não tinha vigência. Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é apenas a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa.

Não se pretende colaborar para a criação de um juiz arbitrário, mas sim para a de um juiz participativo, pois não se admite um juiz como mero expectador da batalha judicial frente às normas gerais e abstratas<sup>255</sup>.

Quanto aos limites judiciais no processo de criação do direito, vale transcrever a lição de Pastora do Socorro Teixeira Leal<sup>256</sup>:

A criatividade – no sentido de atualização do direito em face da realidade latente – e a discricionariedade judiciais – faculdade atribuída ao julgador para escolher entre diversas possibilidades de interpretação – não podem ser confundidas com a total liberdade do intérprete, visto que discricionariedade não quer dizer arbitrariedade, pois o juiz, embora criador do direito, não se encontra completamente livre de vínculos. A arbitrariedade significa uma atuação sem a observância de parâmetros preestabelecidos. Todo o sistema jurídico procura estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais. Havendo tais limites não há porque se temer a criatividade jurisprudencial, tampouco se instituírem outras limitações com a vinculação, que vai além da limitação para significar impedimento. O que está em questão já não é a discussão estéril sobre a alternativa criatividade e não-criatividade do juiz, mas sobre o grau de criatividade e os modos, limites e legitimidade da

---

<sup>255</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 34 e 64.

<sup>256</sup> LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. A vinculação da interpretação judicial: aspectos constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 209, abr./jun. 2003.

criatividade judicial. O problema, portanto, não se fundamenta na clara oposição entre interpretação e criação, na realidade inexistente, mas sim no grau de criatividade e nos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito pelo Judiciário. Esta é a função do juiz colocado em face do problema das atribuições do legislador. Tanto o processo legislativo quanto o judicial são processos de criação do direito. O modo de criação é que os difere. A distinção entre a criatividade da jurisdição e da legislação não é de substância, mas de frequência ou de quantidade, ou seja, de grau. Formalmente, o processo jurisdicional de criação do direito permanece distinto do processo legislativo. Esta distinção é que confere tipicidade ao processo judicial. Os processos legislativos e jurisdicional de criação do direito são, por conseguinte, substancialmente equivalentes em seu procedimento e estrutura, sendo diferentes apenas quanto aos seu modo de atuação.

Conforme se verifica, não se trata de exigir postura arbitrária dos juízes durante o processo de criação da norma individual e concreta, mas de exigir que assumam um compromisso do mais alto nível, com os valores inseridos no texto constitucional.

## CONCLUSÃO

Diante do que se demonstrou, pode-se extrair deste trabalho, as seguintes conclusões:

1. os direitos humanos fundamentam-se na preservação da vida e de sua integridade física, moral e social. A vida humana, em sua plenitude, manifesta-se como liberdade. Os direitos fundamentais não podem ser ignorados pela norma infraconstitucional. O legislador deve adaptar as leis aos primados constitucionais. Cabe ao julgador interpretar o direito positivado, através dos primados constitucionais que sobre ele incidem.

Significa dizer que enquanto direitos humanos fundamentais, declarados pela Constituição Federal de 1988, não resta a menor dúvida sobre sua existência, sua importância e seu significado. No entanto, para sua implementação, enquanto garantia da não-violação desses direitos, muito ainda terá que ser feito, a começar pela constitucionalização efetiva do sistema jurídico brasileiro infraconstitucional.

2. a insuficiência da aplicação dos métodos clássicos de interpretação, na concretização das normas constitucionais de direitos fundamentais, é realidade que não se contesta, uma vez que a ciência do direito é tão dinâmica quanto a vida humana e quanto aos progressos sociais e tecnológicos. Demonstrou-se, aqui, a singularidade da norma constitucional composta por uma textura diferente das normas de direito privado, que são instituídas para disciplinarem situações específicas. Esta especificidade das normas constitucionais não lhes retira sua imperatividade, ou a sua força cogente, razão pela qual, ao se declarar a insuficiência da hermenêutica clássica e ao proclamar uma nova interpretação que valorize os princípios fundamentais, está-se reconhecendo a supremacia dos valores constitucionais sobre uma idéia individualista do direito.

A busca de novos métodos e de princípios de interpretação da Constituição não significa, todavia, que se pretenda revogar os métodos clássicos de

interpretação. Acontece que, sendo esses insuficientes, necessário se faz utilizar novas metodologias de análise, que aperfeiçoem a aplicação das normas constitucionais de direitos fundamentais.

Na segunda parte do trabalho, foram expostos alguns métodos e alguns princípios da nova hermenêutica constitucional, vez que favorecem a tarefa dos intérpretes das normas constitucionais de direitos fundamentais.

