

DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO ENUMERADOS
- JUSTIFICAÇÃO E APLICAÇÃO -

David Wilson de Abreu Pardo

TESE APRESENTADA AO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COMO REQUISITO PARCIAL PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO
DE DOUTOR EM DIREITO

Orientador: Professor Doutor Sílvio Dobrowolski

FLORIANÓPOLIS

2005

DAVID WILSON DE ABREU PARDO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO ENUMERADOS:
*JUSTIFICAÇÃO E APLICAÇÃO***

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito junto ao curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina pela Banca Examinadora composta pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski – Presidente

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Neto

Prof. Dr. Marcelo A. Cattoni de Oliveira

Prof. Dr. Sérgio U. Cademartori

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois

Prof. Dr. Orides Mezzaroba
Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito

Florianópolis, 13 de outubro de 2005.

À memória de meu pai, Napoleão Pardo, que com muita coragem e dignidade realizou o que para os outros era impossível.

AGRADECIMENTOS

Roselha, Maria Luísa e Ana Carolina me fazem feliz. Dorilda, Milcíades e Sandra completam o mundo vivido por mim, desde o início, sem esquecer de José Braga, Raimunda Gondim, José Luiz, Jamila, Priscila, Walcleide e Rebeca. Cláudio Ladeira é uma amizade sincera, daquelas que fazem valer a caminhada. Mas é verdade que também é um colega com quem fico em débito, assim como fico devendo muito a Guilherme Soares. O futuro pertence aos dois. Todavia, o agradecimento maior é ao Professor Sílvio Dobrowolski, cuja grandeza intelectual se alia à dignidade e ao respeito que dispensa aos que procuram com ele aprender. Já disse a alguém que esse proceder se traduz em verdadeiro afeto, raro em tempos como os de hoje. E é um digno representante do valor que tem o CPGD/UFSC, por seus integrantes e servidores, que são responsáveis pelo curso de pós-graduação em direito de alto nível mais democrático que temos. Sou uma das testemunhas da igual consideração e respeito com que o CPGD/UFSC trata seus pretendentes. O Professor Sérgio Cademartori de novo esteve comigo, no momento culminante, examinando com critério e competência. Já a Professora Cecília Caballero Lois brilhantemente dá continuidade ao trabalho de nosso orientador comum. Claro que a UFSC tem profissionais competentes também em outros centros. Menciono aqui com espírito de gratidão e alegria o Professor Delamar Volpato Dutra, amigo dos que buscam conhecer (quem sabe essa seja uma definição mais atualizada para o filósofo). O certo é que esses são profissionais que, além de declamarem, efetivamente praticam a virtude da tolerância, e isso ficou muito claro, no final. Aliás, para aqueles outros que apenas declamam a tolerância e a democracia, sem praticá-las, transcrevo como se fosse minha a expressiva afirmação de Bobbio: *“Da observação da irreduzibilidade das crenças últimas extraí a maior lição de minha vida. Aprendi a respeitar as idéias alheias, a deter-me diante do segredo de cada consciência, a compreender antes de discutir, a discutir antes de condenar. E porque estou com disposição para as confissões, faço mais uma ainda, talvez supérflua: detesto os fanáticos com todas as minhas forças”* (Norberto Bobbio, conclusão do prefácio do livro intitulado *Italia civile*, Manduria-Bari-Perugia: Lacaita, 1964, p. 7-8). O que nunca vai ser demais externar é o meu mais profundo agradecimento aos colegas da Seção

Judiciária do Acre, Jair Facundes e Pedro Francisco. Sempre encorajaram, sempre. Desde o início. Aliás, os colegas que incentivaram incluem, de maneira especial, os servidores da 1ª Vara. Andréa, Micheline, Lenilda, Josemir... Todos tocaram muito bem o barco e esperaram o retorno (que quase não acontecia). O próprio Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem que ser louvado, por permitir o afastamento para fins de aperfeiçoamento. O regulamento é justo e o procedimento obedece aos critérios estabelecidos. Quisera todos os Tribunais pátrios disciplinassem e executassem de maneira semelhante a forma de atender ao preceito constitucional segundo o qual a aferição do merecimento dos magistrados também passa pela frequência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento. Espero poder retribuir com muito trabalho, o que serve também para a Universidade Federal do Acre e seu Departamento de Direito. Agradeço à chefia e aos professores pela compreensão e pela força. Creio ter cumprido uma etapa importante, considerando a necessidade de professores com titulação no nosso Departamento. Outros também venceram, nesse período. Falo com prazer do Arthur e Lisandra (que tempo para passar rápido, não é?), Pimenta e João e Marcão. Comunidade acreana na Ilha, ainda que com suas distâncias. Quase todos voltando, pelo menos um ficando de vez. Os caminhos deste mundo são assim mesmo, de cirandeiro:

*pela profecia o mundo ia se acabar
pelo vagabundo deixa o mundo como está
pelo ser humano pelo cano o mundo vai, ou não
pelo cirandeiro o mundo inteiro vai rodar*

*ciranda por ti
ciranda por mim
roda na ciranda
que é pro não virar pro sim
ciranda que vai
ciranda que vem
roda na ciranda
que é pro mal virar pro bem*

(Ciranda do Mundo, de Eduardo Krieger)

Valeu!

RESUMO

A presente tese tem por objetivo elaborar um estudo sobre o reconhecimento de novos direitos fundamentais, mais além daqueles expressamente enumerados no catálogo formal de uma constituição. A tese é dividida em cinco capítulos, contendo ainda as obrigatórias introdução e conclusão. O capítulo inicial trata de rever a idéia de constituição material, para o fim de apresentar uma noção plausível de direitos fundamentais em sentido material e, em conseqüência, de direitos fundamentais não enumerados. No segundo capítulo, demonstra-se que o reconhecimento de novos direitos fundamentais é uma questão de interpretação e aplicação da constituição. Nesse sentido, direitos fundamentais não enumerados constituem uma questão interpretativa. O capítulo terceiro é reservado para o exame da justificação dos direitos fundamentais na teoria do discurso, defendendo a natureza moral do empreendimento. No quarto capítulo, a teoria dos princípios é apresentada como uma teoria competente para resolver o problema da interpretação e aplicação racional dos direitos fundamentais, bem como a questão dos direitos não enumerados. Ainda nesse capítulo, defende-se a tese de que o reconhecimento de novos direitos fundamentais tem como procedimento mais geral a justificação de princípios que têm que ser levados em conta na aplicação coerente do sistema constitucional dos direitos a casos especialmente controversos. O capítulo final busca os critérios de reconhecimento de novos direitos fundamentais de acordo com a Constituição brasileira de 1988, defendendo que eles podem ser tomados como direitos implícitos ou direitos decorrentes do regime e dos princípios constitucionais.

RESUMEN

La presente tesis tiene por objetivo la elaboración de un estudio sobre el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales, mas allá de aquellos expresamente enumerados en el catálogo formal de una constitución. Siendo así, la tesis es dividida en cinco capítulos, exceptuando la introducción y la conclusión. El capítulo inicial cuida de rever la idea de constitución material, para el fin de presentar una noción plausible de derechos fundamentales en sentido material y, como resultado, de derechos fundamentales no enumerados. El segundo capítulo sirve para demostrar que el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales es una cuestión de interpretación y aplicación de la constitución. En ése sentido, derechos fundamentales no enumerados constituyen una cuestión interpretativa. El capítulo tercero es reservado para el análisis de la justificación de los derechos fundamentales en la teoría del discurso, defendiendo la naturaleza moral del emprendimiento. En el cuarto capítulo, la teoría de los principios es presentada como una teoría competente para solucionar el problema de la interpretación y aplicación racional de los derechos fundamentales, así como la cuestión de los derechos fundamentales no enumerados. Este mismo capítulo defiende la tesis de que el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales tiene como procedimiento más general la justificación de principios que tienen que ser levados en consideración en la aplicación coherente del sistema constitucional de los derechos a casos especialmente controvertidos. El último capítulo busca los criterios para el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales de acuerdo con la Constitución brasileña de 1988, afirmando que ellos pueden ser tomados como derechos implícitos o derechos resultantes del régimen y de los principios constitucionales.

ABSTRACT

This thesis aims to elaborate a study about the recognition of new fundamental rights, beyond those expressly enumerated in the formal catalogue of a constitution. It has five chapters, introduction and conclusion. The first chapter revises the idea of material constitution, having in view to introduce a plausible notion of fundamental rights in material sense, and of unenumerated rights, as a consequence. The second chapter demonstrates that recognizing new fundamental rights is a matter of interpretation and application of the constitution. In this sense, unenumerated rights are a matter of interpretation. The third chapter is reserved to examine the justification of fundamental rights by theory of discourse, defending the moral nature of the undertaking. Fourth chapter presents the theory of principles as an able theory to resolve the matter of rational interpretation and application of the fundamental rights. It also considers that the recognition of new fundamental rights happens through justification of principles that have to be considered when the constitutional rights are coherently applied to controversial cases. The last chapter is devoted to search criteria for recognizing new fundamental rights according to Brazilian Constitution in force, asserting they can be considered implicit rights or rights resulting from the regime and the constitutional principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
------------------	----

CAPÍTULO 1

DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO ENUMERADOS A PARTIR DA IDÉIA DE CONSTITUIÇÃO MATERIAL	24
---	----

1.1. Direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material	24
1.2. A idéia de constitucional material revista	28
1.2.1. Constituição formal e constituição material	28
1.2.2. Constitucionalismo e constituição	35
1.2.3. Diferentes teorias e uma pretensão	38
1.2.4. Constituição e legitimidade	45
1.2.5. Fundamentos metateóricos	48
1.2.6. A legitimação pós-metafísica da constituição	57
1.3. Uma teoria da constituição baseada em direitos	62
1.4. Direitos fundamentais enumerados e direitos fundamentais não enumerados	72

CAPÍTULO 2

DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO ENUMERADOS COMO PROBLEMA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	78
--	----

2.1. Direitos não enumerados no direito constitucional norte-americano	79
2.1.1. A tese da constituição não escrita	84
2.1.2. Avaliação crítica da tese da constituição não escrita (I): a insuficiência da prova histórica e o problema do direito natural	90
2.1.3. Avaliação crítica da tese da constituição não escrita (II): não interpretativismo, suplementarismo e interpretação constitucional	97
2.2. Direitos fundamentais não enumerados no direito constitucional brasileiro	111
2.3. Direitos fundamentais não enumerados e interpretação constitucional	118

CAPÍTULO 3

A JUSTIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DO DISCURSO	130
3.1. A natureza dupla do argumento em favor dos direitos fundamentais	133
3.2. O ponto de vista moral a partir da teoria do discurso	142
3.2.1. A ética do discurso de Jürgen Habermas	143
3.2.2. A teoria do discurso prático geral de Robert Alexy	153
3.3. Os direitos fundamentais na teoria do discurso	159
3.3.1. A fundamentação dos direitos humanos segundo Robert Alexy	159
3.3.2. Os direitos básicos na teoria discursiva do direito de Habermas	164
3.3.3. A justificação moral dos direitos fundamentais na teoria do discurso	170
3.4. Os direitos fundamentais e a legitimidade da constituição	175

CAPÍTULO 4

A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DOS PRINCÍPIOS	182
4.1. A aplicação dos direitos como discurso	182
4.2. Os direitos fundamentais como princípios	197
4.2.1. Observações iniciais sobre os princípios na teoria jurídica	198
4.2.2. A teoria dos princípios de Robert Alexy	202
4.2.3. A crítica de Jürgen Habermas e Klaus Günther à tese da otimização	207
4.2.4. A teoria dos princípios reafirmada	212
4.3. Duas decisões judiciais baseadas em princípios	218
4.4. Direitos fundamentais não enumerados de acordo com a teoria dos princípios	226

CAPÍTULO 5

DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO ENUMERADOS DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988	239
5.1. Direitos fundamentais não enumerados	241
5.2. Direitos fundamentais implícitos	247
5.3. Direitos decorrentes do regime e dos princípios	268
5.3.1. O regime e os princípios da Constituição de 1988	271

5.3.2. Dignidade, liberdade e igualdade	280
5.4. Notas finais	295
CONCLUSÃO	302
BIBLIOGRAFIA	310

INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 contém um preceito estabelecendo que “os direitos expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (artigo 5º, § 2º). O dispositivo é comumente denominado de cláusula de abertura constitucional a novos direitos fundamentais. Segundo alguns, ele acolhe no ordenamento jurídico positivo a possibilidade de serem reconhecidos outros direitos, mais além daqueles expressamente outorgados pelos dispositivos originários da Constituição. De fato, o artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988 *prima facie* sugere que os direitos fundamentais não se esgotam naqueles direitos reconhecidos no momento constituinte originário, mas estão submetidos a um permanente processo de expansão. O que quer dizer que a leitura e a compreensão adequadas dos direitos podem resultar no incremento contínuo das prerrogativas jurídicas fundamentais que os indivíduos se atribuem, em favor de sua dignidade.

Mas essa é uma idéia que não decorre apenas do sentido da cláusula de abertura. Ela também encontra sustentáculo em questões altamente polêmicas do direito constitucional atual. Considere o caso do direito ao reconhecimento da união civil, exigido pelos homossexuais com base em argumentos de direitos fundamentais. Não só estão a exigir o tratamento igual dispensado pelo Estado aos grupos familiares heterossexuais, como o Judiciário brasileiro vem reconhecendo a validade de um direito dessa ordem, para o fim de garantir-lhes a proteção do direito previdenciário e do direito de sucessão. Considere também o caso do direito de interromper a gestação de feto anencefálico, reconhecido em decisão recente do Supremo Tribunal Federal brasileiro como um direito constitucional. Leve em conta ainda o direito a medicamento, amplamente justificado pela jurisprudência pátria como uma expressão do direito social à saúde, para o fim de compelir o Estado a fornecê-lo gratuitamente a pessoas carentes. Esses casos servem para reforçar a idéia de que, além dos direitos fundamentais expressamente enumerados no catálogo constitucional formal, há situações em que direitos até então não reconhecidos passam a ser exigidos pelos indivíduos, com base na própria Constituição.

Diante disso, impõe-se para a teoria a elaboração de um tratamento adequado da problemática sugerida pela cláusula de abertura constitucional a novos direitos, principalmente do problema de saber como podem ser corretamente identificados outros direitos fundamentais, mais além daqueles sobre os quais não perdura mais controvérsia sobre já se encontrarem outorgados pela Constituição. Se surgem situações novas nas quais passam a ser exigidos direitos até então não reconhecidos, é preciso examinar os critérios que tornam possível seu reconhecimento, de acordo com a Constituição.

De certa maneira, afirma-se que novos direitos fundamentais podem ser afirmados mediante uma interpretação correta dos direitos já expressamente enumerados no catálogo constitucional, bem como uma interpretação correta do regime constitucional e dos princípios fundamentais da Constituição. Entretanto, não se encontra na Constituição qualquer regra expressa estabelecendo o procedimento da interpretação correta ou mesmo algum outro dispositivo fixando os critérios por meio dos quais podem ser legitimamente afirmados novos direitos; nem é dito se tais direitos são imutáveis, depois de reconhecidos; se podem ser direitos de defesa e direitos a prestações, indistintamente; se são imediatamente aplicáveis.

Alguns apresentam argumentos da ordem do direito natural, para a empreitada. Os direitos fundamentais não se esgotam no catálogo formal porque o homem traz consigo direitos do estado da natureza que, por qualquer motivo, podem não ter sido registrados no ato constituinte originário. Na medida em que o pacto constitucional inicia o estado civil ou político, fica nele anotado que não se abre mão daquelas prerrogativas advindas do estado anterior que eventualmente não foram catalogadas. A própria constituição é submetida, nessa perspectiva, a contínuo exame em face do direito natural. Se os indivíduos concordaram em instituir o Estado, foi para a melhor proteção dos seus direitos inatos. O Estado falha quando não os protege e a constituição também falha quando deixar de reconhecer uma prerrogativa inalienável. Portanto, é melhor deixar claro que não se abre mão de outros direitos, quando se cria a constituição.

A racionalidade do discurso do direito natural, pelo menos na acepção de uma ordem natural superior que o direito positivo deve apenas reproduzir, de há muito foi colocada sob suspeita. Nas complexas condições da vida social e política contemporânea, para mencionar apenas um dos elementos mais freqüentes nos discursos

jurídicos e políticos atuais, a pluralidade de cosmovisões torna difícil a validade do recurso a uma ordem natural de valores eternos. A pluralidade de formas de vida é hoje quase imensurável. E todas elas, até para poderem continuar sendo aceitas em sociedades que mantêm o desafio da integração social e política, reivindicam para si a melhor forma de dar curso ao que é bom e correto. No entanto, todas ou muitas delas se baseiam em valores que chocam uns com outros. As concepções da boa vida, nesse sentido, até podem socorrer-se de uma ordem imutável, mas o fazem para esclarecer a si mesmas. Cada qual pode ter a sua ordem particular de valores eternos. E se isso é correto, não é mais permitido recurso semelhante para o esclarecimento daquilo que tem como função justamente estabelecer a integração de toda a sociedade.

Rejeitado o modo do direito natural de ler a abertura da constituição a novos direitos, também não pode ser o caso de entender que a compreensão renovada que se faz dos direitos da Constituição advém de uma interpretação puramente subjetiva dos atores constitucionais. Certamente a interpretação constitucional é uma atividade aberta a todos, os quais, por isso mesmo, podem livremente opinar a respeito do sentido que entendem ser correto das cláusulas constitucionais. Mas a validade normativa de uma interpretação jurídica decorre de algo mais que meras opiniões pessoais. Da ordem natural e superior das coisas para o sujeito isolado o resultado é sempre a falta de argumentos válidos para todos. Uma vez sendo possível atualizar os sentidos dos direitos fundamentais, isso também tem que dizer respeito a todos, seguindo a trilha da universalidade, que é uma marca reconhecida dos direitos fundamentais. Todos gozam dos direitos, portanto, a questão de saber quais são os novos direitos é também uma questão que a todos diz respeito.

Isso apenas indica que o problema deve ser enfrentado com o auxílio de teoria que dê conta da sua exata complexidade, afastando-se qualquer solução simplista ou baseada em visões arcaicas. Uma aposta interessante é encarar o desafio pela perspectiva do discurso jurídico. O problema da argumentação jurídica racional é dos mais relevantes, hoje em dia, existindo uma profusão de trabalhos e teses que tentam estabelecer a metodologia por meio da qual se pode construir uma decisão jurídica correta. Nesse contexto, a abertura constitucional a novos direitos pode ser entendida como o reconhecimento pelo próprio ordenamento jurídico positivo da quantidade insuficiente das pautas normativas já detalhadas para a correta solução dos numerosos e

imprevisíveis casos da vida social. Ao mesmo tempo, é uma abertura regulada pelo próprio sistema jurídico, pois são indicados ao menos alguns elementos mínimos para a atualização dos direitos outorgados pela Constituição.

O procedimento de abordagem do problema neste trabalho será então o de privilegiar a dimensão interpretativa e aplicativa do direito. O ganho com essa decisão é enorme: aproveitar os avanços da teoria jurídica contemporânea, particularmente quando investiga os critérios metodológicos que afirmam a racionalidade da prática jurídica, distanciando-se do fardo do direito natural e das posições que conduzem ao subjetivismo dos intérpretes. Ademais disso, é na prática jurídica de uma comunidade que confluem as proposições jurídicas que o respectivo sistema do direito permite formular. Saber de que maneira um sistema do direito permite formular proposições jurídicas sobre novos direitos constitucionais é o que constitui o núcleo central desta investigação. Obviamente será feito um exame do sistema de direito brasileiro, face à exigência de um tratamento constitucionalmente adequado do tema. Todavia, a fundamentação teórica para esse exame final pretende ter uma validade mais geral.

