

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

A Nova Hermenêutica e a efetivação de direitos sociais

Décio de Abreu e Silva Júnior

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: **Prof^a Dr^a Mariá A. Brochado Ferreira.**

Linha de Pesquisa: Direito, Razão e História.

Projeto estruturante: Hermenêutica como Instrumento de Realização da Justiça.

Agência Financiadora: CAPES – Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior.

BELO HORIZONTE – 2009

A banca examinadora da defesa de dissertação considerou o candidato _____.

Belo Horizonte, _____ de _____ de 2009.

Profª Drª Mariá A. Brochado Ferreira (orientadora)

Avaliação

Prof. Dr. José Luiz Borges Horta

Avaliação

Prof. Dr. Rodolfo Viana Pereira

Avaliação

Profª Drª Daniela Muradas Reis (Suplente)

Avaliação

Na espiral do tempo,
o início disfarçado de fim
causa contentamento e ansiedade.

Dedico esta dissertação a todos que contribuíram para sua realização, em especial,
a meus pais e à minha orientadora.

Agradeco

a meus pais, irmãos, familiares e amigos por momentos mágicos e por compartilharem a experiência de viver;

a Dona Ester e tio Alexandre por me mostrarem os caminhos da ciência;

ao Colégio Dom Helvécio pelo fundamental ensino;

ao Colégio Santo Antônio, onde tive oportunidade de estudar e trabalhar ao lado de pessoas com quem muito aprendi, destaco os professores Jorge Cascardo, Cária, Tom, Olavo, Maria de Lourdes, Frei Hilário, Marcos Araújo, Rogério Janot, Rosana e os colegas de trabalho Fátima Pontes e Cândida Guerra;

aos colegas de trabalho na Prefeitura de Belo Horizonte pelo incentivo;

à UFMG, à Faculdade de Direito da UFMG, aos colegas, alunos e funcionários e à DAJ, em especial, ao Prof. Ms. Paulo Edson, ao Prof. Ms. Júlio Zini e à Euza;

à CAPES pela bolsa de pesquisa;

à Prof^a Dr^a Maria Helena Damasceno e Silva Megale pelo apoio no início de minha atividade docente;

ao Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado pelas lições ímpares;

aos colegas do grupo de estudos de Filosofia do Direito e aos colegas do Núcleo de Estudos Paideia Jurídica;

a Luciano Feltre, , Isabela Vaz, André de Paula, Estevão Damazo e Mary, pela ajuda e força;

a Gustavo Rugani, Mateus Cacique, Douglas Pacheco, Ana Ferreira, Henry Vargas, Adamo, Lilian Katusca, Fernando Ás, Leonardo Mesquista, Gláucia Soares, Suélen Rodrigues, Dr. Amauri, Rafaela e Carla Vasconcelos, Ms. Gustavo Siqueira, Prof. Dr. Leonardo Militão, Prof. Ms. Saulo Coelho, Prof. Dr. Ricardo Salgado, Prof. Dr. Renato Cardoso, Nara Carvalho, Clarissa Peterman, Ms. Marcelo Maciel e Prof. Dr. Brunello Stancioli pelas proveitosas interlocuções;

especialmente ao Prof. Dr. José Luiz Borges Horta pelo carinho, estímulo, lições;

e à Prof^a Dr^a Mariá Brochado pelo carinho, orientação, aprendizagem, que vão muito além desta dissertação.

RESUMO

O presente estudo visa a compreender a contribuição do modelo de interpretação judicial principiológica para a efetivação dos direitos sociais na atualidade. Esse novo modelo permite tanto a construção do juiz no plano da aplicação do direito quanto a participação da sociedade na concretização daqueles direitos decorrentes de normas que, por sua natureza, possuem baixa densidade normativa. Essa Nova Hermenêutica Constitucional caracteriza-se, sobretudo, pela supremacia da Constituição e pela normatividade dos princípios, e desenvolve-se a partir das contribuições da Hermenêutica Filosófica.

ABSTRACT

This dissertation aims to understand the contribution of the principle-based model of judicial interpretation towards the effective implementation of social rights in contemporary society. This new model allows for a proactive role of both the judge and the society in promoting those rights stemming from norms with a low-density normative content. This New Constitutional Hermeneutics is characterized essentially by the supremacy of the Constitution and the normativity of principles, also developing from the contribution of the Philosophic Hermeneutics.

PALAVRAS-CHAVE (KEYWORDS): Direito. Hermenêutica Jurídica. Hermenêutica Filosófica. Nova Hermenêutica Constitucional. Constituição. Principiológico. Normatividade dos princípios. Efetividade. Normas programáticas. Direitos sociais. Efetivação. Ativismo Judicial.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
PARTE I: DA VELHA À NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA	11
1 A Velha Hermenêutica	11
2 Hermenêutica Filosófica: categorias que possibilitaram a denúncia das bases da Velha Hermenêutica	21
2.1 A Hermenêutica Psicológica de Schleiermacher e o conceito de “vivência” e Hermenêutica Metodológica em Dilthey.....	21
2.2 A Fenomenologia e o “mundo da vida” de Husserl e a compreensão ontológica de Heidegger	25
2.3 Linguagem, horizonte histórico e tradição em Gadamer e o giro hermenêutico....	31
3 A Nova Hermenêutica e teorias da argumentação	39
3.1 Insuficiência da lógica formal: contribuições de Perelman e Viehweg.....	43
3.2 Teorias procedimentalistas da argumentação: Alexy e Günther	46
PARTE II: A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	51
1 Prolegômenos	51
1.1 Peculiaridades da norma constitucional	59
1.2 Tipologia e aplicabilidade do bloco de constitucionalidade.....	60
1.3 Valores , regras e princípios	66
2 Princípios e Hermenêutica Constitucional	72
2.1 Princípios de interpretação especificamente constitucional	72
2.2 Tipologia e modalidades de eficácia dos princípios constitucionais materiais	78
2.3 Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais e ponderação (ou sopesamento)	81

PARTE III: A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	89
1 O Estado de Direito, as gerações (ou dimensões) de direitos e os direitos sociais	90
1.1 Políticas públicas na promoção dos direitos sociais	102
1.2 Controle de políticas públicas, separação de poderes e doutrina da questão política.....	102
2 Um modelo para os direitos sociais em Alexy	104
3 Custos dos direitos sociais e síndrome de inefetividade das normas constitucionais	106
4 Concretismo individual e ativismo judicial no plano da efetivação dos direitos sociais: ponto de chegada da Nova Hermenêutica Constitucional	107
4.1 Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal	111
4.2 A reserva do possível, o mínimo existencial, a dignidade da pessoa humana e o argumento ético igualmente razoável	113
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	119
BIBLIOGRAFIA	122

INTRODUÇÃO

“Cestas de pescaria são usadas para pescar;
quando o peixe é apanhado, os homens esquecem as cestas;
As armadilhas são utilizadas para caçar lebres;
uma vez que estas são apanhadas, os homens esquecem as armadilhas;
As palavras são utilizadas para expressar idéias;
mas quando se apoderam das idéias, os homens esquecem as palavras.”
[Chuang-Tsé]¹

A Hermenêutica Jurídica tem por objetivo o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito². Montoro prefere o uso de *norma jurídica* ao invés de “expressões do Direito”³. De todo modo, esta delimitação do sentido e do alcance de norma jurídica, por sua vez, possui mira no processo de sua aplicação, de atingir o que poderia ser chamado “espírito da norma”, que é a própria idéia de Justiça que a sustenta.

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.⁴

Para além de métodos para extrair conteúdo normativo ou norma expressa em texto, assume, conforme expõe Brochado, escopo de embasar a aplicação do direito, sem perder de vista a busca do sentido da lei em interpretações sistemáticas:

A hermenêutica jurídica visa a encontrar padrões de justificação racional para interpretações coerentes como textos e contextos postos em relação ou, como diz Salgado, objetiva trilhar o caminho de *ingresso no interior do significado da lei* por um terceiro intermediário que aproxime, compreenda e concilie as partes, pondo fim ao conflito de *modo justo*.⁵

Neste contexto, figura a “Hermenêutica como instrumento de realização da Justiça”. Esse é o nome inclusive do projeto estruturante dentro da linha “Direito, Razão e História” ao qual está vinculada esta pesquisa. Efetivar a justiça por meio da interpretação do direito evidencia o

¹ Pensador chinês – século IV a.C.

² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 1.

³ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Martins, 1971, p. 121.

⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 8.

⁵ BROCHADO, Mariá. *Direito e Ética: A Eticidade do Fenômeno Jurídico*. SP: Landy Editora, 2006, p. 228.

viés ético da Hermenêutica Jurídica. Além de ter por objeto o direito – imbuído de preceitos éticos – a postura ética é indispensável à aplicação racional do direito positivo em sua universalidade ao fato particular.

Admitindo-se o comprometimento ético das decisões jurídicas, e a necessidade de justificação racional mais consistente na densificação da aplicação dos direitos sociais, implica admitir as contribuições da chamada Nova Hermenêutica Constitucional como modelo diferenciado na compreensão e aplicação (efetividade) de tais direitos na atualidade, possibilitando o florescimento da participação do judiciário em sua efetivação.

O presente estudo visa a compreender a contribuição do modelo de interpretação judicial principiológica para a efetivação dos direitos sociais na atualidade, questionando-se se a Nova Hermenêutica Jurídica, a Hermenêutica Constitucional, enquanto aplicação do direito, constitui forma auxiliar e notável na concretização de direitos sociais.

A consideração de que a linguagem está em constante abertura a releituras⁶ é indicador do surgimento de uma modalidade normativa diferenciada do tradicionalmente praticado pelos sistemas tendentes à codificação, qual seja um sistema de princípios, entendidos como normas mais abstratas e fecundas, portanto, flexíveis a possibilidades de compreensão e concretização. O controle pelo Judiciário das funções exercidas pelos outros poderes é outro indicador de uma nova forma de atividade empreendida pelo Judiciário, denominada *ativismo judicial*, e que se sustenta especialmente sob um novo modelo de Hermenêutica que ative cada vez mais tanto a construção do juiz no plano da aplicação do direito, quanto a participação da sociedade⁷ na concretização de direitos que decorrem da baixa densidade normativa peculiar às normas que os veiculam.

O trabalho se desenvolve em três partes, consistentes numa explanação sobre o caminho da Velha à Nova Hermenêutica, passando pela cisão provocada pela Hermenêutica Filosófica na essência técnico-metodologizante da Hermenêutica Jurídica, fazendo aflorar uma Nova Hermenêutica, que no Direito assume feições de Hermenêutica Constitucional. Após tais conclusões, empreende-se delimitar o campo de atuação desta Nova Hermenêutica

⁶ “Talvez constitua a Hermenêutica o capítulo menos seguro, mais impreciso da ciência do Direito; porque partilha da sorte da linguagem”. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 9.

⁷ Nesse sentido, vide a tese de Peter Häberle sobre a “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”.

Constitucional como novo arcabouço teórico de possibilidades abertas a uma nova forma de atuação judicial e aplicação do direito, em especial, dos direitos sociais.

PARTE I: DA VELHA À NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Decidir-se tenazmente e não dar ouvidos mesmo aos melhores
contra-argumentos. Isso é sinal do caráter forte.
Conquanto uma ocasional vontade de ser estúpido.
[Nietzsche]⁸

1 A Velha Hermenêutica

Neste capítulo será contemplada a situação da Velha Hermenêutica, tratando de suas mais expressivas escolas de interpretação e concepções metodológicas, a fim de caracterizar este momento de evolução da Hermenêutica, para que seja possível a abordagem da denominada Nova Hermenêutica, resultante da desconstrução promovida pela Hermenêutica Filosófica.

Optou-se por não tratar expressamente da *Interpretatio* Romana⁹ por se entender a evidente e inegável influência que esta exerceu por todo período histórico que a sucedeu na construção da Hermenêutica Jurídica Ocidental, o que se constata já na Escola dos Glosadores, que objetivava a formulação de comentários (glosas) ao *Corpus Juris Civilis*.

Conforme esclarecimento de Montoro, os *glosadores*, a Escola da Exegese e racionalistas em geral compõem o sistema tradicional, dito legalista, com perfil dogmático, que sob o ponto de vista do procedimento de compreensão do direito resulta no apego exacerbado ao texto normativo, considerado rígido, ou seja, acabado sob o ponto de vista de suas significações possíveis. Não está autorizado ao intérprete estender-lhe o sentido diante de situações concretas apresentadas, não constantes do momento da elaboração, o que implica a aplicação rigorosamente atenta à vontade do legislador elaborador, como se fosse possível esgotar numa tabela textual todas as possibilidades de sentido que a realidade em sua riqueza fenomênica se desdobra. Desta postura decorria

uma série de práticas como a dos “glosadores” [...], que examinavam artigo por artigo, sob o ponto de vista gramatical, as palavras e frases da lei, isoladas do seu contexto e indiferentes às modificações históricas e sociais.

⁸ NIETZSCHE, Friedrich. *Para além do bem e do mal*. São Paulo: Martin Claret, 2007, p 92.

⁹ Para profundo estudo da interpretação em Roma, vide SALGADO, Joaquim Carlos. A idéia de justiça no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 186-213.

A *Escola da Exegese*¹⁰ empreende, sob o pálio da interpretação gramatical para alcance da vontade do legislador, um verdadeiro culto ao texto legal. “Conhecer o texto da lei equivaleria a conhecer o direito”, como lembra Pelayo¹¹. Os exegetas promovem comentários a cada dispositivo normativo à semelhança dos glosadores.

Para entender a Escola da Exegese, mister conhecer o momento histórico de seu surgimento. O advento do Código de Napoleão em 1804 consubstancia o ideário de limite do juiz à função de “boca da lei”, ou seja, de neutralidade no procedimento de revelação do significado do texto já elaborado e exaurido de significação. Dessa forma, o juiz não substituiria a vontade do legislador pela sua, nem invadiria a esfera de outro Poder, como recorda Magalhães Filho¹². Toda essa restrição pretendia viabilizar a *segurança jurídica*, para erradicar injustiças e abusos de autoridade¹³. A aplicação é eminentemente silogística, valendo-se dos preceitos da lógica formal.¹⁴

O Código de Napoleão era considerado componente de um sistema completo, contendo respostas a todas as demandas. Essa concepção de plenitude do ordenamento, bem como a da existência de um significado exato da lei, faz com que a interpretação se resuma ao emprego de processos para descobrir a “intenção do legislador” e reconstruir seu pensamento, através do exame dos trabalhos preparatórios da lei, como os projetos e sua justificação, emendas, pareceres e discussões parlamentares, etc.¹⁵

O método da Escola da Exegese é identificado a partir do culto à lei, que não deixa nada ao arbítrio do intérprete. Método que se vincula ao princípio de plenitude do ordenamento¹⁶, que estabelece possuir o sistema jurídico todas as respostas aos problemas. Trata-se de recurso à investigação notadamente *gramatical*, com amparo na lógica¹⁷.

¹⁰ “Exegese provém do grego e significa explicação, relato.” PELAYO, Manuel Hallivis. *Teoría General de la Interpretación*. México: Porrúa, 2007, p. 110.

¹¹ PELAYO, Manuel Hallivis. *Teoría General de la Interpretación*. México: Porrúa, 2007, p. 110.

¹² MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 50.

¹³ PELAYO, Manuel Hallivis. *Teoría General de la Interpretación*. México: Porrúa, 2007, p. 107.

¹⁴ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 50-51.

¹⁵ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. Volume II. São Paulo: 1971 p. 128.

¹⁶ PELAYO, Manuel Hallivis. *Teoría General de la Interpretación*. México: Porrúa, 2007, p. 110-111.

¹⁷ Para Magalhães Filho, “o sistema interpretativo por ela proposto era designado de sistema dogmático. Não podemos dizer que essa Escola tenha introduzido a hermenêutica no Direito, pois limitava exageradamente as possibilidades do intérprete, já que a apreciação do sentido gramatical é uma pressuposição indeclinável da

Segundo Magalhães Filho,

o processo de industrialização veio a invalidar as premissas da Escola da Exegese, porquanto alterou sensivelmente as relações socioeconômicas, contribuindo para evidenciar o descompasso entre o Código e a nova realidade. Isso motivou o surgimento da Escola Histórico-Evolutiva (Saleilles), que favorecia uma interpretação atualizadora, bem como da Escola da Livre Investigação Científica do Direito (Gèny) e das diversas Escolas Sociológicas, como a de León Duguit.¹⁸

A *Escola Histórica*, cujo destaque é Savigny, anuncia um direito para cada nação, haja vista ser o direito resultado do *espírito do povo* (*Volksgeist*). Para o autor, “interpretação é reconstrução do pensamento (claro ou obscuro, é o mesmo) expresso na lei, enquanto seja possível conhecê-lo na lei”.¹⁹

Segundo essa escola, a interpretação é *histórica*, além de *gramatical*, *lógica* e *sistemática*. “O costume era priorizado como manifestação imediata do *espírito do povo*, tendo em vista sua evolução espontânea”²⁰. Para Pelayo,

[d]e esta forma, *El derecho es producto de la história; expresión de la conciencia popular, del espíritu del pueblo*, del sentimiento de lo justo y lo injusto del pueblo o de la nación.
[...] *el derecho no proviene de la abstracción de los juristas*, sino que *el centro de gravedad es la história*, que nos permite entender cualquier fenómeno social, incluido el derecho.²¹

A Escola Histórica confere importância ao método que contempla, além de análise filológica, a visão *sistemática* e a dimensão *histórica*. Para Savigny, há de se pensar, portanto, em uma metodologia completa e absoluta, de tríplice constituição, quais sejam: lógica, gramática e histórica:

- a) [a] parte lógica que consiste na apresentação do conteúdo da lei na sua origem, o que apresenta a relação das partes entre si. Também é a

compreensão de qualquer texto escrito”. MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 50.

¹⁸ Segundo Pelayo, por esta razão, por achar que não se encontrava a Alemanha de seu tempo com o espírito do povo íntegro, Savigny opunha-se à codificação. Polêmica travada com Thibaut, que acreditava poder a codificação do direito contribuir de lapidar à unificação da Alemanha. PELAYO, Manuel Hallivis. *Teoría General de la Interpretación*. México: Porrúa, 2007, 120. Na mesma linha, cf. MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 51.

¹⁹ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Metodologia Jurídica*. Campinas: Edicamp, 2001 p. 10.

²⁰ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 51.

²¹ PELAYO, Manuel Hallivis. *Teoría General de la Interpretación*. México: Porrúa, 2007, p. 121. “[...] o direito não provém da abstração dos juristas, contudo o centro de gravidade é a história, que nos permite entender qualquer fenômeno social, incluindo o direito.” [Tradução livre]

apresentação genética do pensamento na lei. Mas o pensamento deve ser expresso, razão pela qual é preciso que existam normas da linguagem, de onde surgem;

- b) [a] parte gramatical, uma condição necessária a lógica. Também está relacionada com a lógica;
- c) [a] parte histórica. A lei é dada num momento determinado, para um povo determinado. Então, é preciso conhecer as condições históricas para captar o pensamento da lei. Só é possível a apresentação da lei através da apresentação do momento em que existe a lei.²²

Savigny acrescenta que a “legislação apenas expressa um todo. A interpretação do particular também deve ser tal que, para poder compreender o particular, este deve se amoldar ao todo”²³. Nestes termos, a interpretação deve ser considerada *sistemática*, como um quarto modo a ser somado aos três expostos anteriormente.

Destaque-se que, para interpretar, os elementos gramatical e lógico permanecem indispensáveis. Todavia, a sistemática é concebida como reconstrução do pensamento, que desembocará na consideração do elemento histórico. Reconstrução que se opera sistematicamente. Para Savigny,

[o] conteúdo do sistema é a legislação, isto é, os princípios do Direito. Necessitamos de um meio lógico da forma, ou seja, da condição lógica do conhecimento de todo o conteúdo da legislação para conhecer estes princípios, em parte de forma particular, em parte na sua conexão. Tudo o que é formal tem por objetivo desenvolver a determinação dos princípios particulares do direito – geralmente isto é denominado de definições e distinções –, ordenar a vinculação de vários princípios particulares e sua conexão. Isto é habitualmente denominado de verdadeiro sistema.²⁴

Marca a *Escola Histórico-Evolutiva* a interpretação que perquire a vontade do legislador, considerada como se legislasse no *momento* da interpretação. A vontade do legislador *atual* opõe-se à vontade do legislador *real* (histórico), que outras escolas buscavam aclarar. Comenta Montoro que

[o] sistema de evolução histórica, também chamado histórico-evolutivo ou escola atualizadora de direito, tem em Saleilles seu maior representante.

A lei deve ser considerada como dotada de vida própria de modo que corresponda não apenas às necessidades que lhe deram origem, mas

²² SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Metodologia Jurídica*. Campinas: Edicamp, 2001 p. 9-10

²³ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Metodologia Jurídica*. Campinas: Edicamp, 2001 p. 18

²⁴ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Metodologia Jurídica*. Campinas: Edicamp, 2001 p. 36-37.

também a suas transformações surgidas através da evolução histórica.²⁵

A Escola da Livre Investigação Científica do Direito, como ressaltado por Montoro, teve como referência os trabalhos de Gèny, para quem “a lei [...] é a fonte mais importante do direito, mas não a única. Diante de uma lacuna na legislação, o intérprete deve recorrer a outras fontes, e não violentar a lei para forçá-la a dizer o que ela não pôde ter previsto, como pretende a doutrina da evolução histórica”²⁶. Montoro afirma que a Escola Científica de Gèny “atribuía ao juiz, na falta de disposição escrita ou costumeira, competência para agir ‘além dos limites da lei’ (‘praeter legem’)”²⁷. Sobre a natureza da Livre Investigação do Direito, Gèny afirma que

llega necesariamente un momento en que el intérprete, desprovisto de todo apoyo formal, debe entregarse a sí mismo para hallar la decisión que no puede rehusar [...] Sus facultades propias entran en acción para descubrir y emplear, a propósito de la fórmula que aplica, los elementos objetivos de todo género que la comunican valor y la fecundan.²⁸

Quanto ao procedimento da Livre Investigação, Gèny aponta que

[...] la pura observación social [...] no puede [...] conducir al fin último de la ciencia sin el razonamiento que apoyado en el sentido íntimo, completa la intuición primera y permite edificar los principios, de donde una deducción experta, y sin cesar comprobada por el sentido práctico, obtendrá las consecuencias más precisas. [...] nótese bien que la investigación científica del intérprete no interviene con plena libertad más que para suplir las fuentes formales (ley, costumbres) defectuosas. [...] su ejercicio es más estrecho o más

²⁵ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. Volume II. São Paulo: 1971 p. 130. Saleilles realiza também importante trabalho sobre interpretação no âmbito civil, a saber, da declaração de vontade: “[l]’interprétation, dans ce cas, devrait s’en faire comme celle d’une loi proprement dite, en tenant compte, beaucoup moins de ce qu’a pu croire et vouloir, soit l’ouvrier qui adhère aux conditions générales de l’engagement dans telle ou telle usine, soit le voyageur qui, en prenant son billet, adhère aux conditions et à la loi fixées par la compagnie, que de ce que ces chartes générales doivent être dans l’intérêt de la collectivité auxquelles elles s’adressent”. [Tradução livre: “A interpretação, nesse caso, deve ser feita como aquela de uma lei propriamente dita, levando em consideração, muito menos aquilo em que se pôde crer e querer, assim como o operário que aceita as condições gerais de contratação nessa ou naquela usina, ou como o viajante que, ao comprar seu bilhete, aceita as condições e as regras fixadas pela companhia, do que essas regras serem feitas no interesse da coletividade à qual se destinam.”] SALEILLES, Raymond. *De la Déclaration de Volonté: Contribution a l’etude de l’acte juridique dans le code civil allemand*. Paris: L.G.D.J., 1929, p. 230.

²⁶ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. Volume II. São Paulo: 1971 p. 131.

²⁷ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. Volume II. São Paulo: 1971 p. 132.

²⁸ GENY, Francisco. *Método de Interpretacion y Fuentes en Derecho Privado Positivo*. Madrid: Reus, 1925, p. 520-521. “chega necessariamente um momento em que o intérprete, desprovido de todo apoio formal, deve entregar-se a si mesmo para encontrar a decisão que não pode recusar [...] Suas dificuldades próprias entram em ação para descobrir e empregar, a propósito da fórmula que aplica, os elementos objetivos de todo o gênero que comunicam valor e fecundam.” [Tradução livre].

amplio según el alcance de sus resultados; es más o menos firme según que pueda apoyarse en la analogía o en elementos objetivos, expresando un equilibrio social adquirido [...].²⁹

A *Escola do Direito Livre* “lançou bases de uma concepção revolucionária em matéria de interpretação”³⁰. Considerando o sentido de justiça de cada comunidade, deve o julgador encontrar a solução mais justa para cada caso. Kantorowicz, expoente dessa escola, considera a legislação insuficiente, por rechaçar a característica da plenitude do ordenamento, autorizando uma ação criadora do julgador similar à do legislador.³¹ Comenta Montoro que “Kantorowicz advoga a absoluta liberdade do juiz, inclusive a de decidir contra a disposição da lei (“contra legem”), na procura do direito justo”³².

A *Escola Sociológica* possui como um de seus membros Durkheim, cuja obra indica que se deve encontrar nos fatos sociais as regras que devam ser estabelecidas para satisfazer a sociedade.³³ O destaque desta escola, principalmente para o direito, é Duguit. Pelayo ensina que segundo Duguit, *para que el Derecho cumpla su función debe atender a la realidad social*³⁴. A aplicação do direito, para ser completa e justa, obriga o intérprete a atender o contexto social.³⁵

Pelayo aduz que essa escola o *culto à lei* pelo *culto aos fatos* e à realidade social³⁶. Sua metodologia consiste em

observación, experimentación, comparación de datos, etc., [...] que privilegia un sistema jurídico realista y social, en que se cambia la noción etérea de derecho subjetivo, por una noción de lo social y lo real, lo individual por lo social, lo metafísico por lo real.³⁷

²⁹ GENY, Francisco. *Método de Interpretacion y Fuentes en Derecho Privado Positivo*. Madrid: Reus, 1925, p. 596-597. “[...] a pura observação social [...] na pode conduzir ao fim último da ciência sem o raciocínio que apoiado no sentido íntimo, completa a intuição primeira e permite identificar os princípios, de onde uma dedução experimentada, e sem cessar comprovada pelo sentido prático, obterá as consequências mais precisas. [...] Note-se bem que a investigação científica do intérprete no intervém com plena liberdade, mas para suprir as fontes formais (lei, costumes) defeituosas. [...] seu exercício é mais estreito ou mais amplo segundo o alcance de seus resultados; é mais ou menos firme segundo possa apoiar-se na analogia ou nos elementos objetivos, expressando um equilíbrio social adquirido [...]” [Tradução livre].

³⁰ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. Volume II. São Paulo: 1971, p. 132.

³¹ PELAYO, Manuel Hallivis. *Teoría General de la Interpretación*. México: Porrúa, 2007, 156-157.

³² MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. Volume II. São Paulo: 1971 p. 132.

³³ PELAYO, Manuel Hallivis. *Teoría General de la Interpretación*. México: Porrúa, 2007, 143-144.

³⁴ PELAYO, Manuel Hallivis. *Teoría General de la Interpretación*. México: Porrúa, 2007, 144-145.

³⁵ PELAYO, Manuel Hallivis. *Teoría General de la Interpretación*. México: Porrúa, 2007, 144-145.

³⁶ PELAYO, Manuel Hallivis. *Teoría General de la Interpretación*. México: Porrúa, 2007, p. 146.

³⁷ PELAYO, Manuel Hallivis. *Teoría General de la Interpretación*. México: Porrúa, 2007, p. 146. “observação, experimentação, comparação de dados etc., que privilegia um sistema jurídico realista e social, em que se

A *Escola da Jurisprudência dos Conceitos* sustentou a idéia de que toda interpretação se reduz a uma operação lógica e autônoma em que o juiz deve se limitar a subsumir o caso à norma aplicável, sem possibilidade de se complementar a lei. Os seguidores dessa escola propuseram uma Ciência Jurídica de caráter dogmático em que as normas que integram o direito seriam deduzidas a partir de conceitos sistematizados por meio dos métodos analítico e dedutivo, com base nos procedimentos da lógica formal. Um de seus mais insígnios propositores foi Georg Friedrich Puchta. Conforme assinala Magalhães Filho, para Puchta,

o cientista do Direito deveria extrair, por abstração, conceitos gerais de normas jurídicas gerais. Em seguida, deveria extrair conceitos específicos dos conceitos gerais mediante um processo dedutivo ou lógico-formal de *genealogia de conceitos*. Assim, estaria formada uma pirâmide de conceitos, mediante a qual o aplicador do Direito poderia ter o entendimento da norma jurídica no momento de sua aplicação, bem como teria o instrumental para proceder à integração de lacunas da lei.³⁸

A *Escola da Jurisprudência dos Interesses*, que teve em Rudolf Von Ihering e Philipp Heck seus maiores expoentes, apresenta como ponto fulcral à interpretação jurídica a noção de *interesse*. De acordo com essa doutrina, o juiz não deve ater-se ao conteúdo normativo exteriorizado pelo ato legislativo, mas avançar em busca dos interesses determinantes da lei, os “interesses causais”, que podem ser de cunho material, econômico, político, cultural, moral, etc. Nesse tipo de interpretação, “a antiga expressão da vontade do legislador tem conteúdo real; simplesmente o antigo conceito de vontade não é psicológico, mas normativo – é um conceito de interesse.”³⁹ Na definição de Pessoa, em comentário ao método de Heck, “homens e mulheres vivendo em sociedade têm necessidades, desejos e aspirações. A esse conjunto de elementos que são característicos da vida em sociedade, Heck dá um único nome: são interesses”.⁴⁰

substitui a noção etérea de direito subjetivo por uma noção do social e do real, o individual pelo social, o metafísico pelo real. [Tradução livre].

³⁸ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 52.

³⁹ PESSÔA, Leonel Cesarino. *A Teoria da Interpretação Jurídica de Emilio Betti*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 27.

⁴⁰ PESSÔA, Leonel Cesarino. *A Teoria da Interpretação Jurídica de Emilio Betti*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 27.

O princípio da *segurança jurídica*⁴¹ é um valor que prepondera em todo o período da Velha Hermenêutica. Em prol da segurança jurídica um espaço reduzido ou nulo era atribuído à atividade do intérprete. Outra característica marcante da época, que só verá sua superação na segunda metade do século XX com a Nova Hermenêutica, é a *carência de normatividade dos princípios*⁴², considerados vetores intelectuais aduzidos do sistema pelo trabalho da doutrina.

Na Teoria Pura do Direito, Kelsen abre um capítulo sobre a interpretação. Embora constate a polissemia imanente às palavras, portanto, às normas, suas considerações sobre a atividade dogmática da interpretação (ato de vontade) afastam a possibilidade de bases metodológicas (ato de conhecimento) para a hermenêutica.

Denuncia que o ideal de segurança jurídica fez aparecer a noção de única solução correta.