Nesse caso, viu-se que é necessário que a hermenêutica se expanda e considere sempre outros saberes que a ela se relacionam como o histórico, o social, o filosófico, o ético, o antropológico, etc.

3. Diante dessa abordagem, pode-se dizer que a Constituição não visa somente à organização do Estado (sentido amplo: Estado e sociedade), mas possui uma função prospectiva de conduzir suas ações. A problemática emergente na realidade brasileira atual não está na Constituição e em sua hermenêutica, mas na efetividade das normas constitucionais. As perspectivas de concretização da constituição passam pela análise do elemento hermenêutico como instrumento de concretização e como contraponto à concepção dogmática e ultrapassada que não visualiza a devida força normativa no texto constitucional.

É justamente em decorrência dessa força normativa capaz de torná-la concreta, que a própria Constituição confere ao Poder Judiciário a função de controle da atividade legislativa (atribuindo, implicitamente, aos juízes, os poderes necessários para seu reparo) o que, em casos omissos, implica a concretização judicial da norma constitucional, pelo menos para casos concretos, independentemente da atividade legislativa.

Conclui-se, portanto, que a interpretação constitucional é um instrumento de concretização dos direitos fundamentais. A tendência moderna à constitucionalização dos princípios possibilita ao juiz cumprir sua função de concretizador do justo, através da norma interpretada à luz da Constituição. O Judiciário não pode se propor a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, porém deve exercer papel ativo, inovador, sobre ordem jurídica e social, visto que é

chamado a contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais, procurando dar-lhes sua real densidade e concretude.

Pela mediação do juiz, o direito pode transformar-se num instrumento de realização da dignidade humana. A própria dimensão política do ato de julgar não se coaduna mais com postura meramente mecânica, já que o direito é ciência cuja missão, dentre outras, é a de promover a concretização dos direitos fundamentais humanos, levando em consideração valores como ética, liberdade e justiça.

Cabe ao juiz exercer a atividade recriadora do direito através do processo hermenêutico, bem como a de adaptador das regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social e, com responsabilidade, buscar as soluções justas para os conflitos, visando à paz social. Enfim, através da interpretação constitucional, cujas vias de acesso foram aqui circunscritas, concretizar os direitos fundamentais da pessoa e da sociedade.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Christiano José de. *O problema dos métodos da interpretação jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

ARANHA, Guilherme Arruda. Os direitos humanos e a teoria pura de Kelsen. *Valor Justiça*. Disponível em: <<http://www.valorjustica.com.br/artigo7.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2006.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós modernidade, teoria crítica e pós positivismo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 225, p. 5-37, jul./set. 2001.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

BASTOS, Elísio. Interpretação constitucional: a quem cabe a tarefa de concretizá-la? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 10, n. 41, p. 241-55, out./dez. 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BODIN, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

BOTELHO, Ângela Vianna; REIS, Liana Maria. *Dicionário histórico Brasil colônia e império*. Belo Horizonte: Autêntica, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Ed., 1993.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. *Interpretação constitucional e prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CATÃO, Marcono do Ó. *Biodireito: transplantes de órgãos humanos e direitos de personalidade*. São Paulo: Ed. Madras, 2004.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 1998.

CIMADON, Aristides. Ideologias e promessas da dogmática jurídica penal. Disponível em: <<http://www.unoescjba.rct-sc.br/~cimadon/produ%20oes/texto4.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2006.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

\_\_\_\_\_. Métodos e princípios da interpretação constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, p. 163-186, out./dez. 2002.

COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

COUTURE, Eduardo. *Os mandamentos do advogado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1979.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. O controle da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. In: NEQUETE, Lenine (Coord.). *O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre: Ajuris, 1977.

D'ANGELIS, Wagner. As gerações de direitos humanos. *DHNET*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/geracaodh/gerac1.html>>. Acesso em: 26 ago. 2006.

DANTAS, Luís Rodolfo de Souza. *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

DINIZ, Márcio. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

DIREITOS humanos. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos\\_humanos](http://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos_humanos)>. Acesso em: 27 ago. 2006.

DJI. Índice Fundamental do Direito. Interpretação da lei. Disponível em: <[www.dji.com.br/civil/interpretacao\\_da\\_lei.htm](http://www.dji.com.br/civil/interpretacao_da_lei.htm)>. Acesso em: 27 jul. 2006.

ÉRNICA, Maurício; ISAAC, Alexandre; MACHADO, Ronilde Rocha. O direito de ter direitos. 2003. *Educa Rede*. Disponível em: <[http://www.educarede.org.br/educa/oassuntoe/index.cfm?pagina=interna&id\\_tema=7&id\\_subtema=4&cd\\_area\\_atv=1&vTitulo=Para%20Entender#maquina1](http://www.educarede.org.br/educa/oassuntoe/index.cfm?pagina=interna&id_tema=7&id_subtema=4&cd_area_atv=1&vTitulo=Para%20Entender#maquina1)>. Acesso em: 27 ago. 2006.