Por outro lado, em face da própria estrutura da cláusula constitucional brasileira, não se adotará no trabalho a terminologia de classificação dos direitos fundamentais em “direitos escritos” e “direitos não escritos”, para indicar que o seu objeto constitui estes últimos. Ocorre que a cláusula, que expressamente reconhece a possibilidade de renovação dos direitos fundamentais outorgados por meio da Constituição, também faz referência a elementos que evidenciam a necessidade de manter em relação o seu objeto com o texto constitucional escrito. Isso será mais bem precisado a seu tempo. Por ora, convém deixar claro que a terminologia empregada será aquela já bastante utilizada pelos que estudam o tema, especialmente no direito constitucional norte-americano. A opção, portanto, é o uso dos termos “direitos enumerados” e “direitos não enumerados”. E uma definição provisória e operacional desses conceitos afirma que direitos enumerados são os direitos diretamente estabelecidos no texto constitucional, no momento constituinte originário, enquanto direitos não enumerados são uma renovação, atualização ou incremento do sistema de direitos fundamentais, por meio da interpretação correta do regime e dos princípios constitucionais.

Acredita-se que o reconhecimento de novos direitos exige uma justificação da fundamentalidade dos mesmos. Essa hipótese conduz ao problema da fundamentação

dos direitos. Portanto, enfrentar esta última questão constitui um passo necessário da investigação. Claro que o tema não se esgota nisso, pois a aplicação dos direitos fundamentais envolve por si só complexos problemas jurídicos que certamente se agravam, na medida em que na interpretação de novos direitos deve ser apresentada a justificação de sua fundamentalidade. O núcleo da investigação passa então pelo escrutínio da fundamentalidade dos direitos e da própria constituição. Somente com a justificação de sua fundamentalidade é que se pode afirmar com segurança que um novo direito reconhecido é um direito fundamental.

Nesse sentido, fundamentalidade tem a ver com a natureza relevante da prerrogativa jurídica, a ponto de ser a ela outorgada proteção especial. Para saber quando uma prerrogativa jurídica é especialmente relevante é necessário socorrer-se de uma teoria competente. Uma teoria competente irá dizer que uma posição jurídica é relevante, a ponto de ser considerada direito fundamental, quando por meio dela se toma uma decisão a respeito da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Ocorre que questões dessa natureza constituem objeto de teorias morais. Por isso, no estudo, será necessário um momento específico de fundamentação normativa. Como se fundamentam os direitos? Como se justifica a fundamentalidade de um direito? Acredita-se que essas questões só podem ser respondidas com o auxílio de uma teoria moral que enfrenta os problemas relativos à justiça. O que se deve buscar então é uma teoria moral que possa oferecer uma justificação racional da fundamentalidade dos direitos. Através dessa estratégia, poderão ser coletados critérios por meio dos quais justificar a fundamentalidade de novos direitos.

Além disso, a investigação deve adotar uma teoria moral para fundamentação dos direitos que possua algum contato com a teoria jurídica dos direitos fundamentais, a fim de tornar possível o intercâmbio dos discursos respectivos, quando necessário. Uma teoria jurídica dos direitos fundamentais competente para lidar com o tema dos direitos não enumerados tem de apresentar vinculação com a teoria moral que serve para justificar a validade dos direitos. Acredita-se que a teoria discursiva da moral e do direito e a teoria do discurso prático geral são teorias que podem dar conta dessa problemática. Aliás, são propostas que podem ser compreendidas como versões (às vezes, com grandes divergências, é claro) de uma mesma e mais ampla teoria: a teoria do discurso prático racional, que vincula, de algum modo, a teoria moral com a teoria do

direito. A concepção do direito como integridade também receberá especial atenção, pois está baseada em teses sumamente importantes a respeito dos direitos.

Até a este ponto corresponde a seguinte hipótese, a ser comprovada durante a investigação: o reconhecimento de novos direitos fundamentais é um procedimento argumentativo no qual simultaneamente deve realizar-se a justificação da fundamentalidade das posições jurídicas exigidas pelas partes, o que torna necessário considerar o procedimento de aplicação dos direitos como um procedimento em última instância aberto aos princípios que compõem a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Estes são princípios de justiça por meio dos quais se justifica a fundamentalidade de todos os direitos. Portanto, o reconhecimento de novos direitos fundamentais ocorre quando em um caso especialmente problemático são levados em conta argumentos de ordem moral, a fim de alcançar-se uma resposta normativamente correta.

Enfrentadas as sérias questões teóricas que a hipótese levanta, construindo as estruturas que pareçam pertinentes, será possível cuidar dos problemas específicos do sistema constitucional brasileiro. Acredita-se que eles poderão, assim, ser mais bem discutidos. Cuida-se inicialmente de examinar os conceitos de regime e de princípios constitucionais. As indagações podem ser assim formuladas: qual o regime adotado pela Constituição de 1988 e em face de tal regime qual o paradigma constitucional adequado para a interpretação da Constituição e para a interpretação dos critérios de identificação de novos direitos fundamentais? Quais são os princípios constitucionais a que se refere a cláusula constitucional de abertura? Como eles devem ser interpretados, de acordo com o paradigma constitucional apropriado? Qual o papel de tais princípios no procedimento de justificação da fundamentalidade de novos direitos?

Estas questões têm ainda uma função operacional no trabalho de investigar o procedimento para o correto reconhecimento de novos direitos fundamentais. Ademais, essas mesmas questões justificam a apresentação de uma hipótese, também carente de comprovação, segundo a qual o reconhecimento de novos direitos fundamentais, no sistema constitucional brasileiro, remete às exigências do regime democrático constitucional, assim como explicado pelo paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, e às exigências dos princípios constitucionais, bem assim os princípios fundamentais.

Além disso, questões paralelas, mas não de todo desprezíveis para uma dogmática constitucional mais completa a respeito do tema, incluem as seguintes: abrangência dos direitos fundamentais não enumerados, a exigir esclarecimento se eles podem ser direitos a prestações em sentido estrito, ou direitos sociais; intangibilidade dos direitos fundamentais não enumerados, a exigir esclarecimento se eles podem integrar ou não o rol das cláusulas pétreas; a força jurídica dos direitos fundamentais não enumerados, a exigir esclarecimento se eles podem estar ou não abarcados pela regra da aplicabilidade imediata.

As hipóteses relativas a essas questões são todas afirmativas: novos direitos fundamentais podem integrar qualquer das dimensões dos direitos fundamentais, inclusive a dos direitos de prestação; gozam da perenidade outorgada pelas cláusulas pétreas e estão abarcados pela regra da aplicabilidade imediata.

Não será objeto do trabalho a parte final da cláusula brasileira de abertura, segundo a qual os direitos expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Este tema específico já foi objeto de vários estudos, tendo suscitado enorme polêmica jurídica, durante muito tempo, especialmente em face das reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro estabelecendo a hierarquia normativa inferior dos tratados relativos a direitos humanos. Com a recente inclusão do § 3º ao artigo 5º da Constituição de 1988, por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004 (Emenda da Reforma do Judiciário), provavelmente a polêmica diminuirá. Mediante o acréscimo do referido parágrafo se estabeleceu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados segundo os requisitos de aprovação das emendas constitucionais, a estas serão equivalentes.

A referência ao caso dos tratados internacionais de direitos humanos abre espaço para falar da justificativa que pode ser oferecida para a presente investigação. Diferentemente do problema alusivo aos tratados de direitos humanos, a questão dos demais direitos a que se refere a cláusula brasileira de abertura constitucional sempre recebeu pouca atenção por parte da teoria constitucional brasileira. É claro que há exceções. Todavia, elas só confirmam que a regra geral a respeito do assunto é a de apenas mencionar o teor da cláusula e repetir uma classificação dos direitos não enumerados em direitos implícitos e direitos decorrentes. Não se produziram ainda, na

teoria constitucional brasileira, muitos estudos rigorosos, que façam justiça às descobertas mais recentes da teoria da constituição e das teorias morais e jurídicas que lhe são correlatas. Definitivamente, são poucos os exemplos doutrinários que enfrentam o desafio.

Não se diga que isso se dá porque o tema não tem maior relevância. Este pode ser um argumento eventualmente apresentado em face do extenso catálogo formal de direitos fundamentais que integra a Constituição brasileira de 1988. Poderia ser argumentado que ele contempla, se não todos, quase todos os direitos que podem ser exigidos pelas partes em favor de sua dignidade. Não há que contestar a afirmação de que a Constituição de 1988 é até bastante extensa na enumeração formal dos direitos fundamentais. Todavia, acredita-se que, mesmo assim, é sempre possível deparar-se com uma situação na qual uma resposta jurídica apropriada demanda a referência a uma nova posição jurídica, até então não reconhecida como um direito fundamental. Nesse sentido, é razoável considerar que uma interpretação jurídica correta implica leituras renovadas dos direitos outorgados pela Constituição, a partir de novas pretensões que surgem.

Assim, o trabalho tem como objetivo mais geral examinar os critérios que permitam justificar a fundamentalidade de novos direitos, com amparo na teoria da aplicação dos direitos fundamentais e na teoria da justificação de sua fundamentalidade desenvolvidas pela teoria do discurso. Como objetivo específico, primeiramente se pretende demonstrar que a teoria da aplicação dos direitos fundamentais desenvolvida pela teoria dos princípios inclui a possibilidade de justificação da fundamentalidade de novas posições jurídicas, pois admite existir um caso especialmente difícil que obriga a retomada dos discursos de justificação. Também se tem como objetivo específico demonstrar que novos direitos, de acordo com a Constituição brasileira de 1988, podem ser identificados mediante um procedimento de justificação da sua fundamentalidade condicionado pelas exigências do regime democrático constitucional, assim como explicado pelo paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, e pelos seus princípios.

Além disso, constitui outro objetivo específico demonstrar que novos direitos fundamentais, de acordo com a Constituição de 1988, podem abranger todas as dimensões dos direitos fundamentais, gozam da perenidade outorgada pelas cláusulas

pétreas e são imediatamente aplicáveis. Ao buscar demonstrar tudo isso, aparece como objetivo ainda o exame de decisões judiciais constitucionais, especialmente daquelas tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, que podem ser relacionadas ao objeto de estudo.

Nesse passo, não é objetivo do trabalho estudar os direitos fundamentais nas assim chamadas dimensões, diferenciando-os estruturalmente. Também não surge como viável examinar a divisão das competências legislativas e judiciais em face da questão dos novos direitos, apesar da relevância do tema. Acontece que isso demanda um foco demasiado amplo para apenas uma tese de doutorado, sendo certo que as descobertas aqui obtidas poderão ensejar futuramente o enfrentamento específico da questão. Isso quer dizer que o tema da presente pesquisa se circunscreve à justificação e aplicação dos direitos na perspectiva da teoria jurídica, e não da teoria política.

A referência ao exame dos julgados constitucionais, especialmente daqueles do Supremo Tribunal Federal, abre espaço para falar da questão da metodologia utilizada na investigação. Sem dúvida que o tratamento teórico adequado da matéria pressupõe o amplo estudo de disciplinas não especificamente jurídicas. Os elementos metodológicos coletados fazem parte do direito constitucional, da teoria da constituição, da filosofia do direito, da teoria jurídica, bem como da filosofia moral. A metodologia interdisciplinar utilizada na teoria do discurso, por sinal, exige a perspectiva de diversos pontos de vista, diferentes objetivos teóricos, diferentes papéis sociais e diferentes atitudes pragmáticas de pesquisa.

O método de abordagem utilizado foi o indutivo-reflexivo, na medida em que situações particulares e concretas são tomadas como pontos de partida, refletindo-se sobre elas e ao mesmo tempo extraindo apontamentos teóricos. Os dois primeiros capítulos têm exatamente a função de apresentar o problema, fazendo referência a casos constitucionais exemplares a respeito do tema, não se servindo apenas de casos artificiais inventados para ilustrar e examinar hipóteses teóricas, conquanto também realizem importantes avanços dessa natureza. Contudo, somente depois se desenvolve a exposição geral de uma teoria da justificação e aplicação dos direitos fundamentais, nos marcos da teoria do discurso e da teoria dos princípios, para então fazer-se uma análise específica do caso brasileiro, de acordo a Constituição de 1988. O trabalho transita entre o particular e o geral, estudando tanto o plano teórico mais abrangente quanto as

características mais específicas do objeto. A exposição do argumento vai de questões fundamentais para as estruturas teóricas que pareçam pertinentes e que ajudem a julgá-las, detalhando depois de que maneira essas estruturas podem ser aplicadas, especialmente no caso do direito constitucional brasileiro, embora em todos os momentos haja referência a casos concretos e sejam feitos avanços teóricos.

A técnica da pesquisa é a da documentação indireta, na sua face eminentemente bibliográfica. A fonte de informação constitui a bibliografia relevante tornada pública, assim bem os textos legislativos, em especial da Constituição de 1988, como já mencionado. Foi preciso ainda socorrer-se de literatura estrangeira, especialmente de obras do direito constitucional americano e da teoria do discurso jurídico alemã, conquanto, sobre esta última, somente se teve acesso a obras traduzidas para o português, espanhol ou inglês. Como dito, buscou-se trabalhar com as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre direitos fundamentais, sendo este um dos objetivos específicos da investigação.

No Capítulo 1, denominado “Direitos Fundamentais Não Enumerados a partir da Idéia de Constituição Material”, procura-se apresentar uma noção inicial teoricamente consistente dos direitos fundamentais não enumerados a partir de uma revisão da idéia de constituição material. Por ser assim, o Capítulo compreende quatro momentos. No primeiro deles, mostra-se que diversos autores afirmam que há direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material, mas não esclarecem exatamente o que se deve entender por constituição material. Na segunda parte do Capítulo, cuida-se justamente de rever a idéia de constituição material, através de uma trilha que passa por grande parte da teoria da constituição. Nisso, levantam-se argumentos teóricos para empreender uma legitimação pós-metafísica da constituição, que melhor pode corresponder à idéia de constituição material. O terceiro momento aloca esta compreensão nas teorias baseadas em direitos. Finalmente, no último momento, apresenta-se uma noção mais desenvolvida dos direitos fundamentais não enumerados.

O Capítulo 2, “Direitos Fundamentais Não Enumerados como Problema de Interpretação Constitucional”, será desenvolvido em três seções e tem como escopo demonstrar que a questão dos direitos fundamentais não enumerados é sempre sobre o que diz a constituição, quando correta e integralmente interpretada. Para esse fim, a

primeira seção trata de examinar o problema no direito constitucional norte-americano, apresentando e discutindo criticamente a tese da constituição não escrita, a qual, por muito tempo, traçou os rumos do debate a respeito dos direitos não enumerados e da interpretação constitucional nos Estados Unidos da América. A seção subsequente introduz na discussão o direito constitucional brasileiro. Já na seção final são explicitamente assumidas as conseqüências de adotar-se a tese de que os direitos fundamentais não enumerados constituem, antes de tudo, uma questão interpretativa.

O Capítulo 3, “A Justificação dos Direitos Fundamentais na Teoria do Discurso”, será destinado a expor a natureza moral da justificação dos direitos fundamentais. São quatro as divisões do capítulo. Na seção inicial, será apresentada a tese da natureza dupla do argumento em favor dos direitos fundamentais. São eles jurídicos e morais, ao mesmo tempo. No segundo momento, constatando a necessidade de uma teoria moral que esclareça o ponto de vista a partir do qual tratar corretamente as questões de justiça, será reconstruída a teoria do discurso como uma teoria competente para essa tarefa. Na seção terceira, será realizado um exame da justificação dos direitos fundamentais pela teoria do discurso, momento em que serão discutidas algumas posições específicas de Habermas. A última seção retornará ao tema da legitimidade da constituição, explicitando seu caráter moral.

O Capítulo 4, “A Aplicação dos Direitos Fundamentais na Teoria dos Princípios”, será organizado também em quatro seções, a fim de externar a tese de que os direitos fundamentais devem ser tomados como princípios, para uma aplicação imparcial sua. A primeira das seções irá alocar o tema da aplicação dos direitos na teoria do discurso jurídico. A seção segunda irá apresentar os direitos fundamentais como princípios, ocasião que será aproveitada para tentar esclarecer algumas divergências sobre a aplicação das normas, no interior da teoria do discurso. A terceira seção servirá para o exame de duas decisões judiciais baseadas em princípios, pretendendo-se com isso avaliar a validade da teoria. Na seção final, o espaço será destinado para extrair um critério de justificação da fundamentalidade de novos direitos de acordo com a teoria dos princípios.

No Capítulo 5, “Direitos Fundamentais Não Enumerados de acordo com a Constituição de 1988”, o tema da pesquisa será discutido tendo em conta as especificidades do sistema constitucional brasileiro. Será um capítulo igualmente

dividido em quatro seções. Na primeira delas, distinguem-se direitos fundamentais implícitos e direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios constitucionais. A seção segunda será destinada a tratar dos primeiros, enquanto a terceira seção tratará dos últimos. Nesta seção, serão examinados os conceitos de regime e de princípios fundamentais, bem como os princípios da dignidade, da liberdade e da igualdade. O capítulo será finalizado com a sua última seção trazendo algumas notas sobre o regime a que se submetem novos direitos fundamentais.

Para encerrar esta introdução, somente mais duas observações de ordem estritamente metodológica. Primeiro, a referência aos casos da Suprema Corte norte-americana é feita de acordo com os padrões daquele País. Considere o seguinte exemplo: *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973). Ele indica as partes envolvidas, postando em primeiro lugar o pólo ativo (*Roe*). O *v.* significa *contra, em oposição a*. Já a expressão U.S. se refere à coletânea oficial de publicação das decisões da Suprema Corte, a qual é intitulada *United States Reports*. O número 410 indica o volume da coletânea e o número 113 o da página inicial em que se encontra o caso no respectivo volume. A data entre parêntesis (1973) aponta o ano da decisão.

Por derradeiro, na utilização da literatura em língua estrangeira, optou-se por fazer no corpo do texto citações livremente vertidas para o vernáculo. Isso se justifica pela necessidade de clareza e facilidade na leitura do trabalho. Nas notas de rodapé, entretanto, as citações permanecem no idioma em que se encontra escrita a obra consultada.

CAPÍTULO 1

DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO ENUMERADOS A PARTIR DA IDÉIA DE CONSTITUIÇÃO MATERIAL

A noção mais elementar dos direitos fundamentais não enumerados e o sentido primeiro das cláusulas constitucionais que a eles fazem referência comumente são apresentados por meio do conceito de direitos fundamentais em sentido material, o que remete à idéia de constituição material. Por ser assim, surge a ocasião e a necessidade de repassar o debate da teoria da constituição a respeito da definição do seu objeto de estudo, a fim de deixar claro o que propriamente se deve entender por constituição material, nos complexos contextos da vida social e política contemporânea. Por meio dessa estratégia pode emergir uma idéia inicial significativa e teoricamente consistente sobre direitos fundamentais não enumerados. O objetivo deste capítulo de abertura, portanto, é o de apresentar uma noção básica sobre direitos fundamentais não enumerados a partir de uma revisão da idéia de constituição material.

1.1. Direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material

É muito conhecida a tese de que há direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material. Os primeiros correspondem a toda posição jurídica subjetiva das pessoas enquanto consagradas na lei fundamental. Esta constitucionaliza e, portanto, protege os direitos contra a revisão do legislador, outorgando-lhes especial dignidade jurídica. Já os direitos fundamentais em sentido material são considerados direitos resultantes da concepção dominante de constituição e da idéia do direito.¹ Em consonância com essa distinção, Jorge Miranda concebe os direitos fundamentais em geral como “os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das

¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV: direitos fundamentais. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 10.

pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material”.²

Com sua habitual precisão analítica, Robert Alexy igualmente diferencia os direitos fundamentais em sentido formal dos direitos fundamentais em sentido material, ao investigar a importância das normas jusfundamentais³ para o sistema jurídico. A fundamentalidade formal das normas jusfundamentais resulta da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, enquanto direito diretamente vinculante para a legislação, o poder executivo e o poder judicial.⁴ Por outro lado, os direitos fundamentais e as normas jusfundamentais são materialmente fundamentais porque com elas se tomam decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. O que quer dizer que a fundamentalidade material diz respeito aos objetos de regulação das normas jusfundamentais. É que as “questões de liberdade e igualdade não são questões de um âmbito parcial do direito, senão que surgem em todos os seus âmbitos”.⁵

Seguindo de perto a tese de Alexy, outros autores também se reportam à distinção, assumindo-a como plenamente válida. J. J. Gomes Canotilho, por exemplo, afirma que a categoria de “fundamentalidade” aponta para a especial dignidade de proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material. Este último é constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. Já a fundamentalidade formal é geralmente associada à constitucionalização dos direitos, assinalando quatro dimensões relevantes:

“(1) (A)s normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como

² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV: direitos fundamentais. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 08; _____. Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa. *Revista de Direito Público*, n. 82, São Paulo, 1987, p. 05.