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correta”. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximadamente.⁴³

Segundo Kelsen, não haveria método capaz de assegurar a obtenção de um único sentido, verdadeiro ou correto.

Todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto. Fixar-se na vontade presumida do legislador desprezando o teor verbal ou observar estritamente o teor verbal sem se importar com a vontade – quase sempre problemática – do legislador tem – do ponto de vista do Direito positivo – valor absolutamente igual.⁴⁴

⁴¹ Barros Carvalho distingue assim *segurança jurídica* de *certeza jurídica*. “Segurança jurídica, na relação com o futuro, atine propriamente à previsibilidade das consequências jurídicas do fato; a certeza, na relação com o passado, à imutabilidade das consequências jurídicas do fato ocorrido.” BARROS CARVALHO, Paulo de *apud* SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça no mundo contemporâneo*. BH: Del Rey, 2007, p.101.

⁴² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 259.

⁴³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 396.

⁴⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 392.

Ferraz Junior chama de “desafio kelseniano” o enfrentamento da questão a propósito da busca por “um fundamento teórico para a atividade metódica da doutrina” e pela *verdade* hermenêutica⁴⁵.

O esforço teórico de Kelsen de conferir ao saber dogmático – à doutrina – estatuto eminentemente científico levou-o a considerar a impossibilidade tanto de uma teoria científica da interpretação jurídica quanto de se falar em *verdade* de uma interpretação (em oposição à *falsidade*). A *verdade* hermenêutica, entendida como interpretação unívoca, correta, depreendida da norma positiva, não poderia ser alcançada por um processo racional, por um método de Direito positivo, o que implica a carência de base para identificação e desenvolvimento de uma ciência hermenêutica. Afirma que

[n]ão há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta”.⁴⁶

Não há que se falar, portanto, em interpretação sendo a verdadeira, ou a correta, em detrimento de outras possíveis. Interpretar significa para Kelsen estabelecer ou fixar a “moldura que representa o Direito a interpretar, e conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro da moldura existem.”⁴⁷ Mas realça que apenas uma dessas possibilidades se tornará direito positivo no ato de aplicação do direito, realizado pelo aplicador, especialmente, no ato do tribunal, que é ato de vontade.⁴⁸

Por haver várias possibilidades de significação para uma mesma norma, esta se afigura como uma moldura a partir da qual várias aplicações resultam possíveis. A interpretação é correta na medida em que operada por quem tem a competência para fazê-la, ou seja, a correção é “fundada na própria lei”⁴⁹. Vale observar que

⁴⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 265.

⁴⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 391.

⁴⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390.

⁴⁸ “Até mesmo no sistema formalista kelseniano podemos encontrar bons argumentos para o papel construtivo do aplicador do direito. Ao ampliar o objeto de estudo de direito para o esquema lógico *norma jurídica*, Kelsen admite a normatividade *individualizada* como mais um mecanismo válido de criação de normas no sistema, dentro de quadros moldurais.” BROCHADO, Mariá. *Direito e Ética: A Eticidade do Fenômeno Jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 222.

⁴⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 391.

[d]izer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é *a* norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.⁵⁰

Kelsen considera a aplicação como a escolha de uma das opções de significado incumbida ao órgão aplicador do direito. Isso permite, além do entendimento já desenvolvido de que não há uma única solução correta, tanto classificar a interpretação como autêntica e como não-autêntica (doutrinária), quanto tomar a interpretação também como ato de vontade. A interpretação é ato de vontade porque realizada pelo aplicador – juiz, tribunal – que é livre, dentro da moldura da norma geral, para exercer a função a ele delegada de indicar a significação a ser aplicada. É ato de conhecimento enquanto visualização das possibilidades de significação, mas ato de vontade quando da tomada de decisão por uma delas. Assim, o “Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”⁵¹.

Interpretação *autêntica* é a “realizada pelo órgão aplicador do Direito”⁵². É autêntica porque é a interpretação do órgão competente, que vincula os jurisdicionados e que pode criar Direito novo⁵³. A interpretação realizada por quem não tenha essa qualidade de aplicador é *não-autêntica*. Na verdade, a todos os indivíduos, por terem que observar o direito, cabe interpretá-lo de forma não-autêntica. A interpretação não-autêntica é realizada “por uma pessoa privada, especialmente, pela ciência jurídica”⁵⁴. Por isso, usa-se chamar a interpretação não-autêntica de *doutrinária*.

Como a ciência jurídica tem de interpretar as normas quando descreve um Direito positivo, para Kelsen, sua função não pode ser a indicação da solução verdadeira, correta. Qualquer tentativa desse tipo desviaria a atividade jurídico-científica para o campo jurídico-político.

Conclui Ferraz Junior que

[a] interpretação doutrinária é ciência até o ponto em que denuncia a equivocidade resultante da plurivocidade. Daí para frente, o que se

⁵⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 391.

⁵¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 394.

⁵² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 388.

⁵³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 395.

⁵⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 388.

faz realmente é política, é tentativa de persuadir alguém de que esta e não aquela é a melhor saída, a mais favorável, dentro de um contexto ideológico, para uma estrutura de poder. Tudo o que existe, portanto, quando a interpretação doutrinária se apresenta como verdadeira porque descobre o sentido “unívoco” do conteúdo normativo, é, no máximo, uma proposta política que se esconde sob a capa de uma pretensa cientificidade.⁵⁵

Como se percebe, Kelsen já adianta parcialmente o trabalho de desconstrução da Hermenêutica Jurídica Clássica enquanto ciência metodológica rigorosa, o que será aprofundado e radicalizado pelos flancos epistemológicos abertos pela Hermenêutica Filosófica.⁵⁶

2 Hermenêutica Filosófica: categorias que possibilitaram a denúncia das bases da Velha Hermenêutica

2.1 A Hermenêutica Psicológica de Schleiermacher e o conceito de “vivência” e Hermenêutica Metodológica em Dilthey

Entende-se por *Hermenêutica romântica* toda empreitada promovida por teóricos que já no século XIX tentaram sistematizar uma metodologia de compreensão para todas as ciências do espírito (elaborando, portanto, uma metaciência metodológica) tal como o legado metodológico das ciências naturais explicativas conquistado a partir da Revolução Científica do século XVII. Nessa esteira encontramos o pensamento de Friedrich Schleiermacher e Wilhelm Dilthey.⁵⁷

Schleiermacher empreende uma sistematização do conhecimento hermenêutico, conferindo-lhe cientificidade. No caminho pela busca da unidade de sentido, o texto deve ser entendido em função de suas partes e, “obviamente que também o particular apenas pode ser completamente compreendido através do todo”⁵⁸. Afirmar que interpretar é arte, porquanto

⁵⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 264.

⁵⁶ BROCHADO, Mariá. *Entrevista de orientação*. Belo Horizonte: 2009.

⁵⁷ BROCHADO, Mariá. *Entrevista de orientação*. Belo Horizonte: 2009. Nesse sentido, RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. Rio de Janeiro: F Alves, 1990, p. 18 e ss.

⁵⁸ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2006, p. 49.

seja um duplo compreender: compreender na linguagem e no falante.⁵⁹ E para cada um desses tipos de compreensão, há um caminho, respectivamente, a interpretação gramatical e a técnica.

Segundo Schleiermacher, a “interpretação gramatical concerne ao sentido literal e a questão (sobre) o que o escritor propriamente disse pertence à técnica”⁶⁰. Afirma que a interpretação gramatical permite conhecer, a partir da literalidade e com balizas no contexto, o sentido consubstanciado em texto.

A principal tarefa da interpretação gramatical é, então, [...] encontrar para cada caso dado o verdadeiro uso que o autor tinha em mente, evitando tanto os falsos como também o muito e o pouco.⁶¹

O falante, valendo-se da língua, da linguagem, pode se expressar de várias formas. Porém, ao fazê-lo de determinada maneira, tem uma determinada intenção ou sentido próprio. Então, a interpretação deve estar conectada ao autor. A compreensão não deve se restringir somente ao que disse por meio da linguagem, mas implicar “exposição do pensamento”⁶². É o que possibilita, para Schleiermacher, a interpretação técnica ou psicológica.

A interpretação técnica subdivide-se em dois métodos: o método divinatório promove o acesso ao significado de forma imediata, pela via intuitiva; e o método comparativo permite esse acesso por meio de comparação entre partes do texto ou com outros escritos.

Observa-se que o método comparativo possui na interpretação técnica ou psicológica o escopo de atingir o pensamento do falante. “A abordagem gramatical pode usar o método comparativo e proceder do geral para as particularidades do texto”⁶³.

⁵⁹ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2006, p. 68.

⁶⁰ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2006, p. 73.

⁶¹ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2006, p. 79.

⁶² SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2006, p. 93.

⁶³ PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, [s/d], p. 96.

Ainda que se possa vislumbrar a operação da interpretação gramatical e da técnica de forma apartada, é importante registrar que para Schleiermacher ambas devem ocorrer simultânea e complementarmente.

Palmer assim resume a contribuição de Schleiermacher para a hermenêutica como ciência sistemática:

a especulação hermenêutica de Schleiermacher tem como objectivo transformar o “conjunto de observações” organizadas de um modo disperso, numa unidade sistematicamente coerente.

Heidegger assim resumiu os campos de atuação de Dilthey (1833-1911):

[o] trabalho de pesquisa de Dilthey pode ser dividido, esquematicamente, em três campos: estudos sobre a teoria das ciências do espírito e sua delimitação frente às ciências da natureza; pesquisas sobre a história das ciências do homem, da sociedade e do estado; investigações sobre uma psicologia que deve expor “todo o fato homem”.⁶⁴

A esta pesquisa interessa tanto destacar sua contribuição relativa ao conceito de vivência (*Erlebnis*), e de sua “concepção da experiência da vida como conexão de vivências”⁶⁵, como a indicação da Hermenêutica como método para as Ciências do Espírito, o que desloca a discussão para o campo epistemológico.

Primeiramente, o conceito de *vida* para Dilthey é, segundo Gadamer⁶⁶, pensado teologicamente: é produtividade, sem mais nem menos. E toda compreensão de sentido é “uma retradução das objetivações da vida para a vitalidade espiritual donde surgiram”⁶⁷. Gadamer explica que Dilthey concebe a percepção como a última unidade da consciência, chamando essa unidade de vivência, limitando

o ideal construtivo de uma estrutura do conhecimento a partir de átomos da sensação e contrapondo a ele uma versão mais aguda do conceito do dado. O que compõe a unidade real do dado é a unidade da vivência, e não elementos psíquicos nos quais ela poderia ser analisada.⁶⁸

⁶⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes. 2004. Parte II. p. 205.

⁶⁵ MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Hermenêutica jurídica: interpretação das leis e dos contratos*. [Tese de doutorado]. UFMG, Faculdade de Direito. 2001. p. 18.

⁶⁶ Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes. 2005. p. 111.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Ibidem.

Palmer esclarece que uma *Erlebnis* (vivência) “é definida por Dilthey como uma unidade sustentada por um significado comum. [...] A *Erlebnis* representa aquele contacto directo com a vida a que podemos chamar “a experiência imediatamente vivida”⁶⁹. Citando Dilthey,

[a]quilo que na cadeia do tempo forma uma unidade no presente porque tem um significado unitário, é a mais pequena entidade a que podemos chamar experiência.

Indo mais longe, podemos considerar “experiência” cada unidade determinada das partes da vida ligadas por um sentido comum – mesmo quando as várias partes se separam umas das outras por eventos que as interrompem.⁷⁰

A vivência pode resultar de vários contatos separados temporalmente, todavia entrelaçados por um significado comum que confere unidade. Palmer exemplifica a vivência de um amor:

Uma experiência de amor romântico não se baseia num só encontro, mas reúne eventos de vários tipos, tempos e lugares; no entanto, a unidade de sentido que têm enquanto “experiência” eleva-as da corrente da vida e junta-as numa unidade de sentido, [...] numa experiência.⁷¹

Como observa Megale, o homem compreende a vida porque nela está, permanecendo enigmática a vida em si. O que compreende são os significados que percebe da vida. “Vivência em Dilthey é psíquica, confunde-se com o fluxo vivido”⁷².

Palmer ressalta que a experiência não determina uma experiência meramente subjetiva. Contudo Dilthey “viu com toda nitidez a pobreza do modelo do encontro humano com o mundo em termos de sujeito-objeto, viu como é superficial separar os sentimentos dos objetos, as sensações do acto total da compreensão”⁷³.

A compreensão em oposição à explicação é ponto de partida para a classificação que Dilthey empreende das ciências.

⁶⁹ PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, [s/d], p. 113-114.

⁷⁰ DILTHEY, Wilhelm *apud* PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, [s/d], p. 113-114.

⁷¹ PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, [s/d], p. 114.

⁷² MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Hermenêutica jurídica: interpretação das leis e dos contratos*. [Tese de doutorado]. UFMG, Faculdade de Direito. 2001. p. 20.

⁷³ PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, [s/d], p. 115.

Distingue Dilthey duas espécies fundamentais de ciências: ciências da natureza [...]; ciências do espírito [...], hoje denominadas preferencialmente “ciências humanas” ou “ciências culturais”.⁷⁴

As ciências do espírito (*Geisteswissenschaften*) têm por objeto, segundo Montoro, a cultura, o espírito (*Geist*), o mundo do pensamento, enquanto o objeto das ciências da natureza (*Naturwissenschaften*) é o mundo físico.⁷⁵

A essa diversidade de objetos corresponde uma diferença de métodos no estudo de cada ciência: “explicação”, no caso das ciências naturais; “compreensão” no caso das ciências culturais. “A natureza se explica; a cultura se compreende”, diz Dilthey.⁷⁶

Segundo Palmer, “Dilthey acreditava que ‘compreensão’ era a palavra chave para os estudos humanísticos”⁷⁷. As ciências da natureza, diferentemente, teriam cunho explicativo. O estudo da hermenêutica, da compreensão, por conseguinte, é um estudo sobre as bases metodológicas das ciências do espírito. É epistemologia.

A hermenêutica passa a método das ciências do espírito. O decorrente enrijecimento em relação ao caráter científico, universalista e objetivo, paralelamente começa a ser permeado pela consideração da subjetividade no processo de interpretação.

2.2 A Fenomenologia e o “mundo da vida” de Husserl e a compreensão ontológica de Heidegger

Edmund Husserl objetiva, através do método fenomenológico, atingir um fenômeno puro, afastado da vivência subjetiva. Deste modo, vai de encontro com a vivência como visão do mundo de Dilthey. Como observa Megale, em Husserl a “vivência” é intencional, descritível, fenomenológica⁷⁸.

Para entender a fenomenologia que Husserl estabelece, imprescindível é compreender a idéia de *consciência*. Consciência não substância (alma), mas atividade formada por atos de

⁷⁴ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. Volume I. São Paulo: Martins, 1971, p. 65-66.

⁷⁵ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. Volume I. São Paulo: Martins, 1971, p. 66.

⁷⁶ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. Volume I. São Paulo: Martins, 1971.

⁷⁷ PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, [s/d], p. 112.

⁷⁸ MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Hermenêutica jurídica: interpretação das leis e dos contratos*. [Tese de doutorado]. UFMG, Faculdade de Direito. 2001. p. 20.

percepção, dos quais se vale para visar a algo. É intencionalidade. “A consciência é sempre consciência de alguma coisa, pois é da sua essência a intencionalidade”⁷⁹.

A subjetividade em Husserl não se prende a uma noção psicologista, ou seja, não é tomada como conteúdo da consciência, mas como uma *cogitatio* que visa objetos, ou seja, noemas.⁸⁰

A Fenomenologia como Filosofia transcendental permite descrição da estrutura do fenômeno (fluxo imanente de vivências que compõem a consciência), constituindo as significações, permitindo que a essência se manifeste.

A redução eidética ou *epoché*, procedimento metodológico – fenomenologia – descrito por Husserl, é operação que permite pôr entre parênteses a existência efetiva do mundo exterior, para que a investigação se ocupe apenas com operações realizadas pela consciência, sem que seja perguntado se as coisas existem ou não realmente. Gadamer comenta que

[c]om o restabelecimento do sentido de validade “ideal” da lógica, Husserl designou a este fato [...] uma “redução eidética” que suspende todas as questões voltadas a fatos (*Epoche*).⁸¹

Várias são as formas pelas quais podem ser os objetos percebidos, dependendo de como são visados pelos atos intencionais da consciência. Exemplo: um tabuleiro de xadrez é também um tabuleiro do jogo de damas ou pode ser percebido apenas como um tipo de estampa. Uma gama sem fim de percepções pode ser associada a um objeto percebido (*noema*), de modo que este supera a si mesmo por ser apreendido em sua relação com a consciência.

O que faz a redução eidética é tornar definida pela e para a consciência a imanência da idéia ou conceito do percebido, afastando-se a infinidade de transcendentais da coisa.

Interessante perceber que na tentativa de estabelecer uma ciência rigorosa, com um método a serviço do conhecimento da objetividade, acabam sendo salientadas a consciência e a própria subjetividade.⁸²

⁷⁹ MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *A Fenomenologia e a Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Fundação Valle Ferreira, 2007, p. 25.

⁸⁰ MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *A Fenomenologia e a Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Fundação Valle Ferreira, 2007, p. 25.

⁸¹ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva: A Virada da Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2007 p. 30

Para responder à dúvida de ser para todos os sujeitos o mesmo mundo objetivo, evidente, percebido pelas subjetividades solitárias, Husserl lança mão da idéia de subjetividade transcendental. Para ele, como todos os sujeitos, fazendo uso da razão, do método fenomenológico alcançam o fenômeno puro, este aparece, portanto, em sua evidência na consciência de todos. Tratando-se de condição *a priori* de possibilidade do conhecimento, assume a acepção de consciência transcendental.

A redução fenomenológica do “eu psicológico” revela o eu transcendental, o “eu puro”. “Dentro dele, o *alter ego*, [...] desacompanhado de subjetividade.”⁸³ Para Megale, Filosofia de Husserl “fechou-se no solipsismo, enquanto o *alter ego* que comparece perante o eu transcendental não passa de um elemento figurativo”⁸⁴.

Gadamer salienta que a investigação dos modos subjetivos de as coisas se darem torna a fenomenologia um programa universal de trabalho que deveria permitir a compreensão de toda a objetividade, de todo o sentido do ser.

Agora, também a subjetividade humana possui validade ontológica. Também ela deve ser vista como “fenômeno”, ou seja, deve ser examinada em toda a variedade de seus modos de doação. Essa investigação do eu como fenômeno não é “percepção interior” de um eu real. [...] é antes um tema altamente diferenciado, próprio da reflexão transcendental. [...] Toda vivência implica os horizontes do anterior e do posterior e se funde, em última análise, com o *continuum* das vivências presentes no anterior e no posterior para formar a unidade do fluxo da vida.⁸⁵

A partir deste ponto, segundo Gadamer, é pressuposta a constituição da denominada consciência temporal para a investigação fenomenológica. A Fenomenologia, em seu turno, compreende a investigação da constituição de unidades *da* e *na* consciência do tempo.

⁸² Cf. a citação de Bertrand Russel feita por Einstein: “O observador que pretende observar uma pedra, na realidade observa, se quisermos acreditar na física, as impressões das pedras sobre ele próprio. Por isto a ciência parece estar em contradição consigo mesma; quando se considera extremamente objetiva, mergulha contra a vontade na subjetividade. O realismo ingênuo conduz à física, e a física mostra, por seu lado, que este realismo ingênuo, na medida em que é conseqüente, é falso. Logicamente falso, portanto falso.” EINSTEIN, Albert. *Como Vejo o Mundo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981p, 46.

⁸³ MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *A Fenomenologia e a Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Fundação Valle Ferreira, 2007, p. 38.

⁸⁴ MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *A Fenomenologia e a Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Fundação Valle Ferreira, 2007, p. 39.

⁸⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 329.

O conceito de “mundo da vida”, que Husserl cunha, “significa o todo em que estamos vivendo enquanto seres históricos”⁸⁶.

Forjando um conceito que faz aparecer o contraste com o conceito de mundo que pode ser objetivado pelas ciências, Husserl chama a esse conceito fenomenológico do mundo de “mundo da vida”, ou seja, o mundo em que nos introduzimos por mero viver nossa atitude natural, que, como tal, jamais poderá tornar-se objetivo para nós, mas que representa solo prévio de toda experiência. [...] Este “mundo” está essencialmente referido à subjetividade, e essa referência significa, ao mesmo tempo, que “tem seu ser no fluxo do cada vez em cada caso” (*Jeweiligkeit*). O mundo da vida se encontra num movimento de constante relatividade da validade.⁸⁷

Assim o conceito de mundo da vida, eminentemente histórico, opõe-se a todo objetivismo, isto é, ao mundo objetivo.

Gadamer reconhece a contribuição de Husserl à Filosofia:

Aquilo que constituiu o gênio de Husserl foi o fato de ele, apesar de não ser por natureza senão um matemático [...] ter implodido a estreiteza do conceito de experiência reduzido às ciências e ter elevado o “mundo da vida”, a experiência realmente vivida do mundo, a tema universal da meditação filosófica.⁸⁸

A obra de Husserl terá influenciado, certamente e ainda que como ponto de partida, os trabalhos de Heidegger e Gadamer.

A tradição filosófica ocidental teria, segundo Heidegger, abandonado o ser, criando o dualismo que foca a essência em detrimento do ser, o que levou Kant à separação ser e dever-ser. Para Kant, como assevera Salgado, ser é a junção de um juízo, que liga o predicado ao sujeito:

Ser tem a função lógica de apontar o existente. Relaciona-se com a natureza. O ser do homem é o elemento natural que o compõe mais o elemento espiritual, a liberdade, à qual se refere o dever-ser.⁸⁹

⁸⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 332.

⁸⁷ Ibidem, p. 331-332.

⁸⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva: A Virada da Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2007 p. 31

⁸⁹ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XIV, n.3, v. 20, 1996, p. 21.

Para superar esta separação, Heidegger perquire o sentido do ser do ente, no qual o ser aparece, revela-se, ou seja, no *Dasein*, no homem. “Fenômeno é o que é o ser e ser é sempre o ser de um ente”⁹⁰. Para revelar o ser, Heidegger utiliza o método fenomenológico, a partir de uma hermenêutica do sentido do ser.

Hermenêutica é, então, a fenomenologia do ‘Dasein’, interpretação do ser do ‘Dasein’, da estrutura do próprio ser. A Fenomenologia é o método pelo qual “o que se mostra, na medida em que se mostra a partir de si mesmo”, revela-se. O que está oculto e se mostra é o ser do ente. [...] A Filosofia é, assim, ontologia universal fenomenológica a partir da hermenêutica do “Dasein”, ou analítica da existência.⁹¹

Continua Salgado explicando que para chegar ao ser é preciso deixar aparecer o ser pela fenomenologia: a redução em Husserl revela a consciência; em Heidegger, o ser. O ser está no *Dasein* no homem, e este pode captá-lo diretamente, sem intermediários, pela intuição, pois o homem abriga-o. O ser revela-se como existência, não como essência. A análise da existência humana constitui a via de acesso para a descoberta do ser. Portanto,

dizendo-se que a essência consiste na existência, anula-se a própria noção de essência como sendo algo real, concebido previamente, uma vez que *existenz* é concebida como sendo possibilidade, isto é, o poder-ser-si-mesmo do *Dasein*. A existência, a partir da qual o *Dasein* se compreende é a possibilidade de ser-si-mesmo concretizada numa decisão, num ato de escolha. O *Dasein* pode “escolher-se a si mesmo, ganhar-se e também perder-se, ou não ganhar-se nunca ou só ganhar-se aparentemente”⁹²

Destaca Megale que o homem é o único ente que se pergunta pelo seu ser e pelo sentido deste ser, compreendendo o *Dasein* as noções de sujeito e objeto. “A essência do ser está em ter de ser.”⁹³

O ser humano jamais seria um ser acabado e nunca seria tudo o que pode ser; estaria ante um leque de possibilidades, sobre as quais se projeta. “A inquietação estrutura o ser do homem dentro da temporalidade, prendendo-o ao passado, mas ao mesmo tempo, lançando-o para o futuro”.⁹⁴ A existência humana, marcada pela faticidade⁹⁵, encerra vinculação íntima com a

⁹⁰ Cf. SALGADO, idem.

⁹¹ Ibidem, p. 21-22.

⁹² NUNES, Benedito. *Hermenêutica e Poesia: Pensamento Poético*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999, p. 59

⁹³ MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Hermenêutica jurídica: interpretação das leis e dos contratos*. [Tese de doutorado]. UFMG, Faculdade de Direito. 2001. p. 34.

⁹⁴ Cf. (Os) *Pensadores*. História das grandes idéias do mundo ocidental. v. IV. São Paulo: Abril Cultural. 1972, p. 902.

temporalidade. Salgado comenta que “o homem revela-se como temporalidade, é um ser para a morte, isto é, que se mostra com um limite”⁹⁶. Só é plenamente nesse limite. Recobrando seu passado e o projeto que tem de si, o homem afirma sua presença no mundo, na busca de efetivar esse projeto.

Gadamer comenta a carência de uma base ontológica da subjetividade transcendental desvinculada da temporalidade, levantada por Heidegger:

[...] o ser deverá ser determinado a partir do horizonte do tempo. A estrutura da temporalidade aparece assim como a determinação ontológica da subjetividade. Mas ela era mais do que isso. A tese de Heidegger era: o próprio ser é tempo.⁹⁷

Prossegue discorrendo sobre a temporalidade, assumindo aqui a roupagem de historicidade:

Só fazemos história na medida em que nós mesmos somos “históricos”; significa que a historicidade da pre-sença [ser-no-mundo] humana em toda a sua mobilidade do relembrar e do esquecer é a condição de possibilidade de atualização do passado em geral. [...] a pertença a tradições faz parte da finitude histórica da pre-sença tão originária e essencialmente como seu estar-projetado para possibilidades futuras de si mesma. [...] Assim, não há compreensão ou interpretação que não implique a totalidade dessa estrutura existencial, mesmo que a intenção do conhecedor seja apenas ler “o que está aí” e extrair das fontes “como realmente foi”.⁹⁸

Gadamer comenta a reflexão hermenêutica de Heidegger⁹⁹, dizendo que o intérprete, em virtude das idéias que lhe ocorrem, vê-se constantemente submetido a desvios da coisa. Assim,

quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto

⁹⁵ “A facticidade sublinha a fatualidade do fato. Desse modo, ela se torna uma formulação que apresenta um desafio para todo querer compreender, mais ou menos como quando em *Ser e tempo* se fala do ter-sido-jogado do ser-aí. É constitutivo do ser-aí humano o fato de virmos ao mundo sem sermos questionados e de sermos chamados sem sermos questionados. Em todo o nosso “ter-sido-jogado”, vivemos em vista de nosso futuro, de um futuro para o qual nos projetamos.” GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva*: Heidegger em Retrospectiva. Petrópolis: Vozes, 2007 p. 96.

⁹⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XIV, n.3, v. 20, 1996, p. 23-24

⁹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 345

⁹⁸ Ibidem, p. 350-351.

⁹⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 356.

prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme avança na penetração do sentido.¹⁰⁰

“Justamente todo esse constante reprojeter que perfaz o movimento de sentido do compreender e do interpretar é o processo descrito por Heidegger.”¹⁰¹ Desse modo, quem procura compreender pode ser acometido por erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar projetos corretos e adequados às coisas constitui tarefa da compreensão.

Heidegger afirma que “toda compreensão guarda em si a possibilidade de interpretação, isto é, de uma apropriação do que se compreende”¹⁰². Em escritos tardios em relação a *Ser e tempo*, o autor aprofunda-se no campo da linguagem, sendo esta o ponto de partida para divisar o ser. Alguns consideram estes estudos como provenientes de um “segundo” Heidegger.

O ser do “segundo” Heidegger é uma espécie de iluminação da linguagem; não da linguagem científica, que constitui a realidade como objeto, nem da linguagem técnica, que modifica a realidade para aproveitar-se dela. O ser “habita” antes a linguagem poética e criadora. [...] ¹⁰³

2.3 Linguagem, horizonte histórico e tradição em Gadamer e o giro hermenêutico

Gadamer aborda a linguagem como “compartilhamento, participação, uma possibilidade de ter parte em..., na qual um sujeito não se encontra contraposto a um mundo de objetos”.¹⁰⁴

Seja marcada desde já a subjetividade como componente do processo de interpretação, que possibilita alcance da verdade. Pelo compartilhamento imante à linguagem, há ênfase do conhecimento prévio – pré-conceito – e, não menos importante, da intersubjetividade na interpretação. Tratando da linguagem como concepção de mundo, Gadamer adverte que

a linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham *mundo*, nela se representa *mundo*.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Petrópolis: Vozes. 2004, p. 218-219.

¹⁰³ Cf. (Os) *Pensadores*. História das grandes idéias do mundo ocidental. v. IV. São Paulo: Abril Cultural. 1972, p. 903.

¹⁰⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva: A Virada da Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2007 p. 38

¹⁰⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 571.

Evidencia que já não se pode contestar que o que caracteriza a relação do homem com o mundo, em oposição a todos os demais seres vivos, é a sua *liberdade frente ao mundo circundante*. Essa liberdade implica a constituição de mundo que se dá na linguagem.¹⁰⁶

Chega à conclusão de que “o *ser que pode ser compreendido é linguagem*, não existindo seguramente nenhuma compreensão totalmente livre de preconceitos, embora a vontade do nosso conhecimento deva sempre buscar escapar de todos os nossos preconceitos”¹⁰⁷. Para Gadamer, é só o reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão que pode levar o problema hermenêutico à sua real agudeza.¹⁰⁸

O filósofo afirma que, “tendo liberado a ciência das inibições ontológicas do conceito de objetividade”, busca compreender como a “hermenêutica pôde fazer jus à historicidade da compreensão.”¹⁰⁹

Conectando a idéia de ser histórico que somos, e que não podemos separar-nos da subjetividade para sabermos de nós mesmos, Gadamer assevera: *ser histórico quer dizer não se esgotar nunca no saber-se*.¹¹⁰

Gadamer mostra que a toda a bagagem histórica, que constitui *uma estrutura prévia da compreensão* e é formada por conceitos – entendidos como pré-conceitos por serem anteriores ao momento compreensivo – é fundamental para os movimentos lógicos de interpretação e compreensão, que circularmente vão acrescentando substância (conceitos) que servirá de base para as posteriores compreensões. Como lembra Magalhães Filho,

para Gadamer, o círculo hermenêutico teria a forma de uma espiral, porquanto o sentido seria inesgotável e a compreensão sempre sujeita a ampliação e aprofundamento. Além disso, ele identifica interpretação e aplicação, pois compreender o texto seria fazer a sua aplicação ao nosso contexto existencial.¹¹¹

¹⁰⁶ Ibidem, p. 573.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 612.

¹⁰⁸ Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 360.

¹⁰⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 354.

¹¹⁰ Ibidem, p. 399. Cf. “Os limites de minha linguagem significam os limites de meu mundo”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001, p. 245.

¹¹¹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 43.