FAGUNDES JUNIOR, José Cabral Pereira. *Direito à vida privada e à intimidade do portador do HIV*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

FERNANDES, Francisco. *Dicionário brasileiro contemporâneo*. Porto Alegre: Melhoramentos, 1966.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Anotações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais. *Revista Mestrado em Direito da UNIFIEO*, Osasco, ano 4, n. 4, p. 21-45, 2004.

\_\_\_\_\_. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1998.



FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Princípios do processo ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRIEDE, Roy Reis. *Liminares em matéria tributária*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional*. Curitiba: Juruá, 2005.

GEBRAN NETO, Pedro. *A aplicação Imediata dos direitos e garantias individuais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a constituição que teremos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

\_\_\_\_\_. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RCS Ed., 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

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: Sérgio Fabris, 1997/2002.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

\_\_\_\_\_. *Gênese dos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, [s.d.]. v. 1.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

\_\_\_\_\_. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

JELLINEK, Georg. *La dichiarazione dei diritti dell' uomo e del cittadino*. Trad. de Damiano Nicilla. Milano: Giuffré, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. A vinculação da interpretação judicial: aspectos constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 209-278, abr./jun. 2003.

LEITE, Gisele. Considerações sobre os direitos sociais no ordenamento jurídico. *Direito Net*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/28/24/2824/>>. Acesso em: 27 ago. 2006.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. Processo de realização dos direitos fundamentais: um caminho teórico para distinguir os fenômenos “efetivação” e “concretização”. *Revista Mestrado de Direito da UNIFIEO*, Osasco, n. 5, 2005.

MARINI, Celso. Visão histórica do direito de propriedade imóvel. *Escritório On Line*. Disponível em: <[http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id\\_noticia=1311&](http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=1311&)>. Acesso em: 06 jun. 2006.

MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. In: CONFERÊNCIA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 9., 02-06 maio 1982. Florianópolis-SC. Tese n. 8.

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional de n. de 1969*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970. t. 1.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1988. t. 4.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A moderna interpretação constitucional. *UOL*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3497>>. Acesso em: 28 ago. 2006.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Luiz Andrade. A interpretação do direito. *Prof. Luiz Andrade Oliveira*. Disponível em: <<http://www.loveira.adv.br/trabalhos/hermeneutica.doc>>. Acesso em: 27 ago. 2006.

OLIVEIRA, Nelson do Vale. Teoria pura do direito e sociologia compreensiva. *UOL*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4014>>. Acesso em: 27 ago. 2006.

PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIRES, Sebastião Donizete Batista. Tradução e interpretação jurídica. UOL. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5671>>. Acesso em: 28 ago. 2006.

POSITIVISMO jurídico. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Positivismo\\_jur%C3%ADdico](http://pt.wikipedia.org/wiki/Positivismo_jur%C3%ADdico)>. Acesso em: 27 ago. 2006.

RÀO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1985.

RENASCIMENTO: movimento cultural. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Renascimento\\_%28movimento\\_cultural%29](http://pt.wikipedia.org/wiki/Renascimento_%28movimento_cultural%29)>. Acesso em: 28 ago. 2006.

RIBAS, Luciano do Monte. Direitos da humanidade. 2005. *Angelfire*. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/sk/holgonsi/luciano.html>>. Acesso em: 27 ago. 2006.

RODRIGUES, Silvio. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *O princípio constitucional da dignidade humana*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1989.

SCHIER, Paulo Ricardo. A hermenêutica constitucional: instrumentos para implementação de uma nova dogmática jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 741, p. 38-57, jul. 1997.

SILVA, Fábio Luis dos Santos. O que são direitos humanos? *Prefeitura do Recife*. Disponível em: <<http://www.recife.pe.gov.br/pr/secjuridicos/ddh.php>>. Acesso em: 27 ago. 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.

SPITZCOVSKY, Celso. Princípio da concordância prática. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, n. 49, p. 37-45.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

TOSI, Giuseppe. História conceitual dos direitos humanos: esboço de uma história conceitual dos direitos humanos. 2005. *Giuseppe Tosi*. Disponível em: <[http://giuseppetosi.blog.kataweb.it/giuseppetosi/2005/09/histria\\_conceit.html](http://giuseppetosi.blog.kataweb.it/giuseppetosi/2005/09/histria_conceit.html)>. Acesso em: 16 ago. 2006.