³ Normas jusfundamentais são normas válidas que outorgam direitos fundamentais. Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, capítulo 2 (o conceito de norma de direito fundamental). Alexy define norma como o significado de um enunciado normativo, o qual se caracteriza porque nele se utilizam expressões deonticas como *pode*, *proibido* e *deve*. As normas de direito fundamental ou normas jusfundamentais são, portanto, os significados dos enunciados normativos de direito fundamental, ou, como ainda denomina o autor, das disposições de direito fundamental, que são os enunciados contidos no capítulo da constituição referente aos direitos e garantias fundamentais.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 503.

⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 505.

normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão; (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais”.⁶

Ingo Sarlet trilha o mesmo caminho, ao escrever que a fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta de certos aspectos, que podem ser inclusive devidamente adaptados ao direito constitucional brasileiro: a) como parte integrante da constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice do ordenamento jurídico; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da Constituição brasileira de 1988); c) finalmente, são normas diretamente aplicáveis e vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da Constituição brasileira de 1988). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais “elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. (...) Somente a análise do seu conteúdo permite a verificação de sua fundamentalidade material, isto é, da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade”.⁷

Logicamente, há direitos fundamentais em sentido material para além dos direitos fundamentais em sentido formal, razão pela qual o conceito dos direitos fundamentais em geral não se reporta apenas à constituição formal, pois neste caso seria um conceito claramente insuficiente⁸. Esta também é a posição de Ingo Sarlet, quando anota que “uma conceituação meramente formal, no sentido de serem direitos fundamentais aqueles que como tais foram reconhecidos na Constituição, revela sua insuficiência”, pois tal conceituação estritamente formal “nada revela sobre o conteúdo

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 349.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 81.

⁸ Foi o que se defendeu em PARDO, David Wilson de Abreu. *Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 07-08.

(isto é, a matéria propriamente dita) dos direitos fundamentais”.⁹ Por isso, o constitucionalista brasileiro define os direitos fundamentais (em geral) como:

“... todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material da Constituição)”.¹⁰

Segundo a tese em escrutínio, portanto, há direitos fundamentais muito além daqueles formalmente enumerados nos textos constitucionais. São os direitos que, não se encontrando formalmente enumerados como tais nos textos constitucionais, podem ser considerados fundamentais *em sentido material*. Não por outro motivo, a compreensão adequada destes últimos e, assim, do conceito mesmo dos direitos fundamentais em geral remete ao conceito de constituição material. O problema é que o duplo “constituição formal / constituição material” carece de explicação. Afinal, e não há como aqui não antecipar, uma das idéias essenciais do constitucionalismo sempre se achou na “submissão da ação estatal a uma norma positiva que deve vincular a existência mesma dos poderes e garantir a subsistência de previsões e certezas para o convívio com o poder”.¹¹

Disso decorre o aparecimento da constituição moderna, entendida como “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”.¹² Esse documento escrito adquire uma forma jurídica especial, proveniente de sua rigidez, a significar que a reforma do mesmo está submetida a um procedimento

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 81.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 82.

¹¹ SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2. ed. atual. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 33.

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 46.

especial de requisitos mais severos.¹³ Por essa razão, a constituição é alçada à condição de lei “maior” ou lei “mais alta” da sociedade, do ponto de vista jurídico.

Sendo assim, *constituição moderna* parece ser, antes de tudo, um termo cuja semântica indica um sentido normativo propriamente jurídico. Este sentido reporta-se à idéia de que a estrutura total do Estado deve ser regulada em documento escrito único tido como lei suprema, deixando transparecer uma noção marcadamente formal de constituição. Se isso é correto, do que se fala, então, quando se fala de constituição material? Somente uma resposta segura a essa questão permitirá uma compreensão adequada dos direitos fundamentais em sentido material e, dessa forma, uma compreensão inicial significativa sobre direitos fundamentais não enumerados.

1.2. A idéia de constituição material revista

1.2.1. Constituição formal e constituição material

Na verdade, os conceitos de constituição formal e constituição material são bastante difundidos na doutrina do direito constitucional. Paulo Bonavides, por exemplo, define a constituição, do ponto de vista material, como o “conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao

¹³ Exemplifica isso o conteúdo do artigo 60 do documento que em 05.10.1988 foi promulgado como a Constituição da República Federativa do Brasil. Por meio do referido dispositivo, o documento estabelece um procedimento que confere rigidez a si próprio e, desse modo, reveste a si mesmo com a forma jurídica especial de uma lei fundamental: Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II – do Presidente da República; III – de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º – A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º – A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º – A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais. § 5º – A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

funcionamento da ordem política exprime o *aspecto material* da Constituição”.¹⁴ É pelo conteúdo das determinações que se identifica a constituição material. Tais determinações devem ser as mais importantes, segundo o entendimento dominante, para serem designadas rigorosamente como matéria constitucional.

Outrossim, aquelas disposições que não se reportam aos pontos cardeais da existência política, a saber, à forma de Estado, à natureza do regime, à moldura e competência do poder, à defesa, conservação e exercício da liberdade, embora não sejam *materialmente* constitucionais, somente poderão ser suprimidas ou alteradas mediante um processo diferente, mais solene e complicado (maioria qualificada, votação repetida em legislaturas sucessivas, ratificação pelos Estados-membros em algumas organizações federativas, conforme a prescrição constitucional etc.). De maneira que “essa *forma difícil* de reformar a Constituição ou de elaborar uma lei constitucional, distinta, pois da *forma fácil* empregada na feitura da legislação ordinária – cuja aprovação se faz em geral por maioria simples, com ausência daqueles requisitos – caracteriza a Constituição pelo seu *aspecto formal*”.¹⁵

Já Canotilho, ao apresentar sua concepção de constituição material, faz questão de primeiramente realçar que o direito constitucional é um “direito vivo”, é um “direito em ação” e não apenas um “direito nos livros”. Precisamente por isso, “existe um *direito constitucional não escrito* que embora tenha na constituição escrita os fundamentos e limites, completa, desenvolve, vivifica o direito constitucional escrito”, sendo que a doutrina constitucional recortou o conceito de constituição material justamente para realçar a *imbricação* necessária entre a constituição escrita e a constituição viva. Seguindo essa diretriz, Canotilho define a constituição material como “o conjunto de fins e valores constitutivos do princípio efectivo da unidade e permanência de um ordenamento jurídico (dimensão objectiva), e o conjunto de forças políticas e sociais (dimensão subjectiva) que exprimem esses fins ou valores, assegurando a estes a respectiva prossecução e concretização, algumas vezes para além da própria constituição escrita”.¹⁶

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. 8. ed. rev. , atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 63.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. 8. ed. rev. , atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 65.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 1.013-1.014.

É ainda o constitucionalista português quem se refere à noção de reserva de constituição, intimamente ligada ao conceito de constituição material. Por reserva de constituição, o autor designa o conjunto de matérias que devem estar e não podem deixar de estar normativamente contempladas num texto constitucional, de acordo com o espírito do tempo e a consciência jurídica geral da comunidade. Tais núcleos materiais vêm sendo revelados pelas experiências constitucionais, como é o caso do catálogo dos direitos, liberdades e do estatuto constitucional dos órgãos do poder político, assim como assinalados pelo artigo 16 da *Declarati6n des Drois de L'Homme et du Citoyen de 1789*. Para Canotilho, “nos tempos mais recentes a reserva de constituição é abordada em sede de teoria da justiça a partir da idéia de **dimensões constitucionais essenciais**”,¹⁷ as quais são constituídas pelos princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do governo e do processo político (poderes do legislativo, do executivo e do judiciário, bem como o alcance do princípio da regra da maioria) e pelos direitos de liberdade e igualdade básicos de um cidadão que as maiorias legislativas devem respeitar.

Por sua vez, J. H. Meirelles Teixeira entende que, “do ponto de vista *material*, tanto o Direito Constitucional, como a própria Constituição, definem-se pelo seu *conteúdo*, como aquele conjunto de regras de direito mais importantes para o Estado, as que lhe traçam a forma, a estrutura profunda, a competência e as relações recíprocas de seus órgãos, os direitos dos cidadãos, os fins essenciais do Estado”.¹⁸ Quanto à visão oposta, ou seja, do ponto de vista *formal*, o Direito Constitucional pode ser definido pela noção de *Constituição formal*, entendida pelo autor como o conjunto de normas e princípios contidos num documento solene, que não pode ser elaborado nem modificado senão de acordo com certos processos, que se revestem de valor superior aos processos

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 1.015. Canotilho nesse ponto faz referência aos desdobramentos da teoria da justiça como equidade de John Rawls, que em seu *Political Liberalism* elabora os conceitos de elementos constitucionais essenciais e de questões de justiça básica para referir-se às questões políticas fundamentais às quais se aplica a razão pública. Esta razão é definida como a forma pela qual uma sociedade política articula seus planos, coloca seus fins numa ordem de prioridade e toma suas decisões de acordo com esses procedimentos. Os elementos constitucionais essenciais são concebidos como sendo de dois tipos: 1. princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político; 2. direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar. Cf. RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Revisão da tradução de Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, Conferência VI (a idéia de razão pública).

¹⁸ MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. *Curso de direito constitucional*. Org. e atual. por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 03.

de elaboração e modificação das leis ordinárias, isto é, das normas jurídicas em geral. “Donde, do ponto de vista *formal*, poderemos considerar normas de Direito Constitucional *apenas as contidas numa Constituição rígida*, isto é, modificáveis somente mediante os mencionados processos”.¹⁹

Provavelmente foi Otto Bachof quem levou às últimas conseqüências a distinção entre constituição formal e constituição material, radicalizando a tese da separação entre ambas e ancorando a validade da primeira nas determinações suprapositivas desta última. Bachof define a constituição em sentido *formal* como aquela lei formal qualificada essencialmente através de características formais, como as particularidades do processo de formação e da designação e maior dificuldade de alteração, como também uma pluralidade de tais leis. Corresponde, portanto, ao conteúdo global, muitas vezes mais ou menos accidental, das disposições escritas da constituição. Por constituição em sentido *material*, entende o conjunto das normas jurídicas sobre a estrutura, atribuições e competência dos órgãos legislativos supremos do Estado, sobre as instituições fundamentais do Estado e sobre a posição do cidadão no Estado.²⁰ Para o autor, o conceito material de constituição exige que se tome em consideração o direito supralegal, pois a constituição vigente em sentido material corresponde aos elementos componentes da tentativa jurídico-positiva de realização do ordenamento integrador que não ultrapassem certos limites preexistentes.²¹ Estes correspondem a vinculações suprapositivas, no sentido de princípios constitutivos de toda e qualquer ordem jurídica, na forma de aspirações à justiça. São, por assim, dizer, mandamentos cardeais da lei moral reconhecida pela comunidade jurídica.²²

A posição de Bachof em ancorar a constituição material no direito suprapositivo o leva a considerar inconstitucional norma constitucional que infrinja os valores supremos da constituição:

¹⁹ MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. *Curso de direito constitucional*. Org. e atual. por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 04.

²⁰ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 39.

²¹ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 47.

²² BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 43.

“Se uma norma *constitucional* infringir uma outra norma da Constituição, positivadora de direito supralegal, tal norma será, em qualquer caso, *contrária ao direito natural* e, (...), carecerá de legitimidade, no sentido de obrigatoriedade jurídica. Mas não tenho nenhuma dúvida em qualificá-la também, apesar de pertencer formalmente à Constituição, como ‘inconstitucional’, se bem que o fundamento último da sua obrigatoriedade esteja na contradição com o direito supralegal: a ‘incorporação material’ (IPSEN) dos valores supremos na Constituição faz, porém, com que toda a infracção de direito supralegal, deste tipo, apareça necessária e simultaneamente como violação do conteúdo fundamental da Constituição. (...) O direito constitucional supralegal positivado precede, em virtude do seu carácter incondicional, o direito constitucional que é *apenas* direito positivo”.²³

Aliás, Bachof fala mesmo de inconstitucionalidade por infração de direito supralegal não positivado, ou seja, por violação daquilo que denomina de direito constitucional material não escrito. Contudo, essa abordagem radical da constituição material não é frutífera, e nem mais aceitável. Canotilho já observou corretamente que o princípio da unidade hierárquico-normativa da constituição, que significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional), conduz à rejeição da tese da existência de normas constitucionais inconstitucionais.²⁴ O princípio da unidade da constituição tem a importante função de expressar a positividade normativo-constitucional. Por outro lado, “a probabilidade da existência de uma norma constitucional originariamente inconstitucional é bastante restrita em estados de direito democrático-constitucionais. Por isso é que a figura das normas constitucionais inconstitucionais, embora nos conduza ao problema fulcral da validade material do direito, não tem conduzido a soluções práticas dignas do registro”.²⁵

O problema foi exemplarmente traduzido pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 815-3, em 1996. Na referida ação se pretendia alcançar a declaração de inconstitucionalidade do art. 45, §§

²³ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 62-63.

²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 1.059.

²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 1.105.

1º e 2º, da Constituição brasileira de 1988,²⁶ sob o fundamento de que os dispositivos impugnados estavam a violar o princípio da isonomia (art. 5º da Constituição brasileira de 1988) e a cláusula do “voto com igual valor para todos” (art. 14, *caput*, da Constituição brasileira de 1988). Em síntese, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao não conhecer o pedido, argumentou que a tese de que normas constitucionais originárias podem violar princípios de hierarquia superior da própria Constituição de 1988 não se afigura compatível com o sistema da constituição rígida, no qual se deve dar estrita observância ao princípio da unidade da constituição.²⁷ A Constituição brasileira de 1988 é uma constituição rígida. Portanto, o argumento do Supremo Tribunal protege o status jurídico próprio de toda a Constituição brasileira, consistente na sua integral rigidez. Ao mesmo tempo, esse argumento defensivo revela que, quando mal compreendida, a idéia de constituição material pode conduzir ao solapamento completo da constituição escrita, tornando esta absolutamente dispensável, ao destituí-la de toda e qualquer função normativa.

Por outro lado, a abordagem radicalizada da constituição material não é aceitável, de um ponto de vista normativo abrangente. A total subordinação do direito constitucional positivo a um direito constitucional suprapositivo não pode mais ter lugar nas complexas condições da vida social contemporânea, pelo menos não na forma de um direito natural como realidade exterior ao sistema jurídico. É que nas sociedades plurais desfizeram-se as imagens de mundo integrativas e éticas obrigatórias para a coletividade, tal como o direito natural fundamentado na religião ou metafisicamente (direito moral eternamente válido). Como explica Jürgen Habermas,

“Quanto maior for a complexidade da sociedade e quanto mais se ampliar a perspectiva restringida etnocentricamente, tanto maior será a pluralização de formas de vida e a individualização de histórias de vida, as quais inibem as zonas de sobreposição ou de convergência de convicções que se encontram na base do mundo da vida; e, na medida

²⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. § 1º. O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos que oito ou mais de setenta Deputados. § 2º. Cada Território elegerá quatro Deputados.

²⁷ Sobre a reconstrução dos principais argumentos contidos na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 815-3, cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 212-215.

de seu desencantamento, decompõem-se os complexos de convicções sacralizadas em aspectos de validade diferenciados”.²⁸

No mundo moderno, “já não é possível configurar uma idéia substantiva acerca do bem que venha a ser compartilhada por todos”.²⁹ O desafio é o pluralismo e a constituição de um consenso básico, sem o apelo às justificações tradicionais das normas e princípios, em razão da desvalorização pública das explicações religiosas e metafísicas. Por isso, não é mais plausível que o valor da constituição permaneça embutido nos contextos de um *ethos* da sociedade global subordinada à autoridade de um direito sagrado (jusnaturalismo). O ponto de partida para compreender a constituição deve ser a situação de uma sociedade profanizada onde as ordens normativas têm que ser mantidas sem garantias meta-sociais, ao tempo em que isso não pode ofuscar a percepção de que a construção do sentido jurídico próprio da constituição moderna andou sempre de mãos dadas com a necessidade de garantir certos princípios substantivos. É isso um dilema? Acredita-se que não, na medida em que for possível uma abordagem integral da constituição que, sem se deter somente na avaliação daquilo que tradicionalmente se entende por constituição formal, não recorra à idéia de um direito natural metafisicamente fundamentado para dar conta de exigências normativas fundamentais.

Entrementes, a idéia de constituição material continua carente de explicação, se por meio dela se quer apresentar uma noção inicial significativa sobre direitos fundamentais não enumerados. É necessário ainda esgaravatar à procura dos elementos que permitam um exame amplo e correto da constituição, a fim de superar o problema acarretado pela maneira tradicional de diferenciar a constituição material da constituição formal. Ora, uma abordagem abrangente do fenômeno constitucional pode começar levando a sério, por exemplo, o fato de que o próprio movimento que construiu os sentidos da constituição moderna, o movimento constitucionalista, sempre apresentou múltiplas exigências, formais ou materiais, para usar a terminologia até aqui empregada. Por isso, considerar as diversas reivindicações do movimento constitucionalista constitui uma etapa interessante e produtiva na compreensão alargada da constituição.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Tradução de Flavio Bieho Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 44.

²⁹ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 01.

1.2.2. Constitucionalismo e constituição

Comumente é citado o famoso artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 para ilustrar a afirmação de que o constitucionalismo foi inventado para proteger certos conteúdos considerados fundamentais: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem determinada a separação de poderes, carece de constituição”. Para os revolucionários liberais americanos e franceses do século XVIII, segundo Nelson Saldanha, “a constituição é suprema porque nela (isto é, em seu texto normativo) se põem os fundamentos do Estado, com poderes e limites, e os do Direito, com procedimentos e competências”.³⁰ A constituição tomada nessa acepção é fruto do constitucionalismo moderno, entendido como técnica específica de limitação do poder com fins de garantia. “Na fase plenamente liberal, o ideário constitucional defendeu essencialmente o indivíduo, o homem individual, na medida em que carrega intrinsecamente uma liberdade. Defender a liberdade foi, no constitucionalismo liberal clássico, forma básica de defender o ente humano. E a constituição, concebida como estrutura de limites e garantias, existia para isto”.³¹

O constitucionalismo moderno surge no contexto histórico de construção do projeto da modernidade com a pretensão de proteger os direitos da pessoa. Para tanto, passa a legitimar o Estado em outras bases que não mais a justificativa de caráter teológico. Por meio da doutrina contratualista de Hobbes, Locke e Rousseau, o Estado passa a ser considerado uma construção convencional dos indivíduos. Aliás, a teoria do contrato social fornece uma explicação e justificação não somente do poder soberano, mas da origem mesma da Sociedade, do Estado e do Direito. Por meio da teoria do poder constituinte, a própria idéia do contrato social pareceu integrar-se à história,³² afirmando-se o princípio da soberania nacional e estabelecendo-se a distinção entre

³⁰ SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2. ed. atual. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 139. Em outro trecho, anota ainda o autor que “pareceu aos revolucionários do setecentos que, uma vez postos em forma de lei os travejamentos da nova arquitetura social (tirados da razão e da justiça, não do passado nem da tradição), era óbvio que a lei que os declarasse era ‘maior’ ou ‘mais alta’ que as demais” (p. 137).

³¹ SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2. ed. atual. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 09.

³² LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 1. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, p. 124.

aquele poder supremo e os poderes constituídos.³³ Mais amplamente, fica assentado que o titular do poder constituinte é na verdade o povo (afirmação do princípio da soberania popular). Por tudo isso, a constituição do constitucionalismo moderno está diretamente relacionada com as pretensões da modernidade e do sujeito moderno de que os indivíduos são capazes de construir um projeto racional, condensando as idéias básicas em um pacto fundador que regula as estruturas jurídico-políticas da sociedade, estabelecendo a divisão dos poderes e garantindo os direitos inerentes à pessoa.

O problema do constitucionalismo moderno é, pois, o de limitar o poder político por meio da garantia dos direitos e da não confusão dos poderes, sujeitando o Estado ao direito. Ele é, no fundo, uma ideologia política, transportando, assim, um claro juízo de valor.³⁴ É Vital Moreira quem escreve que “o Constitucionalismo obedeceu essencialmente à idéia de submeter o poder político ao Direito, de limitar as suas funções, de garantir a liberdade dos cidadãos contra as invasões do Estado, de proceder à separação dos Poderes para desse modo melhor o controlar”.³⁵ O constitucionalista português acrescenta ainda que soberania popular, governo representativo, subordinação do poder à lei, divisão dos poderes, reserva de lei e legalidade da administração, proteção da propriedade e da liberdade dos cidadãos, são as bases do constitucionalismo, tal como ele emergiu das revoluções liberais. Já Louis Henkin assim sumariza as principais demandas do constitucionalismo contemporâneo: 1. É baseado na soberania popular. 2. A constituição é prescritiva, é uma lei, a lei suprema. 3. Governo submetido à lei (Estado de direito) e a princípios democráticos; democracia política e governo representativo. 4. Governo limitado; separação de poderes ou outros freios e contrapesos; controle civil da força militar; polícia submetida à lei e ao controle

³³ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: que é o terceiro estado?* Organização e introdução de Aurélio Wander Bastos; prefácio de José Ribas Vieira; tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 45.

³⁵ MOREIRA, Vital. O futuro da constituição. In: GRAU, Eros Roberto & GUERRA FILHO Willis Santiago (organizadores). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 314. MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. *Curso de direito constitucional*. Org. e atual. por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 444, avalia, quanto ao constitucionalismo moderno, que “toda a história do Direito Constitucional – e por que não reconhecê-lo? - toda a história de povos e nações – resume-se, até os nossos dias, na luta entre *absolutismo e liberdade*, vale dizer, pelo reconhecimento dos direitos naturais e fundamentais do homem, pelo respeito à dignidade da pessoa humana, pelas liberdades públicas, pelo princípio democrático, pela supremacia, enfim, da Razão e do Direito sobre a Força e a Violência, como processos de dominação e governo das coletividades”.

judicial; judiciário independente. 5. Respeito e garantia dos direitos individuais pelo governo. 6. Exigência de instituições para monitorar e assegurar o respeito ao esquema constitucional, às limitações governamentais e aos direitos individuais.³⁶

Uma constituição informada por esses princípios é uma estrutura política conformadora do Estado³⁷, pois pretende criar uma comunidade política de cidadãos livres e iguais. Ora, se a experiência do Estado constitucional “representa o processo ao qual acompanha o debate sobre a idéia de constituição, e sobre supostos, tipos, aspectos ou efeitos desta idéia”,³⁸ então soa correta a afirmação de “só eventual e excepcionalmente é possível encontrar o pensamento constitucional reduzido a uma análise formal, isto é, despojado de vínculos ideológicos ou de preferências e inclinações. Em princípio, ele se liga à defesa político-jurídica de algum valor encaixado num determinado modo de conceber o Estado, a sociedade, os processos sociais”.³⁹ Por ser assim, qualquer teoria conseqüente da constituição deve assimilar os questionamentos, as exigências, bem como as soluções desenvolvidas pelo movimento constitucionalista, se não quer permanecer cega aos problemas que se impõem objetivamente aos participantes do Estado constitucional contemporâneo. Afinal, tal modelo de Estado foi implementado por aquele movimento. Quando as demandas do constitucionalismo são levadas a sério para a justificação dos Estados, a teoria da constituição tem que adquirir um nítido caráter normativo, sendo alçada à condição de disciplina de reflexão e avaliação crítica dos critérios de legitimação do poder e do Estado.

Por causa disso, não é de todo falsa a distinção elaborada pela teoria entre constituição formal e constituição material, com acento nesta última, a fim de realçar os elementos inventados pelo movimento constitucionalista para legitimar o poder político. As exigências do constitucionalismo perfazem um esquema normativo de especial importância, em face do qual as instituições de uma comunidade politicamente organizada podem e devem ser avaliadas e criticadas. Todavia, a teoria não pode ser

³⁶ HENKIN, Louis. A new birth of constitutionalism. In: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy: theoretical perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1994, p. 41-42.

³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 81.

³⁸ SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2. ed. atual. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 03.

³⁹ SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2. ed. atual. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 09.

construída relegando ao segundo plano o caráter de lei fundamental da constituição, inclusive porque a consideração desta como lei suprema é uma das demandas do próprio constitucionalismo moderno.

Nesse contexto de múltiplas exigências formais e materiais, permanece ainda a questão de como se deve compreender a constituição, de modo a superar a dicotomia radical e improdutiva entre constituição formal e constituição material, assim como apresentada por uma parte da doutrina constitucional tradicional, sem se desfazer da intuição de que o valor da ordem constitucional repousa em determinados elementos normativos. É claro que já se tem alguma pista de como enfrentar o problema. Mas, como passo adicional na busca de uma concepção renovada da constituição material, a estratégia agora é examinar a trajetória da própria teoria da constituição, enquanto disciplina, pois ela sempre esteve às voltas com esse problema.

1.2.3. Diferentes teorias e uma pretensão

Pelo que foi estudado até este momento, o ponto de partida da revisão que aqui se realiza é o de que a teoria da constituição não pode e nem tem que assumir qualquer tipo de reducionismo, se pretende respeitar as múltiplas exigências do constitucionalismo. Reforçando essa premissa, Marcelo Neves anota que de fato qualquer concepção unilateralista constitui obstáculo à compreensão do fenômeno constitucional, pois, na verdade,

“... a Constituição total, enquanto estrutura e processo fundamentais do Estado, comporta a mútua implicação dos fatores fático-sociais, normativo-jurídicos e ideológicos, que constituem as dimensões básicas e essenciais do fenômeno estatal. (...) Constituição em sentido normativo-jurídico: apesar de funcionar na regulação das relações de poder e como forma positivadora de valores (ideologias), é condicionada pelos fatores fático-sociais e ideológicos, não só nos atos de elaboração constituinte, mas também nos atos de interpretação e aplicação jurídicas”.⁴⁰

⁴⁰ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 62.

Pelo caminho do reducionismo seguiu Ferdinand Lassale, quando, em seu famoso opúsculo, concluiu que, em essência, a constituição de um país é a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação, sendo boa a constituição escrita que corresponder à constituição real definida dessa maneira.⁴¹ Cuida-se de um reducionismo sociológico que simplesmente nega qualquer valor jurídico à constituição escrita, posição esta que é diametralmente oposta à de Kelsen, no que diz respeito à idéia de constituição material. Para o autor da Teoria Pura do Direito, constituição nesse sentido significa “a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas”.⁴² Como, dado o caráter dinâmico do direito (particularidade do direito de regular sua própria criação), “uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela”,⁴³ em uma relação de supra-infra-ordenação. Na ordem jurídica estatal, a constituição representa o escalão de direito positivo mais elevado, ou a base da ordem jurídica nacional.

Por outro lado, a constituição formal é definida por Kelsen como a constituição escrita que contém as ditas normas que regulam a produção de normas gerais, normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, “preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos”.⁴⁴ Se para Lassale boa é a constituição escrita que corresponder à soma dos fatores reais do poder que regem uma nação, para Kelsen a constituição escrita pode assumir qualquer conteúdo, desde que, em primeira linha, sirva “para estabilização das normas que aqui são designadas como Constituição material e que são o fundamento de Direito positivo de qualquer ordem jurídica estadual”.⁴⁵ Nesse sentido, a constituição no sentido material acaba por

⁴¹ LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

⁴² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 247.

⁴³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 246.

⁴⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 247-248.

⁴⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 248.

paradoxalmente coincidir com a constituição no sentido formal,⁴⁶ reafirmando o caráter formalista da teoria jurídica de Kelsen.

Para ser mais preciso, deve ser dito que o reducionismo de Kelsen é normativista, resultado do processo de purificação por meio do qual ele retira do direito, enquanto objeto da teoria, tudo aquilo que não é especificamente jurídico, ou seja, tudo aquilo que não diga respeito à norma. A constituição não pode ser concebida como estrutura política conformadora do Estado porque a teoria rejeita qualquer fundamentação valorativa do direito, centrando-se exclusivamente na análise do direito imediatamente dado (tese do positivismo jurídico)⁴⁷, enquanto sistema de normas postas que regulam o comportamento humano. Assim, tampouco a teoria kelseniana da constituição material pode assumir a condição de uma teoria normativa da política, pois onde todos os conteúdos são possíveis, nenhum deles é necessário. Está certo que Kelsen reconhece que tradicionalmente se entende por constituição no sentido material não apenas as regras relativas aos órgãos e ao procedimento legislativo, mas também as que se referem aos órgãos executivos superiores e ao catálogo dos direitos fundamentais, aceitando ainda que a prática dos Estados modernos corresponde a essa noção e suas constituições em geral apresentam esses três aspectos. No entanto, como já afirmado, esses outros elementos são tomados como conteúdos apenas possíveis da forma constitucional, pois o domínio original e, por assim dizer, natural da constituição é o “domínio que resulta da teoria da estrutura hierárquica do direito”.⁴⁸ No final das contas, a constituição material de Kelsen permanece como o tipo ideal de uma constituição formal.

“Em questões constitucionais é um erro querer distinguir entre o jurídico e o político”.⁴⁹ Em verdade, segundo Carl Schmitt, “o que existe como magnitude *política*

⁴⁶ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Introdução e revisão técnica de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 131.

⁴⁷ Aliás, a própria expressão *Estado de direito* não passa de um pleonasmo para Kelsen, pois para ele Estado e direito são a mesma coisa. O Estado é uma ordem jurídica e seu poder funde-se com a eficácia dessa ordem. Sobre isso, cf. DUTRA, Delamar José Volpato. A legalidade como forma do Estado de direito. *Kriterion - Revista de Filosofia*, v. XLV, n. 109. Belo Horizonte: Departamento de Filosofia da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, janeiro a junho 2004, p. 62-64.

⁴⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 134.

⁴⁹ Frase atribuída a Carl Schmitt, por MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 42, 1997, p. 129.

é, juridicamente considerado, digno de existir”.⁵⁰ Não por outro motivo, para um dos fundadores da teoria da constituição, “a essência da Constituição não está contida em uma lei ou em uma norma. No fundo de toda normação reside uma *decisão política do titular do poder constituinte*, isto é, do povo na Democracia e do monarca na Monarquia autêntica”.⁵¹ É por isso que Schmitt pode afirmar que a constituição em sentido positivo surge, mediante um ato do poder constituinte, como decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política. Dela se distinguem as leis constitucionais, entendidas como tudo aquilo que não diga respeito à forma de estado, governo, órgãos de poder e declaração dos direitos individuais, mas que esteja escrito no texto da constituição.⁵² No entanto, se a constituição vale por virtude da vontade política existencial daquele que a dá, não vale por virtude de sua justiça normativa ou conveniência de suas normas.⁵³ De modo que, não obstante a negação radical do formalismo jurídico por Schmitt, seu decisionismo não deixa espaço para refletir a respeito de uma teoria da constituição entendida como teoria normativa da política. Para o pensamento schmittiano da *Teoria da Constituição*, não há fundamento para a decisão moral.

Talvez melhor sorte, no sentido de uma compreensão integral e, portanto, não reducionista da constituição, tenham tido Rudolf Smend e Hermann Heller, para completar o inventário dos grandes fundadores da Teoria da Constituição. Rudolf Smend radicaliza o sentido da constituição como a ordenação jurídica da vida do Estado, do seu processo de integração, cuja finalidade é a perpétua reimplantação da realidade do Estado. A constituição é tomada como a plasmação legal ou normativa de aspectos determinados desse processo.⁵⁴ Por isso, a constituição é norma, mas também é realidade integradora. O que de fato distingue a constituição de outros estatutos é a sua

⁵⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradução mexicana de Francisco Ayala. México: Editora Nacional, 1970, p. 25-26.

⁵¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradução mexicana de Francisco Ayala. México: Editora Nacional, 1970, p. 27.

⁵² SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradução mexicana de Francisco Ayala. México: Editora Nacional, 1970, p. 18, afirma que constituição em sentido formal é igual a constituição escrita ou série de leis constitucionais escritas. A nota formal da constituição ou da lei constitucional radica em que as mudanças constitucionais estão submetidas a um procedimento especial com condições mais difíceis. Para Schmitt, essa concepção renuncia por completo à significação objetiva da constituição, pois pelo procedimento de reforma não pode definir-se a essência do objeto reformado.

⁵³ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradução mexicana de Francisco Ayala. México: Editora Nacional, 1970, p. 25.

⁵⁴ SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Tradução espanhola de José M^a Beneyeto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 132.

característica de ser uma ordem integradora, fruto da eficácia integradora de seus valores materiais próprios. Nesse passo, os direitos fundamentais são tomados como os representantes de um sistema concreto de valores, de um sistema cultural que resume o sentido da vida estatal contida na constituição. Do ponto de vista político, isso significa uma vontade de integração material. Do ponto de vista jurídico, a legitimação da ordem positiva estatal e jurídica, que se torna válida somente enquanto representa o referido sistema de valores e precisamente por isso se converte em legítimo.⁵⁵

A seu turno, Hermann Heller define a constituição na relação dialética entre normalidade (esfera fática) e normatividade (normas), dizendo que o seu conteúdo normativo, especialmente os direitos fundamentais, forma um conteúdo de significação da realidade social. Antes de tudo, a constituição política como realidade social é concebida como a configuração atual da cooperação entre os membros de uma organização humana, “que se espera seja mantida de modo análogo no futuro, (e) pela qual se produz de modo constantemente renovado a unidade e ordenação da organização”.⁵⁶ Essa primeira noção já expressa a relação entre normalidade e normatividade, pois uma constituição política só se pode conceber como um ser a que dão forma as normas. Por sua vez, o conceito de constituição jurídica destacada reporta-se ao conteúdo normativo jurídico destacado da realidade social, a uma estrutura normativa de sentido, um dever-ser. A possibilidade de emancipação reside no fato de que a realidade social se acha construída dialeticamente, pois nasce em virtude de uma atividade humana sempre renovada na qual ato e sentido, realidade e significação, formam uma unidade dialética. Vale transcrever trecho revelador do compromisso teórico-culturalista de Heller:

“A consciência humana pode extrair, do curso da ação que desenvolve um trabalho com sentido, o seu sentido objetivo transcendente do ato, separá-lo do seu processo subjetivo de vivência, convertê-lo em objeto e inclusive – o que não é, de modo algum, necessário – objetivá-lo em algo corpóreo (por exemplo, por escrito). Em virtude desta operação da nossa consciência emancipa-se um conteúdo de significação da realidade social,

⁵⁵ SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Tradução espanhola de José M^a Beneyeto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 232.

⁵⁶ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 295-296.

tornando-o uma conexão de sentido que pode ser logo recolhido em outros atos e neles revivida.”⁵⁷

A necessidade de uma constituição jurídica destacada encerra o sentido prático de indicar o *optimum* de dominação e ordenação, por meio de uma constante exclusão de exceções a respeito da conduta que se exige. Adicionalmente, a constituição jurídica destacada indica a necessidade de critério precisos de divisão de competências, isto é, normas de organização ou constitucionais.⁵⁸ Além disso, foi importante a garantia jurídica por meio da organização estatal com uma numerosa burocracia especializada. Através da emancipação da organização estatal, houve uma relativa objetivação da jurisdição, a execução forçada e a criação jurídica. Nesse passo, surge o conceito de constituição escrita, sendo certo que a objetivação escrita constitui um importante avanço no processo de emancipação relativa das formações dos espíritos, pois, “em virtude da fixação material, o conteúdo significativo objetivado torna-se muito mais independente das suas atualizações subjetivas transitórias”.⁵⁹ A verdadeira característica da constituição moderna reporta-se ao fato de que a estrutura total do Estado deve ser regulada em um documento escrito único.

De todo modo, um conceito jurídico amplo de constituição deve abranger, pelo menos, “todas as normas jurídicas contidas no texto constitucional junto com todos os demais preceitos jurídicos da ordenação estatal conformes com a Constituição”.⁶⁰ Por isso, as constituições materiais consistem em uma pluralidade de leis constitucionais, razão pela qual entre estas se caracteriza um documento, por sua superior importância, como a constituição *formal*. O conceito de constituição formal “significa a totalidade dos preceitos jurídicos fixados por escrito no texto constitucional”.⁶¹

Para os dois últimos autores, antes de ser processo, a constituição é produto, uma conexão objetiva de sentido, ou sistema cultural de integração. A grande preocupação

⁵⁷ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 307.

⁵⁸ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 308-309.

⁵⁹ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 318.

⁶⁰ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 323.

⁶¹ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 324.

de ambos é com a integração material da comunidade ou organização da atividade cooperativa das pessoas através do Estado, onde a constituição fica encarregada de ordenar o seu modo unitário de existência. É claro que esta ênfase também pode sofrer uma crítica contemporânea elaborada a partir daquilo que se denomina de “fato do pluralismo”, ou seja, a presença permanente de diversas doutrinas abrangentes razoáveis ou diversas concepções da boa vida no mundo moderno⁶². Pela crítica, os direitos fundamentais não podem ser tomados como os representantes de um sistema concreto de valores e nem a constituição como produto cultural, pois isso tem como efeito produzir a violação do direito das pessoas e grupos de escolherem a forma de vida que julgam ser mais valiosa. Não é o caso de aprofundar essa crítica, no momento. Importa reter o fato de que as duas últimas teorias assumem como sua a função de análise e avaliação sistemáticas da lei fundamental e da sociedade e do Estado. Aliás, constroem suas proposições constitutivas fugindo de qualquer reducionismo normativista, sociológico ou decisionista.

Isso constitui uma premissa metodológica adequada inclusive para compreender a intensificação normativa do ordenamento constitucional da sociedade industrial, que tornou necessária uma profunda análise das funções e da estrutura da constituição na atualidade, não mais realizável por meio das tradicionais dicotomias formalistas (norma-realidade, direito-política, estado-sociedade, público-privado), segundo Hans Peter Schneider. Para este autor, o conceito moderno de constituição deve orientar-se atendendo às suas funções cambiantes e ao seu modo específico de funcionamento na comunidade pluralista e antagônica da sociedade industrial, o que leva a rechaçar tanto uma concepção unicamente decisionista da constituição quanto uma transcrição puramente formalista da mesma. Por isso, “em conexão com Smend, Heller y Hesse, a Constituição se deve entender melhor em um sentido funcional: *é o estatuto jurídico fundamental para a formação da unidade política, a delimitação do poder estatal e a*

⁶² Com o termo “fato do pluralismo”, Rawls designa a “diversidade de doutrinas gerais e abrangentes e uma pluralidade de concepções opostas e verdadeiramente impossíveis de serem avaliadas relativas ao sentido, ao valor e à finalidade da vida humana (ou daquilo que chamarei sucintamente de ‘concepções do bem’), defendidas pelos cidadãos das sociedades democráticas. Essa diversidade de doutrinas – o ‘fato do pluralismo’ – não é uma simples condição histórica que deve desaparecer rapidamente. Ao contrário, ela é, pelo menos assim penso, uma característica permanente da cultura pública das democracias modernas. Nas condições políticas e sociais garantidas pelos direitos fundamentais e pelas liberdades historicamente associadas a esses regimes, a diversidade das opiniões é chamada a durar ou até mesmo a se desenvolver”. RAWLS, John. A idéia de um consenso por justaposição. In: RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 251-252.

configuração social da vida; por conseguinte e ante tudo, um instrumento de controle social do processo de consorciação”.⁶³

Pelo seu caráter finalista e orientativo, a constituição é entendida como uma ordem de configuração política, ao tempo em que é uma ordem de proteção jurídica. “Como ordem fundamentalmente normativa da vida política da comunidade, está diretamente relacionada com todos os processos de formação política da vontade e do poder, assumindo, portanto, em sua regulação todo o âmbito existencial do político”.⁶⁴ Dessa maneira, de acordo com as teorias, emerge como função mais importante da constituição a de legitimar a unidade política.