Gadamer afirma que “o mundo da vida é uma multiplicidade de horizontes, e, com isso, uma estrutura extremamente diferenciada, na qual mesmo a validade objetiva também tem certamente seu lugar, mas não possui mais nenhuma posição monopolizadora”¹¹². Dessa forma realça a importância não somente da subjetividade, mas também da intersubjetividade.

O entendimento na linguagem tanto permite a identificação da importância da intersubjetividade, na consideração do outro para a compreensão, como demonstra a tensão a que se submete a linguagem no desvelar de seu sentido. Nas palavras de Gadamer,

[o] entendimento que se dá na linguagem coloca aquilo sobre o que se discorre diante dos olhos dos que participam da conversa, como ocorre com um objeto de disputa que se coloca no meio exato entre os adversários.¹¹³

O intérprete situado num momento histórico possui um *horizonte (histórico)*, que significa a amplitude panorâmica que seu olhar alcança em função da bagagem histórica que encerra. Ensina Pereira que

[o] *horizonte* demonstra que o acesso do homem ao mundo se dá a partir de seu ponto de vista, de sua *situação hermenêutica*, que é sempre um posicionar-se perante os fenômenos. [...] Toda forma de compreender é enraizada na *situação hermenêutica* do sujeito, nessa espécie de “espaço” de que todos partimos, conscientes ou não, na medida em que conhecemos. Vincula-se ao conjunto de experiências trazidas na História que formam indissociavelmente nosso raio de visão e pré-moldam nossas interações com os fenômenos que se nos postam à frente.¹¹⁴

Magalhães Filho sustenta que o próprio texto comporta essa dimensão de horizonte. Na compreensão o que ocorreria é uma fusão de horizontes:

A *fusão de horizontes* seria a fusão do *horizonte* do intérprete com o do texto. [...] O *horizonte* do texto seria a riqueza de sentido nele incorporada por sucessivas interpretações que lhe foram dadas no curso da história. Depois de reiteradas *fusões de horizontes*, tanto o *horizonte* do intérprete como o do texto adquiririam ampliação maior, de maneira tal que um reencontro do intérprete com o texto daria margem a novas perguntas e, conseqüentemente, a novas respostas.¹¹⁵

¹¹² “Como um dos modos como a multiplicidade dos mundos da vida se articula, a multiplicidade das línguas humanas começa a se comprovar cada vez mais.” GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva: A Virada da Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2007 p. 181.

¹¹³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 576.

¹¹⁴ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 27

¹¹⁵ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 42-43.

Outro relevante conceito em Gadamer é o de *tradição*: “não é simplesmente um acontecer que aprendemos a conhecer e dominar pela experiência, mas é *linguagem*, isto é, fala por si mesma [...]”¹¹⁶. Acrescenta que

*[a]quele que pela reflexão se coloca fora da relação vital com a tradição destrói o verdadeiro sentido desta. A consciência histórica que quer compreender a tradição não pode abandonar-se à forma de trabalho da metodologia crítica com a qual se aproxima das fontes, como se ela fosse suficiente para proteger contra a intromissão dos seus próprios juízos e preconceitos. Na verdade, ele precisa pensar também sua própria historicidade. Como já dissemos, o fato de estar na tradição não restringe a liberdade do conhecer, antes é o que a torna possível.*¹¹⁷

Quanto ao *giro hermenêutico*, primeiramente convém aproximar as expressões que, ora privilegiando as contribuições de uma teoria, ora realçando outra, possuem um ponto em comum: o denominado *giro*, também conhecido como *virada*, ou ainda *viragem*.

Gadamer aclara o significado dessa virada em Heidegger, dizendo que

[n]o conceito de “viragem” reside o seguinte: é o caminho que conduz o pensamento e que leva à sua viragem.¹¹⁸

Reconhecendo que possivelmente mais de uma acepção à viragem poderia ser encontrada, Gadamer demarca que através da viragem

Heidegger nunca buscou dizer com isso senão uma coisa: aquilo que acontece com alguém quando esse alguém segue o próprio caminho de seu pensamento e faz a experiência de que o caminho se vira.¹¹⁹

Fica nítido em Heidegger a *virada* tanto em seu viés ontológico como para a linguagem, até mesmo porque sua obra acaba sendo separada em dois momentos: deles as expressões “primeiro” e “segundo” Heidegger derivam-se.

¹¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 467.

¹¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 471.

¹¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva: Heidegger em Retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2007 p. 114.

¹¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva: Heidegger em Retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2007 p. 114-115. Cf. “Quando a gente anda sempre em frente, não pode ir muito longe...”. [Tradução de “*Droit devant soi on ne peut pas aller bien loin...*”. SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. *Le Petit Prince*. Paris: Librairie Gallimard, 2006, p. 19.].

O “primeiro” Heidegger – de *Ser e tempo* – promove o resgate do *ser*, o que resulta no lançamento do homem em uma jornada de conhecimento, que é revelação do próprio *ser* e, por conseguinte, autoconhecimento. A virada ganha o atributo de ontológica (*ontological turn*¹²⁰), marcada pela inclusão definitiva do sujeito no objeto de cognição, isto é, superação da dicotomia sujeito/objeto.

As idéias reunidas em torno do “segundo” Heidegger mostram o caminho para a linguagem. Em verdade, Heidegger questiona se seria realmente necessário um caminho para a linguagem, uma vez que o homem é “na linguagem” e “pela linguagem”¹²¹. Como Heidegger afirma ser a interpretação constantemente circular, o que se busca a partir da linguagem é “fazer a experiência do caráter e da abrangência desse seu movimento”. Assim, mostrar-se-á o caminho para a linguagem mais longo e extenso, permitindo “trazer a linguagem como linguagem para a linguagem”¹²², e transformando

o sentido da formulação que nos orienta. Ela deixará de ser uma fórmula para constituir uma ressonância calada, que nos permite escutar um pouco desse próprio da linguagem.¹²³

Para Gadamer, cuja obra *Verdade e Método* possui um parte dedicada à “virada ontológica hermenêutica no fio condutor da linguagem”¹²⁴, linguagem é compartilhamento, é intersubjetividade.

A expressão *viragem linguístico-ontológica*, para além de abarcar o sujeito cognoscitivo no objeto, denota essa preocupação com a linguagem, que é ponto de partida e meio para a interpretação. Segundo Streck, “é evidente que não há só textos. E textos não são meros enunciados lingüísticos. O que há então são normas resultantes da interpretação de textos”¹²⁵. Impõe-se a superação dos dualismos como teoria-prática, ser-ente, norma-texto no processo de interpretação, uma vez que

¹²⁰ STRECK, Lenio Luiz. Diferença Ontológica (entre texto e norma) como Blindagem contra o Relativismo no Processo Interpretativo: uma Análise a partir do Ontological Turn. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, [s/n], p. 121.

¹²¹ “Não é necessário um caminho para a linguagem. Um caminho para a linguagem é até mesmo impossível, uma vez que já estamos no lugar para o qual o caminho deveria nos conduzir”. HEIDEGGER, Martin. *A Caminho da Linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 191-192.

¹²² HEIDEGGER, Martin. *A Caminho da Linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 192.

¹²³ HEIDEGGER, Martin. *A Caminho da Linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 193.

¹²⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 497-631.

¹²⁵ STRECK, Lenio Luiz. Diferença Ontológica (entre texto e norma) como Blindagem contra o Relativismo no Processo Interpretativo: uma análise a partir do *ontological turn*. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, [s/n], p. 123.

*[n]o centro dessa separação [em dualismos] está a viragem lingüístico-ontológica, no interior da qual a linguagem deixa de ser um a terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, para tornar-se condição de possibilidade.*¹²⁶

Netto descreve o desdobramento da tese de Gadamer na teoria de Kuhn sobre paradigma científico como uma relevante implicação da virada *lingüístico-ontológica*, que com o trabalho de Gadamer passa a ser designada *giro hermenêutico* ou *virada hermenêutica*¹²⁷, como ponto de chegada da *viragem* para o Direito.¹²⁸ Comentando sobre Gadamer e a “*virada hermenêutica que empreendeu, [...] a sua importância para nós reside no impacto que sua obra produzirá sobre o conceito de paradigma de Thomas Kuhn, a informar toda a atual filosofia da ciência*”.

Segundo Gadamer, há de ser considerado pela “ciência da linguagem, quer essa ciência se chame lingüística, comparatística ou filosofia da linguagem”¹²⁹, que

quando falamos uns com os outros, quando buscamos uns para os outros e para nós mesmos as palavras, quando experimentamos as palavras que conduzem a uma linguagem comum e que formam uma tal linguagem, nós nos empenhamos por compreender a nós mesmo – e isso sempre significa: tudo, mundo e homem; e isso por mais que seja possível que não nos compreendamos propriamente de modo algum uns com os outros.¹³⁰

Gadamer comenta que “o caminho vira-se no pensamento e no discurso”¹³¹. Elucida que já se tratava de virada lingüística desde estudos anteriores, que exaltaram a linguagem realmente falada em contraposição à linguagem formal, considerada em seus aspectos estruturais. Assim,

a partir do modo como nós todos aprendemos a falar e como adquirimos uma experiência do mundo a partir da comunicação lingüística e da troca própria ao diálogo.¹³² [...]

¹²⁶ Ibidem, p. 122.

¹²⁷ Anteriormente comentado, o giro hermenêutico contribui decisivamente para o surgimento da Nova Hermenêutica Jurídica.

¹²⁸ NETTO, Menelick de Carvalho. In: CATTONI, Marcelo (org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 28. Os paradigmas do Estado de Direito serão abordados oportunamente.

¹²⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva: A Virada da Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2007 p. 38

¹³⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva: A Virada da Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2007 p. 38-39.

¹³¹ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva: Heidegger em Retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2007 p. 115.

¹³² GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva: A Virada da Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2007 p. 182.

Esse é o verdadeiro fundamento do *linguistic turn*¹³³ que é assim descrito. Já se tratava de uma virada para a linguagem, quando homens como Wittgenstein e Austin inverteram o ideal lógico de uma linguagem formal e inequívoca, voltando-o para o interior da virada para a linguagem realmente falada, libertando essa linguagem de sua pressão lógica compulsiva, na medida em que a integraram ao contexto da ação. Há certamente um grande interesse em saber como e sob que formas a comunicação viva se exprime.¹³⁴

Não adentrando na distinção entre os trabalhos de Wittgenstein, o que poderia chamá-los de provenientes também de um “primeiro” e um “segundo” Wittgenstein, vale notar que, apesar de tratar da lógica da linguagem, o “próprio Wittgenstein, contudo, não prescreve nenhuma língua purificada. O contexto justifica o uso lingüístico”¹³⁵. Para Wittgenstein,

o significado de uma palavra não é nem um objeto, nem uma imagem mental, nem um ente do terceiro reino [...] É como se Wittgenstein transferisse o significado do céu do terceiro reino para o solo da prática lingüística.¹³⁶

O significativo conceito de *jogo de linguagem*, pelo aspecto pragmático a ele intrínseco, coaduna-se com toda a teoria do discurso que é posteriormente desenvolvida principalmente por Habermas e também por Apel¹³⁷ e Alexy. Jogo de linguagem para Wittgenstein é denominação e emprego das palavras, que seguem regras tal como em um jogo. Chama de jogo de linguagem “também a totalidade formada pela linguagem e pelas atividades com as quais ela vem entrelaçada”¹³⁸. Penco define jogo de linguagem como “um contexto de ações e palavras no qual uma expressão pode ter um significado”¹³⁹ e assevera que

o desenvolvimento da idéia da linguagem como ação e, portanto, as análises de tipo pragmático, aquelas que dão relevância à relação entre signos e falante.¹⁴⁰

A *virada hermenêutica*, como lembrou Gadamer, com os trabalhos de Wittgenstein e Austin e com as teorias discursivas, passa a ser designada, ressaltando o viés pragmático incorporado,

¹³³ Em inglês na obra [giro lingüístico; virada lingüística].

¹³⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva: A Virada da Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2007 p. 183.

¹³⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva: A Virada da Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2007 p. 95.

¹³⁶ PENCO, Carlo. *Introdução à Filosofia da Linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 135.

¹³⁷ Para aprofundamento no pensamento de Apel, vide COSTA, Reginaldo da. *Ética do Discurso e Verdade em Apel*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

¹³⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 19.

¹³⁹ PENCO, Carlo. *Introdução à Filosofia da Linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2006 p. 135.

¹⁴⁰ PENCO, Carlo. *Introdução à Filosofia da Linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2006 p. 136.

por *giro hermenêutico-pragmático*, que inclusive constitui, segundo Cattoni, pano de fundo para uma compreensão procedimentalista da aplicação jurídica¹⁴¹.

As contribuições de Gadamer colocam-no como ponto de chegada da Hermenêutica Filosófica. Com elas o chamado *giro hermenêutico* completa-se e faz despontar, na Hermenêutica Jurídica, a Nova Hermenêutica. Colaciona-se a seguir a conclusão de seu livro *Verdade e Método*, que aponta para uma insuficiência do método para se alcançar seguramente a verdade, o que, todavia, não tem de criar obstáculo à atividade científica:

Não existe seguramente nenhuma compreensão totalmente livre de preconceitos, embora a vontade do nosso conhecimento deva sempre buscar escapar de todos os nossos preconceitos. No conjunto da nossa investigação mostrou-se que a certeza proporcionada pelo uso dos métodos científicos não é suficiente para garantir a verdade. Isso vale sobretudo para as ciências do espírito, mas de modo algum significa uma diminuição de sua cientificidade. Significa, antes, a legitimação da pretensão de um significado humano especial, que elas vêm reivindicando desde antigamente. O fato de que o ser próprio daquele que conhece também entre em jogo no ato de conhecer marca certamente o limite do “método” mas não o da ciência. O que o instrumental do “método” não consegue alcançar deve e pode realmente ser alcançado por uma disciplina do perguntar e do investigar que garante a verdade.¹⁴²

Toda a tarefa da Hermenêutica Filosófica de desmistificar a idéia de método para uma melhor compreensão coloca em questão as construções da Hermenêutica Jurídica clássica, pela evidente tentativa desta de metodologizar compreensões seguras que desencadeiem decisões seguras, logo, a garantia dos valores segurança e justiça. É nesse contexto que se inicia o trabalho de construção de uma Nova Hermenêutica no campo jurídico: não mais uma hermenêutica metodológica já consumida pelas denúncias da Hermenêutica Filosófica, mas uma hermenêutica principiológica que, em virtude do valor conferido à Constituição no Estado Democrático de Direito, passa a ser entendida como uma Hermenêutica Constitucional, ou uma Nova Hermenêutica Jurídica centrada na idéia de supremacia da Constituição.¹⁴³

¹⁴¹ NETTO, Menelick de Carvalho. In: CATTONI, Marcelo (org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 9.

¹⁴² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 631.

¹⁴³ BROCHADO, Mariá. *Entrevista de orientação*. Belo Horizonte: 2009.

3 A Nova Hermenêutica e teorias da argumentação

Todo conteúdo até aqui desenvolvido possui dupla finalidade: apresentar a Velha Hermenêutica em seus aspectos históricos e metodológicos, uma vez que muito dela se conserva no momento atual (seja nas reflexões doutrinárias, seja nas práticas dos tribunais), e discutir a afirmação sob a possibilidade de existência de uma Nova Hermenêutica, sob a influência decisiva da Filosofia na Hermenêutica Jurídica, gerando bases para o desenvolvimento desse novo modelo de interpretação.

A Nova Hermenêutica Jurídica estreitamente ligada a uma leitura publicista do direito, com a Constituição no centro do sistema. A doutrina denomina este fenômeno de (princípio da) supremacia da constituição¹⁴⁴. O termo supremacia confere a idéia de figuração no topo, que subsiste, incorporando a visão positivista de fundamento de validade para as normas hierarquicamente inferiores, mas superando-a.

A alusão ao centro melhor condiz com o novo modelo de interpretação, no qual a Constituição, além de ser hierarquicamente superior, é ponto de partida para a leitura de todo o ordenamento jurídico. Princípios constitucionais são diretrizes para a interpretação e, sobretudo, dotados de *normatividade*¹⁴⁵.

A Constituição, no ensinamento de Barroso, “passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos [...], no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”¹⁴⁶.

Brochado comenta a abertura de um espaço interpretativo, dizendo que

[o] que a Hermenêutica Jurídica busca é a abertura de um espaço para interpretações fundamentáveis universalmente, exigência mesma do *Estado Democrático de Direito*, condicionante das decisões singulares à fundamentação ou motivação universalizável.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Vide também item sobre princípios de interpretação especificamente constitucional.

¹⁴⁵ “O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua *normatividade*. BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 28.

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 30.

¹⁴⁷ BROCHADO, Mariá. *Direito e Ética: A Eticidade do Fenômeno Jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 229. A fundamentação das decisões é alvo de estudo também das teorias da argumentação jurídica a serem abordadas em tópico específico.

[...]

Para Gadamer, essa modalidade de atividade e ciência da interpretação é um modelo hermenêutico fecundo, pois nela encontramos a *aplicação* do direito, sendo essa aplicação a mediação histórica entre o passado e o presente a ser compreendido.¹⁴⁸

Vale lembrar mais duas passagens dos trabalhos de Gadamer que se coadunam com essa abertura peculiar do Estado Democrático de Direito. A primeira diz respeito ao próprio sentido de abertura:

Perguntar quer dizer colocar no aberto. A abertura daquilo sobre o que se pergunta consiste no fato de não possuir uma resposta fixa. Aquilo que se interroga deve permanecer em suspenso na espera da sentença que fixa e decide. O sentido do perguntar consiste em colocar em aberto aquilo sobre o que se pergunta, em sua questionabilidade.¹⁴⁹

A segunda passagem reforça o caráter da abertura da linguagem a novos entendimentos, ainda que em dado momento histórico um posicionamento seja fixado:

Com o despertar da consciência e da co-consciência articulada linguisticamente prossegue o processo de formação de realizadores de desejos e decepções, um processo que já se encontra há muito em curso. Tudo isso é um diálogo infinito que sempre se reinicia novamente e sempre emudece uma vez mais, sem jamais encontrar um fim.¹⁵⁰

Evidentemente que se trata, como realçado por Brochado, de uma abertura que requer lastro na juridicidade. Abertura que possibilita tutelas jurisdicionais (*justiciabilidade*¹⁵¹) de direitos a prestações positivas do Estado, em especial dos direitos sociais; bem como releituras do ordenamento, como a operada em sede da separação de Poderes e o Estado Democrático de Direito, princípios que, segundo a exemplificação de Barroso, “conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas”¹⁵².

Segundo o autor,

¹⁴⁸ BROCHADO, Mariá. *Direito e Ética: A Eticidade do Fenômeno Jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 228-229.

¹⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 474.

¹⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva: A Virada da Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2007 p. 182

¹⁵¹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 461-470; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 242-244.

¹⁵² BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 28.

o direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a cauda da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade.¹⁵³

A Nova Hermenêutica Jurídica deve assumir esse viés ético, considerado o fenômeno jurídico em sua eticidade¹⁵⁴ ou o direito como *maximum* ético¹⁵⁵, porque as normas jurídicas não existem senão com a finalidade última de garantir e realizar a liberdade¹⁵⁶, regulando o agir. Brochado reafirma a

necessidade da consideração da Hermenêutica (já desregionalizada) como uma modalidade *prática* – não obstante ser fruto, enquanto *pam-metodologia da espiritualidade, da razão teórica* – “regionalizando-a” na compreensão das estruturas da *razão prática*.¹⁵⁷

O direito, na concepção de Salgado, é o *maximum* ético, “na medida em que todos os valores éticos convergem na sua universalidade, material e formal, e na medida em que é o resultado dialético dos momentos éticos”¹⁵⁸.

A idéia de justiça que realiza esse *maximum* ético no mundo contemporâneo, entendida como a inteligibilidade ou racionalidade imante do direito positivo no processo histórico da sua formação, tem, portanto, como momento de chegada a *efetividade* dos direitos

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto (org.). A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 28. A legitimidade das decisões constitui objeto de estudo também das chamadas *teorias da argumentação jurídica*, a serem abordadas no próximo tópico.

¹⁵⁴ A eticidade do fenômeno jurídico ou direito-ético é percebida como o “desembocar de toda essa gama de compreensões que cercaram as experiências históricas do direito”. BROCHADO, Mariá. *Direito e Ética: A Eticidade do Fenômeno Jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 235.

¹⁵⁵ SALGADO, J. Carlos. *A idéia de justiça no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 270.

¹⁵⁶ “De qualquer modo, todos os direitos, em última instância, mostram-se como forma de realização da liberdade, quer no momento objetivo, enquanto ordem normativa, quer no momento subjetivo, enquanto direitos subjetivos. Com efeito, a liberdade só tem sentido e se revela no seu conceito, portanto, concretamente, na medida em que se realiza na forma do direito, como direitos da pessoa. Os direitos fundamentais são essa forma indispensável e universal, de todos, de realização da liberdade.” SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XIV, n.3, v. 20, 1996, p. 15.

¹⁵⁷ BROCHADO, Mariá. *Direito e Ética: A Eticidade do Fenômeno Jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 228.

¹⁵⁸ SALGADO, J. Carlos. *A idéia de justiça no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 270.

fundamentais declarados e reconhecidos nas ordens jurídicas contemporâneas.¹⁵⁹

O estudo de teorias da argumentação justifica-se por duas razões. Primeiramente, por necessitarem as decisões jurídicas de fundamentação, essas teorias auxiliam na atividade de exposição dos motivos do convencimento dos julgadores, bem como contribuem na identificação de premissas com vistas à legitimação das decisões. Nessa perspectiva, as teorias da argumentação jurídica integrariam a atividade hermenêutica. Haveria o reconhecimento de cientificidade na interpretação, embora se debruce também sobre aspectos que influenciam a tomada de decisão, sobre o procedimento de aplicação do direito e legitimidade das decisões.

Cattoni preleciona que

numa sociedade linguisticamente estruturada, plural e sem a possibilidade de fundamentos absolutos, a única certeza pela qual podemos lutar é a de que os melhores argumentos, em uma situação de participação em simétrica paridade entre as partes que serão afetadas pelo provimento jurisdicional, sejam levados corretamente em consideração, ao longo do processo jurisdicional e no momento da decisão, por um juiz que demonstre a sua imparcialidade [...] a fim de se garantir tanto a coerência normativa da decisão ao sistema jurídico, quanto a sua adequabilidade ao caso concreto.¹⁶⁰

A segunda razão para o estudo das teorias da argumentação jurídica pode ser encontrada na rejeição da hermenêutica como método do Direito (ciência). O que haveria nesse caso seria uma disputa argumentativa, sobre a qual versa a decisão que anuncia a vitória do melhor discurso retórico ou do discurso racional que melhor atende à solução da demanda jurídica. Brochado afirma que negar

[...] à hermenêutica a possibilidade de ser uma unificadora metodologizante das ciências humanas – como pretenderam Schleiermacher e Dilthey [...], no campo jurídico, acarreta a partida para uma *teoria da argumentação*.¹⁶¹

¹⁵⁹ SALGADO, J. Carlos. *A idéia de justiça no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 270.

¹⁶⁰ CATTONI, Marcelo. (org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 220-221.

¹⁶¹ BROCHADO, Mariá. *Direito e Ética: A Eticidade do Fenômeno Jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 230.

3.1 Insuficiência da lógica formal: contribuições de Perelman e Viehweg

O Tratado da Argumentação de *Perelman* remete à retórica grega. Sócrates, preocupado com o conhecimento da verdade e não com a persuasão, contrapõe-se aos sofistas, que estariam focados na verossimilhança, valendo-se da retórica, gramática.

Perelman delimita o que seria para ele *a nova retórica*. Explicando que prefere o uso da palavra retórica ao termo dialética, muito desgastado pelas significações que historicamente assumiu, *a nova retórica* é, para além da “arte de bem falar”, a arte de apresentar razões que fundamentam o convencimento. A justificação é por meio de um procedimento argumentativo, com a fundamentação da valoração que o intérprete faz da lei e não apenas com aspectos silogísticos. Mostrar os motivos da decisão é justificar a sentença com o escopo de ser convincente.

Alinhava que o juiz, detentor de um poder num regime democrático, deve prestar contas do modo como o usa mediante a motivação. Esta se diversifica conforme os ouvintes a que se dirige e conforme o papel que cada jurisdição deve cumprir.

“Motivar uma sentença é justificá-la, não é fundamentá-la de um modo impessoal e, por assim dizer, demonstrativo. É persuadir um auditório, que se deve conhecer, de que a decisão é conforme às suas exigências. Mas estas podem variar com o auditório: ora são puramente formais e legalistas, ora são atinentes às conseqüências; trata-se de mostrar que estas são oportunas, eqüitativas, razoáveis, aceitáveis. O mais das vezes, elas concernem aos dois aspectos, conciliam as exigências da lei, o espírito do sistema, com a apreciação das conseqüências”. [...] “O direito é, simultaneamente, ato de autoridade e obra de razão e de persuasão.”¹⁶²

Para compreender *a nova retórica* é imprescindível acessar os conceitos de auditório que estabelece. Primeiramente, o *auditório universal* é o auditório a que deve se dirigir toda argumentação que pretenda o convencimento. Convencimento para Perelman está ligado à situação de adesão de todos à argumentação. Formado pela totalidade de indivíduos, o auditório universal não existe de fato, porém é concebido ou projetado pelo orador, ficando, portanto, marcado seu caráter abstrato.

¹⁶² PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 569-570.

Os auditórios são *particulares*, concretos. O orador, direcionando sua argumentação a um auditório particular e obtendo aceitação das teses expostas, consegue a persuasão deste auditório. Para Perelman, convencimento e persuasão são diferentes, embora a região limítrofe seja nebulosa.

Expõe que para convencer e lograr aceitação, a atividade de *argumentação* é fundamental no campo do Direito. A lógica formal mostra-se insuficiente, dando lugar à lógica jurídica. A lógica formal – matemática – demonstra, sendo a lógica jurídica mais adequada ao Direito, pelo caráter argumentativo. Identifica um raciocínio diferenciado; o *raciocínio jurídico*, que contempla a valoração. Assim, a lógica formal estaria voltada para a impessoalidade e a lógica jurídica comportaria a esfera pessoal, do indivíduo que valora e toma suas decisões.

Uma característica da interpretação judiciária – segundo Perelman – consiste, de um lado, em seu respeito às instituições e ao funcionamento habitual delas, do outro, na busca da equidade, mesmo que esta ou aquele seja contrário a uma interpretação plausível dos textos. Uma das principais tarefas da interpretação jurídica é encontrar soluções para os conflitos entre as regras, hierarquizando os valores que essas regras devem proteger. O papel da doutrina é ser um precioso auxiliar da justiça. É na medida em que fornece as razões de uma solução aceitável que serão adotados pela jurisprudência.

É a dialética entre o legislativo e o poder judiciário, entre a doutrina e a autoridade, entre o poder e a opinião pública, que faz a vida do direito e lhe permite conciliar a estabilidade e a mudança.¹⁶³

Perelman afirma que no direito a prova e a verdade não passam de meio para realizar a justiça, tal como é concebida numa dada sociedade. A administração da prova encontra obstáculos nos valores julgados mais importantes, tais como respeito à integridade ou à intimidade da pessoa (proibição de escutas telefônicas, tortura).

Conclui Perelman que a teoria da argumentação permitirá elaborar a justificação da possibilidade de uma comunidade humana no campo da ação, quando essa justificação não pode ser fundamentada numa realidade ou verdade objetiva. Que apenas a existência de uma argumentação, que não seja nem coerciva nem arbitrária, confere sentido à liberdade humana, condição de exercício de uma escolha racional:

¹⁶³ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 631.

Se a liberdade fosse apenas adesão necessária a uma ordem natural previamente dada, excluiria qualquer possibilidade de escolha; se o exercício da liberdade não fosse fundamentado em razões, toda escolha seria irracional e se reduziria a uma decisão arbitrária atuando num vazio intelectual.¹⁶⁴

Viehweg, retomando o pensamento de Aristóteles e Cícero, presta contribuição ao desenvolvimento da *tópica*, uma forma de argumentação que se orienta a partir do problema para encontrar argumentos concebidos como lugares-comuns (*topoi*) para alcançar legitimação da decisão. Desse modo, “el propio autor reconoce [...] que la tónica es “una técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema”¹⁶⁵ :

Problema, para él, es toda cuestión que permite “**aparentemente**” más de una solución y que requiere de un entendimiento preliminar, así como de buscar una única respuesta como solución. Viehweg critica la utilización de la lógica deductiva para resolverlo¹⁶⁶

O autor, valendo-se do pensamento de Cícero sobre a divisão entre invenção e formação do juízo, concebe que “todo problema objetivo y concreto provoca un juego de suscitaciones que se denominan tónica o arte de la invención”¹⁶⁷. A invenção do juízo é a etapa de obtenção de premissas, argumentos. Segundo Pelayo,

[...] la argumentación tónica se basa en “enunciados de contenido”, lugares comunes, o enunciados de aceptación generalizada, proposiciones admitidas como verdades o simplemente buenas razones para tomar decisiones. Es un arte que nos permite hallar, “descubrir”, los tónicos adecuados y pertinentes a una argumentación que resuelva el caso concreto. Reiterando: la tónica o “arte de la invención”, nos aporta datos y elementos para saber como comportarnos en una situación semejante.
[...] Los *topoi* o tónicos, puntos de vista que elegimos arbitrariamente, y que, mediante su ponderación, nos permiten obtener las premisas adecuadas al caso.¹⁶⁸

¹⁶⁴ PERELMAN, Chaïm, Olbrechts-Tyteca, Lucie. *Tratado da argumentação*. A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 581.

¹⁶⁵ PELAYO, Manuel Hallivis. *Teoría General de la Interpretación*. México: Porrúa, 2007 p. 204. “O próprio autor reconhece [...] que a tónica é “uma técnica do pensamento que se orienta para o problema”.”. [Tradução livre].

¹⁶⁶ PELAYO, Manuel Hallivis. *Teoría General de la Interpretación*. México: Porrúa, 2007 p. 204. “Problema, para ele, é toda questão que permite “aparentemente” mais de uma solução e que requer um entendimento preliminar, assim como de buscar uma única resposta como solução. Viehweg critica a utilização da lógica dedutiva para resolvê-lo.”. [Tradução livre].

¹⁶⁷ PELAYO, Manuel Hallivis. *Teoría General de la Interpretación*. México: Porrúa, 2007 p.204. “Todo problema objetivo e concreto provoca um jogo de suscitações que se denominam tónica ou arte da invenção.”. [Tradução livre].