1.2.4. *Constituição e legitimidade*

Se não é o caso de aceitar todas as conclusões a que chegam os “pais fundadores” da teoria da constituição, não se pode deixar de acolher a tese que está relacionada à afirmação de Smend de que os direitos fundamentais, ainda que tomados como os representantes de um sistema concreto de valores, de um sistema cultural que resume o sentido da vida estatal contida na constituição, legitimam a ordem positiva estatal e jurídica, que se torna válida somente enquanto representa o referido sistema de valores e precisamente por isso se converte em legítimo. Tanto quanto não se pode deixar de acolher a tese que está relacionada à afirmação de Heller de que, na relação dialética entre normalidade e normatividade, os princípios éticos do direito retirados da eticidade concreta de uma comunidade têm decisiva importância para a validade e o conteúdo das normas constitucionais. Uma constituição para ser legítima exige uma justificação segundo princípios éticos do direito, razão pela qual a existencialidade e a

⁶³ SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitución*. Prólogo de Luis López Guerra. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 42: “en conexión con Smend, Heller y Hesse, la Constitución se debe entender más bien en un sentido funcional: *es el estatuto jurídico fundamental para la formación de la unidad política, la asignación del poder estatal y la configuración social de la vida*; por consiguiente y ante todo, un instrumento de control social del proceso de consociación”.

⁶⁴ SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitución*. Prólogo de Luis López Guerra. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 43: “Como orden fundamentalmente normativo de la vida política de la comunidad, está directamente relacionada con todos los procesos de formación política de la voluntad y del poder, asumiendo por tanto en su regulación todo el ámbito existencial de lo político”.

normatividade do poder constituinte não se acham em oposição, mas condicionando-se reciprocamente.⁶⁵

A tese mais geral subjacente às análises empreendidas por esses autores é a de que a teoria da constituição não tem como deixar de levar em conta o ponto de vista da legitimidade material, ou simplesmente de *legitimidade constitucional*, que adjudica à lei fundamental a função de “transportar os princípios materiais informadores do estado e da sociedade”.⁶⁶ Konrad Hesse também expressa essa tese quando diz que a constituição é a “ordem jurídica fundamental de uma comunidade ou o plano estrutural para a conformação jurídica de uma comunidade, segundo certos princípios fundamentais”.⁶⁷ Por esse viés, a disciplina que se costuma chamar de teoria da constituição pode ser definida como “a teoria da reflexão, de explicação e de justificação das leis fundamentais e dos seus princípios materiais estruturantes”.⁶⁸ Estes fazem referência ao problema do poder constituinte e dos seus limites especialmente radicados em determinados direitos fundamentais. Nesse sentido é que a teoria da constituição pode ser mais bem compreendida como uma teoria normativa da política, já que “pretende compreender a *ordenação constitucional do político*, através da análise, discussão e crítica da força normativa, possibilidades e limites do direito constitucional”.⁶⁹ Ora, uma teoria normativa da política é sempre uma teoria sobre a legitimidade do poder e do Estado, pois “a primeira tarefa de uma teoria normativa do Estado, uma filosofia do Estado ideal, é fundamentar o Estado a partir de princípios morais”.⁷⁰

Sendo assim, também a tarefa primeira de uma teoria da constituição entendida como teoria normativa da política é reconhecer que o seu objeto, a constituição, tem uma pretensão de legitimidade, para que se possa falar com propósito da legitimação do

⁶⁵ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 327.

⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 1.192-1.193.

⁶⁷ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Tradução espanhola de Pedro Cruz Vilallon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 16.

⁶⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 1.211.

⁶⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 1.188.

⁷⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Filosofia política enquanto teoria normativo-material das instituições em Vittorio Hösle. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; SILVA SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e (orgs.). *Filosofia política contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 339.

arranjo social constitucionalmente estabelecido. A idéia de constituição material surge na teoria para dar conta da pretensão de legitimidade constitucional, sendo esse o sentido próprio, ainda que de ordem geral, que aqui se dá à expressão. Aliás, os múltiplos elementos do constitucionalismo também podem ser reunidos sob esse denominador comum, pois tais elementos constituem igualmente exigências para afirmar a legitimidade da ordem política.

Por legitimidade se entende a qualidade do reconhecimento de algo, no caso, a qualidade do reconhecimento da constituição e do Estado, a partir de certos princípios. Uma constituição legítima é uma constituição digna de ser reconhecida, sendo que esse reconhecimento tem nítido valor normativo. “Uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais”.⁷¹ É que, no fundo, “o direito reclama não apenas aceitação; ele demanda dos seus endereçados um reconhecimento fático, mas antes reivindica *merecer reconhecimento*”.⁷² Como anota ainda Habermas na sua teoria do direito e do estado, o sentido da validade do direito somente se explica através da referência simultânea à sua validade social ou fática (*Geltung*) e à sua validade ou legitimidade (*Gultigkeit*), no que já se pressupõe a distinção entre aceitabilidade e simples aceitação de uma ordem jurídica constitucional.

“A legitimidade das regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional – ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais. A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se. A contrário, tanto a validade social, como a obediência fática, variam de acordo com a fé dos membros da comunidade do direito na legitimidade, e esta fé, por sua vez, apóia-se na suposição da legitimidade, isto é, na fundamentalidade das respectivas normas”.⁷³

⁷¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Tradução de Flavio Bieho Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 140-141. Em outra passagem dessa obra, Habermas escreve: “Uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais” (p. 52).

⁷² HABERMAS, Jürgen. Acerca da legitimação com base nos direitos humanos. In: HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 144.

⁷³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Tradução de Flávio Bieho Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 50.

Para o que aqui interessa, não é necessário explorar a tese de Habermas de que essa condição precisa ser preenchida pelo legislador político, razão pela qual, no sistema jurídico, o processo da legislação constitui, pois, o lugar propriamente dito da integração social. Importa antes referir que o direito e a constituição apresentam uma necessidade de legitimação, sem que o valor desta permaneça embutido nos contextos de um *ethos* da sociedade global subordinada à autoridade de um direito sagrado (jusnaturalismo). Aliás, se o constitucionalismo e a constituição pretendem realizar a promessa de auto-organização jurídica de cidadãos livres e iguais, em uma sociedade profanizada, onde as ordens normativas têm que ser mantidas sem garantias meta-sociais, porque altamente complexa, na medida em que há cada vez mais uma pluralização de formas de vida e uma individualização de histórias de vida, “a facticidade da *imposição* do direito pelo Estado interliga-se com a força de um processo de *normatização* do direito, que tem a pretensão de ser racional, por garantir a liberdade e fundar a legitimidade”.⁷⁴ Mas isso tem que ser feito afastando a substância metafísica da idéia de constituição material, que reduz o processo de criação do direito a apenas um “*reconhecimento* de direito *pré-constitucional*”.⁷⁵ Ao mesmo tempo, tem que ser evitado o pouso no outro extremo da dicotomia radicalizada constituição material/constituição formal, pelo qual nenhum conteúdo é necessário e todos são possíveis. Qual ponto de vista teórico permite tal abordagem renovada da constituição? Melhor dizendo, qual o solo epistemológico adequado de uma teoria pós-metafísica da constituição, que, no entanto, mantém a exigência de sua legitimidade?

1.2.5. Fundamentos metateóricos

Romper com a abordagem unilateral, superando os enfoques tradicionais da teoria da constituição que ou isolam a constituição formal da constituição material, ou então subordinam completamente uma à outra, é o que se deve fazer. Como adverte Marcelo Cattoni, a perspectiva da teoria tradicional de identificar contrastes ou hiatos

⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Tradução de Flávio Bieho Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 48.

⁷⁵ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 63.

em um direito constitucional que se pretende legítimo e realidades político-sociais e econômica recalcitrantes, um ideal a ser buscado e uma crua realidade, perpetua a chama *teoria dos dois mundos*, presente nas *filosofias primeiras*, pouco contribuindo para uma compreensão integral e adequada do direito e da constituição. Além disso, mostra-se empiricamente inoperante, “diante de entraves e obstáculos a uma convivência constitucional e democrática, tantas vezes presentes nos contextos sociais atuais”.⁷⁶ A chave para superar esse impasse pode ser encontrada em uma perspectiva teórica reconstrutiva, que busca “identificar, compreender e reconstruir os *fragmentos e vestígios* dos processos de racionalização social, cultural e subjetiva já presentes e em curso nas sociedades modernas, assim como identificar, compreender e reconstruir os conteúdos jurídico-normativos que já se encontram inscritos, ainda que parcialmente, na facticidade social dos processos político-sociais”.⁷⁷

A intenção é romper tanto com abordagens excessivamente normativas, próprias de um formalismo estéril que perde contato com a realidade, quanto com abordagens meramente objetivas que excluem todo e qualquer aspecto normativo. Nesse sentido, como explica Manuel Jiménez Redondo, uma teoria reconstrutiva “reconstrói a idealidade imanente à facticidade da realidade como agulhão e elemento de tensão nessa mesma realidade”.⁷⁸ O fio condutor de tal teoria não é mais o conceito de razão fornecido pela filosofia do sujeito, mas o de uma razão comunicativa tornada possível pelo *medium* lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam.⁷⁹ Esse modelo de razão resulta de uma idéia radicalmente antiplatonica,

⁷⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 95; _____. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 173.

⁷⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 97.

⁷⁸ JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. Introducción. In: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Introdução e tradução espanhola, sobre a 4. ed. rev., de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 13: “... reconstruye la idealidad inmanente a la facticidad de la realidad como aguijón y elemento de tensión operante en esa misma realidad”.

⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Tradução de Flávio Bieho Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 20. Está fora de propósito, nestes *fundamentos metateóricos*, realizar uma apresentação abrangente dos conceitos de razão comunicativa ou da própria teoria do discurso, pois isso exigiria uma exposição geral dos seus princípios. Ora, somente o pensamento habermasiano, cujo eixo norteador reside no conceito de agir comunicativo, foi elaborado ao longo de uma trajetória acadêmica já quase cinquentenária. Por isso, convém ressaltar que o caráter específico dos *fundamentos* é o de apresentar sucintamente as idéias fundamentais de uma perspectiva teórica reconstrutiva que podem ser aplicadas a uma teoria pós-metafísica da constituição. Eis a razão porque aqui o discurso do texto é metateórico.

segundo a qual não existe algo mais elevado ou mais profundo ao qual se possa apelar, uma vez que, “ao chegarmos, descobrimos que nossas vidas já estavam estruturadas lingüísticamente”.⁸⁰ Habermas afasta assim a suposição de que haveria uma razão pura que só posteriormente vestiria roupagens lingüísticas. Para ele, a razão é originalmente uma razão encarnada tanto nos contextos de ações comunicativas como nas estruturas do mundo da vida, na medida em que os planos e as ações de diferentes atores, mediante o uso da linguagem orientado ao entendimento, se entrecem no tempo histórico e através do espaço social.

Essa nova forma de razão pode ser apresentada como o resultado da reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea.⁸¹ A base da teoria de Habermas é uma pragmática universal que tenta reconstruir os pressupostos racionais, implícitos no uso da linguagem. A teoria dos atos de fala, especialmente aquela desenvolvida por Austin e Searle, permite construir uma espécie de síntese entre a ação e a linguagem, pela qual fica evidente que “apenas as ações lingüísticas às quais o falante vincula uma pretensão de validade criticável são capazes de levar o ouvinte a aceitar a oferta contida num ato de fala, podendo assim se tornar eficazes como mecanismo de coordenação das

⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Tradução de Flávio Bienen Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 12. Em outro lugar, o autor escreve que “somente a função lingüística de expor estado de coisas é um monopólio do homem” e que é “antes o *uso comunicacional* de uma linguagem estruturada em proposições que é peculiar a nossa forma de vida sociocultural e constitui o estágio da reprodução genuinamente social da vida”. HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Trad. de Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 433 e 434. Por certo, o indivíduo já se encontra sempre em um contexto comunicativo, no qual se realiza o processo de socialização e formação da sua identidade, cabendo falar, por isso, em um *fato da comunicação*, no sentido de que as condições de possibilidade da racionalidade comunicativa impõem-se como um *fato da razão*. Cf. DUTRA, Delamar José Volpato. *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 152-159.

⁸¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001, p. 338-348. A virada lingüística demonstrou que a validade intersubjetiva do conhecimento não poderia mais ser assegurada com base na “evidência pré-lingüística de uma consciência solitária, que pudesse constituir a experiência (ou o sentido) e a validade com independência da linguagem e dos outros sujeitos, o que supõe o abandono do *solipsismo metódico* (Apel) ou do *pensamento monológico* (Habermas)” (VELASCO, Marina. *Ética do discurso: Apel ou Habermas?* Rio de Janeiro: FAPERJ: Mauad, 2001, p. 11). Nesse sentido é que se pode falar da razão em forma lingüística como a tarefa da pragmática. Cf. sobre isso DUTRA, Delamar José Volpato. *A democratização do direito*. Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, como requisito parcial para obtenção do Bacharelado em Direito. Florianópolis: UFSC, 2001, p. 15. No caso de Apel e Habermas, além disso, houve a recusa também do paradigma logicista da primeira fase da filosofia lingüística, baseado na sintaxe e na semântica, o qual não levava em conta a dimensão pragmática do uso da linguagem. O paradigma logicista da primeira fase da filosofia lingüística serviu para fundamentar um modelo positivista de ciência, com base no qual Kelsen estruturou sua concepção estritamente normativista do direito e da constituição, esquecendo-se da questão da legitimidade.

ações”.⁸² Isso torna possível uma crítica ao saber absoluto da metafísica e uma busca por destrancendentalizar a razão, “a fim de trazê-la ao chão do mundo vivido e às condições concretas e contingentes da prática, sem perder, entretanto, o horizonte das idealizações inevitáveis e necessárias que se abre em cada ato de fala, realizado argumentativamente”.⁸³

O conceito de razão comunicativa está associado aos processos de entendimento nos quais os participantes desempenham papéis de falantes e ouvintes. A pragmática universal revela que em todas as interações linguisticamente mediadas os falantes erguem pretensões de validade inerentes a seus atos de fala, relativas aos três setores básicos da realidade: “natureza externa” ou *mundo objetivo* (como conjunto dos estados de coisas existentes), “sociedade” ou *mundo social* (como conjunto das relações interpessoais legitimamente reguladas) e “natureza interna” ou *mundo subjetivo* (como conjunto das vivências a que todo locutor tem acesso privilegiado). Nesse contexto, “a pressuposição fundamental para uma teoria da racionalidade é que as respectivas pretensões de validade levantadas por atos de fala – constatativos, regulativos e expressivos – podem ser criticadas e fundamentadas”.⁸⁴

Na interação ordinária, as pretensões de validade que se ligam a cada ato de fala são aceitas de modo mais ou menos ingênuo. Mas essas pretensões podem ser também problematizadas, e quando o que se problematiza são as pretensões de verdade ou de correção, ocorre a passagem da ação comunicativa para o discurso. Isso quer dizer que “o falante tem de dar razões para fundamentar que suas asserções sejam verdadeiras (discurso teórico) ou que uma determinada ação ou norma de ação seja correta (discurso prático)”.⁸⁵ Ora, até mesmo aquele que desenvolve uma teoria da argumentação não pode retroceder da situação que é determinada por sua própria participação em argumentações, restando-lhe voltar-se para a explicação de pressuposições universais e

⁸² ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Moral, direito e política: sobre a teoria do discurso de Habermas. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; SILVA SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e (orgs.). *Filosofia política contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 217.

⁸³ ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Moral, direito e política: sobre a teoria do discurso de Habermas. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; SILVA SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e (orgs.). *Filosofia política contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 216.

⁸⁴ ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Moral, direito e política: sobre a teoria do discurso de Habermas. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; SILVA SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e (orgs.). *Filosofia política contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 220.

⁸⁵ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Teorias da argumentação jurídica (Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros). Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 237.

necessárias. Isso evidencia que há certos pressupostos pragmáticos sem os quais o jogo da argumentação não funciona. Portanto, “qualquer um que participe de uma prática argumentativa já deve ter aceito essas condições de conteúdo normativo. Pelo simples fato de terem passado a argumentar, os participantes estão necessitados a reconhecer esse fato”.⁸⁶ Precisamente nos pressupostos pragmáticos inerentes à linguagem é que está embutida a noção de razão comunicativa, a qual “fixa critérios de racionalidade em função dos procedimentos argumentativos pelos quais resgatam-se as pretensões de validade”.⁸⁷

Portanto, o discurso argumentativo se apresenta como um processo comunicacional que, em relação com o objetivo de um acordo motivado, tem que satisfazer a condições inverossímeis. “No discurso argumentativo, mostram-se estruturas de uma situação de fala que está particularmente imunizada contra a repressão e a desigualdade: ela apresenta-se como uma forma de comunicação suficientemente aproximada de condições ideais”.⁸⁸ Por meio desse percurso conceitual, chega-se à idéia da “comunidade ilimitada de comunicação”, ou “situação ideal de fala”, que corresponde ao modelo de um amplo e irrestrito diálogo, no qual todos os participantes têm igual acesso e onde prevalece a força do melhor argumento, e impõe uma série de condições apresentadas através de três exigências fundamentais: “a não-limitação, ou seja, a ausência de impedimentos à participação; a não-violência, enquanto inexistência de coações externas ou pressões internas; e a seriedade, na medida em que todos participantes devem ter como objetivo a busca cooperativa de um acordo”.⁸⁹

Nesse sentido, a situação ideal de falta resulta em uma concepção contrafática, com nítida função regulativa, ao permitir comparar acordos argumentativos empíricos

⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido. A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 161. E acrescenta, na mesma página, que há um “conjunto de condições sob as quais já nos encontramos desde sempre em nossa prática argumentativa, sem a possibilidade de nos *esquivar em alternativas*; a falta de alternativas significa que essas condições são de fato incontornáveis para nós. (...) as argumentações representam uma forma refletida do agir comunicativo... inevitabilidade daqueles pressupostos universais sob os quais nossa práxis comunicativa cotidiana já se encontra *desde sempre* e que não podemos ‘escolher’ do mesmo modo como escolhemos marcas de automóvel ou postulados axiológicos”. Refere-se a isso como o esclarecimento de um “fato da razão”.

⁸⁷ ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Moral, direito e política: sobre a teoria do discurso de Habermas. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; SILVA SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e (orgs.). *Filosofia política contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 221.

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido. A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 111.

⁸⁹ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 111.

com as condições ideias da comunicação racional. Na verdade, as pretensões de validade não pertencem a um mundo da vida específico, mas integram qualquer forma de vida, e, neste sentido, são incondicionais.⁹⁰ Como dito, aqui surge com toda força a noção de pragmática universal que está na base do compromisso com uma perspectiva universalista sobre racionalidade. Quando se fala que os atores competentes fazem nascer certas afirmações de validade universal, ao mesmo tempo deixa-se transparecer a crença de que na argumentação sobre afirmações específicas imputa-se uma situação de discurso ideal, a qual oferece uma base racional para testar a verdade ou legitimidade das assertivas.⁹¹ Nela, o que vale é a coação sem coações do melhor argumento e a busca cooperativa da verdade.

Não obstante, as pretensões de validade têm uma face de Janus, expressando o entrelaçamento da comunidade real com a comunidade ideal de comunicação, pois ao mesmo tempo em que transcendem todo contexto local elas têm de ser levantadas e reconhecidas aqui e agora, caso devam sustentar o acordo dentre os participantes da interação:

“O momento transcendente de validade *universal* rompe todo provincialismo; o momento da obrigatoriedade das pretensões de validade, aceitas aqui e agora, transforma-as em portadoras de uma práxis cotidiana *vinculada ao contexto*. Ao levantarem mutuamente pretensões de validade com seus atos de fala, aqueles que agem comunicativamente apóiam-se sempre em um potencial de razões suscetíveis de contestação. Com isso, insere-se um momento de *incondicionalidade* nos processos *fatuais* de entendimento – a validade pretendida distingue-se da validade social de uma práxis ajustada faturalmente e, não obstante, serve a essa como fundamento dos consensos efetivos. A validade pretendida para as proposições e as normas transcende espaços e tempos, ‘*anula*’ o espaço e o tempo, mas a pretensão é levantada sempre *aqui e agora*, em contextos determinados, e será aceita ou recusada juntamente com as conseqüências fatuais da ação.”⁹²

⁹⁰ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 109.

⁹¹ WHITE, Stephen K. *Razão, justiça e modernidade*: a obra recente de Jürgen Habermas. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 13.

⁹² HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*: doze lições. Trad. de Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 447-448.

A tensa relação entre real e ideal também se mostra, e de um modo particularmente nítido, no próprio discurso. Como já mencionado, ao entrarem em uma argumentação, os participantes não podem deixar de supor mutuamente o cumprimento adequado das condições de uma situação ideal de fala. Eles, no entanto, sabem que o discurso nunca está definitivamente “purificado” de motivos ocultos e de pressões sobre a ação. Mas, “quanto menos *supormos* um discurso purificado, tanto mais temos de nos contentar com o discurso ‘contaminado’”.⁹³

Um outro elemento central da teoria da ação comunicativa habermasiana é o conceito de “mundo vivido”, que constitui “um horizonte e, ao mesmo tempo, oferece um acervo de evidências culturais do qual os participantes da comunicação tiram, em seus esforços de interpretação, padrões exegéticos consentidos”.⁹⁴ Como explica Luiz Bernardo Leite Araújo, a impotência do agir comunicativo diante da complexidade do mundo moderno obriga Habermas a integrar a perspectiva sistêmica na teoria da sociedade, tendo em conta dois tipos de coordenação das ações: “a que é obtida por intermédio do consenso dos participantes (perspectiva do mundo vivido) e a que é realizada pela via funcional dos observadores (ótica do sistema)”.⁹⁵ Observando-se que a teoria da ação tem primazia sobre a teoria sistêmica, “o ‘mundo vivido’ é um conceito complementar do ‘agir comunicativo’, na medida em que o primeiro representa o *background* social da ação orientada ao mútuo entendimento e o segundo o *medium* da reprodução simbólica do mundo da vida”.⁹⁶ A determinação do mundo vivido, como base para as pretensões de validade, revela a existência de um acordo prévio:

“Nesse campo de saberes pré-teóricos, que somente se deixa acessar por intermédio da linguagem e que é a base na qual apoiamos nossas pretensões de validade, situa-se o horizonte compartilhado das noções de ‘verdade’ (*Wahrheit*), de ‘correção’ (*Richtigkeit*) e de ‘veracidade’ (*Wahrhaftigkeit*). Resulta daí o resgate habermasiano de uma razão

⁹³ HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*: doze lições. Trad. de Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 449.

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*: doze lições. Trad. de Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 416-417.

⁹⁵ ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Moral, direito e política: sobre a teoria do discurso de Habermas. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; SILVA SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e (orgs.). *Filosofia política contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 218.

⁹⁶ ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Moral, direito e política: sobre a teoria do discurso de Habermas. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; SILVA SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e (orgs.). *Filosofia política contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 219.

comunicativa incrustada no vínculo instaurado entre os indivíduos através da linguagem, fruto da mudança do paradigma representado por uma razão centrada no sujeito monológico.”⁹⁷

Para os fins desta investigação, é importante reter o fato de que no paradigma da ação comunicativa, a intersubjetividade produzida lingüisticamente passa a ter precedência. No lugar de um saber metafísico, surgem as ciências reconstrutivas, as quais, desde a perspectiva dos participantes de discursos e de interações, procuram tornar explícito o saber pré-teórico de regras de sujeitos que falam, agem e conhecem competentemente, recorrendo a uma análise das manifestações bem-sucedidas ou distorcidas. “Visto que tais tentativas de reconstrução não se destinam mais a um reino do inteligível que está além dos fenômenos, mas ao saber de regras efetivamente praticado e sedimentado nas manifestações geradas segundo regras, anula-se a separação ontológica entre o transcendental e o empírico”.⁹⁸ Mas, o conteúdo normativo da razão comunicativa é fraco, consistente em que aquele que age comunicativamente tem que se apoiar em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual, estando obrigando a empreender idealizações do tipo: atribuir significado idêntico a enunciados, levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e considerar os destinatários imputáveis. Assim delineada, a razão comunicativa pode servir aos objetivos descritivos da reconstrução de estruturas da competência e da consciência, além de possibilitar a conexão com modos de ver funcionais e com explicações empíricas, pois ela implica a percepção de que:

“Um leque de idealizações inevitáveis forma a base contrafactual de uma prática de entendimento factual, a qual pode voltar-se criticamente contra seus próprios resultados, ou *transcender-se* a si própria. Deste modo, a tensão entre idéia e realidade irrompe na própria facticidade de formas de vida estruturadas lingüisticamente. Os pressupostos

⁹⁷ ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Moral, direito e política: sobre a teoria do discurso de Habermas. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; SILVA SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e (orgs.). *Filosofia política contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 219.

⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Trad. de Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 415-416.

idealizadores sobrecarregam, sem dúvida, a prática comunicativa cotidiana: porém, sem essa transcendência intramundana, não pode haver processos de aprendizagem.”⁹⁹

Não é assim que opera o pensamento metafísico que remete ao idealismo filosófico. Seus aspectos são criteriosamente identificados da seguinte forma: a) pensamento da identidade: perspectiva a partir da qual todas as coisas e acontecimentos da experiência humana são considerados simultaneamente como entidades singulares e como partes de um único todo; b) idealismo ou doutrina das idéias: natureza conceitual da ordenação que cria a unidade subjacente à multiplicidade dos fenômenos, como seu fundamento ontológico; c) o conceito forte de teoria: a teoria, na perspectiva metafísica, como espécie de substituto para religião enquanto acesso privilegiado à verdade e forma suprema de vida consciente, explicitada na idéia de “fundamentação última”. Na própria modernidade, que significa a perda de ligação com o sagrado, o conceito de teoria ainda mantém a interpretação idealista do distanciamento em relação ao contexto de interesses e da experiência cotidiana, tornando-se “pura”. Em decorrência, a moderna filosofia da consciência permanece assumindo a forma de uma teoria que se fundamenta absolutamente a si mesma.¹⁰⁰

Somente com certos desenvolvimentos históricos é que se pode dizer que a metafísica foi ferida, e a partir de fora. Tais desenvolvimentos são: a) a substituição da racionalidade substancial pela racionalidade dos procedimentos, por meio da qual se decide se uma sentença é verdadeira ou falsa apenas pelos procedimentos racionais. Não vale mais a razão encontrada no mundo (metafísica clássica) ou projetada pelo sujeito (filosofia transcendental), mas a solução de problemas; b) a mudança de paradigma da consciência para a linguagem, pois a descrição de entidades que surgem no interior do espaço de representação ou da corrente das vivências carrega consigo a mácula de parecer algo meramente subjetivo; c) a destrancendentalização dos conceitos tradicionais fundamentais, pelo paradigma do entendimento ou modelo da razão comunicativa, nos termos dantes alinhavados; d) a inversão da relação clássica entre

⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Tradução de Flávio Bienen Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 20-21.

¹⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. Motivos de pensamento pós-metafísico. In: HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 39-42.

teoria e práxis, despertando-se a consciência para a importância dos contextos cotidianos de ação e comunicação.¹⁰¹

A rejeição à teoria dos dois mundos (inteligível e sensível), no âmbito da teoria da constituição, conduz a que esta tenha que assumir a *tensão* entre norma ou ideal e realidade, ao invés de se referir a hiato, oposição ou contradição. Por certo, há um momento de transcendência, mas esta é imanente, intramundana, e não metafísica, como se viu. Para que possa assumir a tensão entre idealidade e facticidade, a teoria da constituição deve complementar seu enfoque tradicional por meio do diálogo com as teorias da sociedade e com as teorias políticas, assumir a perspectiva do sistema jurídico-constitucional e analisar a tensão interna entre positividade e legitimidade do direito, “reconstruindo os princípios, as regras, os procedimentos, a compreensão, a justificação e aplicação destes, resgatando a normatividade constitucional e a função primordial do Direito moderno, presente do Direito Constitucional de modo ímpar: a função de integração social”.¹⁰²

É ainda Habermas quem sugere que a tensão entre princípios universalistas, que correm o risco de perder o contato com a realidade social, e princípios objetivistas, que deixam fora de foco qualquer aspecto normativo, pode ser entendida como admoestação para que a teoria não se fixe numa única orientação disciplinar, mas se mantenha aberta a diferentes posições metódicas (participante versus observador), a diferentes finalidades teóricas (explicação hermenêutica do sentido e análise conceitual versus descrição e explicação empírica), a diferentes perspectivas de papéis (o do juiz, do político, do legislador, do cliente e do cidadão) e a variados enfoques pragmáticos na pesquisa (hermenêuticos, críticos, analíticos etc.), a fim de que uma abordagem normativa não perca o seu contato com a realidade, nem uma abordagem objetiva exclua qualquer aspecto normativo, mas permaneçam em tensão.¹⁰³

1.2.6. A legitimação pós-metafísica da constituição

¹⁰¹ HABERMAS, Jürgen. Motivos de pensamento pós-metafísico. In: HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 44-61.

¹⁰² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 98.

¹⁰³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, vol. I. Tradução de Flávio Bienen Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 23.

De posse desses fundamentos, é possível afirmar que a teoria da constituição tem que assumir uma perspectiva reconstrutiva do seu objeto, reconstruindo os vestígios da racionalidade já presente e vigente na prática constituinte de uma comunidade política, por mais distorcida que essa racionalidade possa parecer. Ao assumir como seu esse postulado metodológico, a teoria adquire competência para explicitar os fundamentos da legitimidade da constituição, sem fazer uso de critérios metafísicos. E é o próprio Habermas quem elabora uma fundamentação desse tipo, com nítido caráter universalista, ao reconstruir o sentido performativo de uma prática constituinte paradigmática do constitucionalismo moderno. Nessa tarefa, para afastar o regresso *ad infinitum* quanto à legitimação da constituição, na medida em que a própria assembleia constituinte não pode, por exemplo, garantir a legitimidade das regras segundo as quais ela mesma foi constituída, uma vez que, neste caso, a série não se fecharia, Habermas sugere inicialmente que se entenda o próprio regresso como:

“(A) expressão compreensível de um aspecto do caráter da constituição dos Estados democráticos de direito, isto é, a sua abertura para o futuro: uma constituição que é democrática, não somente de acordo com seu conteúdo, mas também de acordo com a fonte de sua legitimação, constitui um projeto capaz de formar tradições com um início marcado na história. Todas as gerações posteriores enfrentarão a tarefa de atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuído no documento da constituição. Na linha dessa compreensão dinâmica da constituição, a legislação em vigor continua a interpretar e a escrever o sistema dos direitos, adaptando-o às circunstâncias atuais (e nesta medida, apagar a diferença entre normas constitucionais e simples leis)”.¹⁰⁴

O processo só faz sentido se puder ser interpretado, a longo prazo, como um processo de aprendizagem que se corrige a si mesmo, o que tem como pressuposto a idéia não trivial, mas certamente plausível, de que as gerações posteriores tomam como ponto de partida as *mesmas* medidas que tinham sido tomadas pela geração dos fundadores. Os participantes de hoje em dia só podem aprender enquanto se

¹⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. O estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 165.

encontrarem no mesmo barco junto com as gerações precedentes, tendo que supor ainda que estas tiveram a mesma intenção de criar e ampliar as bases para uma associação livre de parceiros do direito. Apesar da distância, todos “têm que estar em condições de reconhecer o projeto como sendo o *mesmo* que perdura, através dos séculos, e serem capazes de avaliá-lo dentro da *mesma* perspectiva”.¹⁰⁵ A prática comum a que recorrem, quando são realizados esforços para atingir uma compreensão racional do texto da constituição, constitui a amarra unificadora do processo de aprendizagem. A plausibilidade dessas suposições reside no fato de que uma constituição é elaborada para durar no tempo. Nesse contexto, o ato da fundação da constituição pode ser tomado como a fundamentação de um novo tipo de prática com significado para a história mundial. Porém, e esse é o núcleo do argumento de Habermas,

“(O) sentido performativo desta prática destinada a produzir uma comunidade política de cidadãos livres e iguais, que se determinam a si mesmos, foi apenas enunciado no teor da constituição. Ele continua dependente de uma explicação reiterada, no decorrer das posteriores aplicações, interpretações e complementações das normas constitucionais. Graças a esse sentido performativo, que permanece disponível à intuição de cada cidadão de uma comunidade política democrática, ele pode assumir duas atitudes: referir-se *criticamente* aos textos e decisões da geração dos fundadores e dos sucessores; ou, ao contrário, assumir a perspectiva dos fundadores e dirigi-la criticamente contra a atualidade, a fim de examinar se as instituições existentes, as práticas e procedimentos da formação democrática da opinião e da vontade preenchem as condições necessárias para um processo que produz legitimidade. (...) Qualquer ato fundador abre a possibilidade de um processo ulterior de tentativas que a si mesmo se corrige e que permite explorar cada vez melhor as fontes do sistema dos direitos”.¹⁰⁶

A uma prática constituinte originária é adjudicada a função inicial e limitada de refletir sobre o sentido específico do projeto e explicitá-lo conceitualmente, pois se acredita que essa reflexão é capaz de chamar a atenção para uma série de tarefas

¹⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. O estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 166.

¹⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. O estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 167.

construtivas que têm que ser levadas a cabo antes do início concreto dos trabalhos constituintes.¹⁰⁷ É que os participantes têm que obter clareza sobre o empreendimento pelo qual se decidiram, ao entrar numa prática constituinte. “Porém, a partir do momento em que explicitam o sentido performativo dessa prática que já conheciam intuitivamente, eles sabem que têm que criar, como se fosse de um só golpe, (*um sistema de direitos*)”.¹⁰⁸ A partir desse momento, os participantes lançam fora o véu de ignorância do saber não-empírico, tecido por eles mesmos, pois “a reunião constituinte só pode tomar decisões, quando tem consciência dos riscos que determinada necessidade de segurança coloca na ordem do dia. (...) Somente a partir do momento em que as características relevantes do mundo ambiente lançarem luz sobre os nossos interesses, tornar-se-á claro que necessitamos dos direitos que conhecemos”.¹⁰⁹ Por esse caminho, a prática constituinte originária, expressão máxima da autodeterminação cidadã, passa a ser entendida como o início de um processo longo e ininterrupto de realização e de configuração de *um sistema de direitos fundamentais*.

Um sistema de direitos surge como o sentido performativo do ato de produzir uma constituição a partir das demandas do constitucionalismo, as quais podem ser resumidas na exigência de criação de uma comunidade política de livres e iguais. Na verdade, o sentido performativo de uma prática constituinte originária é um sistema de direitos porque só um sistema de direitos outorga às pessoas as mesmas liberdades. Ou seja, a fundação de uma comunidade de livres e iguais somente se dá pela garantia de direitos a todos. Se isso é correto, então o conteúdo normativo do sistema de direitos aparece como o critério de legitimação da ordem constitucional. “O discurso dos direitos humanos sempre teve como objetivo estabelecer um valor de justificação das ordens normativas para além da própria positividade dos ordenamentos jurídicos”.¹¹⁰

Por isso, os direitos constituem o critério por excelência das teorias normativas da política. Eles constituem igualmente os princípios *materiais* informadores do caráter

¹⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. O estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 168.

¹⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. O estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 170.

¹⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. O estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 170.

¹¹⁰ BORGES, Maria de Lourdes et alii. *Ética*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 121.

crítico da teoria da constituição, o que está de acordo com as demandas do constitucionalismo, conforme igualmente assentado anteriormente. De maneira que, ao explicitar que é um sistema de direitos o sentido performativo de uma prática constituinte originária, a proposta de Habermas quanto à legitimação da constituição se insere na tradição constitucionalista moderna, com a vantagem de desfazer-se do fardo metafísico.

De acordo com a perspectiva teórica adotada, a idéia de *constituição material*, conquanto faça referência à pretensão de legitimidade da própria constituição, perde sua substância metafísica. É claro que, pela justificação pós-metafísica da constituição, conforme se viu, ainda se apresenta plausível a tese de que “um Estado justo, em uma sociedade democrática, é, *pelo menos*, um Estado comprometido com a promoção de um conjunto de direitos fundamentais dos cidadãos”.¹¹¹ Contudo, o termo *constituição material* permanece apenas como uma forma estilizada de fazer referência ao esquema de direitos que legitima o Estado e a própria constituição. Por meio de um procedimento reconstrutivo é revelado que um sistema de direitos surge como idealização inevitável da prática constituinte originária que pretende fundar uma comunidade política de pessoas livres e iguais. Esse sistema se encontra incorporado no documento que se conhece por constituição formal, mas de maneira radicalmente incompleta. Não se consegue esgotar o seu sentido de uma vez por todas, pois a produção desse sentido depende dos contextos situacionais a partir dos quais os cidadãos percebem claramente quais são os seus próprios interesses, impulsionando a reivindicação de direitos.

Isso quer dizer que há um excesso dos direitos frente a toda formulação elaborada. Claude Lefort já tinha chamado a atenção para essa característica dos direitos, ao defender que os direitos do homem reenviam o direito a um fundamento que se dá no interior dele mesmo, razão pela qual toda formulação de uma declaração contém a exigência de sua reformulação. Para Lefort, os direitos adquiridos são necessariamente chamados a sustentar novos direitos.¹¹² Essa é uma maneira de designar a idéia de tensão entre constituição material e constituição formal. Se a constituição material faz referência à idealidade do direito constitucional, enquanto a

¹¹¹ VITA, Álvaro de. O lugar dos direitos na moralidade política. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 30, 1993, p. 07.

¹¹² LEFORT, Claude. Direitos do homem e política. In: *A invenção democrática: os limites da dominação totalitária*. Tradução de Isabel Marva Loureiro. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 55.

constituição formal faz referência à ordem constitucional positiva, assumir a tensão entre ambas é tornar possível uma compreensão adequada, porque integral, do fenômeno constitucional. Por conseguinte, é tornar possível uma noção plausível de direitos fundamentais em sentido material. Por meio dessa expressão não se faz mais referência a um direito natural metafisicamente fundamentado, mas ao conteúdo normativo inesgotável do sistema de direitos inevitavelmente assumido por uma prática constituinte do tipo moderna e que deve ser desdobrado em novos direitos, a partir das necessidades que surgem ao longo do caminho.

1.3. Uma teoria da constituição baseada em direitos

A concepção ampliada dos direitos fundamentais pode ser alocada no horizonte de uma corrente teórica bastante conhecida no discurso político normativo, tornando transparente o fato de que ela passa a sustentar um modelo bem específico de teoria da constituição. As teorias morais e políticas que reservam um lugar importante a direitos na moralidade política são conhecidas como teorias baseadas no direito, atribuindo primazia ao interesse (do portador) protegido pelo direito, distinguindo-se das teorias baseadas no dever, que são aquelas que se concentram, sobretudo, na correção da conduta dos agentes que se encontram sob o dever de não violar ou de prover um direito. “As teorias baseadas no dever impõem restrições muito mais rígidas ao que pode ou não ser feito, inclusive no que se refere a reduzir o nível de violação ou a promover a realização de direitos em uma dada sociedade”.¹¹³ É que existe um direito “quando um aspecto do bem-estar de um indivíduo constitui uma razão suficiente para atribuir determinados deveres e obrigações a outros”.¹¹⁴ O foco no interesse do beneficiário permite falar da existência de um direito antes de determinar quem está sujeito aos deveres e obrigações relevantes.