¹⁶⁸ PELAYO, Manuel Hallivis. *Teoría General de la Interpretación*. México: Porrúa, 2007 p. 204-205. “Desta forma, a argumentação tónica baseia-se em “enunciados de conteúdo”, lugares comuns, ou enumerados de

A etapa seguinte, de formação do juízo, decorre da arte da invenção e consiste na conclusão sob a base tópico-argumentativa orientada a partir do problema e visando a solução deste. Conclui Pelayo que “en el procedimiento tópico, las premisas se legitiman por la aceptación del interlocutor de forma que lo aceptado siempre se entiende como indiscutible y evidente”.¹⁶⁹

Gadamer critica a retórica para evidenciar o papel da hermenêutica na possível necessidade de justificação de um conteúdo na tradição. Não se trata de simplesmente usá-lo porque é fruto da tradição, mas percebê-lo na tradição e justificar seu uso. Comenta que

para a tradição da retórica, encontrar-se na tradição era algo auto-evidente. Esse fato constituía o sentido da tópica, do uso de *loci communes*. Nós, em contrapartida, precisamos justificar isso por meio de uma análise hermenêutica expressa. Nós concederemos, nesse caso, o direito pleno à racionalidade crítica que é comum a todas as ciências e a todo comportamento racional do homem no mundo.¹⁷⁰

3.2 Teorias procedimentalistas da argumentação: Alexy e Günther

Alexy propõe uma teoria da argumentação como teoria do discurso jurídico. O autor considera a o discurso jurídico um caso especial do discurso prático. Faz uma digressão sobre vários autores e teorias, como a filosofia lingüística de Wittgenstein e Austin, e a teoria do consenso de Habermas.

Denomina Alexy sua teoria da argumentação como teoria do discurso racional, cujas regras e formas lhe conferem roupagem de teoria do procedimento. O autor salienta que não há um procedimento que garanta a certeza, contudo, “o fato de a certeza ser inatingível não pode, portanto [uma vez que mesmo nas ciências naturais não pode haver questão de chegar à

aceitação generalizada, proposições admitidas como verdades ou simplesmente boas razões para tomar decisões. É uma arte que nos permite achar, “descobrir”, os tópicos adequados e pertinentes a uma argumentação que resolva o caso concreto. Reiterando, a tópica ou “arte da invenção”, contribui com dados e elementos para saber como comportarmos numa situação semelhante.” [tradução livre].

¹⁶⁹ PELAYO, Manuel Hallivis. *Teoría General de la Interpretación*. México: Porrúa, 2007 p. 206. “Por último, no procedimiento tópico, as premissas legitimam-se pela aceitação do interlocutor de forma que o que foi aceito sempre se entende como indiscutível e evidente.” [Tradução livre].

¹⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva: Hermenêutica e a Filosofia Prática*. Petrópolis: Vozes, 2007 p. 33-34

certeza conclusiva], em e por si mesmo ser visto como uma razão suficiente para negar o caráter científico da jurisprudência ou sua natureza como atividade racional”¹⁷¹. Desse modo,

não é a geração de certeza que constitui o caráter racional da jurisprudência, porém muito mais sua conformidade a essas condições, critérios ou regras que constituem o caráter racional da argumentação jurídica. Mais problemática é a questão do que deve ser contado como pertencente a eles. É fácil concordar com um conteúdo mínimo. Componentes desse conteúdo são a exigência de consistência (não contradição), de racionalidade instrumental e a verdade das afirmações empíricas usadas.¹⁷²

Concluindo, assevera o autor que as regras e formas do discurso jurídico constituem um critério para a “correção” das decisões jurídicas, entendida como resultado de uma discussão desenrolada conforme essas regras.

Günther, a partir da distinção entre os discursos de justificação, atinente à moralidade, e de aplicação, referente à juridicidade, estabelece um critério racional para a constituição de uma normatividade legítima. Essa diferença entre justificação e aplicação tem fulcro na especificidade da moral e do direito.

Esclarece Moreira que à moralidade, por meio da generalização da pretensão de aceitabilidade das premissas da moralidade, cabe fundamentar as normas de conduta; e, através da aplicação, cabe ao direito a efetivação dos padrões de conduta, da concreção das normas.¹⁷³

A justificação, para o Günther, vincula-se à validade, isto é, o critério de justificação é evidenciado pelo princípio moral de universalização (“U”), contendo o sentido de imparcialidade. Assim, será imparcial uma norma quando puder ser do consentimento de todos, e a conduta a ela associada puder obter a concordância de todos os envolvidos.

A ponte entre a justificação e a aplicação funda suas pilastras no conhecimento limitado dos participantes de discursos e na finitude do tempo, de tal sorte que a esfera de justificação requer a esfera de aplicação. Segundo Günther,

¹⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001, p. 272.

¹⁷² ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001, p. 272.

¹⁷³ MOREIRA, Luiz. [Prefácio]. In: GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação: No Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p. 11.

normas jurídicas gerais e singulares precisam, portanto, derivar de discursos capazes de ser concluídos por meio de uma decisão. Com isso, diferentemente do discurso prático, eles estão sob condições de exigüidade de tempo e de conhecimento incompleto.¹⁷⁴

Moreira elucida que a aplicação está relacionada à *adequabilidade*, medindo-se a adequabilidade de uma norma pela avaliação de todas as características da situação – que chama de *descrição completa da situação* – e pela consideração de todas as normas que eventualmente puderem ser aplicadas – *juízo de coerência das normas*. “A aplicação será então quando realizar coerentemente adequação entre todas as características e todas as normas envolvidas em cada caso”.¹⁷⁵

Günther afirma que “direitos não podem ser aplicados isoladamente, tampouco podem ser restritos a um círculo de pessoas privilegiadas, eles exigem, em cada decisão a respeito de normas jurídicas, um exame coerente”¹⁷⁶.

O exame de coerência para Günther inclui, além de uma harmonização com “um contexto coerente que examina virtualmente todos os direitos relevantes e princípios”, a exigência que

casos iguais sejam tratados de modo igual não em vista de uma norma isolada ou de um determinado caso precedente, mas conforme uma quantidade coerente de princípios que, em última análise, deverá ser compatibilizada com a moral política da comunidade.¹⁷⁷

Podendo ser destacados “os princípios políticos e morais que representam o nível pós-convencional da argumentação moral [...], a aplicação de normas, por sua vez, é de novo ‘procedimentalizada’ e, com isso, novamente vinculada a argumentações imparciais de adequação”¹⁷⁸.

Para concluir, colacionam-se as definições, na concepção de aplicação como discurso, de argumentação como procedimento e como processo:

¹⁷⁴ GUNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação: No Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p. 368.

¹⁷⁵ ¹⁷⁵ MOREIRA, Luiz. [Prefácio]. In: GUNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação: No Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p. 17.

¹⁷⁶ GUNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação: No Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p. 408.

¹⁷⁷ GUNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação: No Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p. 409.

¹⁷⁸ GUNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação: No Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p. 396.

Como *procedimento*, argumentações são processos de entendimento nos quais, sob condições especiais de interação, os participantes ingressam em um discurso buscando cooperativamente a verdade. Disso faz parte a pressuposição de que estejam desonerados da pressão de agir e de ter experiência, bem como de se reconhecerem mutuamente como participantes com iguais direitos. A verdade é possibilitada por regras, como franqueza ou reconhecimento de repartição de encargos argumentativos. Como *processo*, afinal, argumentações buscam alcançar um consenso racionalmente motivado entre os participantes. Devem reinar condições gerais de simetria que excluam qualquer coação, exceto a do melhor argumento. Estas condições podem ser reconstruídas em regras que determinam a participação geral de todos os interlocutores competentes, com chances iguais de expressão, percepção e aproveitamento desses direitos.¹⁷⁹

As teorias da argumentação expostas, incluindo a tópica jurídica, possuem ponto tangente na refutação da utilização simplesmente da lógica formal, silogística, na aplicação do direito. Entretanto as teorias parecem distanciar-se quanto à finalidade da própria argumentação no âmbito das decisões judiciais.

Primeiramente, para Viehweg, a tópica presta auxílio no encontro de premissas e ajuda a pensar uma solução a partir do problema.

Para Alexy e Günther a argumentação na aplicação do direito tem por objetivo seguir um procedimento que permita alcançar uma norma adequada, e, por se ter percorrido esse procedimento, ganha o *status* de legítima. Alexy sustenta que o discurso racional justifica a decisão. Com Günther fica evidente que, embora haja consideração de todos afetados pela decisão enquanto circunstâncias da situação, a decisão que é justificada por esta adequabilidade legitima-se mais pelo procedimento do que pela aceitabilidade daqueles a quem se dirige. Para ambos é como se a decisão tivesse que ser aceita porque é legítima.

Para Perelman, o convencimento do auditório é o objetivo da motivação e, conseqüentemente, da argumentação. É a aceitação da argumentação na decisão motivada que confere legitimidade. Não é a argumentação propriamente dita, derivada de um procedimento racional, que legitima as decisões como para Alexy e Günther. Porém a legitimação parece vir do auditório convencido (persuadido).

¹⁷⁹ GUNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação: No Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p. 76.

Um ensinamento de Cattoni, trazendo a lume princípios do ordenamento jurídico pátrio, pode ser citado para arrematar a questão de legitimidade. Segundo o autor,

[o] que garante a legitimidade das decisões são [...] direitos e garantias fundamentais, de caráter processual, atribuídas às partes e que são, principalmente, os do contraditório e da ampla defesa (Constituição da República, art. 5º, LV), além da necessidade racional de fundamentação das decisões (Constituição da República, art. 93, IX). Embora o Direito diga respeito a todos os cidadãos, nos discursos de aplicação essa necessidade de legitimidade afeta diretamente àqueles que sofrerão os efeitos do provimento jurisdicional.¹⁸⁰

¹⁸⁰ CATTONI, Marcelo. (org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 220.

PARTE II: A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

[...] no julgar, a intuição e o sentimento muitas vezes têm um papel bem maior do que parece a quem vê as coisas de fora. Não é por nada, diria alguém, que sentença deriva de sentir.
[Piero Calamandrei]¹⁸¹

1 Prolegômenos

A Hermenêutica Filosófica, o giro hermenêutico em especial, impulsionou o desenvolvimento de uma Nova Hermenêutica Jurídica, que, embora não haja suprimido os procedimentos metodológicos clássicos, causando-lhe uma mudança profunda, de tal maneira que é permitido falar-se de uma cisão entre Velha e Nova Hermenêuticas. A atividade de compreensão passa a assumir a importância da subjetividade do intérprete e a precariedade da verdade num processo de perpétua (re)construção.

A Nova Hermenêutica contempla, assim, uma atividade interpretativa que reconheça a abertura da linguagem e a normatividade de princípios que estruturam uma Constituição “e permitem nela acessar valores explícitos e implícitos (porque construíveis e reconstruíveis)”¹⁸².

Barroso propõe que “a idéia de *abertura* se comunica com a Constituição e traduz a sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real”¹⁸³.

A Constituição, por sua vez, é norma superior e prisma para interpretar todo o ordenamento jurídico. Nas palavras de Barroso,

[a] Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e aprendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros

¹⁸¹ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 177.

¹⁸² BROCHADO, Mariá. *Entrevista de orientação*. Belo Horizonte: 2009.

¹⁸³ BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 35.

domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.

À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional.¹⁸⁴

Assim, a Nova Hermenêutica possui viés *constitucional*. Esse entendimento, da Hermenêutica Constitucional como roupagem da Nova Hermenêutica Jurídica, preserva a relação de interdependência entre a Nova Hermenêutica Jurídica (geral; gênero) e a Hermenêutica Constitucional (especial; espécie). Ressalta a importância da interpretação de todo ordenamento jurídico sob a ótica constitucional, e da delimitação de uma diferenciada “metodologia” (ou seria melhor afirmar: uma principiologia?) para a aplicação da Constituição. Segundo Magalhães Filho, utiliza-se

[...] a expressão *hermenêutica clássica* para distingui-la da *nova hermenêutica constitucional*, que é mais aberta e menos técnica, tendo recebido contribuições da hermenêutica existencial ou ontológica (Gadamer) e da Tópica (Viehweg). A nova hermenêutica constitucional volta-se para as normas com estrutura de princípios (Constituição material). Ela aproxima dialeticamente a interpretação da aplicação. Objetiva, acima de tudo, a concretização de valores, e não a imediata submissão de fatos a disposições normativas. A nova hermenêutica constitucional, entretanto, não implica a rejeição das técnicas da hermenêutica clássica, que também é necessária à interpretação da Constituição, muito embora seja insuficiente.¹⁸⁵

São encontrados na doutrina os termos pós-positivismo¹⁸⁶, constitucionalismo moderno¹⁸⁷ (ou pós-moderno, dependendo da denominação adotada) e neoconstitucionalismo¹⁸⁸, que guardam semelhança na identificação de uma *nova interpretação constitucional*, na expressão de Barroso, também denominada *moderna interpretação constitucional* por Bonavides.

¹⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 197.

¹⁸⁵ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica Jurídica Clássica*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2002, p. 9.

¹⁸⁶ Pós-positivismo refere-se à superação do positivismo legalista. “O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais [...]” BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 27;336.

¹⁸⁷ É marca do constitucionalismo moderno, segundo Barroso, a retomada dos aspectos axiológico e deontológico. BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 28.

¹⁸⁸ Pelayo preleciona que o neoconstitucionalismo entende que se produz uma conexão entre direito e moral nos sistemas jurídicos democráticos da atualidade. Haveria uma obrigação moral de se obedecer à Constituição e às leis (constitucionais). O neoconstitucionalismo possui institucionalização do controle de constitucionalidade e opõe-se à discricionariedade judicial (decisionismo), sendo o texto constitucional dotado de força vinculante. Exponentes: Ferrajoli e Zagrebelsky. PELAYO, Manuel Hallivis. *Teoría General de la Interpretación*. México: Porrúa, 2007, p. 271-272.

Agra elenca as principais características do neoconstitucionalismo, relacionando-as à efetivação do que denomina “Estado Democrático Social de Direito”:

O neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionados: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva.¹⁸⁹

Salgado, apesar de não tratar especificamente da existência da Nova Hermenêutica, reconhece a validade de uma hermenêutica apropriada a uma constituição democrática, cuja função precípua é realizar a liberdade, através da efetivação dos direitos fundamentais. Em suas palavras,

[...] se o projeto das sociedades civilizadas contemporâneas é a construção de uma sociedade de consenso e livre, através de uma constituição democrática, é válida uma hermenêutica adequada à constituição que tem como finalidade primeira (sem exclusão de outras) a realização da liberdade. Ora, a declaração dos direitos fundamentais é exatamente a parte central de uma constituição democrática, porque é através da outorga e efetivação dos direitos subjetivos fundamentais que o direito realiza a liberdade e outros valores nele reconhecidos.¹⁹⁰

O entendimento de Hermenêutica Constitucional subordinada à Hermenêutica Jurídica geral (Nova Hermenêutica), contudo, não é unânime, embora seja majoritário. Pereira enumera três “correntes doutrinárias que buscaram firmar o *status* epistemológico da Hermenêutica Constitucional em um relação analítico-comparativa com a Hermenêutica Jurídica Clássica”¹⁹¹, isto é, com a Velha Hermenêutica:

a) Tese da diferença intrínseca:

Há duas disciplinas hermenêuticas, pois a Hermenêutica Constitucional possui problemas interpretativos que a diferenciam essencialmente da Hermenêutica Jurídica clássica. [...] Poucos são os autores que sustentam essa posição, do qual é exemplo Luis Carlos Sábica.

¹⁸⁹ AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 25.

¹⁹⁰ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XIV, n.3, v. 20, 1996, p. 30.

¹⁹¹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 99.

b) Tese da igualdade total:

Há apenas uma Hermenêutica, pois a interpretação da Constituição não se diferencia da interpretação das demais leis. O argumento genérico é que, sendo a Constituição *norma jurídica*, não há justificativa para criar uma disciplina hermenêutica autônoma. [...] Essa é a posição de autores como Uadi Lammêgo Bulos e Maria Luisa Balanguer Callejón.

c) Tese da igualdade com particularidades:

Há apenas uma Hermenêutica Jurídica geral, muito embora possa-se justificar a existência de uma Hermenêutica Constitucional específica, apta ao estudo dos princípios interpretativos próprios, em função das características peculiares da Constituição. A tese é justamente essa: o gênero Hermenêutica Jurídica convive com a espécie Hermenêutica Constitucional, cujo principal objetivo é traçar novo critério de interpretação que advenham da especificidade da natureza da Constituição. O principal autor dessa concepção, que influenciou praticamente todo o restante da *doutrina da peculiaridade dos princípios de interpretação constitucional*, foi sem dúvida Konrad Hesse.¹⁹²

Pereira cita uma gama de teóricos alinhados a essa última visão¹⁹³, *tese da igualdade com particularidades*. Destacam-se José Alfredo de Oliveira Baracho, Lenio Luiz Streck, Luís Roberto Barroso.

Barroso ensina que, além da visão pós-positivista que recobra a ética e os valores, os princípios têm elevada importância para orientar a interpretação constitucional e da legislação infraconstitucional, identificados como princípios instrumentais e princípios especiais para a interpretação constitucional, bem como para servir de fundamento para decisões, no caso dos princípios materiais. Segundo ele,

[a] perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional.¹⁹⁴

A Nova Hermenêutica é, portanto, *principiológica*, tendo em vista consagrar tanto os princípios instrumentais quanto os materiais. A interpretação da Constituição e a interpretação do ordenamento jurídico sob o prisma constitucional desembocam em uma leitura principiológica.

¹⁹² PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. BH: Del Rey, 2006, p. 99-102.

¹⁹³ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. BH: Del Rey, 2006, p.101-102.

¹⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 34. O vocábulo *cláusulas* (bem como *disposições*) possui também a acepção de *norma*.

A conexão íntima entre interpretação principiológica e abertura da linguagem, fica evidente na afirmação de Barroso e Barcellos de que

as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. [...] À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinando o sentido da norma com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.¹⁹⁵

A busca pela melhor solução possível para demandas concretas, que leve em conta os elementos do caso para análise de princípios preponderantes, caminha no mesmo sentido de uma produção legislativa que estabelece normas contendo conceitos jurídicos abertos, a ganharem determinação frente ao caso concreto.

Esses conceitos são conhecidos como *conceitos indeterminados*, tendo sido utilizados recorrentemente pelo legislador, por exemplo, no Código Civil Brasileiro de 2002. Comenta Brochado que

[...] ele traz uma gama significativa de *conceitos indeterminados*, com forte apelo ético, a serem definidos diante de situações concretas. [...] Tal principiologia é calcada no binômio *socialidade e concreção*, de modo que seja afastado o risco da perda dos valores particulares dos indivíduos e dos grupos dissolvidos numa *socialização*, ou, em sentido oposto, o risco de abstrair-se com a *concretude jurídica* de “características transpessoais ou comuns aos atos humanos”.¹⁹⁶

Na mesma linha, Soares Roberto defende que “apesar de possuir cláusulas gerais e princípios, o novo Código continua tão regulamentar quanto seu antecessor [...], o que não é adequado para uma codificação em nossos dias”¹⁹⁷. Contudo, realça que “uma das diretrizes que teria orientado a elaboração do Código é a da *operabilidade* que, entre outras coisas, visa facilitar sua interpretação e a aplicação”¹⁹⁸.

¹⁹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 332.

¹⁹⁶ BROCHADO, Mariá. *Direito e Ética: A Eticidade do Fenômeno Jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 217-218.

¹⁹⁷ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 97-98.

¹⁹⁸ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 95.

Soares Roberto cita Reale para justificar o uso de conceitos indeterminados:

Não menos relevante é a resolução de lançar mão, sempre que necessário, de *cláusulas gerais*, como acontece nos casos em que se exige probidade, boa-fé e correção (*correttezza*), por parte do titular do direito, ou quando é impossível determinar com precisão o alcance da regra jurídica.¹⁹⁹

Salgado acautela a migração para o pólo defensor do uso indiscriminado desses conceitos. Logo, mister entender a expressão “sempre que necessário” de Reale de forma mitigada. Advertindo Salgado,

[o] excessivo apelo a tais fórmulas nas modernas positivações pode significar o risco de um retrocesso jurídico, por atribuir ao aplicador do direito excessiva complementariedade desses conceitos éticos fundamentais, sendo que a lei, expressão máxima do Estado Democrático, deveria desempenhar mais detidamente este papel.²⁰⁰

O exemplo corrobora a conclusão de Barroso e Barcellos de que “a nova interpretação constitucional é fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, ao quais, todavia, agrega idéias que anunciam novos tempos e acodem a novas demandas”²⁰¹.

A *supremacia da Constituição* é um dos pilares da Nova Hermenêutica. Sinteticamente²⁰², além da superioridade hierárquica conferida à Constituição, aspecto formal, suas normas tornam-se diretrizes para interpretação do ordenamento jurídico, aspecto material. No ensinamento de Barroso,

[...] a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.²⁰³

¹⁹⁹ REALE, Miguel *apud* ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 95.

²⁰⁰ BROCHADO, Mariá. *Direito e Ética: A Eticidade do Fenômeno Jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 218.

²⁰¹ BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 332-333.

²⁰² Para maior análise, vide tópico sobre o princípio da supremacia da Constituição.

²⁰³ BARROSO, Luís Roberto. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 197.

Demarcada a supremacia da Constituição, cumpre dilatar as considerações sobre a outra característica da nova interpretação constitucional, a conquista de normatividade dos princípios.

Bonavides traça uma linha de evolução da normatividade dos princípios. Destacam-se as contribuições de Crisafulli:

A normatividade dos princípios, afirmada categórica e precursoramente, nós vamos encontrá-la já nessa excelente e sólida conceituação formulada em 1952 por Crisafulli: “Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.”²⁰⁴

[...]

Pertence Crisafulli à classe de juristas que mais contribuíram para consolidar a doutrina da normatividade dos princípios. Segundo ele, têm os princípios dupla eficácia: a eficácia imediata e a eficácia mediata (programática).²⁰⁵

[...]

Não hesita, a seguir, em demonstrar que um princípio, seja ele expresso numa formulação legislativa ou, ao contrário, implícito ou latente num ordenamento, constitui norma, aplicável como regra – acrescenta Crisafulli – de determinados comportamentos públicos ou privados.²⁰⁶

[...]

Proclama, em seguida, que todo princípio tem eficácia e que “os princípios são normas escritas e não escritas, das quais logicamente derivam as normas particulares (também estas escritas e não escritas) e às quais inversamente se chega partindo destas últimas.”²⁰⁷

Na origem da normatividade dos princípios, Bonavides aponta os trabalhos de Boulanger:

Foi Boulanger o primeiro – no dizer de Esser – a fazer o estudo analítico e classificatório sobre tipos e variedades de princípios de Direito, embora esquivando-se a um tratamento da “formação e da função” que eles têm no “processo judicial”. Coube, porém, a Esser, jurista alemão, levar a cabo e aprofundar esse tratamento na sua clássica obra *Princípio e Norma (Grundsatz und Norm)*.²⁰⁸

[...]

²⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 257.

²⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 272.

²⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 273.

²⁰⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 273.

²⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 266-267.

Escreve [...]: “Há entre princípio e regra jurídica não somente uma disparidade de importância mas uma diferença de natureza. Uma vez mais o vocabulário é a fonte de confusão: a generalidade da regra jurídica não se deve entender da mesma maneira que a generalidade de um princípio.”²⁰⁹

[...]

Acrescenta Boulanger: “É o que se verifica tanto no Direito como na Filosofia: existem no Direito proposições às quais séries de soluções positivas se subordinam. Essas proposições devem ser consideradas como princípios.”²¹⁰

[...]

Volta, adiante, a acentuar a relevância que possuem: “Uma vez afirmados e aplicados na jurisprudência, os princípios são os matérias graças aos quais pode a doutrina edificar, com segurança, *construções jurídicas*. No sentido em que nós entendemos o termo, que não peca por excesso de precisão, as construções jurídicas têm os princípios por armadura (...). Os princípios existem, ainda que não se expressem ou não se reflitam em textos de lei. Mas a jurisprudência se limita a *declará-los*; ela não os cria. O enunciado de um princípio não escrito é a manifestação do *espírito* de uma legislação.”²¹¹

Depois de vistas as contribuições de Crisafulli e Boulanger, Bonavides realça a posição dúbia de Betti sobre a normatividades dos princípios²¹². Para Betti,

“princípio” designa algo que se contrapõe conceitualmente ao fim, à consequência dele resultante e, assim, à norma efetivada e formulada: é o pensamento, a idéia germinal, o critério de avaliação cuja prática, reduzida a uma formulação específica, é constituída pela norma.²¹³

Bonavides comenta que Betti exprime

em termos absolutos a tendência mais antagônica à normatividade dos princípios. Vai deveras longe nessa tendência, a ponto de vaticinar que “toda tentativa de fixar, reduzir e traduzir em termos preceptivos os princípios” é, em virtude da carência de maturação e termo do processo histórica, “ilusória e fadada ao fracasso”.²¹⁴

Os princípios assumiram relevante papel na aplicação do Direito, tanto no esforço hermenêutico para apreensão do sentido de outro princípio ou de uma regra específica, assumindo verdadeiros nortes na interpretação, quanto na possibilidade de embasamento de

²⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 267.

²¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 268.

²¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 268.

²¹² Cf. “Já Bobbio inculca de certo modo a incoerência da posição de Betti, visto que este, ao investigar a função dos princípios, introduz termos como ‘critérios diretivos’ e ‘critérios programáticos’, indicativos de ‘uma função prescritiva não diversa daquela das normas’.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 269.

²¹³ BETTI, Emilio. *Interpretação da lei dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 262.

²¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 269.

decisões em princípios materiais. Na Velha Hermenêutica ficavam sobremaneira circunscritos à função supletiva, integrativa. Denominados *princípios gerais do direito*, eram utilizados nos casos de lacuna legislativa.²¹⁵ “Veja que o giro na concepção de princípio o alçou não só ao patamar de norma, mas ainda no patamar de supernorma, como se afirma corriqueiramente em doutrina, inobservar um princípio é mais grave que não aplicar uma regra”²¹⁶. Vale dizer, princípio não só é norma, portanto, imperativo, mas também é norma condutora da interpretação de outras normas para se chegar à melhor normatividade possível.

1.1 Peculiaridades da norma constitucional

A norma constitucional goza de peculiaridades que a diferenciam das demais normas jurídicas.²¹⁷ Barroso destaca quatro, a saber, a *superioridade hierárquica*, a *natureza da linguagem*, o *conteúdo específico* e o *caráter político*. Primeiramente, a superioridade hierárquica,

a superioridade jurídica, a superlegalidade, a *supremacia* da Constituição é a nota mais essencial do processo de interpretação constitucional. É ela que confere à Lei Maior o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento, de forma tal que nenhum ato jurídico possa subsistir validamente no âmbito do Estado se contravir seu sentido. Essa supremacia se afirma mediante os diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade.²¹⁸

A natureza da linguagem alude à abertura das normas e à adequação no porte de normas principiológicas. Assim, segundo o referido autor,

[a] natureza da linguagem constitucional, a própria à veiculação de normas principiológicas e esquemáticas, faz com que estas apresentem maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica. Conceitos como os de igualdade, moralidade, função social da propriedade, justiça social, bem comum, dignidade da pessoa humana, dentre outros, conferem ao intérprete um significativo espaço de discricionariedade.²¹⁹

Quanto ao conteúdo, as normas constitucionais não se destinam a

²¹⁵ Exemplo bem significativo é o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, dispondo que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

²¹⁶ BROCHADO, Mariá. *Entrevista de orientação*. Belo Horizonte: 2009.

²¹⁷ Referências esparsas às características singulares das normas constitucionais foram ou serão realizadas em outros tópicos.

²¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 101.

²¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.101-102.

condutas de indivíduos ou grupos; têm um caráter instrumental e precedem, logicamente, a incidência das demais. É que, além de estruturarem organicamente o Estado, as regras dessa natureza disciplinam a própria criação e aplicação das normas de conduta. As normas de organização não contêm a previsão abstrata de um fato, cuja ocorrência efetiva deflagra efeitos jurídicos. [...] Elas possuem um efeito constitutivo imediato das situações que enunciam.²²⁰

[...]

Também singulariza o documento constitucional a presença de normas que se dizem programáticas. Contêm elas disposições indicadoras de valores a serem preservados e de fins sociais a serem alcançados.²²¹

A última característica recobra a ligação com a política, concluindo o autor que “não é possível neutralizar inteiramente a interferência de fatores políticos na interpretação constitucional”²²². Fundamenta Barroso que

as normas constitucionais são políticas quanto à sua origem, quanto ao seu objeto e quanto aos resultados de sua aplicação. De fato, a Constituição resulta do poder constituinte originário, tido como *poder político fundamental*.²²³

Embora a norma constitucional tenha conexão estreita com a política, adverte Barroso que “contra o direito o juiz não deve decidir jamais. Em caso de conflito entre o direito e a política, o juiz está vinculado ao direito”²²⁴.

1.2 Tipologia e aplicabilidade do bloco de constitucionalidade

Tipologia segundo aplicabilidade do bloco de constitucionalidade remete à tradicional classificação quanto à eficácia e aplicabilidade de José Afonso da Silva e ao conceito de bloco de constitucionalidade, utilizado como parâmetro para controle de constitucionalidade.

É pretendido com a união desses aspectos realçar a possibilidade de efetivação da Constituição, tanto pela via da aplicação jurisdicional de norma positivada, quanto pela aplicação de norma implícita e pelo controle de constitucionalidade das leis, inclusive o

²²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.103.

²²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.103.

²²² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.106.

²²³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.104.

²²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.106.

controle com alvo de tornar efetiva norma constitucional que carece de legislação regulamentadora.

Para entender a classificação empreendida por José Afonso da Silva, há necessidade de retomar a clássica distinção entre normas auto-aplicáveis (*self-executing*) e normas não auto-aplicáveis (*not self-executing*).

Segundo o autor, normas *auto-aplicáveis*, ou *auto-executáveis*, ou *aplicáveis por si mesmas*, “são as desde logo aplicáveis, porque revestidas de plena eficácia jurídica, por regularem diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitam”²²⁵. Ao contrário, disposições *não auto-aplicáveis*, ou *não auto-executáveis*, ou *não-bastantes em si*, “são as de aplicabilidade dependente de leis ordinárias”²²⁶. Distinção que

não corresponde, com efeito, à realidade das coisas e às exigências da ciência jurídica, nem às necessidades práticas de aplicação das constituições. [...] Nem as normas ditas auto-aplicáveis produzem por si mesmas todos os efeitos possíveis, pois são sempre passíveis de novos desenvolvimentos mediante legislação ordinária, nem as dias *não auto-aplicáveis* são de eficácia nula, pois produzem efeitos jurídicos e têm eficácia, ainda que relativa e reduzida.

José Afonso da Silva propõe classificação tríplice das normas constitucionais²²⁷, em função da eficácia e aplicabilidade, discriminando-as em três categorias:

I – normas constitucionais de eficácia plena;

II – normas constitucionais de eficácia contida;

III – normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.
(grifou-se)

Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto.²²⁸

²²⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 74.

²²⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 74.

²²⁷ Vale lembrar para alguns autores existiria uma quarta categoria. “*Normas de eficácia absoluta* seriam aquelas normas ‘contra as quais nem mesmo há o poder de emendar’, ou, nas palavras de Pinto Ferreira, ‘com força paralisante total sobre as normas que lhe conflitam’. De resto, a classificação de Pinto Ferreira em muito se assemelha à de José Afonso da Silva, o mesmo ocorrendo com a de Maria Helena Diniz, a despeito de sua nomenclatura diferente.” SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 216.

²²⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 82-83.

As normas de eficácia plena possuem aplicabilidade imediata, direta e integral.²²⁹ Explica o referido autor, que “incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. São de *aplicabilidade imediata*, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. No dizer clássico, são auto-aplicáveis”²³⁰. Exemplifica:

“A República Federativa do Brasil [é] formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (...)” (art.1º).

“O casamento é civil e gratuita a celebração” (art. 226, §1º).²³¹

Seja anotado que a eficácia jurídica da norma constitucional forma a base de sua aplicabilidade, isto é, imbricam-se. A aplicabilidade possui os parâmetros: *direta/indireta; imediata/mediata; e integral/não integral/reduzida*. Apesar de próximos os termos “direta” e “imediate”, parece haver uma sutil diferença entre eles – o mesmo vale para os opostos: *direta* é a aplicabilidade que prescinde de legislação complementar para produzir efeitos, porquanto já tenha *diretamente* abortado a matéria; *imediate*, por existir todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. *Integral, não integral e reduzida* é critério quanto à porção, ou totalidade, do conteúdo que está apto à efetivação. Ressalte-se que *não integral* indicará uma possibilidade de restrição, senão implica integralidade, enquanto *reduzida* implica baixa densidade normativa.²³²

As normas de eficácia contida²³³ são normas que também “incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias”²³⁴. Possuem aplicabilidade *direta, imediata*, mas *não integral*, porque desafiam restrições previstas ou dependentes de regulamentação que venha conter sua aplicabilidade. José Afonso da Silva aduz que

²²⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 83.

²³⁰ Prossegue aduzindo que “as condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos.” SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 102.

²³¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 99-100.

²³² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, p.81-102.

²³³ Ou de *eficácia restringível*, passível de restrição, é termo que outros autores preferem para este grupo. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 85.

²³⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 82-83.

[s]em necessidade de pesquisa mais aprofundada, descobriremos na Constituição Federal a ocorrência das normas de eficácia contida especialmente entre aquelas que instituem direitos e garantias fundamentais, mas também elas vão despontando em outros contextos.²³⁵

Como exemplo cita o autor, o inciso XXII do artigo 5º da Constituição da República de 1988, que dispõe sobre o direito de propriedade, que possui limite nos incisos XXIV e XXV, que permitem “desapropriação por *necessidade ou utilidade pública ou interesse social*, bem como seu uso pela autoridade competente no caso de *perigo público iminente*”²³⁶.

Por fim²³⁷, as *normas de eficácia limitada*

são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.²³⁸

De aplicabilidade *indireta, mediata e reduzida*, são subdivididas em normas *declaratórias de princípio institutivo, orgânico ou organizativo* e normas *declaratórias de princípio programático*. Aquelas “contêm *esquemas gerais*”, indicando “uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação [...] como a do art. 33 – ‘A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho da República’”²³⁹.

As *declaratórias de princípio programático* ou *normas programáticas* merecem particular atenção, tendo em vista conterem direitos sociais, objeto desta pesquisa.²⁴⁰ Na proposição de José Afonso da Silva,

[a]s normas programáticas sempre as entendemos vinculadas à disciplina das relações econômico-sociais. [...] O problema que se coloca agudamente na doutrina recente consiste em buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de

²³⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 105.

²³⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 113.

²³⁷ É possível falar ainda em normas de eficácia exaurida, esvaída ou esgotada, que já extingiram a produção de seus efeitos. Exemplos circunscrevem-se nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, identificados nos artigos 1º, 2º, 3º, 14, dentre outros. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 143.

²³⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, p.82-83.

²³⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 123.

²⁴⁰ Normas programáticas serão retomadas na Parte III, que trata da efetivação dos direitos sociais, onde inclusive será tratado o direito subjetivo positivo e negativo que ensejam.

direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática.²⁴¹

Esse problema inspira o tema da presente pesquisa sobre *efetivação de direitos sociais sob o prisma da Nova Hermenêutica*.

José Afonso da Silva reconhece que, embora a Constituição da República tenha revelado “tendência para deixar ao legislador ordinário a integração e complementação de suas normas”²⁴², a doutrina moderna caminha no sentido de

reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo a grande parte daquelas de caráter sócio-ideológico, as quais até bem recentemente não passavam de princípios programáticos. Torna-se cada vez mais concreta a outorga dos direitos e garantias sociais das constituições.²⁴³

Barroso assevera que a efetividade merece capítulo obrigatório na interpretação constitucional e desenvolve tese de destaque sobre a efetividade das normas constitucionais, que constitui o principal referencial teórico a guiar esta pesquisa. Partindo da discussão sobre eficácia, do ponto de vista que leve “as normas a obter a máxima eficácia ante as circunstâncias de cada caso”²⁴⁴, porém alterando o foco para a *efetividade*, o autor conclui que “torna-se relevante a determinação do conteúdo das normas constitucionais, para delas extrair a posição jurídica em que investem o jurisdicionado. Por igual, devem-se pesquisar no ordenamento os mecanismos de tutela e garantia dos direitos constitucionais. Esse é o caminho que conduz à sua efetividade”²⁴⁵.

Segundo Barroso, a eficácia “refere-se à aptidão, à idoneidade do ato para a produção de seus efeitos. [...] A efetividade significa [...] a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social”²⁴⁶.

Na mesma linha, Ferraz Junior diferencia eficácia e efetividade²⁴⁷, indicando que “a presença de requisitos fáticos torna a norma efetiva ou socialmente eficaz. Uma norma se diz

²⁴¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, p.140.

²⁴² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 88-89.

²⁴³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 88. Vide o *princípio da imediatidade* no tópico sobre princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais.

²⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 218.

²⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 227.

²⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 219-220.

socialmente eficaz quando encontra na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos. [...] Efetividade ou eficácia social é uma forma de eficácia”²⁴⁸.

Barroso arremata: “o direito existe para realizar-se. O direito constitucional não foge a esse desígnio.”²⁴⁹

A Constituição, como reiteradamente mencionado, constitui prisma para interpretação de todo sistema. Além disso, é fonte de normas que fundamentam decisões e que servem de parâmetro para controle de constitucionalidade. Há um conceito relacionado ao controle de constitucionalidade que será importado para ser estendido de forma a contemplar toda a referência a normas da Constituição que indiquem fonte, vetor e baliza para a interpretação de cada caso concreto: o de “bloco de constitucionalidade”.

Dessa forma, já se adiantou o significado original do conceito de *bloco de constitucionalidade*, que é esse conjunto ou bloco a “servir de parâmetro para que se possa realizar a confrontação e aferir a constitucionalidade”²⁵⁰.

O conceito de bloco de constitucionalidade é considerado pelo Ministro Celso de Mello na ADI 595-ES, que delimita dois elementos essenciais no controle de constitucionalidade: o *elemento conceitual*

consiste na determinação da própria idéia de Constituição e na definição das premissas jurídicas, políticas e ideológicas que lhe dão consistência. De outro, destaca-se o *elemento temporal*, cuja configuração torna imprescindível constatar se o padrão de confronto,

²⁴⁷ “Do ângulo dogmático:

validade é uma qualidade da norma que designa sua pertinência ao ordenamento, por terem sido obedecidas as condições formais e materiais de sua produção e conseqüente integração no sistema;

vigência é uma qualidade da norma que diz respeito ao tempo de validade, ao período que vai do momento em que El entra em vigor (passa a ter força vinculante) até o momento em que é revogada, ou em que se esgota o prazo prescrito para sua duração;

eficácia é uma qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, espontânea ou imposta, ou para a satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica);

vigor é uma qualidade da norma que diz respeito a sua força vinculante, isto é, à impossibilidade de os sujeitos subtraírem-se a seu império, independentemente da verificação de sua vigência ou de sua eficácia.” FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2007, p.203.

²⁴⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2007, p.199.

²⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 226.

²⁵⁰ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 206.

alegadamente desrespeitado, ainda vige, pois, sem a sua concomitante existência, descaracterizar-se-á o fator de contemporaneidade, necessário à verificação desse requisito.²⁵¹

Aplicar o bloco de constitucionalidade, com mira na efetividade das normas constitucionais, é a conferir eficácia a seu elemento conceitual. Duas perspectivas podem ser tomadas, segundo Lenza,

uma ampliativa (englobando não somente as normas formalmente constitucionais como, também, os princípios não escritos da “ordem constitucional global” e, inclusive, valores [...]) e outra restritiva (o parâmetro seriam somente as normas e princípios expressos da constituição escrita e positivada)²⁵².

Fundindo-se, portanto, as teorias sobre bloco de constitucionalidade, eficácia, efetividade, na perspectiva de máxima eficácia, que implica a possibilidade de máxima efetividade das normas constitucionais, a *tipologia segundo aplicabilidade do bloco de constitucionalidade* remete à classificação das normas constitucionais conforme a possibilidade de aplicação ampliada do parâmetro de constitucionalidade²⁵³, que pode abrigar inclusive normas implícitas, para orientar ou fundamentar uma decisão.

Como não há pretensão de desenvolvimento da classificação, houve reunião desses conceitos com intuito de destacar que o bloco de constitucionalidade ou o vetor para uma interpretação constitucional podem implicar, frente ao caso concreto, o alargamento da eficácia de normas que versem sobre direitos fundamentais e, portanto, a *maximização da efetividade dos direitos sociais*²⁵⁴.

1.3 Valores, regras e princípios

Boson difere dois grupos de valores, valores *do* direito e valores *no* direito:

Valores do Direito – O primeiro grupo vem constituído pelos valores que *acompanham* a idéia do Direito sem os quais não teria ela possibilidade de manifestar-se com eficácia na constituição das

²⁵¹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 206.

²⁵² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 206.

²⁵³ Aplicação aqui se refere ao controle de constitucionalidade, ao qual está originalmente atrelado o conceito de bloco de constitucionalidade, bem como à aplicação da Constituição enquanto vetor de interpretação ou fonte material de normas.

²⁵⁴ Intimamente conectada a essa maximização encontra-se a já mencionada *eficácia vedativa do retrocesso*, que reafirma a progressiva ampliação dos direitos fundamentais.

instituições jurídicas, da organização da sociedade. São valores fundamentais, atribuídos ao espírito, à idealidade poética, criadora, deste. Por isso se dizem superiores. Deles o espírito se serve nas suas manifestações normativas, imprimindo-os na legislação. O *bem*, a *paz*, a *ordem*, a *segurança*, a *justiça*, são núcleos de constelações formadas por este grupo de valores, eternamente presentes nas aspirações dos ordenamentos jurídicos.²⁵⁵

Valores no Direito – Diferentemente dos valores da idéia do direito, são estes os valores que constituem o segundo grupo – valores no Direito.

Exatamente, a realização, a aquisição, a transformação ou a alienação destes valores é que levam o espírito a elaborar a idéia do Direito e as formas de suas manifestações normativas, a fim de regulamentar os atos correspondentes, quando o homem, o seu agente, passa a praticá-los em sociedade. São valores poderosos porque atinentes à natureza humana, aos elementos estratiformes naturais do homem, que têm a conservação da vida como objetivo supremo.

Assim, valores *vitalis* como a *saúde*, os *esportes*, a *alimentação*, os *prazeres*, a *sentimentalidade*, etc., constituem núcleos de constelações axiológicas, cuja realização responde pela conservação natural do homem, todas referidas aos estratos dos seus elementos naturais componentes.²⁵⁶

O autor ensina que “o valor não é um ser, não é um objeto no sentido de coisa real, ou ideal, não é um ente, é *valente*, simplesmente *vale*. No juízo funciona sempre *como* ou no predicado, tendo ademais a característica de não tirar nem acrescentar nada à essência do sujeito. Se [...] este homem é justo, *justo* em nada aumentará ou diminuirá à essência *homem*.”²⁵⁷ Assim,

A Filosofia tem feito clara distinção entre juízos de *existência* e juízos de *valor*. Os primeiros são os que enunciam o que a coisa é, as suas propriedades, atributos, predicados que pertencem à própria coisa, quer do ponto de vista da sua existência enquanto ente, quer do ponto de vista da essência que a define. Os segundos enunciam acerca de uma coisa algo que não acrescenta nem tira nada ao caudal existencial ou essencial da coisa. Enunciam algo que nada tem com o ser da coisa, nem enquanto existência nem enquanto essência.²⁵⁸

²⁵⁵ BOSON, Gerson de Britto Mello. *Filosofia do Direito: Interpretação Antropológica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 198.

²⁵⁶ BOSON, Gerson de Britto Mello. *Filosofia do Direito: Interpretação Antropológica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 198.

²⁵⁷ BOSON, Gerson de Britto Mello. *Filosofia do Direito: Interpretação Antropológica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 108.

²⁵⁸ BOSON, Gerson de Britto Mello. *Filosofia do Direito: Interpretação Antropológica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 108.

Miranda Afonso elucida que, em Scheler²⁵⁹, “os valores não são originalmente propriedades pertencentes às coisas. Os valores são essências e poderiam ser aproximados, em termo de categorias, às qualidades.”²⁶⁰ Desse modo,

como qualidades materiais, os valores não derivam das coisas, bens, seres ou pessoas, mas neles se depositam, neles têm o seu suporte, neles se revelam, saindo do plano da essência para o domínio da existência. São depositários de valores todas as coisas e todos os seres que existem.²⁶¹

Tratando da forma de conhecimento dos valores, Miranda Afonso afirma que eles, “na doutrina de Scheler, não são conhecidos pela via da razão, nem da sensibilidade. São apreendidos por um ato de percepção-emocional, que em tudo se distingue do conhecimento discursivo e da intuição sensível”.²⁶²

Miranda Afonso aduz que “a preferência e a subordinação nos permite apreender os valores em sua superioridade e sua inferioridade, em uma hierarquia que não é produto da escolhas pessoais, mas reside nas conexões de essência entre os valores”.²⁶³ Os valores são relativos não em função da subjetividade que os apreende, porém em relação uns aos outros. Assim,

[a] existência de uma pluralidade de valores não os torna relativos. Ela nos leva á questão da relação entre eles, na formação de uma hierarquia, em que há valores que ocupam o lugar mais alto e mais baixo. [...]

Os valores absolutos, para Scheler, nada têm a ver com a universalidade. São os que existem por uma percepção afetiva-pura, independente da essência da sensibilidade e da essência da vida. É o caso dos valores morais.²⁶⁴

²⁵⁹ “Max Scheler é considerado, ao lado de Nicolai Hartmann, o mais importante nome da axiologia jurídica que se desenvolve no século XX.” MIRANDA AFONSO, Elza Maria. Direito e Valor. *Revista do CAAP*, BH, ano IV, n. 7, 1999, p. 36.

²⁶⁰ MIRANDA AFONSO, Elza Maria. Direito e Valor. *Revista do CAAP*, BH, ano IV, n. 7, 1999, p. 36.

²⁶¹ MIRANDA AFONSO, Elza Maria. Direito e Valor. *Revista do CAAP*, BH, ano IV, n. 7, 1999, p. 36.

²⁶² MIRANDA AFONSO, Elza Maria. Direito e Valor. *Revista do CAAP*, BH, ano IV, n. 7, 1999, p. 38. “O conhecimento dos valores se funda primeiramente sobre a percepção-afetiva e a preferência e em definitivo sobre o amor e ódio. A intuição axiológica é também conhecimento das correlações entre valores, de sua superioridade e de sua inferioridade. [...] O amor e o ódio são os guias, os faróis, da percepção-afetiva dos valores positivos e negativos. Eles não são, em Scheler, “estados-afetivos sensoriais”, mas fazem parte de nossa própria estrutura e constituem o nível superior de nossa vida emocional de caráter intencional. [...] Miranda Afonso realça que “o que temos de mais valioso na vida é aquilo que amamos. E o amor pode se expressar com muitos nomes. Pode se chamar solidariedade, como pode se chamar bondade. Pode se chamar justiça, como pode se chamar caridade. Pode se chamar generosidade, como pode se chamar simplesmente amor. E pode se manifestar de muitas maneiras, na força que nos move em direção ao que queremos ver preservado e protegido.” MIRANDA AFONSO, Elza Maria. Direito e Valor. *Revista do CAAP*, BH, ano IV, n. 7, 1999, p. 39;40;53;60.

²⁶³ MIRANDA AFONSO, Elza Maria. Direito e Valor. *Revista do CAAP*, BH, ano IV, n. 7, 1999, p. 39.

²⁶⁴ MIRANDA AFONSO, Elza Maria. Direito e Valor. *Revista do CAAP*, BH, ano IV, n. 7, 1999, p. 52-54.

Passando a tratar da relação entre valor e norma, Miranda Afonso assevera que uma “obrigação ideal nunca é, por si mesma, uma exigência, uma obrigação, uma imposição. Para que ela se torne uma exigência, afetando a vontade, é preciso, primeiramente, que haja um ato imperativo, qualquer que seja a via pela qual ele toque o querer, seja a via da autoridade ou a da tradição”.²⁶⁵

Para Kelsen, norma é um sentido objetivo de dever-ser²⁶⁶. A norma é via para que o valor ganhe imperatividade. Miranda Afonso retoma o pensamento kelseniano, conjugando-o com o de Scheler, para concluir que os valores não se confundem com as normas. “Todas as normas podem variar, tanto ao longo da história, como nas diversas comunidades, enquanto permanecem constantes os mesmos valores”.²⁶⁷

Conclui Miranda Afonso que

como pessoas, seres capazes de intuir e de realizar valores, tanto os positivos, como os negativos, somos co-responsáveis pelo nosso destino comum, e essa co-responsabilidade, que nos une em elos de solidariedade, é o que nos ajuda a continuar tendo esperanças na construção de um mundo mais acolhedor.²⁶⁸

[...]

O Direito, como sistema de normas, não cumprirá seu papel de proteção, na convivência humana, sem o aprimoramento de nossa consciência axiológica, que possa levar ao aprimoramento dos processos de escolha, e ainda, da própria eleição daqueles valores que passarão a integrar o conteúdo das normas.²⁶⁹

Passando à relação entre valores e princípios, no âmbito do constitucionalismo moderno, Barroso assinala uma volta aos valores,

uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passa a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.²⁷⁰

²⁶⁵ MIRANDA AFONSO, Elza Maria. Direito e Valor. *Revista do CAAP*, BH, ano IV, n. 7, 1999, p. 43.

²⁶⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 5-10.

²⁶⁷ MIRANDA AFONSO, Elza Maria. Direito e Valor. *Revista do CAAP*, BH, ano IV, n. 7, 1999, p. 44.

²⁶⁸ MIRANDA AFONSO, Elza Maria. Direito e Valor. *Revista do CAAP*, BH, ano IV, n. 7, 1999, p. 61.

²⁶⁹ MIRANDA AFONSO, Elza Maria. Direito e Valor. *Revista do CAAP*, BH, ano IV, n. 7, 1999, p. 61.

²⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 28. Cf. “Os princípios *explícitos*, estes se manifestam de modo expresso. Os demais, *implícitos*, não são “positivados”, mas descobertos no interior do ordenamento; pois eles já eram, nele, *princípios de direito positivo*, embora latentes. Em outros termos: o intérprete autêntico nada

Para Magalhães Filho, a Constituição é ponto de encontro entre o direito e a própria sociedade, uma vez que se encontram nela positivados os valores sociais. Desse modo,

[o]s princípios constitucionais enunciam valores que devem receber atribuição de peso correspondente à intensidade com que são vivenciados pela sociedade. Dessa forma, a interpretação terá uma forte conotação existencial. Como, todavia, os valores que interessam ao Direito são valores intersubjetivos, há a pressuposição de que o juiz, membro da sociedade, terá uma *pré-compreensão* dos valores semelhante àquela que terá o restante da sociedade.²⁷¹

A superação do positivismo legalista, para o qual normas se restringiam a regras jurídicas, teve suporte na distinção qualitativa e estrutural entre princípios e regras. As concepções de Dworkin e Alexy sinalizam essa mudança paradigmática, e “a conjugação das idéias desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria”²⁷².

Dworkin sustenta que

[a] diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.²⁷³

Tratando do intercruzamento de princípios, o autor aponta a força relativa de cada um para a solução conflituosa:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular

“positiva”. O princípio já estava positivado. Se não fosse assim, não poderia ser induzido.” GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. SP: Malheiros Editores, 2006, 171.

²⁷¹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 44-45.

²⁷² BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 338.

²⁷³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia.²⁷⁴

Já o conflito de regras é resolvido no âmbito da validade. Dworkin elenca os critérios hierárquico e temporal para a solução do choque entre regras. Em suas palavras:

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes. (Nosso sistema jurídico [norte-americano] utiliza essas duas técnicas.)²⁷⁵

Alexy confere especial atenção à colisão de princípios, considerando a ponderação ou sopesamento procedimento hábil para resolvê-la, na esfera do peso que cada um possui frente ao caso concreto.

A distinção, para Alexy, entre princípios e regras²⁷⁶ é a seguinte:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados, e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinados pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

²⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 42.

²⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 43.

²⁷⁶ Ávila propõe uma outra categoria de norma, os *postulados*. “A definição de postulados normativos aplicativos como deveres estruturantes da aplicação de outras normas coloca em pauta a questão de saber se eles podem ser considerados como princípios ou regras. [...] Os postulados não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 123.

Pereira comenta que Alexy recebe algumas críticas à sua definição de princípios como mandados de otimização, em virtude da imprecisão da fronteira entre eles (normas jurídicas) e valores. Adverte que

[a] crítica mais contundente vem sem dúvida de Jürgen Habermas, seguindo Klaus Günther, para quem, concepções como a de Alexy, acabam por diluir a Constituição em uma “ordem concreta de valores” com a flagrante perda de segurança jurídica e acréscimo do relativismo.²⁷⁷

No direito pátrio, tornou-se célebre a definição de princípios de Bandeira de Mello, citado tanto pela doutrina – por exemplo por Barroso – quanto pela jurisprudência:

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico...”²⁷⁸

Vista a importância assumida pela Constituição no âmbito da Nova Hermenêutica, bem como a normatividade dos princípios²⁷⁹, convém trazer à tona os princípios de interpretação afetos aos direitos fundamentais nela declarados, as classificações doutrinárias dos princípios constitucionais materiais e suas modalidades de eficácia, e também dos princípios de interpretação especificamente constitucional.

2 Princípios e Hermenêutica Constitucional

2.1 Princípios de interpretação especificamente constitucional

A doutrina considera a grande maioria dos princípios a seguir apresentados de forma homogênea. Procurou-se reunir os princípios constantes das enumerações de Barroso e Canotilho, embora nem todos estejam presentes em ambas.

²⁷⁷ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. BH: Del Rey, 2006, p. 150.

²⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 143. Na jurisprudência, vide RE 510378-1/MG, relator Min. Ricardo Lewandowski.

²⁷⁹ Os princípios encerram precípua função na interpretação constitucional e de todo ordenamento na Nova Hermenêutica, de sorte que se fala em uma *Jurisprudência dos Princípios*. Por essa razão, proceder-se-á ao estudo pormenorizado de princípios constitucionais. Sobre Jurisprudência dos Princípios, vide tópico sobre *Jurisprudência dos Valores*.

Princípio da *supremacia da Constituição*. Para Barroso, “toda interpretação se assenta no pressuposto da superioridade da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado”²⁸⁰. Desse modo, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se não for compatível com a Constituição. Esse princípio foi apontado como um sustentáculo da Nova Hermenêutica. A Constituição deve servir de fundamento de validade para normas hierarquicamente inferiores. Barroso lembra que

coube ao padre Emmanuel Joseph Sieyès, autor do célebre opúsculo *Qu’est-ce que le Tiers État?*, formular pela primeira vez a distinção entre poder constituinte e poder constituído, bem como afirmar a superioridade da Constituição. Remonta essa obra a idéia da ausência de limitação jurídica ao poder constituinte, que não sofre restrição alguma ao direito positivo anterior.²⁸¹

Canotilho deixa de apontar a supremacia da Constituição como princípio de interpretação, mas a apresenta com os mesmos pormenores, considerando a Constituição como “norma superior e vértice da pirâmide normativa”²⁸².

Princípio da *unidade da Constituição*. A Constituição deve ser interpretada em sua unidade, “de forma a evitar contradições entre suas normas”²⁸³. Ela confere, segundo Barroso, unidade e caráter sistemático ao próprio ordenamento jurídico:

A idéia de unidade da ordem jurídica se irradia a partir da Constituição e sobre ela também se projeta. [...] 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.²⁸⁴

Esse princípio, especificação do clássico elemento sistemático de interpretação, “impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas”²⁸⁵.

²⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 150.

²⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 151.

²⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p.1147-1151.

²⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1223.

²⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 181-182.

²⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 182.

Princípio do *efeito integrador*, associado ao princípio da unidade, segundo Canotilho, “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”²⁸⁶. Magalhães Filho assim comenta esse princípio:

A Constituição é uma integração dinâmico-espiritual dos diversos valores aspirados pelos diferentes segmentos da sociedade através de uma fórmula político-ideológica de caráter democrático. A interpretação constitucional, portanto, deverá ser aquela que mais contribuir para a integração social.²⁸⁷

Princípio da *máxima efetividade*. Canotilho denomina-o também princípio da *eficiência*, indicando que deve ser atribuído o sentido que maior eficácia dê a uma norma constitucional. “É hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).”²⁸⁸

Barroso realça o aspecto da efetividade, que significa “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”²⁸⁹.

Princípio da *conformidade funcional (repartição funcional) ou justeza* “tem em vista impedir, em sede de concretização da constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida”²⁹⁰. Para Magalhães Filho,

se a Constituição organiza estruturalmente o Estado, regulando e distribuindo funções, o intérprete deve ater-se rigorosamente às prescrições voltadas para esse sentido.²⁹¹

Princípio da *concordância prática ou harmonização*. Canotilho elucida que esse princípio “impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o

²⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1224.

²⁸⁷ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 80.

²⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1224.

²⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 220.

²⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1224.

²⁹¹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 80.

sacrifício (total) de uns em relação aos outros”²⁹². Especifica que o âmbito de incidência da *harmonização* abarca apenas bens jurídicos constitucionalmente protegidos e direitos fundamentais. Barroso trata indiretamente desse princípio, enquanto proporcionalidade.

Princípio da *força normativa*. Por este princípio, conforme Canotilho anota, é que deve ser dada prevalência aos pontos de vista que contribuem para a eficácia da Constituição, considerando seus pressupostos (normativos), na solução dos problemas jurídico-constitucionais. Logo,

deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a “actualização” normativa, garantindo, ao mesmo pé, a sua eficácia e permanência.²⁹³

Princípio da *presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público*. Barroso, lembrando que a interpretação é operada pelos três Poderes do Estado, aponta a separação de Poderes como fundamento para o princípio da presunção de constitucionalidade. “Naturalmente, uma presunção *iuris tantum*, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão jurisdicional competente.”²⁹⁴ O efeito prático da aplicação desse princípio encontra-se na manutenção da “imperatividade das normas jurídicas e, por via de consequência, na harmonia do sistema”²⁹⁵.

Sustenta Barros que esse princípio da presunção de constitucionalidade desemboca em duas regras para o aplicador do direito:

- a) não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade;
- b) havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carreavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor.²⁹⁶

²⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1225.

²⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1226.

²⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 164.

²⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 165.

²⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 165.

A primeira, comenta Barroso, está ligada ao direito norte-americano e representa a presunção de constitucionalidade propriamente dita. A segunda, ao direito alemão e abriga a interpretação conforme a Constituição.

Princípio da *interpretação conforme a Constituição*. Trata-se da “escolha de uma linha de interpretação de uma norma legal, em meio a outras que o Texto comportaria”²⁹⁷. Para Canotilho, no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas, deve-se buscar o sentido que seja conforme a Constituição.²⁹⁸ Esclarece Barroso que, “além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziram a resultado contrastante com a Constituição”²⁹⁹, a interpretação conforme a Constituição é mecanismo de controle de constitucionalidade: uma determinada leitura, declarada ilegítima, não mantém o texto na íntegra, “mas sua aplicação fica restrita ao sentido declarado pelo tribunal”³⁰⁰.

Princípio da *razoabilidade ou proporcionalidade*³⁰¹. O princípio da *razoabilidade*, segundo Barroso, tem sua origem na garantia do devido processo legal do direito anglo-saxão. Possibilita o “controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental”³⁰². O autor preleciona que

[o] princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. [...] É *razoável* o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.³⁰³

²⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 174.

²⁹⁸ Canotilho ressalva que uma dimensão desse princípio é a *exclusão da interpretação conforme a constituição*, mas “*contra legem*”, que “impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição”, ainda que seja conseguida compatibilidade entre norma infraconstitucional e a Constituição. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1226.

²⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 175.

³⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 175.

³⁰¹ Canotilho associa o princípio da proporcionalidade à metodologia de controle do princípio de igualdade. Não se trataria, portanto, de um princípio especificamente para interpretação constitucional, mas para aplicação do princípio da igualdade. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1297-1298.

³⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 199.

³⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 204-205.

A razoabilidade tem duas facetas, interna e externa. A *razoabilidade interna* é medida dentro da lei, quando há “uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins”³⁰⁴. A *razoabilidade externa* é “adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional. Se a lei contravir valores expressos ou implícitos no Texto Constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o seja internamente”³⁰⁵.

Barroso afirma que tanto na Europa continental como no Brasil, países de tradição jurídica romano-germânica, é feita menção ao princípio da *proporcionalidade*, que “em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade”³⁰⁶.

Deve-se, entretanto, assinalar o que a doutrina chama de *proporcionalidade em sentido estrito*. “Cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos”³⁰⁷.

Expõe Barroso a tríplice caracterização do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.

Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.³⁰⁸

Alexy identifica a proporcionalidade em sentido estrito com o próprio significado de otimização em relação a princípios colidentes, associando esse princípio à atividade de *ponderação* ou *sopesamento*, cuja máxima é “quanto maior for o grau de não-satisfação ou

³⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 206.

³⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 207.

³⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 204. Ávila, que realça a distinção entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não os considera princípios propriamente tampouco regras, mas *postulados*, afirmando que “Alexy não enquadra a proporcionalidade diretamente em uma categoria específica, pois utiliza, para sua definição, o termo *princípio* (*Grundsatz*), limitando-se a afirmar, em nota de rodapé, que as máximas parciais podem ser enquadradas no conceito de regras. A maior parte da doutrina enquadra-os, sem explicações, na categoria dos princípios.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 123.

³⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 208-209. Ávila reforça que o “exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 160.

³⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 208-209.

de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”³⁰⁹.

2.2 Tipologia e modalidades de eficácia dos princípios constitucionais materiais

Barroso e Barcellos comentam que “os princípios irradiam-se pelo sistema, interagem entre si e pautam a atuação dos órgãos de poder, inclusive a do Judiciário na determinação do sentido das normas”³¹⁰.

Após estudo sobre princípios de interpretação da Constituição, um olhar sobre os princípios constitucionais materiais revela que “nem todos possuem o mesmo raio de ação”³¹¹. Daí a classificação que elaboram com fulcro nesse critério em fundamentais, gerais e setoriais.