Ronald Dworkin foi quem sugeriu a classificação das teorias de acordo com a sua sustentação em metas, direitos ou deveres, explicando que as teorias baseadas em

¹¹³ VITA, Álvaro de. *O lugar dos direitos na moralidade política*. Lua Nova – Revista de Cultura e Política, n. 30, 1993, p. 19.

¹¹⁴ VITA, Álvaro de. *O lugar dos direitos na moralidade política*. Lua Nova – Revista de Cultura e Política, n. 30, 1993, p. 18.

metas dizem respeito ao bem-estar de um determinado indivíduo apenas, na medida em que isso contribua para algum estado de coisas estipulado como bom, deixando totalmente de lado sua escolha desse estado de coisas. Já as teorias baseadas em direitos e baseadas em deveres, segundo o autor, colocam o indivíduo no centro e tomam sua decisão ou conduta como algo de fundamental importância. Todavia, estes últimos dois tipos colocam o indivíduo sob focos diferentes. As teorias baseadas em deveres se preocupam com a qualidade moral de seus atos, pois pressupõem que é literalmente errado que o indivíduo não consiga seguir certos padrões de comportamento. Por outro lado, as teorias baseadas em direitos preocupam-se mais com a independência do que com a conformidade da ação individual. Elas pressupõem e protegem o valor do pensamento e da escolha individuais, pois “consideram os códigos de conduta como instrumentais, necessários talvez para proteger os direitos dos outros, mas sem nenhum valor essencial em si mesmos. O homem que se encontra em seu centro é um homem que se beneficia da obediência alheia, e não o homem que leva uma vida virtuosa por sua própria obediência”.¹¹⁵

Certamente a tese de que todos os seres humanos são portadores de determinados direitos, e de que isso tem implicações cruciais para o exercício legítimo da autoridade política em uma sociedade, foi primeiramente defendida pelo jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII. Mas, nem por isso se precisa mais recorrer às noções de lei natural ou de natureza humana essencial para fundamentar a validade de certos direitos, conforme será estudado no capítulo relativo à justificação dos direitos fundamentais. Na constituição de uma comunidade política de cidadãos livres e iguais, conforme exige o constitucionalismo, bem como em um contexto de ausência de uma concepção do bem que possa ser compartilhada por todos, é inevitável que as pessoas tenham que concordar “em compartilhar certos princípios e regras morais que estabelecem limites às formas pelas quais cada um (indivíduos, grupos, comunidades, etnias ou nações) pode se empenhar em realizar sua visão mais abrangente do bem”.¹¹⁶

A crença moderna nos ideais de igualdade e liberdade também se exprime na noção de dignidade, pela qual a vida humana tem sempre um fim em si mesmo, ou seja,

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 268.

¹¹⁶ VITA, Álvaro de. O lugar dos direitos na moralidade política. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 30, 1993, p. 08.

está acima de qualquer preço. Ora, “considerar que as pessoas estão investidas de direitos é uma forma de afirmar sua humanidade como fim em si mesmo”.¹¹⁷ E a validade dessa elocução moral é de todo independente de avaliações de mérito. Por isso, os direitos têm sido caracterizados freqüentemente em termos de sua urgência, seu caráter peremptório e até mesmo sua força conclusiva no argumento político. Daí o esclarecimento de Jeremy Waldron de que muitos teóricos dos direitos podem até conceder importância à utilidade ou outros ideais sociais na moralidade política, bem como podem até conceder que *todo* interesse *qua* interesse tenha algum tipo de pretensão a ser satisfeita; mas, ainda que assim o façam, “eles reservam a linguagem dos direitos para interesses e considerações que eles julgam ter importância *especial*, uma importância que justificaria anular outros valores e ideais sempre que eles conflitam com a proteção dos direitos”.¹¹⁸ É o que quase repete Álvaro de Vita, ao escrever:

“Quem quer que acredite em direitos humanos acredita na existência de motivos para a ação (sobretudo para a ação política) dotados de considerável peremptoriedade. Quem acredita que esses motivos existem rejeita o desrespeito a direitos fundamentais de algumas pessoas simplesmente porque desrespeitá-los torne possível um estado de coisas que seja mais satisfatório do ponto de vista dos interesses, preferências ou desejos de muitos outros.”¹¹⁹

J. L. Mackie levou adiante a sugestão classificatória de Dworkin das teorias políticas, agregando argumentos em favor daquelas baseadas em direitos. Diz aquele autor que é até possível derivar objetivos e direitos de deveres, bem como deveres podem derivar de direitos, objetivos de direitos e direitos de direitos. Todavia, considera

¹¹⁷ VITA, Álvaro de. O lugar dos direitos na moralidade política. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 30, 1993, p. 09.

¹¹⁸ WALDRON, Jeremy. Introduction. In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 14: “Many rights-theorists concede that utilitarian or other social ideals are important in political morality, and they may even concede that *every* interest *qua* interest has some sort of claim to satisfaction; but they reserve the language of rights for interests and considerations that they take to have *special* importance, an importance which would warrant overriding other values and ideals whenever they conflict with the protection of rights”. A coletânea editada por Waldron, aliás, contém textos que em seu conjunto realizam um importante debate sobre as condições de possibilidade de teorias baseadas em direitos. Por outro lado, para uma crítica radical ao discurso dos direitos no debate político, cf. BROWN, Wendy & WILLIAMS, Patricia. *La crítica de los derechos*. Tradução colombiana e estudo preliminar de Isabel Cristina Jaramillo Sierra. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Instituto Pensar, Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2003.

¹¹⁹ VITA, Álvaro de. *O lugar dos direitos na moralidade política*. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 30, 1993, p. 33.

vantajoso adotar os direitos, antes que os deveres, como a base e o fundamento da moralidade. Primeiro, porque dever por dever é um absurdo, enquanto direitos por eles próprios não são. É que o próprio ato de estabelecer leis pode ter como causa apenas os direitos correlativos que elas criam ou os produtos da cooperação que elas mantêm. Além disso, “se um indivíduo é sacrificado para o aumento de vantagens de outros, o que se deplora são os maus-tratos deste indivíduo, a invasão dos seus direitos, antes que a questão relativa à injustiça do seu tratamento em comparação com os outros”.¹²⁰ Segundo Mackie, portanto, não somente pode haver uma teoria moral baseada em direitos, mas o que na verdade ocorre é que não há qualquer teoria moral aceitável que não seja baseada em direitos.

Há aqueles que, por certo, negam peremptoriamente essa conclusão. Joseph Raz, por exemplo, sugere que a moralidade não é baseada no direito. A idéia de Raz é que entre os preceitos fundamentais da moralidade se encontram valores, direitos e deveres, o que significa que deve haver um entendimento pluralista da fundamentação da moralidade.¹²¹ Raz apresenta suas razões para sugerir que moralidades baseadas nos direitos são teorias morais empobrecidas, bem como inverossímeis para fornecer fundamentação adequada para uma moralidade humanista aceitável. Em primeiro lugar, as moralidades baseadas nos direitos consistem em direitos e, como reverso disso, também naqueles requerimentos especiais conhecidos como deveres.¹²² E para Raz, deveres não são razões para ação de um grande peso, mas constituem apenas um tipo especial de requerimento para ação. Em segundo lugar, moralidades baseadas nos direitos não permitem uma significação moral para a super-rogação, pois atos desta natureza estão além do dever e da obrigação. Depois, moralidades baseadas em direitos não atribuem valor moral intrínseco à virtude e à busca da excelência.¹²³

¹²⁰ MACKIE, J. L. Can there be a right-based moral theory? In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 174: “If one individual is sacrificed for advantages accruing to others, what is deplorable is the ill-treatment of this individual, the invasion of his rights, rather than the relational matter of the unfairness of his treatment in comparison with others”.

¹²¹ RAZ, Joseph. Right-based moralities. In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 182.

¹²² RAZ, Joseph. Right-based moralities. In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 184: “Rights are tied to duties. Reasons for action which do not amount to duties escape the notice of a right-based morality”.

¹²³ RAZ, Joseph. Right-based moralities. In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 185.

Além disso, as “teorias morais baseadas em direitos tendem a ser individualistas e a negar o valor intrínseco dos bens coletivos”.¹²⁴ Ora, dada a necessidade intrínseca de alguns bens coletivos, é razoável concluir que a moralidade não é baseada em direitos, afirma Raz.¹²⁵ No fundo, o autor acredita que, à parte alguns direitos, encontram-se outros valores na base da moralidade, bem como há deveres dos governos que não derivam dos direitos de seres humanos individuais e, inclusive, deveres que não derivam de quaisquer direitos. Daí sua defesa daquilo que chama de uma fundamentação *pluralista* da moralidade, portanto, de uma fundamentação que não se restrinja aos direitos.

As críticas de Raz podem e devem ser refutadas. Quanto ao argumento da inevitabilidade da implicação dos deveres a partir dos direitos, um contra-argumento de Hart serve como início de resposta. Hart esclarece que o “conceito de um direito pertence àquele ramo da moralidade que está especificamente preocupado em determinar quando a liberdade de uma pessoa pode ser limitada pela de outro e assim em determinar quais ações podem apropriadamente ser tornadas objeto de regras legais coercitivas”.¹²⁶ Assim, a característica comum mais importante do grupo de conceitos morais do tipo justiça, equidade, direitos e obrigação é que há uma relação com o uso legítimo da coerção. De todo modo, Hart defende que há direitos sem deveres correspondentes, na forma daquelas prerrogativas que os juristas chamam de *liberties*.¹²⁷ Ainda que essa não seja uma resposta completa ao argumento de Raz, serve para chamar a atenção sobre o que realmente importa em teorias baseadas em direitos, que é a atribuição de primazia ao portador do interesse protegido pelo direito. O foco no interesse do beneficiário permite falar da existência de um direito antes de determinar quem está sujeito aos deveres e obrigações relevantes; e é isso que quer expressar uma teoria baseada em direitos.

¹²⁴ RAZ, Joseph. Right-based moralities. In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 189: “... right-based moral theories tend to be individualistic and to deny the intrinsic value of collective goods

¹²⁵ RAZ, Joseph. Right-based moralities. In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 194.

¹²⁶ HART, H. L. A. Are there any natural rights? In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 79: “The concept of a right belongs to that branch of morality which is specifically concerned to determine when one person’s freedom may be limited by another’s and so to determine what actions may appropriately be made the subject of coercive legal rules”.

¹²⁷ HART, H. L. A. Are there any natural rights? In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 80-81.

Por outro lado, os atos super-rogorários e a virtude e a busca da excelência são valores perfeitamente protegidos pelos direitos, mas apenas no sentido de que estes salvaguardam os interesses das pessoas elegerem aqueles valores como seus, se assim o desejarem. Na verdade, referidos valores podem ser mais bem alocados no âmbito de uma visão abrangente do bem, cuja eleição pelo agente deve ser permitida e deve estar até mesmo protegida pelo sistema de direitos de uma democracia pluralista. Segundo esse argumento, a linguagem dos direitos continua pertencendo à moralidade, como sua categoria básica. O que não é correto, nos complexos contextos da vida contemporânea, é a transformação dos atos super-rogorários e a virtude e a busca da excelência em preceitos obrigatórios do direito. Finalmente, as teorias morais baseadas em direitos não precisam negar o valor intrínseco de certos bens coletivos, ou, para ser mais exato, podem muito bem admitir a existência de direitos relacionados a interesses coletivos. Os direitos sociais, econômicos e culturais são um exemplo já amplamente estabelecido dessa categoria, inclusive constando em diversas cartas constitucionais de direitos.

Pois bem. Os que são partidários de teorias baseadas em direitos costumam afirmar que “indivíduos têm direitos. E há coisas que nenhuma pessoa ou grupo podem fazer com os indivíduos (sem lhes violar os direitos)”.¹²⁸ Ou que “cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. (...) Portanto numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais”.¹²⁹ Ou, ainda, que “direitos são mais bem compreendidos como trunfos sobre alguma justificação de fundo para decisões políticas que afirma um objetivo para a comunidade como um todo”.¹³⁰ O que se quer defender aqui é a tese de que, mesmo revista, a idéia dos direitos fundamentais em sentido material expressa um compromisso desse tipo, revelando que aqueles que a advogam compartilham de uma *teoria da constituição baseada em direitos*. Essa conclusão pode até surpreender pela sua obviedade, na medida em que a

¹²⁸ NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 09.

¹²⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 04.

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 153: “Rights are best understood as trumps over some background justification for political decisions that states a goal for the community as a whole”.

história do constitucionalismo moderno coincide com a história dos direitos fundamentais.¹³¹ Contudo, a afirmação pode não ser tão trivial assim.

Destarte, há teorias da constituição que não tomam os direitos como seu esteio principal, tais quais aquelas que enfatizam outro aspecto relevante do arranjo jurídico-político básico, e a partir disso apresentam suas proposições fundamentais ou posições constitutivas. Bruce Ackerman, por exemplo, elabora um modelo de *constituição dualista*, distinguindo dois tipos diferentes de decisões que podem ser tomadas em uma democracia: a decisão pelo povo e a decisão pelo seu governo. Decisões pelo povo ocorrem raramente e sob condições constitucionais especiais: convencimento de um extraordinário número de cidadãos de tomar a iniciativa proposta com uma seriedade que eles normalmente não acordam à política; oportunidade justa dos oponentes organizarem suas próprias forças; convencimento dos cidadãos a suportar a iniciativa enquanto seu mérito é discutido no procedimento constituinte. Decisões pelo governo ocorrem diariamente e também sob condições especiais: os agentes principais devem ser legitimados regularmente em eleições; devem tomar uma visão ampla do interesse público sem a influência indevida de grupos de interesses limitados; autoridade limitada pelas decisões prévias tomadas pelo povo.¹³² Na visão do autor, a constituição é primeiramente democrática, depois protetora dos direitos.¹³³

Por outro lado, Ackerman identifica como *rights foundationalists* os teóricos que consideram que a constituição, antes de qualquer coisa, trata de proteger os direitos; e somente depois “autoriza o Povo a dedicar-se a outras questões”.¹³⁴ Ainda que estes teóricos não neguem um lugar para princípios democráticos, o seu compromisso mais profundo é com os direitos fundamentais, inclusive no sentido de que ter direitos é triunfar sobre decisões tomadas por instituições democráticas. Uma constituição fundamentalista é indicada como sendo o modelo desses teóricos. Finalmente, há ainda aqueles teóricos constitucionais que são partidários de um modelo de *democracia*

¹³¹ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 82. Belo Horizonte: UFMG, janeiro 1996, p. 16.

¹³² ACKERMAN, Bruce. *We the people*. Vol. 1: Foundations. 1. ed. 4. reimp. Cambridge: London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1995, p. 06.

¹³³ ACKERMAN, Bruce & ROSENKRANTZ, Carlos F. Tres concepciones de la democracia constitucional. In: *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 25.

¹³⁴ ACKERMAN, Bruce. *We the people*. Vol. 1: Foundations. 1. ed. 4. reimp. Cambridge: London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1995, p. 13: “only then does it authorize the People to work their will on other matters”.

monista, que requer a concessão de autoridade legislativa plena aos vencedores da última eleição geral.¹³⁵ A prática parlamentar britânica é apontada como o exemplo por excelência deste último modelo, já que constitui um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos, toma suas decisões com base no governo da maioria e tem a palavra final em questões de direito e princípios, não existindo, dessa forma, limites ao Parlamento.¹³⁶ Ela, assim, captura a essência da democracia, segundo os monistas, que desse modo se revelam hostis aos direitos, ao menos como os fundamentalistas os compreendem.

Quando apresenta a solução dualista para a divergência entre monistas e fundamentalistas, Ackerman diz estar com os olhos voltados para a especificidade da Constituição americana. Para ele, o dualismo é a teoria política que melhor reconstrói a democracia constitucional americana. Assim, Ackerman aceita o fato de que, se por meio de uma decisão do povo for incorporada uma Carta de Direitos moderna àquela Constituição, a legislatura ordinária ficará ainda mais limitada na sua atividade, já que tem que respeitar os direitos incorporados. Ao mesmo tempo, sua teoria admite que mediante uma decisão do povo possa ser suprimida qualquer cláusula incorporadora de direitos, valendo dizer que, ao tempo em que se preocupa com a defesa dos direitos contra a política democrática, a solução apresentada não necessita de “princípios não democráticos dos tipos proferidos pelos fundamentalistas de direitos”.¹³⁷ Sendo assim, o autor afirma a prioridade da democracia na tese dualista, o que para ele é plenamente plausível em relação às constituições que não possuem cláusulas eternas, como a Constituição norte-americana.

Por outro lado, uma constituição que contém uma lista de direitos fundamentais que não pode ser revisada pode ser mais bem explicada através de uma teoria fundamentalista da constituição. Este seria o caso da Lei Fundamental alemã em vigor, bem como da Constituição brasileira de 1988.¹³⁸ Mas a verdade é que Ackerman não se

¹³⁵ ACKERMAN, Bruce. *We the people*. Vol. 1: Foundations. 1. ed. 4. reimp. Cambridge: London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1995, p. 08.

¹³⁶ ACKERMAN, Bruce & ROSENKRANTZ, Carlos F. Tres concepciones de la democracia constitucional. In: *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 28.

¹³⁷ ACKERMAN, Bruce. *We the people*. Vol. 1: Foundations. 1. ed. 4. reimp. Cambridge: London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1995, p. 13: “... non-democratic principles of the kinds proffered by the rights foundationalist”.

¹³⁸ Constituição brasileira de 1988, artigo 60, § 4º: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III –

limita a estabelecer uma necessária correspondência entre teorias constitucionais e práticas constitucionais determinadas, pois ele não hesita em considerar que a melhor teoria constitucional, de um ponto de vista geral, é aquela que obriga os cidadãos a se comprometerem no debate coletivo para a defesa do que crêem correto, o que para ele é sempre uma teoria não fundamentalista. Por isso, suas observações têm nítida pretensão de serem universais, inclusive quanto à qualidade superior da teoria dualista. Tanto é assim que julga a democracia dualista como a forma de democracia constitucional que a Argentina deveria adotar, não obstante o texto mesmo da Constituição argentina ser indubitavelmente monista, segundo reconhece o autor.¹³⁹

Ainda que incorporando a tese de Ackerman de que a democracia constitucional é dualista, ao distinguir o poder constituinte do poder ordinário, assim como a lei mais alta do povo da lei ordinária dos órgãos legislativos, Rawls não concorda que qualquer emenda à constituição seja válida, pois a finalidade das emendas é ajustar valores constitucionais básicos a circunstâncias políticas e sociais em processo de transformação, ou incorporar à constituição um entendimento mais amplo e mais abrangente desses valores; outra finalidade das emendas é ajustar as instituições básicas, a fim de eliminar pontos fracos que vêm à luz na prática constitucional subsequente. Isso significa que mesmo a Constituição americana, para Rawls, possui cláusulas pétreas, no sentido de ter cláusulas que foram validadas por longa prática histórica, as quais não podem ser revogadas ou rejeitadas, sob pena de um colapso constitucional, ou uma revolução em seu sentido pleno, e não uma emenda válida da constituição.¹⁴⁰ O argumento de Rawls reforça a tese de que a teoria de Ackerman não é tributária de apenas um contexto constitucional específico, mas tem de fato uma pretensão universalista. E é neste nível que sua teoria deve ser avaliada.

Empregando a terminologia de Ackerman, mas não o modelo de teoria constitucional que ele considera mais valioso, propõe-se que a idéia dos direitos fundamentais em sentido material sustenta uma teoria da constituição baseada em

a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais. SILVA, Virgílio Afonso da. A fossilised constitution? *Ratio Juris*, vol. 17, n. 4, dezembro 2004, p. 455, é da opinião que a Constituição brasileira, por proteger os direitos contra emenda constitucional, pode ser considerada uma constituição fundamentalista.