Os *princípios fundamentais* – veiculando a forma, o regime, o sistema de governo, bem como a forma de Estado – “expressam as principais decisões políticas no âmbito do Estado, aquelas que vão determinar sua estrutura essencial”³¹². Prosseguem os autores enumerando que princípios constitucionais fundamentais resultam na configuração básica da organização do poder político (exemplos: princípio republicano do artigo 1º, *caput*; federativo expresso no artigo 1º, *caput*); indicam objetivos fundamentais à República (a exemplo do artigo 3º, dispondo sobre o objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, dentre outros); e destacam o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) em todas as relações públicas e privadas.³¹³

Os *princípios gerais* ou setoriais, importantes especificações dos princípios fundamentais, “têm menor grau de abstração, sendo mais facilmente determinável o núcleo em que operam

³⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 593. Vide tópico sobre ponderação ou sopesamento.

³¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 364.

³¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 364.

³¹² BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 365.

³¹³ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 365.

como regras”³¹⁴. Barroso e Barcellos sustentam que por esse motivo se prestam “à tutela direta e imediata das situações jurídicas que contemplam. Por serem desdobramentos dos princípios fundamentais, irradiam-se eles por toda ordem jurídica”³¹⁵. Exemplificam com o princípio da legalidade (artigo 5º, II), liberdade (artigo 5º, II e diversos incisos do mesmo artigo, como IV, VI, IX, XIII, XIV, XV etc.), dentre outros.

Por fim, os *princípios setoriais* ou especiais “são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos”³¹⁶. São exemplos a publicidade e motivação das decisões judiciais e administrativas (artigo 93, incisos IX e X).

Esta classificação permite tanto perceber as razões da reverência ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que é fundamental, bem como distinguir entre os princípios mais específicos, os que subordinam toda ordem jurídica ou apenas um setor dela.

Barroso e Barcellos constatarem que “a doutrina tem procurado expandir a capacidade normativa dos princípios através de dois movimentos: aplicando, com as adaptações necessárias, a modalidade convencional de eficácia jurídica das regras também aos princípios [...], e desenvolvendo modalidades diferenciada, adaptadas às características próprias dos princípios – de que são exemplo as três outras modalidades”³¹⁷, quais sejam: positiva simétrica, interpretativa, negativa e vedativa do retrocesso.

A *eficácia jurídica positiva ou simétrica*, embora sua aplicação aos princípios seja uma construção recente, é a eficácia associada à maioria das regras. Seu objetivo é reconhecer direito subjetivo à realização de efeitos. “Se os efeitos pretendidos pelo princípio constitucional não ocorreram – tenha a norma sido violada por ação ou por omissão –, a

³¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 365.

³¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 365.

³¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 366.

³¹⁷ BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 367.

eficácia positiva ou simétrica pretende assegurar ao interessado a possibilidade de exigí-los diretamente, na via judicial se necessário”³¹⁸.

A *eficácia interpretativa*, segundo Barroso e Barcellos, “significa, muito singelamente, que se pode exigir do Judiciário que as normas de hierarquia inferior sejam interpretadas de acordo com as de hierarquia superior a que estão vinculadas”³¹⁹. Ressaltam que

a eficácia interpretativa poderá operar também dentro da própria Constituição, em relação aos princípios; embora eles não disponham de superioridade hierárquica sobre as demais normas constitucionais, é possível reconhecer-lhes uma ascendência axiológica sobre o texto constitucional em geral, até mesmo para dar unidade e harmonia ao sistema.³²⁰

A *eficácia negativa*, conceituam os referidos autores, “autoriza que sejam declaradas inválidas todas as normas ou atos que contravenham os efeitos pretendidos pela norma”³²¹.

A *eficácia vedativa do retrocesso* é apontada por Barros e Barcellos como uma derivação da eficácia negativa:

Particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais, ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais [...] e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais.³²²

Concluem os autores que essas modalidades de eficácia “somente podem produzir o resultado a que se destinam se forem acompanhadas da identificação cuidadosa dos efeitos pretendidos pelos princípios e das condutas que realizem o fim indicado pelo princípio ou que preservem o bem jurídico por ele protegido”³²³.

³¹⁸ BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 368.

³¹⁹ BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 368.

³²⁰ BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 368.

³²¹ BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 369.

³²² BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 370.

³²³ BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 371.

2.3 Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais e ponderação (ou sopesamento)

Os direitos fundamentais estão a guiar a interpretação na Nova Hermenêutica. Salgado preleciona que os direitos fundamentais têm “como elementos definidores: quanto ao seu conteúdo, os valores considerados principais da nossa cultura; quanto à sua forma, a sua declaração ou positivização, como reconhecimento universal dos que os declaram”³²⁴.

Embora só sejam desenvolvidas as idéias de geração de direitos e direitos sociais no capítulo seguinte³²⁵, convém trazer nesse ponto, que aborda princípios, a seleção de princípios de interpretação que Salgado aponta como atinentes aos direitos fundamentais, uma vez que a efetivação desses direitos é função da Hermenêutica Jurídica.³²⁶

Assim, os princípios que devem orientar a hermenêutica dos direitos fundamentais – processo interpretativo de revelação, conforme ensina Salgado, “do próprio direito ou, o que é mesma coisa, a realização da liberdade”³²⁷ – são a *maior extensibilidade*, a *imediaticidade* e a *ponderabilidade*.

O princípio da maior extensibilidade está alinhado à idéia já apresentada sobre máxima eficácia e efetividade das normas constitucionais. A maior extensibilidade dos direitos fundamentais permite alcançar efetividade máxima. Salgado fundamenta este princípio na idéia de não serem os direitos fundamentais mera concessão do Estado:

Princípio da Maior Extensibilidade. Refere-se à linguagem constitucional e sua abrangência. As normas que definem ou outorgam os direitos fundamentais têm de ter interpretação ampla, porque tais direitos não são mera concessão do Estado, mas: a) valores que não podem ser mutilados ou restringidos, e b) direitos universalmente reconhecidos (positivamente declarados) e universalmente destinados, ou seja, a todos outorgados. Nesse caso, o intérprete da norma constitucional tem de perquirir-lhe todo o alcance

³²⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XIV, n.3, v. 20, 1996, p. 15. É notável a conexão com os princípios de interpretação especificamente constitucional, visto que é na Constituição que se encontram positivados.

³²⁵ Sinteticamente, direitos sociais são considerados da segunda geração de direitos fundamentais.

³²⁶ Não somente o conteúdo desenvolvido neste capítulo, mas também o do próximo, cujo conteúdo versa sobre a efetivação de direitos fundamentais, especificamente de direitos sociais (incluindo citação de decisões jurisprudenciais), corrobora esse entendimento da Nova Hermenêutica possibilitar a efetividade.

³²⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XIV, n.3, v. 20, 1996, p. 30.

lógico, como, por exemplo, recorrer aos princípios explícitos ou implícitos da Constituição, que fundamentam o Estado de Direito.³²⁸

O princípio da imediatidade confere *exigibilidade* aos direitos fundamentais. Se são de aplicação imediata, são exigíveis independentemente de norma regulamentadora:

Princípio da Imediatidade. Refere-se à aplicação da norma constitucional e, especificamente, às que declaram os direitos fundamentais. Tais normas independem de qualquer outra regulação intermediária para serem aplicadas, pois que declaração de direitos é outorga imediata desses direitos, dando ao titular desse direito subjetivo público (oponível também ao Estado, não já como mera pessoa, mas como poder institucionalizado) acesso imediato aos órgãos encarregados da sua garantia e eficácia no Estado Democrático. Isso porque direitos subjetivos constitucionais declarados são direitos outorgados imediatamente, cabendo ao órgão do Estado competente, o Judiciário, efetivá-los imediatamente.³²⁹

O terceiro princípio que Salgado enumera é o da ponderabilidade. Nas palavras de Salgado:

Princípio da Ponderabilidade. Na interpretação de uma constituição democrática, numa interpretação material portanto, deve-se observar a preponderância das normas, segundo a ideologia adotada ou segundo os valores que formam o seu conteúdo.³³⁰

Como visto, na Nova Hermenêutica há supremacia da Constituição. Segundo Salgado, devem sobressair as normas que dispõem sobre direitos fundamentais, uma vez que contêm valores a serem primordialmente garantidos:

Assim, do ponto de vista cultural, axiológico, a declaração de direitos (individuais e sociais) subordina (tem peso maior do que) todas as demais normas constitucionais num Estado democrático e social, ou Estado de Direito, do qual é essa declaração a razão de ser, na medida em que se concebe o Estado democrático de direito como o que declara e garante os direitos fundamentais, realizando os valores que constituem esses direitos.³³¹

Na Nova Hermenêutica, ficou realçada o caráter *principiológico* e o papel da *Constituição* como bússola da atividade de interpretação; a *abertura* da linguagem; a concepção de decisão

³²⁸ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XIV, n.3, v. 20, 1996, p. 33.

³²⁹ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XIV, n.3, v. 20, 1996, p. 34.

³³⁰ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XIV, n.3, v. 20, 1996, p. 32.

³³¹ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XIV, n.3, v. 20, 1996, p. 32.

judicial enquanto aplicação normativa que não se dissocia de influências ético-político-ideológicas, logo, *não* podendo subsistir a crença na *neutralidade* do intérprete, bem como na suficiência da subsunção lógico-formal clássica. Para Brochado,

[a] quase totalidade do pensamento jurídico contemporâneo entende a função jurisdicional como necessariamente criadora, tendo a concepção da sentença ou decisão administrativa como um mero silogismo de subsunção caído em absoluto descrédito.³³²

[...]

Se a sentença se limitasse a uma mera operação mecânica, seria *desnecessária* a intervenção do órgão jurisdicional, bastando a existência de um agente executivo para a aplicação das normas.³³³

Os procedimentos metodológicos que são desenvolvidos pretendem viabilizar a legítima aplicação e justificação do direito, considerando essa nova perspectiva. Comentam Barroso e Barcellos que

o modelo tradicional [...] foi concebido para a interpretação e aplicação de regras. É bem de ver, no entanto, que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* no caso concreto.³³⁴

Os princípios são extraídos da Constituição tanto para embasar decisões, quanto para orientar a aplicação de norma infraconstitucional. Realça Barroso que, desse modo,

[q]ualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.³³⁵

³³² BROCHADO, Mariá. *Direito e Ética: A Eticidade do Fenômeno Jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 220-221.

³³³ BROCHADO, Mariá. *Direito e Ética: A Eticidade do Fenômeno Jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 221.

³³⁴ BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 339-340.

³³⁵ BARROSO, Luís Roberto. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 197.

Todos os procedimentos metodológicos próprios da Nova Hermenêutica não descartam, todavia, os clássicos. Comentando a respeito da terceira fase ou momento do direito moderno³³⁶, cujo desenvolvimento é contemporâneo à Nova Hermenêutica, Reale afirma que

não há rupturas radicais na história das idéias jurídicas, de sorte que na terceira fase do Direito Moderno, são reelaborados temas tratados na fase anterior, [...] havendo necessidade de mais precisa determinação do papel desempenhado pelos valores na vida jurídica.³³⁷

Desse modo, ensina Reale que

já se compreende que a terceira fase do Direito Moderno se distinguirá cada vez mais por um entendimento amplo e flexível da vida jurídica em sentido de integralidade, para o que tem contribuído notavelmente a compreensão do Direito em termos axiológicos, a tal ponto que já se pode admitir uma passagem da *Jurisprudência dos Interesses* para a *Jurisprudência de Valores*.³³⁸

Segundo Magalhães Filho, é “na *Jurisprudência das Valorações* que a Nova Hermenêutica Constitucional vai encontrar o seu paradigma metodológico”³³⁹.

A *Jurisprudência dos Valores* (ou das *Valorações*) é também denominada *Jurisprudência dos Princípios*, haja vista serem os princípios normas materiais, vetores de interpretação e redutos de valores a serem sopesados frente ao caso concreto, resolvendo a colisão entre princípios.

Bonavides assevera que “a ‘jurisprudência dos valores’, que é a mesma jurisprudência dos princípios”, se interpenetra com a ‘jurisprudência dos problemas’ (Viehweg-Zippelius-Enterría) e domina o constitucionalismo contemporâneo”³⁴⁰. Para o autor, portanto, ela

forma a espinha dorsal da Nova Hermenêutica na idade do pós-positivismo e da teoria material da Constituição. Fornece, por isso

³³⁶ As fase do direito moderno serão desenvolvidas no tópico sobre o Estado de Direito.

³³⁷ REALE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 119.

³³⁸ REALE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 118-119. Quanto à idéia de integralidade, há uma passagem [*ibidem*] esclarecedora: “[...] adequação pragmática entre ideologia e política e a realidade cambiante e variegada a que nos couber dar atendimento. Assim sendo, o contraste entre Estado onipotente e Estado evanescente – que esteve no centro dos debates nas épocas anteriores – perde todo o sentido, passando-se a reconhecer a indispensabilidade do Estado, cujas funções, no entanto, cumpre objetivamente rever, tendo como centro de referência o *primado da sociedade civil sobre as estruturas burocráticas*.”

³³⁹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 60.

³⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 284.

mesmo, os critérios e meios interpretativos de que se necessita para um mais amplo acesso à tríade normativa – regra, princípio e valor – que tanta importância possui para penetrar e sondar o sentido e a direção que o Direito Constitucional toma tocante à aplicabilidade imediata de seus preceitos.³⁴¹

Ressalta Malhagães Filho que “os princípios têm natureza tópico-sistemática, pois estão no sistema, mas são apenas referenciais para a solução de problemas. A estrutura aberta do sistema constitucional torna-o propício para a adoção do método tópico”³⁴² para encontrar-se a solução ótima. Por esse motivo pode-se considerar a Jurisprudência dos Valores tangente a uma *Jurisprudência dos Problemas*.

A ponderação – ou sopesamento – axiológica é procedimento para avaliação de princípios preponderantes frente a um caso concreto, isto é, de qual tem mais peso. A Jurisprudência dos Valores “só leva em consideração os valores consagrados em princípios e positivados, em geral, na Constituição”³⁴³. A Constituição, conforme Magalhães Filho

[...] sob o ponto de vista axiológico, constitui, primordialmente, um sistema aberto de princípios, os quais não têm previsão de fato de incidência e são aplicados em ponderação ou sopesamento, seguindo-se, então, a lógica dialética. Apesar de se aplicarem aos princípios as técnicas clássicas de interpretação, tendo em vista o seu aspecto lingüístico, elas se mostram insuficientes para determinar uma solução decisiva no caso concreto.³⁴⁴

Salgado ensina que

do ponto de vista **cultural** (axiológico), a declaração de direitos (individuais e sociais) prefere a todas as demais normas constitucionais num Estado democrático e social, ou seja, o estado que colima a garantia da liberdade, igualdade etc., e dos direitos sociais, como instrumento de realização desses direitos, podendo-se mesmo entre os direitos fundamentais encontrar valências diversas, conforme as circunstâncias conflitivas.³⁴⁵

³⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 284.

³⁴² MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 59.

³⁴³ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 59.

³⁴⁴ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 44.

³⁴⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XIV, n.3, v. 20, 1996, p. 31.

Portanto, para Salgado, “a realização da liberdade através da realização dos direitos fundamentais é o princípio retor de toda hermenêutica de uma constituição democrática, cuja razão de ser é a própria declaração de direitos”³⁴⁶.

Vale trazer o modelo de aplicação de Salgado, que ajudará a entender a lógica dialética da aplicação. Para o autor, “a aplicação tecnicamente é um processo de subsunção, de movimento lógico de subida, do fato para a universalidade da norma e da norma para a particularidade do fato e, na medida em que se faz aparelhadamente, é jurisdição”.³⁴⁷ Ressalta que

[...] o argumento de aplicação, ao ter no seu desenvolvimento a interpretação, não pode abandonar o vetor teleológico; não, contudo, com mera função sociológica, mas como valor, e assim, finalidade axiológica. [...] É preciso ver sua consequência como finalidade axiológica na aplicação.³⁴⁸

Unindo-se duas passagens da obra de Salgado, é possível perceber como o autor não associa a atividade do juiz com a neutralidade, típico da Velha Hermenêutica. A decisão que resulta dessa atividade deve direcionar-se para, além de por fim ao conflito, resolvê-lo de modo justo:

O poder do juiz não está na facilidade da decisão do arbítrio que põe fim ao conflito, o que um computador faz com menor margem de erro e sem o risco de parcialidade, mas no joeirar o direito debatido e exposto na matéria do processo, pacientemente, para resolver o conflito com a realização do valor polar do direito: o justo.³⁴⁹
A solução do conflito apenas não é suficiente. Exige-se que seja feita de modo *justo*, com relação às partes, com a dimensão social que se requer, chame-se paz social ou bem comum.³⁵⁰

Explica Salgado que “toda aplicação, do ponto de vista do discurso que ela desenvolve, obedece a uma estrutura de argumento, na forma de um silogismos prático, dialético, que, no sopesamento dos valores aceitos socialmente e postos em jogo, resulta na decisão jurídica”.³⁵¹

Ensina que

³⁴⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XIV, n.3, v. 20, 1996, p. 30. “Daí podermos extrair, a partir desse princípio filosófico superior, princípios jurídicos orientadores de uma hermenêutica constitucional democrática.” Ibidem.

³⁴⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça no mundo contemporâneo*. BH: Del Rey, 2007, p. 123.

³⁴⁸ SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça no mundo contemporâneo*. BH: Del Rey, 2007, p. 122.

³⁴⁹ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XIV, n.3, v. 20, 1996, p. 37.

³⁵⁰ SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça no mundo contemporâneo*. BH: Del Rey, 2007, p. 124.

³⁵¹ SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça no mundo contemporâneo*. BH: Del Rey, 2007, p. 125.

o silogismo prático da aplicação é a articulação lógica desse processo pelo qual o justo universal e abstrato da lei, na particularidade dos interesses individuais, efetiva-se na singularidade da aplicação ou superação da oposição conflitiva do interesse particular e do justo universal.³⁵²

Salgado assevera que a justiça se completa na aplicação: “a justiça da lei é apenas o momento abstrato do justo, portanto, inicial do processo da justiça. É na singularidade da aplicação, em que atua a consciência jurídica, que se completa a dinâmica da justiça, por meio da particularidade dos conflitos de interesses”.³⁵³

Recobrando a importância da justificação da decisão e da ponderação de interesses para se alcançar uma decisão justa, Salgado explica que

[o] discurso de fundamentação deve ser entendido como o que justifica, dá razão. Esse discurso, no direito, aparece de modo diferente, se se trata do momento da elaboração ou da aplicação. O momento da elaboração desdobra-se em um aspecto político, da conveniência, adequação e oportunidade de criar a norma, seus efeitos [...], e um jurídico, o equilíbrio de interesses, para a fixação do modo da descrição da norma e da consequência, de ponderação, o que se denomina justo.³⁵⁴

A ponderação (ou sopesamento) é procedimento metodológico para solução da colisão entre princípios. Avaliam-se, sopesam-se os valores de cada princípio frente ao caso concreto, resultando na indicação de qual(is) deve(m) prevalecer.

Segundo Alexy, “o objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses [conflitantes] tem maior peso no caso concreto.”³⁵⁵ Ensina Alexy que o sopesamento

[...] pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação de outro princípio.³⁵⁶

³⁵² SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça no mundo contemporâneo*. BH: Del Rey, 2007, p. 128-129.

³⁵³ SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça no mundo contemporâneo*. BH: Del Rey, 2007, p. 128.

³⁵⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça no mundo contemporâneo*. BH: Del Rey, 2007, p. 141.

³⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008 p. 95.

³⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008 p. 594

Magalhães Filho aduz que “quando houver colisão de direitos fundamentais num caso concreto, far-se-á a *harmonização prática* entre eles, através de uma ponderação axiológica, mediante a qual se fará uma hierarquização dos valores na situação fática para encontrar-se a solução ótima”.³⁵⁷

A utilização da ponderação como descrita por Alexy não é de unânime aceitação. O próprio Alexy apresenta a crítica de Habermas, que aponta ausência de “parâmetros racionais” para o sopesamento, rebatendo da seguinte maneira:

Se se toma literalmente sua [de Habermas] tese de que faltam “parâmetros racionais” para o sopesamento, então, essa tese sustenta que por meio de um sopesamento não é possível chegar a uma conclusão de forma racional em nenhum caso. Há duas teses contrárias a essa tese, uma radical e uma moderada. A tese radical sustenta que o sopesamento possibilita uma conclusão racional em todos os casos. A teoria dos princípios nunca sustentou essa tese e sempre salientou que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco. Diante disso, as atenções se voltam para a versão moderada. Ela sustenta que, embora o sopesamento nem sempre determine um resultado de forma racional, isso é em alguns casos possível, e o conjunto desses casos é interessante o suficiente para justificar o sopesamento como método.³⁵⁸

Para concluir este tópico, é chamada a crítica que Coura faz acerca da “ponderação de bens e interesses”, que pode permitir ofensa a direitos e garantias fundamentais, caso seja utilizado como simples argumento de justificação a encobrir os reais motivos da decisão:

A crítica acerca da “ponderação de bens e interesses” ou “balanceamento de princípios constitucionais concorrentes” foi, então, desenvolvida a fim de se demonstrar como essa prática pode **comprometer a garantia dos direitos fundamentais** – visto que estes perdem sua prioridade estrita em relação a argumentos “não jurídicos” que passam a ter curso no momento da aplicação normativa – e, por conseguinte, a própria afirmação da **legitimidade das decisões judiciais** – tanto em razão da **não realização do Direito vigente** quanto da **impossibilidade de uma constitucionalmente adequada justificação** do juízo decorrente da ponderação, especialmente quando a decisão judicial, nesse âmbito, é considerada mero resultado da aplicação de um “método geral” preestabelecido para a sua “racionalização”, qual seja, o “princípio da proporcionalidade”.³⁵⁹

³⁵⁷ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axialógica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 81.

³⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 594

³⁵⁹ COURA, Alexandre de Castro. *Para uma Análise Crítica da “Jurisprudência de Valores”*. [Dissertação], UFMG, Faculdade de Direito, 2004, p. 229. [Grifos no original].

PARTE III: A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

“Só o governante que respeita as leis de sua gente e a divina justiça dos costumes mantém sua força porque mantém sua medida humana. Em mim só manda um rei: o que constrói as pontes e destrói muralhas.”
[Sófocles]³⁶⁰

Na Nova Hermenêutica a Constituição passa a ser vista como um sistema aberto de princípios e regras, que remetem a valores jurídicos, e tem na realização dos direitos fundamentais seu especial objetivo.

Dentre os direitos fundamentais pinçam-se os direitos sociais, colocando-os como objeto desta pesquisa por duas razões basicamente. A primeira é que o próprio texto constitucional prevê aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, §1º). Como os direitos sociais são previstos em grande medida em normas instituidoras de princípio programático, incumbe ao Estado (Legislativo e Executivo) implementá-los, tanto por meio de normas regulamentadoras quanto de ações fáticas – entendidas como criação de condições fomentadoras de efetivação.

Da tensão entre a necessidade de efetivação, tendo em vista a aplicabilidade imediata, e a escassez de recursos, foi gerada oportunamente a inércia do Poder Público em vários casos. Daí a preocupação em se tematizar a importância da Nova Hermenêutica na atuação construtivista do Poder Judiciário atualmente no plano da efetivação de direitos que têm por natureza essência prestacional. Um judiciário apegado ao modelo da Velha Hermenêutica (dogmática e vinculada a normas do tipo regras) calar-se-ia diante desta nova demanda, haja vista que a inércia do legislador não permitira ao decididor atuar, o que passa a ser viabilizado por uma Hermenêutica de índole principiológica, mais aberta a possibilidades de compreensão do direito, exigindo por outro lado, um nível de justificação mais consistente, o que não coloca em xeque o tão mitificado e indeclinável princípio clássico da segurança jurídica como condição de realização da justiça.³⁶¹

Com a consagração da aplicabilidade imediata das normas programáticas, elas passaram a ser encaradas, não somente como geradoras de direitos subjetivos em seu aspecto negativo, mas também determinando realização dos programas ínsitos a seus conteúdos, gerando a

³⁶⁰ SÓFOCLES. *Antígona*. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 19.

³⁶¹ BROCHADO, Mariá. *Entrevista de orientação*. Belo Horizonte: 2009.

possibilidade de concreção dos direitos sociais pelo Judiciário (direitos subjetivos em seu aspecto positivo).

Posicionamento encontrado na obra de José Afonso da Silva segue no sentido de afirmar que o conteúdo das normas tende a ser pela doutrina reconhecido em seu caráter imediato de aplicabilidade, relacionado à normatividade dos princípios, bem como ao princípio de *vedação do retrocesso*, que marca a progressividade da implementação dos direitos fundamentais e, por conseguinte, dos direitos sociais. Alinhados nesse sentido está o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, expresso em:

[...] o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado."³⁶²

1 O Estado de Direito, as gerações (ou dimensões) de direitos e os direitos sociais

Para entender os direitos sociais como direitos a prestações positivas, ou ainda como direitos de segunda geração, convém passar primeiramente pela evolução do Estado de Direito, pela associação da conquista desses direitos ao momento histórico do Estado social. Salgado assim conceitua o Estado de Direito:

[O] Estado de Direito, no seu elemento definidor, é o que declara e garante na Constituição os direitos fundamentais. Ora, declaração sem garantia desses direitos é vazia. E a garantia dos direitos fundamentais só é possível se está a cargo do Judiciário; não é tarefa precípua do executivo ou Legislativo; a esses cabe o dever de respeitar e realizar tais direitos, mas é a função primeira de garanti-los.³⁶³

O Estado de Direito pode ser dividido em três fases³⁶⁴, cada uma delas – concebida como um modelo de estado, isto é “paradigma” – inspira uma forma de ver o Estado, suas funções e os direitos que deve garantir.

³⁶² ADPF 45 MC / DF. Relator Min. Celso de Mello. Julgada em 29/04/2004.

³⁶³ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XIV, n.3, v. 20, 1996, p. 38.

³⁶⁴ REALE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 93-130.

Cattoni ensina que “o termo ‘paradigma’ foi introduzido na discussão epistemológica contemporânea com o sentido utilizado pelo Professor Gomes Canotilho, ou seja, como ‘*consenso científico* enraizado quanto às teorias, modelos e métodos de compreensão do mundo’”. O conceito de paradigma remonta a Kuhn, que considera “‘paradigmas’ as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticante de uma ciência”.³⁶⁵

Cattoni explica que

[i]sso significa que as compreensões jurídicas paradigmáticas de uma época, refletidas na dinâmica das ordens jurídicas concretas, referem-se a imagens implícitas que se tem da própria sociedade; um conhecimento de fundo, um *background*, que confere às práticas de fazer e de aplicar o Direito uma perspectiva, orientado o projeto de realização de uma comunidade jurídica.

As três fases do direito correspondem a três momentos do Estado de Direito, ou ainda, a três paradigmas jurídicos: o Estado liberal, o Estado social e o Estado democrático de Direito. Embora se possam longamente abordar essas fases em sua gama de complexidade de características e contexto histórico, convém focar na caracterização em função da geração de direitos fundamentais associada a cada uma delas. Primeiramente, cumpre colacionar o ensinamento de Salgado sobre a razão do Estado de Direito e a definição de direitos fundamentais:

[O] Estado de Direito, definido como o Estado cuja finalidade ou *ratio essendi* é a realização e garantia de direitos subjetivos considerados fundamentais, portanto, que se conferem a todos como pessoas. Esses direitos, [...] têm como conteúdo os valores também considerados essenciais que se criaram e se desenvolveram na cultura ocidental.³⁶⁶

Barroso afirma que teoria dos direitos fundamentais é “edificada sobre o fundamento da dignidade humana”³⁶⁷, mesma relação que se percebe em Bonavides:

³⁶⁵ KUHN, Thomas S.. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 13.

³⁶⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XIV, n.3, v. 20, 1996, p. 14-15.

³⁶⁷ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 336.

a vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789. [...]

Horta lembra que “a etimologia da expressão direitos fundamentais é parte do contexto revolucionário: ‘O termo *direitos fundamentais*, *droits fondamentaux*, aparece na França desde o ano de 1770, no marco do movimento político e cultural que conduziu à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789”³⁶⁸.

Bonavides realça que “em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade”³⁶⁹.

Sobre as gerações³⁷⁰ de direitos fundamentais, Bobbio assinala que

os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...]

Bonavides afirma que “os direitos de primeira geração – direitos civis e políticos – já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que não os reconheça em toda a extensão”³⁷¹. Completa o autor que

³⁶⁸ PEREZ LUÑO *apud* HORTA, José Luiz Borges. História do Estado de Direito. [no prelo].

³⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 562.

³⁷⁰ “Convém ressaltar o uso mais atualizado da expressão ‘dimensões’ em razão do acréscimo de umas às outras e não da exclusão sucessiva e sucessória, como poderia supor-se do uso da expressão ‘gerações’ (que denota sucessão substitutiva).” BROCHADO, Mariá. *Entrevista de orientação*. Belo Horizonte: 2009.

³⁷¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 563. Cf. “O caráter concreto de normas jurídicas positivas, válidas para os indivíduos dos respectivos Estados (dita subjetivação), e, não raro, integrou-se também de outras normas destinadas a atuar uma completa e pormenorizada regulamentação jurídico-constitucional de seus pontos mais delicados, de modo a não requerer ulteriormente, a tal propósito, a intervenção do legislador ordinário (o seja, sua positivação). [...] Esse fenômeno de subjetivação e de positivação começa a concretizar-se também em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, pois a ordem econômica e social adquire dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-las sistematicamente, como elementos sócio-ideológicos que revelam o caráter de compromisso das constituições contemporâneas entre o Estado Liberal individualista, o Estado Social intervencionista e, mais recentemente, como é nosso caso, o Estado Democrático de Direito.” SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, p.140.

os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade 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.³⁷²

Bobbio aduz que “a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos”³⁷³, bem como faz a correlação dos direitos de liberdade com “um não-agir do Estado”, abstenção em prol da liberdade.

Horta ensina que no “nascido, falar em direitos fundamentais implicava reconhecer o indivíduo, a pessoa, como centro da atividade jurídica do Estado; é assim que a liberdade individual atinge o ápice do sistema normativo do Estado liberal de Direito”³⁷⁴. Assim, associam-se os direitos de primeira geração ao paradigma do Estado liberal de Direito.

A segunda geração de direitos fundamentais é composta pelos direitos de igualdade – sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades. Para Bonavides, os direitos de segunda geração foram introduzidos no constitucionalismo das diferentes faces que o Estado social mostrou em vários países, “depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”³⁷⁵.

Bobbio, que conecta os direitos de segunda geração a “uma ação positiva do Estado”³⁷⁶, expõe que

a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de

³⁷² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 563-564.

³⁷³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Campus, 1992, p. 5.

³⁷⁴ HORTA, José Luiz Borges. *História do Estado de Direito*. [no prelo], p. 85.

³⁷⁵ Prossegue o autor afirmando que “da mesma maneira que os da primeira geração, esses direitos foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico; uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 564.

³⁷⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Campus, 1992, p. 6.

instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer a si mesmos.

Alexy discorre sobre os direitos de primeira e segunda gerações, reforçando que os direitos sociais são direitos a uma ação positiva do Estado:

De acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são “destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Público; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado”. Direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a ações *negativas* (abstenções) do Estado. Eles pertencem ao status negativo, mais precisamente ao status negativo em sentido amplo. Seu contraponto são os direitos a uma ação *positiva* do Estado, que pertencem ao status positivo, mais precisamente ao status positivo em sentido estrito.³⁷⁷

Para Alexy, “a irrelevância da forma jurídica na realização da ação para satisfação do direito é o critério para a distinção entre direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas”³⁷⁸, compreendendo nestas os direitos a atos estatais de criação de normas.³⁷⁹

O autor define direitos a prestações em sentido estrito como direitos a ações positivas fáticas, que “dizem respeito a prestações fáticas, que em sua essência, poderiam ser também realizadas por particulares, devem ser designados como *direitos a prestações em sentido estrito*”³⁸⁰.

Bonavides preleciona que

os direitos de segunda geração passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade.³⁸¹

³⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 433.

³⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 202.

³⁷⁹ “Se se pressupõe uma titularidade de direitos fundamentais por parte do nascituro [...], o direito do nascituro à proteção por meio de normas do direito penal é um direito dessa espécie.” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 202.

³⁸⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 202.

³⁸¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, 564. Cf. comentário de Neves acerca da normatização dos direitos sociais na perspectiva programática: “Através da normatização

Foco do presente estudo, os direitos de segunda geração sociais compreendem os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados. Assim está declarado no artigo 6º da Constituição da República de 1988.

A terceira geração dos direitos fundamentais, associada ao paradigma do Estado democrático de Direito, constitui, segundo Bobbio, “uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”³⁸². Entre eles figura em Doutrina o direito à paz, à autodeterminação dos povos, dos direitos difusos etc.

Cumprir observar que a classificação dos direitos em três gerações é didática, contudo, sucumbe perante uma gama de necessidades e direitos reconhecidos no Estado democrático de Direito, haja vista principalmente os avanços no campo da bioética, as demandas por possibilidades de participação democrática, pelo reconhecimento de diferenças, e, sobretudo, por paz. Dessa maneira, a doutrina fala em direitos de quarta, quinta geração³⁸³.

Por fim é imprescindível colacionar o ensinamento de Cattoni, que se desdobra na necessidade de releitura, a cada novo paradigma, dos direitos das gerações anteriores, e não simplesmente uma sucessiva adição ou alargamento de direitos:

o uso da noção de paradigma jurídico pretende estabilizar a tensão entre realidade e idealidade, pois, segundo tal noção, haveria um horizonte de sentido, ainda que mutável, para prática jurídica concreta, que pressuporia uma determinada “percepção” do contexto social do Direito, a fim de se compreender em que perspectiva as questões jurídicas deveriam ser interpretadas para que o Direito possa cumprir seu papel nos processos de integração social. Assim, a cada nova geração, o certo seria que os direitos (liberdade e igualdade) não

“programática” dos “direitos sociais fundamentais” dos cidadãos, os sistemas constitucionais das democracias ocidentais européias emergentes nos dois pós-guerras respondiam, com ou sem êxito, a tendências estruturais em direção ao *welfare state*. Pressupunha-se a realizabilidade das normas programáticas no próprio contexto das relações de poder que davam sustentação ao sistema constitucional. NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 115.

³⁸² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Campus, 1992, p. 6.

³⁸³ Vide as obras: CATTONI, Marcelo (org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 190-198; e BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 570-593.

são simplesmente alargados, mas sim redefinidos a cada novo paradigma.³⁸⁴

A preocupação com a efetivação dos direitos sociais hoje não significa que se pretende a retomada do Estado social. Ao invés disso, quer dizer a leitura desses direitos sob a ótica do paradigma do Estado democrático de Direito, que permite entendê-los dentro desse modelo de Estado. A consagração da importância dos direitos sociais e a amplitude que alcançam os direitos sociais na atualidade, enquanto direitos de igualdade que viabilizam a realização não somente da liberdade, mas também da igualdade (em sentido material), são evidenciadas no ensinamento de Lafer e foram acolhidas pela jurisprudência:

É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo “welfare state”, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade [...] entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo.³⁸⁵

Vale ressaltar exemplos de direitos sociais positivados na Constituição da República de 1988, bem como alguns julgados do Supremo Tribunal Federal que tiveram apoio na interpretação principiológica para decisão de demanda atinente a esses direitos, o que aponta claramente para a consolidação de uma Nova Hermenêutica. Seguem alguns exemplos.

A *educação* é direito de todos e dever do Estado e da família, e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho³⁸⁶. Seja notada a importância da educação, pilar integrante do processo de formação da pessoa, para seu desenvolvimento rumo à aptidão para o trabalho – outro direito fundamental social a ela conectado – e para a cidadania. Por isso, a educação é interconectada com vários outros direitos.

³⁸⁴ CATTONI, Marcelo (org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. BH: Mandamentos, 2004, p. 199.

³⁸⁵ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. Companhia das Letras, 1988, p. 127-131, *apud* Min. Celso Melo [relator] no RE 410.715/SP.

³⁸⁶ Conforme disposto no artigo 205 da Constituição da República de 1988.

Os artigos 205 a 214 da Constituição tratam da educação, estabelecendo normas como atuação dos Municípios prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, e dos Estados e do Distrito Federal prioritariamente no ensino fundamental e médio; permissão do ensino promovido pela iniciativa privada; percentual mínimo da receita dos entes federados a ser destinado à manutenção e desenvolvimento do ensino; princípios atinentes ao ensino³⁸⁷.

Ações judiciais têm sido propostas no sentido de assegurar e implementar o direito à educação. Primeiramente, cabe salientar os acórdãos proferidos nos agravos regimentais RE 410.715-5-AgR/SP e RE 384.201-3-AgR/SP³⁸⁸, ambos reforçando o dever de implementação pelo Município de creches para atendimento de crianças de zero a cinco anos de idade, assegurando-se a efetivação de matrículas. No cerne das decisões encontra-se o artigo 208, inciso IV da Constituição da República de 1988, que dispõe ser dever do Estado “educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade”, tendo sido afastadas argumentações que sustentavam escusas relacionadas com a deficiência de caixa e invasão do Judiciário na discricionariedade do Executivo. Sobressaiu o princípio da educação infantil universal.

Outro tema recorrente é a gratuidade do ensino em estabelecimento oficial, prevista no artigo 206, inciso IV da Constituição da República de 1988. Os julgamentos dos recursos extraordinários RE 500171/GO, RE 510378/MG e RE 562779/MG³⁸⁹ consideraram a

³⁸⁷ Destacam-se os princípios positivados no artigo 206 da Constituição da República de 1988:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade.

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

³⁸⁸ EMENTA: CRECHE E PRÉ-ESCOLA - OBRIGAÇÃO DO ESTADO. Cumpre ao Estado - gênero - proporcionar a creche e a pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, observando a norma cogente do artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, com a redação decorrente da Emenda Constitucional nº 53/2006.

Decisão

A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª. Turma, 26.04.2007.

³⁸⁹ EMENTA: ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. ESTABELECIMENTO OFICIAL. COBRANÇA DE TAXA DE MATRÍCULA. INADMISSIBILIDADE. EXAÇÃO JULGADA INCONSTITUCIONAL. I - A

cobrança de matrícula para que o estudante possa cursar universidade federal ofensiva à referida norma constitucional. A fundamentação teve esteio no princípio da gratuidade do ensino, que não deve encontrar limitação no tocante a graus de formação acadêmica; e no princípio da proporcionalidade, não se mostrando razoável a cobrança de taxa de matrícula em universidades públicas, especialmente as federais, visto que a União deve destinar 18% (dezoito por cento) da receita proveniente de impostos para a manutenção do ensino.

Decisões que certamente impulsionaram a edição da Súmula Vinculante nº 12: “A cobrança de taxa de matrícula nas Universidades Públicas viola o disposto no artigo 206, inciso IV, da Constituição Federal.”³⁹⁰

O Supremo Tribunal Federal também decidiu manter a imunidade conferida por força do artigo 150, inciso VI, alínea *d*, a álbum de figurinhas no recurso extraordinário RE 221.239-6/SP. Embora o tema tenha estreito vínculo com a liberdade de expressão, no acórdão foi evidenciado que tal imunidade facilita acesso da população à cultura, à informação e à *educação*, não cabendo “juízo subjetivo acerca da qualidade cultural ou do valor pedagógico de uma publicação destinada ao público infanto-juvenil”³⁹¹.

O direito à *saúde*, conforme dispõe Constituição da República em seu artigo 196, é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e

cobrança de matrícula como requisito para que o estudante possa cursar universidade federal viola o art. 206, IV, da Constituição. II - Embora configure ato burocrático, a matrícula constitui formalidade essencial para que o aluno tenha acesso à educação superior. III - As disposições normativas que integram a Seção I, do Capítulo III, do Título VIII, da Carta Magna devem ser interpretadas à dos princípios explicitados no art. 205, que configuram o núcleo axiológico que norteia o sistema de ensino brasileiro.

Decisão

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, negou provimento ao recurso, vencidos a Senhora Ministra Cármen Lúcia, os Senhores Ministros Eros Grau, Celso de Mello e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 13.08.2008.

³⁹⁰ O Ministro Ricardo Lewandowski, relator dos citados recursos, propôs o enunciado da súmula. [STF - DJe nº 214/2008].

³⁹¹ EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. ART. 150, VI, "D" DA CF/88. "ÁLBUM DE FIGURINHAS". ADMISSIBILIDADE. 1. A imunidade tributária sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão tem por escopo evitar embaraços ao exercício da liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, bem como facilitar o acesso da população à cultura, à informação e à educação. 2. O Constituinte, ao instituir esta benesse, não fez ressalvas quanto ao valor artístico ou didático, à relevância das informações divulgadas ou à qualidade cultural de uma publicação. 3. Não cabe ao aplicador da norma constitucional em tela afastar este benefício fiscal instituído para proteger direito tão importante ao exercício da democracia, por força de um juízo subjetivo acerca da qualidade cultural ou do valor pedagógico de uma publicação destinada ao público infanto-juvenil. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido.

serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Embora seja liberada a assistência à saúde à iniciativa privada (disposto artigo 199), devem as ações e serviços públicos de saúde constituir um sistema único, organizado segundo estabelece o artigo 198 da Constituição.

Com escopo de efetivação do direito à saúde, destacam-se ações cujos proponentes pleitearam fornecimento pelo Estado de medicamentos para tratamento de doenças como³⁹² AIDS, esquizofrenia, asma/bronquite; e cuja pretensão de instalação e funcionamento de unidades de tratamento intensivo (UTI) no Estado do Ceará foi julgada procedente, segundo decisão que ordenou o início de ações tendentes à instalação e funcionamento dessas unidades.

O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a obrigatoriedade no fornecimento de medicamentos sob o fundamento de que

[o] direito público 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 integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, 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 a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.³⁹³

Na medida cautelar em ação de descumprimento de preceito fundamental, ADPF 45 MC – ajuizada sob argumento de desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde –, embora julgada prejudicada pela perda superveniente de objeto, foram evidenciados alguns posicionamentos. Por ora³⁹⁴, cita-se o que elucida elementos necessários à realização de direitos de segunda geração (direitos sociais):

considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão +

³⁹² Respectivamente, nas decisões quanto ao RE-AgR 271286, RE-AgR 393175 e AI 462563, foi o fornecimento assegurado. Especificamente sobre distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS, vale lembrar a edição da Lei nº 9313, de 13.11.1996.

³⁹³ In: RE 271286 AgR/RS. Relator Min. CELSO DE MELLO. Julgado em 12.09.2000.

³⁹⁴ Vide tópico sobre dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal para outros posicionamentos fixados e evidenciados na ADPF 45 MC.

disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

O *lazer*, “entrega à ociosidade repousante”, está associado à recreação, “entrega ao divertimento, ao esporte, ao brinquedo. Ambos se destinam a refazer as forças depois da labuta diária e semanal. Ambos requerem lugares apropriados, tranquilos, repletos de folguedos e alegrias”³⁹⁵.

Conforme dispõe o artigo 217, §3º da Constituição da República de 1988, o Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

Como exemplo de acórdãos que asseguraram o direito ao lazer, à cultura e ao desporto (direitos associados ao também à educação), citam-se as ações diretas de inconstitucionalidade julgadas improcedentes, reconhecendo validade das leis estaduais que estabeleceram meia entrada para ingresso em locais de cultura, esporte e lazer: a ADI 1950/SP³⁹⁶, em face da lei estadual que estabelece a meia entrada aos estudantes; e a ADI 3512/ES³⁹⁷, contra lei estadual que institui a meia entrada aos doadores regulares de sangue.

³⁹⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 760.

³⁹⁶ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.844/92, DO ESTADO DE SÃO PAULO. MEIA ENTRADA ASSEGURADA AOS ESTUDANTES REGULARMENTE MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTOS DE ENSINO. INGRESSO EM CASAS DE DIVERSÃO, ESPORTE, CULTURA E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.[...]. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

Decisão

O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso. Falou pelo requerido, Governador do Estado de São Paulo, o Dr. Marcos Ribeiro de Barros, Procurador do Estado. Plenário, 03.11.2005.

³⁹⁷ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.737/2004, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. GARANTIA DE MEIA ENTRADA AOS DOADORES REGULARES DE SANGUE. ACESSO A LOCAIS PÚBLICOS DE CULTURA ESPORTE E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONTROLE DAS DOAÇÕES DE SANGUE E COMPROVANTE DA REGULARIDADE. SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM

Prevaleceu o princípio contido no dispositivo constitucional que proclama o fomento do lazer como forma de promoção social (artigo 217, §3º) em face do princípio da livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV).

A *previdência social*, disciplinada nos artigos 201 e 202 da Constituição da República de 1988, organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, possui a finalidade de assegurar coletividade contra infortúnios como doença, invalidez, desemprego involuntário; de proteger a maternidade, a gestante; de instituir a aposentadoria. O Supremo Tribunal Federal julgou procedente o mandado de injunção 758-6/DF³⁹⁸ determinando a contagem diferenciada do tempo de serviço do impetrante em decorrência de trabalho insalubre. Apesar de prevista na Constituição a possibilidade de contagem de tempo diferenciada, seus termos deveria ser objeto de regulamentação infraconstitucional. Inerte o legislador, o referido tribunal assentou o direito ao impetrante com base no princípio programático do artigo 40, §4º da Constituição.

O trabalho na Constituição da República é lembrado na perspectiva axiológica – valores sociais do trabalho – que é um dos fundamentos da República. Os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, bem como dos servidores públicos, são elencados nos artigos 7º e 37. O direito de greve previsto no inciso VII do artigo 37 prevê a edição de lei específica para dispor sobre seus termos e limites. Inerte o legislador, o mandado de injunção 712/PA³⁹⁹ foi

ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170 E 199, § 4º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. [...] 7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

Decisão

O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava procedente. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Ausente, ustificadamente, o Senhor Ministro Carlos Britto. Plenário, 15.02.2006.

³⁹⁸ EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

Decisão

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, deferiu o mandado de injunção. [...] 01.07.2008.

³⁹⁹ EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI

concedido, estabelecendo-se como solução a adoção da Lei nº 7.783 de 28 de junho de 1989 para disciplinar o direito de greve no serviço público⁴⁰⁰, enquanto permanecer a omissão legislativa. O princípio institutivo de conteúdo programático foi tomado em seus efeitos positivos, embasando a decisão.

1.1 Políticas públicas na promoção dos direitos sociais

Bucci conceitua políticas como instrumentos de ação dos governos. A autora pergunta: “se a política pública não se confunde com o ato ou a norma, mas é a atividade que resulta de um conjunto de atos e normas, o que deve ser submetido ao contraste judicial: o ato, a norma ou a atividade?”⁴⁰¹,

Sobre o dever do Estado na implementação de direitos sociais – dependentes de ações estatais – ressalta Bucci a visão de José Reinaldo de Lima Lopes, para quem “a eficácia dos direitos sociais depende, mais que da possibilidade de se agir em juízo, em face do Estado, da própria ação concreta do Estado”. Desse modo,

[a] questão da justiciabilidade das políticas públicas colocaria duas séries de perguntas para o jurista: “Em primeiro lugar, trata-se de saber se os cidadãos em geral têm ou não o direito de exigir, judicialmente, a execução concreta de políticas públicas e a prestação de serviços públicos. Em segundo lugar, trata-se de saber se e como o Judiciário pode provocar a execução de tais políticas”.⁴⁰²

1.2 Controle de políticas públicas, separação de poderes e doutrina da questão política

As implicações das decisões que controlam políticas públicas podem, para Appio, converter o Judiciário num “superpoder” pela possibilidade “de determinação de retirada de receita de uma determinada rubrica aprovada em lei ou a redestinação de verbas para as obras e serviços sociais que o juiz reputa prioritários”⁴⁰³. O autor adverte que

REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. [...].

⁴⁰⁰ Note-se que houve alteração da natureza do mandado de injunção em relação os efeitos da decisão, que passaram de adstritos ao impetrante para *erga omnes*, para toda a coletividade em relação ao direito a greve dos servidores públicos.

⁴⁰¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 256.

⁴⁰² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 272-273.

⁴⁰³ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 156.

[n]os casos em que já exista um programa social implementado pelo governo, a partir da interpretação que confere a um dever genérico previsto no texto constitucional ou, ainda que já exista um programa social previsto de forma específica em lei aprovada pelo Congresso Nacional, o Poder Judiciário deverá interferir de forma positiva, de molde a assegurar a proteção da isonomia constitucional.

A prática recorrente no Brasil tem sido a da ampla utilização das políticas públicas como verdadeiras peças de propaganda dos governos eleitos, mas que na prática resultam em ampla frustração popular, por conta da chamada “reserva do possível”. Acena-se com uma promessa que se sabe, de antemão, que não será cumprida, com o fito exclusivo de se obter benefícios eleitorais, naquilo que se convencionou chamar de “populismo”.⁴⁰⁴

A separação de poderes é princípio basilar da República Federativa do Brasil, positivado no artigo 2º da Constituição de 1988. Ao Judiciário incumbe apreciação de lesão ou ameaça a direito. Tênuas mostram-se os limites da intervenção em outras esferas do Poder, uma vez que a independência entre eles também deve ser resguardada.

O Supremo Tribunal Federal entende legítima a intervenção em outros Poderes nos casos de desrespeito, em decorrência de uma

“injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”⁴⁰⁵.

Quanto ao juízo de discricionariedade⁴⁰⁶, juízo de oportunidade inerente ao Executivo e ao Legislativo, que enseja a denominada “doutrina da questão política”, Lopes comenta:

O Constitucionalismo liberal tradicional deu uma resposta que depois de duzentos anos podemos assim definir: tais decisões têm um caráter político, não jurídico. São decisões de conveniência, não de princípio; são decisões de oportunidade. Por isso tais decisões ficam a cargo dos poderes que prestam contas às maiorias (capazes de decidir sobre o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno) e tais poderes são o Executivo e o Legislativo. É célebre a discussão constitucional, inicialmente feita nos Estados Unidos e depois realizada onde quer que se tenha organizado uma jurisdição

⁴⁰⁴ APPIO, Eduardo. Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2005, p. 174-176.

⁴⁰⁵ ADPF 45 MC/DF. Relator Min. Celso de Mello 29.04.2004.

⁴⁰⁶ Cf. “A rigor técnico, há proximidade, mas não superposição, entre conceitos juridicamente indeterminados e poder discricionário.” BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.102.

constitucional (como no Brasil da Primeira República), isto é, sobre a questão exclusivamente política. A discussão consolidou-se em doutrina: a doutrina da questão exclusivamente política, que permite ao tribunal constitucional rejeitar o caso por não ser adjudicável, ou seja, decidível por critérios jurídicos (de lícito / ilícito, obrigatório / permitido, justo / injusto).

Mas, convenhamos que a inclusão de direitos sociais aos direitos fundamentais complicou as coisas. Pois a extensão de tais direitos pareceu subordinada à sua própria realidade.⁴⁰⁷

2 Um modelo para os direitos sociais em Alexy

Alexy propõe um modelo de direitos sociais, para identificação de quais desses direitos o indivíduo possui, baseado no sopesamento de princípios, que considera a liberdade de terceiros, outros direitos sociais e interesses da coletividade:

[A] questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.⁴⁰⁸

Para o autor, há um mínimo dos direitos sociais que poder ser definitivamente garantido, desde que a não haja colisão com outros princípios que condicionam a exigibilidade. O direito social mínimo é o direito definitivo a prestação quando o princípio da liberdade fática possui um peso maior do que os princípios formais e materiais colidentes. Assim,

[u]ma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação

⁴⁰⁷ LOPES, José Reinaldo de. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, 2008, p. 182.

⁴⁰⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008 p. 512.

fundamental e media, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica.⁴⁰⁹

Alexy considera o impacto financeiro que a realização dos direitos a prestações positivas fáticas, direitos sociais, causam no orçamento do Estado, o que deve constituir uma limitação à realização desses direitos, porém não sua inefetividade absoluta. “A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras”⁴¹⁰.

Refutando a argumentação de que o modelo apresentado não considera a situação financeira do Estado, que pode se traduzir em crise financeira, Alexy evidencia que

[p]arece plausível a objeção de que a existência de direitos fundamentais sociais definitivos – ainda que mínimos – tornaria impossível a necessária flexibilidade em tempos de crise e poderia transformar uma crise econômica em uma crise constitucional. Contra essa objeção é necessário observar, em primeiro lugar, que nem tudo aquilo que em um determinado momento é considerado como direitos sociais é exigível pelos direitos fundamentais sociais mínimos; em segundo lugar, que, de acordo com o modelo aqui proposto, os necessários sopesamentos podem conduzir, em circunstâncias distintas, a direitos definitivos distintos; e, em terceiro lugar, que é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, e posições sociais parece ser imprescindível.⁴¹¹

Elucida que o modelo apresentado é baseado no sopesamento, acarretando uma garantia mais ampla daquilo que é devido *prima facie* do que daquilo que é devido definitivamente. Alexy afirma que “alguém poderia sustentar que essa construção é inaceitável quando se trata de direitos sociais. Ela conduziria, em primeiro lugar, a ilusões e, depois, a frustrações”, mas

a natureza de direito *prima facie* vinculante implica que a cláusula de restrição desse direito – a “reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” – não pode levar a um esvaziamento do direito. Essa cláusula expressa simplesmente a necessidade de sopesamento desse direito.⁴¹²

⁴⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008 p. 512. Vide tópico sobre o *mínimo existencial*.

⁴¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008 p. 512-513. O modelo considera os custos mais elevados dos direitos sociais em relação aos dos direitos individuais. Vide tópico específico sobre custos dos direitos sociais.

⁴¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008 p. 513

⁴¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008 p. 515

A teoria dos princípios, anota Alexy, é chave para a compreensão do conteúdo excedente que normas *prima facie* geram por sua própria natureza mais ampla do que as regras, normas definitivas. Isso não quer dizer, entretanto,

que eles não sejam vinculantes. Seria um equívoco considerar os deveres *prima facie*, na parte em que a eles não correspondam deveres definitivos, ou seja, no âmbito excedente, como juridicamente não-vinculantes ou meros enunciados programáticos. [...] Para a não-satisfação de um dever *prima facie* é necessário que haja, do ponto de vista jurídico, razões aceitáveis; para a não-satisfação de um dever jurídico não vinculante, não.

3 Custos dos direitos sociais e síndrome de inefetividade das normas constitucionais

Virgílio Afonso da Silva afirma que “boa parte dos requisitos fáticos, institucionais e legais para uma produção (quase) plena dos efeitos das liberdades públicas já existe, enquanto as reais condições para o exercício dos direitos sociais ainda têm que ser criadas”⁴¹³. A criação dessas condições é, segundo o autor,

pura e simplesmente, mais cara. Isso porque essas condições, além de incluírem tudo aquilo que é necessário para produção de efeitos das liberdades públicas – proteção, organizações, procedimentos etc. – exigem algo mais.⁴¹⁴

Além de possuírem um custo mais elevado para implementação, os direitos sociais são comumente positivados em normas possuidoras de princípio programático, que possuem baixa densidade normativa e devem ter seu conteúdo especificado em normas que os regulamentam.

As normas programáticas tiveram seu conteúdo esvaziado por esse custo mais elevado e sob a justificativa de impossibilidade de aplicação frente à inexistência de norma infraconstitucional regulamentadora.

A inércia do legislador chegou a constituir o que a doutrina chama de *síndrome de inefetividade das normas constitucionais*. É com a gradativa aceitação de maior densidade das

⁴¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009 p. 241

⁴¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009 p.241

normas programáticas, de que possuem aplicabilidade imediata de efeitos positivos, isso é podem embasar pretensões a ações fáticas, que se fala em combate à inefetividade à qual foram relegadas.

A solução para a baixa densidade normativa, ressalte-se, não passa necessariamente pela criação de várias normas para regular, inflacionando o ordenamento jurídico⁴¹⁵, mas pela ação normativa que dê condições de aplicabilidade aos preceitos principiológicos. Como permanece o legislador em muitos casos imóvel, o mandado de injunção mostra-se remédio hábil para se obter, supletivamente, norma regulamentadora para o caso concreto. No conceito de Meirelles,

[m]andado de injunção é o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes a direitos e liberdades constitucionais e à nacionalidade, à soberania e à cidadania.⁴¹⁶

4 Concretismo individual e ativismo judicial no plano da efetivação dos direitos sociais: ponto de chegada da Nova Hermenêutica Constitucional

Segundo José Afonso da Silva,

as normas ordinárias e mesmo as complementares são legítimas quando se conformam, formal e substancialmente, com os ditames da constituição. Importa dizer: a legitimidade dessas normas decorre de uma situação hierárquica em que as inferiores recebem sua validade da superior. São legítimas na medida em que sejam constitucionais, segundo um princípio de compatibilidade.⁴¹⁷

Não é objetivo tratar especificamente do controle de constitucionalidade, mas ele pode significar garantia aos direitos sociais ao se reconhecer a eficácia mínima de suas normas, limitando a ação do Poder Público no sentido de dispor ou atuar em via que lhe for contrária;

⁴¹⁵ “Aliás, um dos impasses criados para os aplicadores, de maneira geral – por contraditória que possa parecer uma afirmação desse tipo –, é a excessiva construção de fórmulas gerais, de visível inaptidão para a eficácia, fruto do que Luiz Roberto Barroso denunciou como “insinceridade normativa” geradora de uma “inflação normativa” nos sistemas jurídicos. Tal fenômeno, incompreensível às expectativas éticas da sociedade, gera o descrédito nas instituições jurídicas e conseqüente inviabilização do desenvolvimento e consolidação de uma consciência jurídica e de uma vida ético-jurídica saudável.” BROCHADO, Mariá. *Direito e Ética: A Eticidade do Fenômeno Jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 226.

⁴¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1992 p. 614

⁴¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 55.

ao inspirar o legislador infraconstitucional; ao se reconhecer a inércia legislativa via ação direta de inconstitucionalidade por omissão; ao se reconhecer ofensa a preceito fundamental por meio da arguição de descumprimento deste.

Cumprido lançar um olhar detido ao *mandado de injunção*, que, embora tivesse tido esvaziado seu conteúdo no início dos procedimentos de interpretação pelo Supremo Tribunal Federal da ordem constitucional contemporânea e sido considerado com efeitos próximos à ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁴¹⁸, passou a ser encarado em seu papel concretista, suprimindo a deficiência legislativa e não simplesmente a declarando.

Como salientado, o objetivo das normas programáticas

é o de estabelecer determinados princípios e fixar programas de ação. Característica dessas regras é que elas não especificam qualquer conduta a ser seguida pelo Poder Público, apenas apontando linhas diretoras. Por explicitarem fins, sem indicarem os meios, investem os jurisdicionados em uma posição jurídica menos consistente do que as normas de conduta típicas, de vez que não conferem direito subjetivo em sua versão positiva de exigibilidade de determinada prestação.⁴¹⁹

José Afonso da Silva admitindo a possibilidade de se vislumbrarem efeitos positivos de normas programáticas que se situam “no limiar da plena eficácia”, exemplifica que “se a educação é direito de todos, embora ainda programaticamente, a regra pode servir de base para sustentar certas situações subjetivas do educando”⁴²⁰.

Quanto aos efeitos das normas programáticas, são nítidos os direitos subjetivos em seu aspecto negativo⁴²¹, tendo os direitos subjetivos em seu aspecto positivo ganhado força progressivamente, no sentido de implementar um Estado prestacionista a fomentar os direitos que elas contêm. Segundo ensinamento de Salgado,

⁴¹⁸ Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, declarada a inconstitucionalidade, o poder competente será comunicado a adotar providências necessárias a tornar norma constitucional efetiva, não tendo sido fixado prazo para edição da lei. No caso de se tratar de órgão administrativo, deverá fazê-lo em 30 dias sob pena de responsabilidade. [Artigo 103, §2º da Constituição da República de 1988]

⁴¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.103.

⁴²⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, p.177. Ainda mais considerando que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, nos moldes do artigo 208, §1º da Constituição.

⁴²¹ “Se as normas constitucionais programáticas não produzem direitos subjetivos em seu aspecto positivo, geram-nos em seu aspecto negativo.” SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, p.178.

[l]onge vai ficando da doutrina e do Direito Constitucional contemporâneo o engodo da norma programática no texto constitucional que declara direitos. [...] Norma que cria direito, que depende do próprio direito e não da economia do País ou de outras circunstâncias estranhas ao direito para ser aplicada, é norma auto-aplicável, porque o direito, ou está previsto em normas positivas, ou está implícito, ou omissivo, cabendo ao Judiciário declará-lo, explicitá-lo ou preencher as lacunas da ordem jurídica, se for o caso. [...] Esse princípio de imediatidade é válido também para os direitos sociais (direito ao trabalho, direito à saúde e direito à educação), correlatos de um dever do Estado.⁴²²

Assim, o mandado de injunção afigura-se medida apropriada a viabilizar efeitos positivos das normas programáticas. Alexy realça que “o fato de a satisfação desse tipo de direitos ocorrer por meio de alguma forma jurídica não muda nada no seu caráter de direito a uma ação fática. É indiferente para a satisfação do direito de que forma ela ocorre”⁴²³.

Salgado adverte que, embora seja instrumento para garantir eficácia de direitos fundamentais, a responsabilidade pela promoção dos direitos fundamentais (incluídos os sociais) é do Estado e deveria ser realizada espontaneamente, pois seu fim é esse:

O mandado de injunção deve aparecer, portanto, como instrumento supletivo, para a garantia da plena eficácia dos direitos fundamentais. Nunca se há de exigir que se trilhe pela via do mandado de injunção para realizar-se um direito fundamental. Entretanto, pode ser essa uma via eficaz para a sua garantia, no caso de inconstitucionalidade negativa ou omissiva.⁴²⁴

Ao tribunal não é facultada criação de norma geral, entretanto, como aduz Salgado, “pode o tribunal, pois está na esfera de sua competência, preencher a lacuna existente, se necessário, criando norma de decisão para o caso concreto”.⁴²⁵

Aponta Moraes que “a doutrina e a jurisprudência do STF permitiram classificar as diversas posições em relação aos efeitos do mandado de injunção a partir de dois grandes grupos: *concretista e não concretista*”⁴²⁶.

⁴²² SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XIV, n.3, v. 20, 1996, p. 34-35.

⁴²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008 p. 202.

⁴²⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XIV, n.3, v. 20, 1996, p. 36.

⁴²⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XIV, n.3, v. 20, 1996, p. 36.

⁴²⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 176.

Seguindo o entendimento *não concretista*, adotado pelo Supremo Tribunal Federal “até o julgamento do MI 708 (greve no serviço público)”⁴²⁷, declarada a mora do legislador, seria dada ciência ao poder competente para realizar a edição da norma faltante. Esse entendimento esvazia a possibilidade de o Judiciário suprir a lacuna legislativa para o caso concreto, tornando os efeitos do mandado de injunção similares ao da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A posição *concretista geral*, atualmente adotada pelo referido tribunal, implica efeitos *erga omnes*: a decisão final elabora uma regra geral, que pode ser a indicação de lei para regular o caso até que o Congresso exerça sua competência legislativa, como no caso dos mandados de injunção 708/DF e 670/ES.

Por fim, a posição *concretista individual*, adotada também pelo Supremo Tribunal Federal em alguns casos, acarreta efeitos somente para a parte impetrante. Pode ser dividida em dois subgrupos: *direta*, quando supre a lacuna legislativa – caso do MI 721/DF⁴²⁸; e *intermediária*, quando, após julgar procedente o mandado de injunção, fixa prazo para o legislador elaborar a norma faltante, antes de passar a ter efeito a norma que o referido tribunal indica para suprir a lacuna legislativa no caso concreto para a parte impetrante exercer o direito⁴²⁹.

Moraes argumenta que, “em virtude da inércia do legislador em colmatar as lacunas constitucionais, após 20 anos do texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal alterou seu posicionamento e adotando claro *ativismo judicial* passou a adotar a posição *concretista*, tanto *geral*, quanto *individual*”⁴³⁰.

Barroso conceitua *ativismo judicial* como “as construções jurídicas desenvolvidas pelo Judiciário para acudir a situações não contempladas na letra expressa da Constituição”⁴³¹. O ativismo judicial aflora na Nova Hermenêutica, que considera a Constituição um sistema

⁴²⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 181.

⁴²⁸ Julgado procedente o pedido para, de forma mandamental, assegurar o direito da impetrante à aposentadoria especial que cogita o §4º do artigo 40 da Constituição da República de 1988.

⁴²⁹ Vide MI 232/RJ, que concedeu 120 (cento e vinte) dias para o Congresso Nacional adotar medidas legislativas para cumprir sua obrigação de legislar ante o disposto no artigo 195, §7º da Constituição da República de 1988. A decisão desse mandado de injunção confere à impetrante a imunidade requerida, caso reste o Congresso inerte transcorrido o prazo estipulado.

⁴³⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 177.

⁴³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.108.

aberto de princípios, permite a consideração de princípios não explícitos e consagra a normatividade dos princípios.

Em relação aos aplicadores da lei, Brochado reconhece que a Nova Hermenêutica Constitucional, em sua tarefa de concreção ética,

apontou para uma nova idéia de que também é lícito desembaraçá-los das amarras da lei, a fim de que pudessem dispor daquela liberdade decisional de que precisam para “dominar a vida na pluralidade das suas formas e na sua imprevisibilidade”.⁴³²

Como fundamento para a idéia do ativismo judicial, vale citar o ensinamento de Salgado em relação à função precípua do Poder Judiciário, que “existe fundamentalmente no estado Democrático para tornar eficazes esses direitos [fundamentais]”⁴³³. Salgado considera ainda, na perspectiva de progressividade na efetividade o *vedação do retrocesso* que

Se não pode restringir, não há que esperar o Judiciário lei complementar que regulamente o exercício dos direitos fundamentais. A lei complementar tem natureza, no caso dos direitos fundamentais, meramente explicitadora ou orientadora, dado que restringi-los não pode. Quanto à omissão, não pode ela ocorrer no âmbito dos direitos fundamentais, pois que independem de qualquer ação dos poderes constituídos.⁴³⁴

Resta claro que o *ativismo judicial* é uma forma de contribuição do Judiciário para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

4.1 Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal

Salgado afirma que “ao Poder Judiciário cabe com maior relevância do que a qualquer outra autoridade, ‘o poder-dever de propiciar uma efetiva garantia de direitos’”.⁴³⁵

Na medida cautelar em argüição de preceito fundamental (ADPF 45 MC/DF), o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento acerca da

⁴³² BROCHADO, Mariá. *Direito e Ética: A Eticidade do Fenômeno Jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 222.

⁴³³ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XIV, n.3, v. 20, 1996, p. 38.

⁴³⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XIV, n.3, v. 20, 1996, p. 36.

⁴³⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XIV, n.3, v. 20, 1996, p. 35.

[...] dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.⁴³⁶

Sobre o papel da Suprema Corte, vale lembrar as reflexões de Barroso:

Ao longo dos últimos dois séculos, impuseram-se doutrinariamente duas grandes linhas de justificação desse papel das supremas cortes/tribunais constitucionais. A primeira, mais tradicional, assenta raízes na soberania popular e na separação de poderes: a Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das maiorias parlamentares. Cabe assim ao Judiciário, no desempenho de sua função de aplicar o Direito, afirmar tal supremacia, negando validade à lei inconstitucional. A segunda, que lida com a realidade mais complexa da nova interpretação jurídica, procura legitimar o desempenho do controle de constitucionalidade em outro fundamento: a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático. Ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação.⁴³⁷

Barroso sustenta que “a despeito do seu caráter político, a Constituição materializa a tentativa de conversão do poder político em poder jurídico”. Contudo, desvencilhar-se dessa dimensão política é árdua ou impossível tarefa. O objetivo da Constituição

é um esforço de juridicização do fenômeno político. Mas não se pode pretender objetividade plena ou total distanciamento das paixões em um domínio onde se cuida da partilha do poder em nível horizontal e vertical e onde se distribuem competências de governo, administrativas, tributárias, além da complexa delimitação dos direitos dos cidadãos e suas relações entre si e com o Poder Público. Porque assim é, a jurisdição constitucional, por mais técnica e apegada ao direito que possa e deva ser, jamais se libertará de uma dimensão política.⁴³⁸

⁴³⁶ ADPF 45 MC/DF. Relator Min. Celso de Mello 29.04.2004.

⁴³⁷ BARROSO, Luís Roberto. NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 198.

⁴³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.105.

4.2 A reserva do possível, o mínimo existencial, a dignidade da pessoa humana e o argumento ético igualmente razoável

O entendimento de que os direitos sociais, para serem efetivados, dependem da disponibilidade de recursos do Estado fez surgir na Alemanha no início dos anos de 1970 a doutrina da reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*).⁴³⁹

Segundo essa doutrina, ao Estado cabe implementar os direitos sociais de forma reservada à real possibilidade do uso de seus recursos, ou seja, à disponibilidade destes. Chega a limitação de recursos a constituir limite fático à efetivação desses direitos. Não somente a disponibilidade de recursos deve ser levada em conta, mas também

a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.⁴⁴⁰

De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.

Os referidos autores seguem concluindo que a disponibilidade “estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público”⁴⁴¹.

Assim, segundo Sarlet e Figueiredo, a (cláusula da) reserva do possível possui tríplice dimensão, que abrange:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativa, entre outras, e que, além disso, reclama

⁴³⁹ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benti. (org.) Direitos Fundamentais: “orçamento e reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, 29.

⁴⁴⁰ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benti. (org.) Direitos Fundamentais: “orçamento e reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, 29.

⁴⁴¹ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benti. (org.) Direitos Fundamentais: “orçamento e reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, 29.

equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Na esteira das considerações feitas por Sarlet, em sua obra “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais”⁴⁴², é possível identificar a dignidade humana tanto como núcleo dos direitos fundamentais quanto fonte valorativa que se manifesta em cada um deles, ainda que em intensidades diferenciadas. Esse núcleo – ao qual pertence o conjunto de direitos fundamentais mais intimamente ligados à noção de dignidade humana – recebe de alguns autores a designação de *mínimo existencial*, e corresponde, nos ensinamentos de Novelino, aos direitos básicos à saúde, à educação fundamental e à moradia:

1º) *Saúde*: por envolver diretamente o direito à vida, a questão da saúde gera controvérsias e discussões acaloradas. Não é pretensão deste estudo tratar da extensão deste direito social ou até que ponto ele geral um direito subjetivo oponível ao Estado. Todavia, em se tratando de um ‘mínimo existencial’, entendemos ser exigível do Estado, independentemente de qualquer condição, apenas o tratamento indispensável à sobrevivência do indivíduo, como ocorre com a internação e o fornecimento de remédios ou tratamentos quando há iminente risco de morte;

2º) *Educação fundamental*: com o objetivo de assegurar uma proteção adequada à dignidade do indivíduo, a Constituição impõe ao Estado o dever de oferecer a todos, gratuitamente, o ensino fundamental (art. 208, I);

3º) *Moradia*: o Estado deverá fornecer aos indigentes e às pessoas sem-teto, ao menos um lugar no qual possam se recolher (“abrigo”). O mesmo não ocorre em relação às moradias populares ou à habitação para a classe média que, por serem direitos sociais, dependem de políticas públicas e das opções orçamentárias.⁴⁴³

⁴⁴² Para o autor, “[...] a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto, [...] a condição de valor jurídico fundamental. Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa [...]. [A] dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que ‘atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais’, exige e pressupõe o reconhecimento de proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões [...]. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade” SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 71-72.

⁴⁴³ NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 164-165.

O mínimo existencial encontra baliza na reserva do possível, mas é da dialética entre eles que resulta seu conteúdo essencial que pode ser garantido e exigido⁴⁴⁴. Para Appio,

[m]uito embora aos cidadãos deva ser assegurado o mínimo existencial, especialmente nas áreas de educação e saúde, a capacidade dos governos não é ilimitada, e a universalização depende da execução de um projeto de governo.⁴⁴⁵

Na ADPF 45 MC/DF, o Min. Celso de Mello – relator – não apenas acolhe o posicionamento de Barcellos – “[...] o mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível” –, como identifica o binômio que condiciona a concretização dos direitos de segunda geração em consideração da reserva do possível:

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas [...].⁴⁴⁶

Cumprе ressaltar que o terceiro elemento a ser considerado na ponderação operada frente ao caso concreto, cuja pretensão se fundamenta em direitos sociais, é a própria dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa, como visto anteriormente, é valor que constitui o mínimo existencial. Entretanto, deve ser considerada como princípio que norteia o sopesamento de direito social em relação a outros direitos sociais e a direitos individuais, pela estreita conexão entre esse princípio e os direitos fundamentais. Sarlet lembra que,

[c]om efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio, em cada direito

⁴⁴⁴ Virgílio Afonso da Silva ensina que a “simples idéia de um conteúdo essencial dos direitos sociais remete automática e intuitivamente ao conceito de mínimo existencial. [...] O conceito de mínimo existencial é usado com diversos sentidos, e pode significar: (1) aquilo que é garantido pelos direitos sociais – ou seja, direitos sociais garantem apenas um mínimo existencial; (2) aquilo que, no âmbito dos direitos sociais, é justificável – ou seja, ainda que os direitos sociais possam garantir mais, a tutela jurisdicional só pode controlar a realização do mínimo existencial, sendo o resto mera questão de política legislativa; e (3) o mesmo que conteúdo essencial – isto é, um conceito que não tem relação necessária com a justiciabilidade e, ao mesmo tempo, não se confunde com a totalidade do direito social”. SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 204-205.

⁴⁴⁵ APPIO, Eduardo. Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2005, p. 189.

⁴⁴⁶ ADPF 45 MC/DF. Relator Min. Celso de Mello 29.04.2004.

fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa”..⁴⁴⁷

Logo, a dignidade da pessoa humana tanto fundamenta o mínimo existencial, que deve ser tomado na perspectiva qualitativa, indicando o *máximo possível* dentro dos parâmetros de disponibilidade de recursos e de exigibilidade perante a sociedade, quanto constitui elemento para justificar restrição de direitos fundamentais, notadamente quando em colisão com outros direitos fundamentais. Segundo Sarlet,

[...] constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana serve como importante elemento de proteção dos direitos contra medidas restritivas. Todavia, cumpre lembrar que o princípio da dignidade da pessoa humana também serve como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, acabando, neste sentido, por atuar [...] simultaneamente como limite dos direitos e limite dos limites, isto é, barreira última contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais.⁴⁴⁸

Virgílio Afonso da Silva, explicitando a definição de *conteúdo essencial*, conecta-o ao mínimo existencial e à reserva do possível, e reafirma o dever de se realizar os direitos sociais na maior medida possível:

Tanto quanto qualquer outro direito, um direito social também deve ser realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes. O conteúdo essencial, portanto, é aquilo realizável nessas condições. Recursos a conceitos como o “mínimo existencial” ou a “reserva do possível” só fazem sentido diante desse arcabouço teórico. Ou seja, o mínimo existencial é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção, utilizadas às vezes de forma extremamente vaga, de reserva do possível.⁴⁴⁹

Em sua perspectiva de direitos da coletividade, os direitos sociais acabam por gerar ônus para a própria coletividade – tanto mais essa coletividade seja ampla até se confundir com a própria sociedade civil – que os almeja efetivados⁴⁵⁰. Contudo, no âmbito da efetivação dos direitos sociais individuais, mostra-se tarefa árdua⁴⁵¹ encontrar o ponto de equilíbrio que

⁴⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 87

⁴⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 119-120

⁴⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 205.

⁴⁵⁰ Mesmo assim, como exposto anteriormente, mostra-se difícil identificar os limites de interferência do Judiciário em outros Poderes. Vide tópico

⁴⁵¹ “Quando se procura determinar diferentes deveres, deve-se preferir os que melhor servem à sociedade. Uma ação sábia deve ser resultado de ciência e prudência, concluindo-se que será melhor fazê-la do que falar dela. [...] Não pode haver dúvida se uma coisa é ou não honesta, mas, entre duas coisas honestas, qual a preferida.” CICERO. *Dos Deveres*. São Paulo: Martin Claret, 2009, p.81. Embora esteja evidente a primazia do interesse

respeite dignidade da pessoa humana, a autonomia privada – o projeto que o indivíduo faz de si e tenta realizar –, e considere o tanto que a sociedade pode lhe prover.

Barroso afirma que

[e]mbora seja um tema mais estudado no campo do direito administrativo, também os juízes exercem competências discricionárias. Haverá discricionariedade judicial sempre que se possa conceber que a norma admita mais de uma interpretação razoável. Isso ocorrerá nos chamados *hard cases*, casos difíceis, em que se abrem para o aplicador da lei possibilidades diversas, todas razoáveis e dentro do delineamento legal.⁴⁵²

Em situações assim, é possível identificar o denominado *desacordo moral razoável*. Argumentos éticos que são igualmente sustentáveis colocam o aplicador diante de um caso difícil.

Embora o exemplo a seguir não seja específico de um direito social, através dele Barroso salienta um desacordo moral razoável e sugere como se deve proceder nessas situações:

O reconhecimento ou não de uma linha divisória moralmente significativa entre óvulo fertilizado e pessoa humana é uma das grandes questões do debate ético contemporâneo. Há inúmeras concepções acerca do tema. [...] O ponto que se pretende aqui demonstrar é o da existência do que a filosofia moderna denomina de *desacordo moral razoável*.⁴⁵³

Cumpra especular acerca da postura da ética ideal em situações como esta. O senso moral de cada um envolve elementos diversos, que incluem: a) a consciência de si, a definição dos próprios valores e da própria conduta; b) a percepção do outro, o respeito pelos valores do próximo e a tolerância com sua conduta. Não se trata do dogmatismo onde a vida democrática exige pluralismo e diversidade. Em situações como essa, o papel do Estado deve ser o de assegurar o exercício da autonomia privada, de respeitar a valoração ética de cada um, sem a imposição externa de condutas imperativas.⁴⁵⁴

Brochado ressalta que,

[h]á que se observar que não é a maioria dos problemas éticos que são, de fato, impossíveis de resolver com o máximo de utilização da *prudência*. Vaz menciona o julgamento por “*equiprobabilismo*”, uma tendência da razão prática de pender sincera e espontaneamente (logo, livre de móveis sensíveis) para um caminho a ser tomado em detrimento de outro, ainda que por mínima convicção de que se está tomando a melhor (minimamente, que

público na frase de Cícero, ela não será tão fácil de ser justificada diante de um caso que envolve direitos sociais individuais, no qual certamente colidirá com que a dignidade da pessoa humana.

⁴⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.102.

⁴⁵³ BARROSO, Luís Roberto. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 180.

⁴⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 181.

seja) decisão. Tal pode ser o exercício de uma prudente *consciência jurídica*.⁴⁵⁵

Concluindo, não seriam as hoje denominadas cláusulas da *reserva do possível* e do *mínimo existencial* novas versões principiológicas decorrentes do já conhecido princípio da proporcionalidade e de seu procedimento de sopesamento com uma roupagem dirigida à efetividade dos direitos sociais?

Cumprе destacar a natureza e a problemática dessas categorias, “de inegável teor ético a ser construído e re-construído pelo julgador no momento da aplicação dos direitos sociais, no que se tornaram verdadeiras bússolas, ou seja, princípios condutores da atual efetivação desses direitos”⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ BROCHADO, Mariá. *Direito e Ética: A Eticidade do Fenômeno Jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 232-231.

⁴⁵⁶ BROCHADO, Mariá. *Entrevista de orientação*. Belo Horizonte: 2009.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Power concedes nothing without a demand.
It never did. It never will.
[Frederick Douglass]⁴⁵⁷

A Velha Hermenêutica, marcada pela crença em métodos que possibilitariam alcançar a verdade e o distanciamento (neutralidade) do aplicador (intérprete), tem na segurança jurídica princípio expoente.

A Hermenêutica Filosófica impulsionou o desenvolvimento da Hermenêutica Jurídica para uma perspectiva principiológica, que levasse em consideração a abertura inerente à linguagem.

Também fruto da concepção jurídica de que o Estado existe para efetivar direitos fundamentais, a Nova Hermenêutica Constitucional tem, assim, pilares na normatividade dos princípios e supremacia das normas constitucionais, que o estruturam e servem de fonte primária normativa e de prisma para leitura de todo o ordenamento jurídico.

Historicamente e pela relação lógica de necessidade de efetivação de direitos sociais para realização de outros direitos como os individuais e da própria liberdade, nota-se a tarefa do Estado de lhes conferir efetividade.

Entretanto, o Estado mostrou-se distante de uma efetivação máxima, por vezes com argumentos fundados no caráter apenas programático de normas que veiculam direitos sociais e, portanto, dependentes de regulamentação infraconstitucional, ou na escassez de recursos financeiros para implementá-los.

Nessa quadra, o exercício jurisdicional – apreciação de demandas versando sobre direitos sociais e prestação de controle sobre os outros poderes – mostra-se chave para efetivação dos direitos fundamentais, e, especialmente, dos direitos sociais, inclusive interferindo o Judiciário na função e missão de outros Poderes.

⁴⁵⁷ DOUGLASS, Frederick. 1849. [escrito na fonte de uma praça de Los Angeles, EUA]. Tradução livre: O poder não concede nada sem uma demanda. Nunca concedeu. Nunca concederá.

A Nova Hermenêutica Constitucional coaduna-se com a idéia de ativismo judicial e consideração de princípios, em ponderação, para a solução da demanda por imperativa efetividade dos direitos sociais.

Pautada no direito, a imperatividade de efetivação dos direitos sociais revela-se ética tanto pela eticidade do direito como também por estar alinhada ao movimento do *ethos* no sentido de concretização de direitos declarados, positivados e – gradativamente rumo ao máximo de eficácia deles – efetivados.

O papel do Estado é primordial para essa efetivação. Entretanto, se cabe à sociedade impulsionar o Estado, via Judiciário, a revelar para si o que é (o máximo) possível para determinado caso ou para toda a coletividade, a ela também é destinado um relevante papel na efetivação dos direitos sociais.

É imprescindível considerar que o Estado tem que dispor de recursos financeiros para efetivação de direitos sociais, e que a própria sociedade acaba por arcar com ela. Nem por isso se pode permitir a desenfreada intervenção do Judiciário nos demais Poderes, uma vez que nestes foram eleitos representantes justamente para fazer uso do juízo de oportunidade da alocação de recursos, para executar ações públicas e para exercer a função legislativa.

Outra dificuldade é, no âmbito dos direitos sociais, sopesar o tanto que o indivíduo pode exigir da sociedade. O meio social – levando-se em conta o mínimo existencial, a dignidade da pessoa humana e a disponibilidade de recursos – pode servir de referência para consideração da igualdade material. Mas há de se considerar também o que esse indivíduo autônomo espera alcançar, bem como o que conseguiria obter – em termos de possibilidade – caso se movimentasse sozinho (sem que esses direitos sociais individuais lhe fossem providos).

Nos desdobramentos da aplicabilidade dos direitos sociais comparecem três modalidades de argumentos constantemente referidos em julgados dessa natureza, a saber, a *reserva do possível*, o *mínimo existencial*, e a *dignidade da pessoa humana*. Esses argumentos não seriam princípios da Nova Hermenêutica no plano da aplicabilidade dos direitos sociais? Se afirmativa a resposta, importa falar num tripé principiológico, guia da efetividade desses direitos.

Para finalizar, colacionam-se duas mensagens. A primeira é que toda essa “luta pelo direito” faz lembrar, apesar de ter sido proferida em outro contexto histórico, a afirmação de Mata Machado de ser tão mais possível lograr êxito, quando se assume uma postura ética, verdadeira.

Na verdade, é pela verdade que a gente ganha. Assumir a posição verdadeira é a melhor forma de resistência que existe contra toda espécie de opressão. Ela desaparece quando se assume uma posição de coerência e fidelidade ao que é verdadeiro.⁴⁵⁸

A segunda, nas palavras de Almeida-Diniz,

que o nosso processo civilizatório se oriente para uma racionalidade cada vez mais perfeita, que nossa estrutura jurídica reflita um verdadeiro humanismo.⁴⁵⁹

⁴⁵⁸ MACHADO, Edgar de Godói da Mata. *Fé, Cultura e Liberdade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1993, p. 210.

⁴⁵⁹ ALMEIDA-DINIZ, Arthur J. *Novos paradigmas em direito internacional público*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 189.

BIBLIOGRAFIA

- AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: C.E.P.C., 2002.
- ALMEIDA-DINIZ, Arthur J. *Novos paradigmas em direito internacional público*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.
- ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- ANAXIMANDRO, PARMÊNIDES, HERÁCLITO. *Os Pensadores Originários*. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*. [Tese de doutorado]. Universidade de Coimbra. 1963.
- APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.
- ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2006.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BITTAR, Eduardo, C.B; ALMEIDA, Guilherme Assis. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Cone, 1999.

- BOBBIO, Noberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Edipro, 2001.
- BOBBIO, Noberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.
- BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do Direito: Filosofia e Metodologia Jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOSON, Gerson de Britto Mello. *Filosofia do Direito: Interpretação Antropológica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- BRASIL. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. [Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942].
- BRASIL. *Código Civil* [Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002].
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.
- BROCHADO FERREIRA, Mariá Aparecida. *Consciência Moral e Consciência Jurídica*. [Dissertação], UFMG, Faculdade de Direito, 2000.
- BROCHADO FERREIRA, Mariá Aparecida. *Consciência Moral e Consciência Jurídica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- BROCHADO FERREIRA, Mariá Aparecida. *Direito e Ética: A Eticidade do Fenômeno Jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, Vistos por um Advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do Direito*. Campinas: Bookseller, 2002.
- CATTONI, Marcelo (org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- CICERO. *Dos Deveres*. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

COSTA, Reginaldo da. *Ética do Discurso e Verdade em Apel*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COURA, Alexandre de Castro. *Para uma Análise Crítica da “Jurisprudência de Valores”*. [Dissertação], UFMG, Faculdade de Direito, 2004.

DAVID, Renê. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEL VECCHIO, G. *Lições de filosofia do direito*. Tradução de Cabral de Moncada Coimbra: Armênio Amado/Ed. Sucessores, 1979.

DERRIDA, Jacques. *Torres de Babel*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

DESCATES, René. *Meditações Metafísicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DOMINGUES, Ivan; PINTO, Paulo Roberto Margutti; DUARTE, Rodrigo. [org.] *Ética, Política e Cultura*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EINSTEIN, Albert. *Como Vejo o Mundo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

ENCARNAÇÃO, João Bosco da. *Filosofia do Direito em Habermas: a Hermenêutica*. Lorena: Stiliano, 1999.

FABRE, Simone Goyard. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1937.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA, Bernardo. *O Risco do Político: Crítica ao Liberalismo e Teoria Política no Pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

FRANÇA, Júnia Lessa; VASCONCELLOS, Ana Cristina de. *Manual para Normalização de Publicações Técnico-Científicas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

- FREUDENTHAL, Sergio Pardal (coord.). *A Previdência Social Hoje*. São Paulo: LTr, 2004.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva: Heidegger em Retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva: A Virada da Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva: Hermenêutica e a Filosofia Prática*. Petrópolis: Vozes, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva: A Posição da Filosofia na Sociedade*. Petrópolis: Vozes, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes, 2005.
- GÈNY, Francisco. *Método de Interpretacion y Fuentes en Derecho Privado Positivo*. Madrid: Reus, 1925.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.
- GUNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HEIDEGGER, Martin. *A Caminho da Linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2008.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo: Parte I*. Petrópolis: Vozes, 2004.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo: Parte II*. Petrópolis: Vozes, 2005.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Verdade*. Petrópolis: Vozes, 2007.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do Espírito*. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia da História*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Phänomenologie des Geistes*. Hamburg: Meiner, 1988.

HERKENHOFF, João Baptista. *Dilemas da Educação: dos apelos populares à Constituição*. São Paulo: Cortez, 1989.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HORTA, José Luiz Borges. *História do Estado de Direito*. [no prelo].

HORTA, José Luiz Borges. *Direito constitucional da educação*. Belo Horizonte: Decálogo, 2007.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas S.. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LAGE, Emerson José Alves (coord.); LOPES, Mônica Sette (coord.). *Direito e Processo do Trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LESSA, Renato. *Agonia, Aposta e Ceticismo: Ensaio de Filosofias Políticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. Moral, sociedade e nação. In: *Revista Paz e Terra*, ano 1, n.1, p. 96, jul. 1966.

LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Escritos de filosofia V: introdução à Ética filosófica 2*. São Paulo: Loyola, 2004.

MACHADO, Roberto Denis. *Os Valores e o Positivismo Jurídico*. [Dissertação]. UFMG, Faculdade de Direito. 2006.

MAFRA, Johnny José. *Textos de Latim Jurídico*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1985.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Teoria dos Valores Jurídicos*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2006.

MARÇAL, Antonio Cota. In: *Constituição, Direito e Processo: Princípios Constitucionais do Processo*. [s/d].

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia: Dos Pré-Socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

MATA MACHADO, Edgar de Godói da. *Fé, Cultura e Liberdade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1993.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do Direito e Justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *A Fenomenologia e a Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Fundação Valle Ferreira, 2007.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Hermenêutica jurídica: interpretação das leis e dos contratos*. [Tese de doutorado]. UFMG, Faculdade de Direito. 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA AFONSO, Elza Maria. Direito e Valor. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, ano IV, n. 7, 1999.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. Volume I. São Paulo: Martins, 1971.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. Volume II. São Paulo: 1971.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NASSIF, Elaine Noronha. *Fundamentos da Flexibilização: Uma Análise de Paradigmas e Paradoxos do Direito e do Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich. *Para além do bem e do mal*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

NOVELINO, Marcelo [org.]. *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

NUNES, Benedito. *Hermenêutica e Poesia: Pensamento Poético*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *A Intuição e o Direito: Um Novo Caminho*. Belo Horizonte: Inédita, 1997.

ORWELL, George. 1984. São Paulo: Editora Nacional, 1991.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, [s/d].

PELAYO, Manuel Hallivis. *Teoría General de la Interpretación*. México: Porrúa, 2007.

PENCO, Carlo. *Introdução à Filosofia da Linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2006.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PESSÔA, Leonel Cesarino. *A Teoria da Interpretação Jurídica de Emilio Betti*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

PESSÔA, Leonel Cesarino. *Segurança Jurídica e os Paradigmas Jurídicos*. [s./d.]

PIMENTA, Olímpio. *A Invenção da Verdade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2008.

PUENTE, Fernando Rey. *Os Filósofos e a Mentira*. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990.

REBOUL, Olivier. *Introdução à Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RICOUER, Paul. *Interpretação e ideologias*. Rio de Janeiro: F Alves, 1990.

RORTY, Richard. *El Giro Lingüístico*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1990.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. *Le Petit Prince*. Paris: Librairie Gallimard, 2006.

SALEILLES, Raymond. *De la Déclaration de Volonté: Contribution a l'etude de l'acte juridique dans le code civil allemand*. Paris: L.G.D.J., 1929.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1996.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 27, n. 2, abr./jun. 1998.

SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XIV, n.3, v. 20, 1996.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.); CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benti. (org.) *Direitos Fundamentais: “orçamento e reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Metodologia Jurídica*. Campinas: Edicamp, 2001.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2006.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Introdução aos Diálogos de Platão*. Belo Horizonte, Editora UFMG, 2002.

SCHOPENHAUER, Arthur. *A Arte de Escrever*. Porto Alegre: L&PM, 2007.

SCHOPENHAUER, Arthur. *A Arte de Ter Razão*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito Previdenciário Avançado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

SILVA, Antônio Álvares da. *Greve no serviço público depois da decisão do STF*. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, Antônio Álvares da. *Reforma do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES ROBERTO, Giordano Bruno. Introdução à História do Direito Privado e da Codificação. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SÓFOCLES. *Antígona*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Diferença Ontológica (entre texto e norma) como Blindagem contra o Relativismo no Processo Interpretativo: uma Análise a partir do *Ontological Turn*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, [s/n].

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

VIANA, Márcio Túlio; TERRA, Luciana Soares Vidal; SILVA JÚNIOR, Décio de Abreu e. *Direito do Trabalho & Trabalhos sem Direitos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

WIEAKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO**

A Nova Hermenêutica e a efetivação de direitos sociais

Décio de Abreu e Silva Júnior

BELO HORIZONTE – 2009

S586n Silva Júnior, Décio de Abreu e.
A nova hermenêutica e a efetivação de direitos sociais /
Décio de Abreu e Silva Júnior. -- 2009.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.
Orientadora: Mariá A. Brochado Ferreira.
Inclui bibliografia

1. Hermenêutica (Direito) – Teses 2. Direito – Filosofia
3. Direito constitucional – Interpretação e construção
4. Direitos civis – Brasil 5. Direitos sociais – Filosofia
I. Título.

CDU: 340.132.6