¹³⁹ ACKERMAN, Bruce & ROSENKRANTZ, Carlos F. Tres concepciones de la democracia constitucional. In: *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 26-31.

¹⁴⁰ Cf. RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Revisão da tradução de Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 284-290.

direitos, que é assumidamente um tipo de teoria fundamentalista da constituição. Certamente há várias teorias dos direitos. Para o liberalismo político de Ronald Dworkin, todo cidadão tem um direito a igual consideração e respeito.¹⁴¹ Na doutrina do direito natural de John Finnis, os direitos humanos absolutos são: o direito de não ter a própria vida tomada diretamente como um meio para qualquer fim superior; o direito de não ser absolutamente enganado em qualquer situação na qual a comunicação factual é razoavelmente exigida; o direito de não ser condenado por acusações sabidamente falsas; o direito de não ser privado, ou exigido de privar-se, da própria capacidade de procriação; o direito de ser levado em consideração respeitosa em qualquer avaliação exigida pelo bem comum.¹⁴² Para Robert Nozick, possivelmente os direitos individuais justificados por uma concepção lockeana de direito natural são os direitos à integridade física, à propriedade legitimamente adquirida e ao cumprimento de obrigações voluntariamente adquiridas.¹⁴³

Aliás, há mesmo diversas teorias dos direitos fundamentais ao longo da história da teoria constitucional, como a teoria liberal, teoria da ordem de valores, teoria institucional, teoria social, teoria democrática funcional, teoria socialista dos direitos fundamentais.¹⁴⁴ Ainda assim, não é necessário neste momento indicar qual a melhor teoria dos direitos.¹⁴⁵ Por ora, como já dito, basta mencionar que a idéia revista dos direitos fundamentais em sentido material conduz a uma teoria da constituição baseada em direitos, pela qual a legitimidade de uma constituição repousa na substância normativa inesgotável de um sistema de direitos. Por isso, no momento mesmo em que

¹⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, cap. 12 (Que direito temos?).

¹⁴² FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. Oxford: Clarendon Press, 1980, p. 225.

¹⁴³ Nesse sentido, VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 51-52. Apesar disso, o próprio Álvaro de Vita considera que a teoria de Nozick *não* é fundada em direitos, mas em deveres, já que este autor tem como idéia básica a de que os direitos não prescrevem o que se deve fazer, individualmente ou coletivamente; eles só estabelecem o que *não* se deve fazer (p. 51). Na sua avaliação, Vita menciona a seguinte passagem da obra de Nozick: “Os direitos não determinam a ordenação social, mas sim um conjunto de limitações, dentro das quais a escolha social deve ser feita... Direitos não determinam a posição de uma alternativa, ou a posição relativa de duas alternativas em um ordenamento social: *operam* sobre o ordenamento a fim de limitar a opção que ele pode produzir”. NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 185-186.

¹⁴⁴ Para uma visão geral de cada teoria, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 1.242-1.248.

¹⁴⁵ Os capítulos 3 e 4 têm a finalidade de esboçar e indicar qual a teoria dos direitos que sustenta o trabalho, discorrendo a respeito de sua justificação e aplicação. Neles é que se dará especial atenção à complexa relação entre direito e moral, assim como implicada pela legitimação pós-metafísica da constituição.

se está construindo uma comunidade política de livres e iguais, torna-se incontornável o reconhecimento de que as pessoas têm direitos e cabe à constituição protegê-los. É isto que revela a adoção de uma teoria fundamentalista da constituição, na forma de uma teoria da constituição baseada em direitos, o que terá implicações importantes para a continuidade do trabalho. A primeira delas é justamente fornecer uma noção básica, que se acredita razoável, sobre direitos fundamentais não enumerados.

1.4. Direitos fundamentais enumerados e direitos fundamentais não enumerados

De fato, a uma teoria da constituição baseada em direitos não é de causar maior estranheza o discurso sobre direitos não enumerados e nem é de estranhar o fato de diversas constituições contemporâneas conterem cláusulas expressas a esse respeito.¹⁴⁶ A idéia dos direitos fundamentais em sentido material e o tipo de teoria constitucional que lhe é correlata aparentemente abrangem a noção de direitos fundamentais enumerados e de direitos não enumerados. Enumerados são aqueles direitos expressamente assentados na constituição formal, no documento escrito originário que vale como lei fundamental. Não enumerados são aqueles direitos que resultam do conteúdo normativo inesgotável do esquema de direitos inevitavelmente assumido pela prática constituinte, ainda que inicialmente não tenham sido expressamente formulado na constituição escrita. Ou seja, são os direitos resultantes de uma adequada compreensão da constituição material.

Se os direitos não são apenas aqueles que constam na constituição formal, a enumeração do texto constitucional é necessariamente aberta, “sempre pronta a ser preenchida ou completada através de novas faculdades para lá daquelas que se

¹⁴⁶ Artigo 5º, § 2º, da Constituição brasileira de 1988; Nona Emenda da Constituição norte-americana; artigo 16, n. 1, da atual Constituição de Portugal; artigo 3º da atual Constituição do Peru. Inegavelmente, há diferenças importantes entre as diversas cláusulas, como será estudado mais adiante (pelo menos quanto às cláusulas das Constituições norte-americana e brasileira). Apesar disso, todas têm o sentido comum de afirmar que os direitos fundamentais não se resumem àqueles expressamente enumerados no texto constitucional. Jorge Miranda informa que há consagração de fórmulas semelhantes no artigo 50º da Constituição venezuelana; artigo 28º da Constituição da Guiné-Bissau; artigo 94º da Constituição colombiana; artigo 16º, n. 1, da Constituição cabo-verdiana; artigo 11º da Constituição ucraniana; artigo 10º da Constituição estoniana; artigo 55º da Constituição russa. Menos claramente, artigo 2º da Constituição italiana. Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV: direitos fundamentais. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 163, nota n. (1).

encontrem definidas ou especificadas em cada momento”.¹⁴⁷ Também porque os direitos emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação, segundo uma visão histórica, a enumeração do texto constitucional só pode mesmo ser considerada incompleta e aberta. Há uma dependência dos direitos em relação ao contexto histórico-social em que se movem, até porque “não existe um *numerus clausus* dos perigos”.¹⁴⁸ Por isso, os próprios documentos escritos reconhecem novas possibilidades de direitos no horizonte da ação humana por meio de dispositivo que, em relação ao direito constitucional português, Jorge Miranda chama de *cláusula aberta* ou *cláusula de não tipicidade* dos direitos fundamentais.¹⁴⁹ O sentido imediato da cláusula é o de deixar claro que o texto constitucional não contém um elenco exaustivo de direitos fundamentais.

J. J. Gomes Canotilho também se reporta à idéia de direitos materialmente fundamentais para falar da abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados. Na sua obra, prefere chamar a cláusula da Constituição portuguesa de “norma com *fattispecie* aberta” que, “juntamente com uma *compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente* consagradoras de direitos fundamentais, possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional”.¹⁵⁰ Para o autor, referida norma abrange, “para além das positivizações concretas, todas as possibilidades de ‘direitos’ que se propõem no horizonte da acção humana”.¹⁵¹

José Carlos Vieira de Andrade também defende a tese de que há direitos previstos em preceitos constantes de outras partes da constituição que não o catálogo, os quais devem ser considerados fundamentais, segundo autorização do próprio texto constitucional. Vieira de Andrade denomina o artigo 16^o, n. 1, da cláusula da Constituição portuguesa de princípio de *cláusula aberta*, também dito de *não*

¹⁴⁷ MIRANDA, Jorge. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 561.

¹⁴⁸ QUEIRÓZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais* (teoria geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 49.

¹⁴⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV: direitos fundamentais. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 162.

¹⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 349-350.

¹⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 369.

identificação ou da *não tipicidade*¹⁵². Os direitos fundamentais são tomados como direitos básicos, essenciais, principais, que caracterizam a pessoa, mesmo que não estejam expressamente previstos no catálogo ou na constituição. Entretanto, a sua fundamentalidade tem um âmbito próprio, um critério de substância, assim desdobrado: a) radical subjetivo, pelo qual o núcleo estrutural da matéria dos direitos fundamentais é constituído por posições jurídicas subjetivas consideradas fundamentais e atribuídas a todos os indivíduos; b) função de garantir bens jurídicos das pessoas, ou certo conteúdo das suas posições ou relações na sociedade, que sejam considerados essenciais ou primários; c) intenção específica de explicitar uma idéia de Homem, manifestada juridicamente no princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁵³ A cláusula aberta faz referência, dessa forma, ao reconhecimento da existência de outros direitos fundamentais para além dos direitos diretamente enumerados no texto constitucional.

Por sua vez, Ingo Sarlet leciona que a Constituição brasileira de 1988 consagrou a idéia da abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais, reconhecendo a existência de direitos fundamentais assegurados em outras partes do Texto Constitucional (fora do Título II) e acolhendo também os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. Mais do que isso, por meio da cláusula prevista no artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988, “foi chancelada a existência de direitos não-escritos decorrentes do regime e dos princípios da nossa Constituição, assim como a revelação de direitos fundamentais implícitos, subentendidos naqueles expressamente positivados”.¹⁵⁴ Em decorrência, podem ser alçadas à condição de direitos fundamentais posições jurídicas implicitamente consagradas de tal sorte relevantes quanto ao seu conteúdo e significado.

As recensões servem para amparar algumas conclusões parciais. Primeiro, os direitos fundamentais enumerados podem ser considerados sempre portadores da nota

¹⁵² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 71. Na p. 66, realça: “A idéia da *abertura* resulta de, por um lado, nenhum catálogo constitucional pretender esgotar o conjunto ou determinar o conteúdo dos direitos fundamentais, aceitando-se a existência de direitos não escritos ou de faculdades implícitas, e, por outro, de se esperarem gerações sucessivas de novos direitos ou de novas dimensões de direitos antigos, conforme as ameaças e as necessidades de protecção dos bens pessoais nas circunstâncias de cada época”.

¹⁵³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 78-79.

¹⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 228.

de fundamentalidade que lhes outorga especial dignidade e proteção jurídica, independentemente do seu conteúdo e importância, pelo só fato de se encontrarem taxativamente previstos no texto da constituição. Depois, falar de direitos fundamentais não enumerados é referir-se à fundamentalidade em sentido material, pois, não se encontrando tais direitos textualmente inscritos no catálogo constitucional, são fundamentais em razão da sua importância e legitimidade do seu conteúdo. Na Constituição brasileira de 1988, por exemplo, há enumeração de direitos nos diversos incisos do artigo 5º, entre outros, de maneira que os direitos ali registrados são direitos fundamentais enumerados, abrangendo direitos individuais e coletivos. Sendo assim, o catálogo da Constituição de 1988 expressamente enumera o direito à intimidade e à vida privada¹⁵⁵, mas não faz qualquer referência ao direito ao sigilo bancário. Se este puder ser alçado à condição de direito fundamental, será o caso de um direito fundamental não expressamente enumerado no catálogo constitucional originário.¹⁵⁶

Por outro lado, se não causa estranheza a uma teoria constitucional baseada em direitos a idéia dos direitos fundamentais em sentido material (pelo contrário, essa idéia é o fundamento de uma teoria constitucional daquele tipo), certamente não se pode conceber como simples a tarefa da teoria de fornecer os critérios mediante os quais podem ser reconhecidos novos direitos fundamentais. Até aqui nada se disse a respeito de como se opera o reconhecimento de novos direitos. Na verdade, o problema da teoria ainda nem começou. Afirmar que uma teoria constitucional fundada em direitos deve reconhecer a existência de direitos fundamentais não enumerados é apenas reconhecer a existência do problema. A questão objeto da investigação sequer começou a ser respondida. A preocupação ainda é de torná-la clara o suficiente para que possa ser adequadamente respondida.

Destarte, se parece fazer sentido e é importante o discurso sobre direitos fundamentais não enumerados, disso não decorre que se possa facilmente identificar novos direitos. Até agora apenas se reconheceu que uma teoria da constituição baseada em direitos encontra sustentação na idéia de direitos fundamentais em sentido material. Os indivíduos que iniciam uma prática constitucional inevitavelmente pressupõem que

¹⁵⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 5º, inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas...”.

¹⁵⁶ Sobre se o sigilo bancário encontra proteção jurídica constitucional, apesar de não se encontrar expressamente enumerado no catálogo da Constituição brasileira como direito fundamental, cf. Capítulo 2, seção 2.2., e, com mais detalhes, Capítulo 4, seção 4.4.

têm direitos, cabendo à constituição protegê-los, pois somente dessa maneira a constituição pode ser considerada legítima, ou seja, pode merecer reconhecimento como tal. Se a constituição aparentemente não protege certos direitos posteriormente considerados básicos, isso quer dizer que a fonte desses novos direitos se encontra em outro lugar? Seria o caso de dizer também que, para justificar posições jurídicas vindicadas como fundamentais e não expressamente enumeradas na constituição, esta não tem nenhum valor? Nesse caso, qual a fonte, então, de novos direitos fundamentais? Estas importantes questões precisam ser enfrentadas antes que se possa continuar. Aliás, somente se pode continuar após o esclarecimento desses pontos.

Por outro lado, fica o registro expresso de que defender a validade de uma teoria da constituição baseada em direitos não implica a desnecessidade de o trabalho referir-se a uma situação constitucional concreta, historicamente existente num determinado país onde atua decisivamente a constituição positiva, se a pretensão é realizar um tratamento constitucionalmente adequado da questão dos direitos fundamentais não enumerados.¹⁵⁷ A teoria não pode virar doutrina por meio da qual as soluções são antecipadamente ditadas. A ser assim, as respostas às questões formuladas somente encontrarão resposta definitiva, se é que encontrarão, levando em conta a Constituição brasileira de 1988. Aliás, é plausível a tese de que a Constituição brasileira pode ser considerada uma constituição fundamentalista¹⁵⁸, cuidando antes de qualquer coisa de proteger os direitos das pessoas.

Mas, para não adiantar demais os argumentos, a estratégia é continuar o trabalho com um estudo a respeito de como o direito constitucional norte-americano tratou a questão. Um escrutínio exaustivo do direito constitucional norte-americano – e mesmo do ponto que será estudado – está fora de cogitação. Há inúmeras maneiras de realizar esse inventário e incontáveis são os autores que se debruçaram sobre o tema. O objetivo é permitir uma certa visão de conjunto, com ênfase nas teses mais recentes sobre a questão, especialmente a partir de quando a Suprema Corte norte-americana passou a tomar decisões altamente polêmicas sobre direitos controversos na Constituição daquele país. Após, na medida do possível, o estudo se voltará para o direito brasileiro,

¹⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 154.

¹⁵⁸ Nesse sentido, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. A fossilised constitution? *Ratio Juris*, vol. 17, n. 4, dezembro 2004, p. 455.

reportando-se às diversas formulações da cláusula de abertura ao longo da história constitucional, bem como a posição de alguns autores pátrios a respeito do problema. Posteriormente, a análise comparativa das duas experiências poderá servir para aclarar ainda mais o objeto da investigação, possivelmente revelando novas exigências para a já complexa tarefa de interpretar e aplicar as normas constitucionais.

CAPÍTULO 2

DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO ENUMERADOS COMO PROBLEMA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A noção de direitos fundamentais não enumerados a partir da idéia de constituição material revista evidencia que eles estão conectados com um *sentido integral de constituição*. Com esta última expressão designa-se a idéia de que constituição formal e constituição material estão em permanente tensão e somente uma teoria que dá conta dessa tensão captura o fenômeno constitucional em toda a sua inteireza. Uma teoria pós-metafísica da constituição revela que a prática constituinte de fundar uma comunidade política de livres e iguais, a qual na esteira do constitucionalismo moderno é quase sempre uma prática de adotar uma constituição escrita, tem como idealização inevitável um sistema de direitos. Este sistema se encontra incorporado no documento que se toma como constituição formal, mas de maneira radicalmente incompleta, pois o sentido performativo de uma prática constituinte é apenas enunciado no documento escrito, que não consegue exauri-lo de uma vez por todas. A mais ampla produção desse sentido continua dependente dos contextos situacionais a partir dos quais os cidadãos podem perceber claramente quais são os seus próprios interesses, impulsionando a criação de novos direitos.

As descobertas do capítulo anterior põem em um mesmo patamar de dignidade conceitual a constituição formal e a constituição material. Como dito, ambas têm que ser avaliadas e trabalhadas a partir da tensão que entre si mantêm. A idealidade do direito constitucional já está enunciada no texto da constituição, ainda que nele não se esgote. O conteúdo normativo insaturado do sistema de direitos é continuamente interpretado e reinterpretado, em face do surgimento de problemas sempre novos que afetam a estrutura básica da comunidade política de livres e iguais. É óbvio que esses problemas devem ser resolvidos. Por essa razão, os direitos fundamentais não enumerados são igualmente uma questão a respeito do verdadeiro sentido da constituição como um todo. Ora, o problema da produção dos sentidos de uma constituição, assim como do direito em geral, é próprio da teoria da interpretação e

aplicação. Isto deixa transparecer a questão dos direitos fundamentais não enumerados como um problema de interpretação constitucional.

O objetivo do presente capítulo é justamente explicitar a tese de que o reconhecimento da existência de novos direitos fundamentais é próprio do tema da interpretação constitucional. A estratégia é reconstruir a experiência constitucional que já há algum tempo lida diretamente com o problema, que é a experiência constitucional norte-americana (1.1), abrindo posteriormente espaço para observações sobre a história da cláusula dos direitos não enumerados na trajetória constitucional brasileira, a fim de possibilitar algumas notas comparativas (1.2). Acredita-se que a abordagem da longa e rica experiência constitucional norte-americana pode tornar plausível a tese de que a fonte de novos direitos fundamentais é a própria constituição, compreendida na sua tensão entre constituição formal e constituição material. Se for possível desenvolver melhor essa tese, já lançada no capítulo anterior, será lícito continuar falando de direitos fundamentais em sentido material, sem ter que arcar com o ônus de rebaixar a constituição escrita a um escalão inferior. Ao mesmo tempo, restarão estampados alguns traços do almejado procedimento de justificação e aplicação de novos direitos fundamentais, de acordo com uma ordem constitucional específica (1.3), facilitando a continuidade da investigação.

2.1. Direitos não enumerados no direito constitucional norte-americano

É correto afirmar que desde o momento da elaboração da Constituição sempre se discutiu nos Estados Unidos a respeito de direitos não enumerados. A Constituição norte-americana originária sequer continha uma Declaração de Direitos, pois os fundadores inicialmente acharam desnecessário e até perigoso um rol desse tipo. Certos direitos básicos do homem eram tidos como por demais evidentes, e, sendo ainda inalienáveis, não necessitavam de declaração escrita para sua garantia. Por outro lado, se havia o reconhecimento da existência de alguns direitos pré-existentes a qualquer declaração, que apenas os codificava, havia menos acordo sobre quais eram todos os direitos pré-existentes. Dessa maneira, os fundadores, ainda que acreditassem em alguma forma de direito natural ou princípios básicos e imodificáveis de moralidade,

receavam que uma declaração de direitos apresentasse o risco de ser parcial, não contendo todos os direitos próprios do povo.

No ensaio LXXXIV de *O Federalista*, Hamilton manifestou sua preocupação de que uma enumeração minuciosa de direitos particulares seria inoportuna na Constituição, já que a esta somente caberia regular os interesses políticos gerais da nação. Além de inoportuna, desnecessária, pois sendo a Constituição fundada no poder do povo, este nada renunciava, não havendo necessidade de enumerar reservas particulares. De modo que Hamilton escreveu a seguinte passagem, tornada famosa, contra a adoção de um *Bill of Rights*: “as declarações de direitos, no sentido e com a amplitude que se pretendem, não só são desnecessárias na Constituição projetada, senão que resultariam até perigosas. Conteriam várias exceções a poderes não concedidos e por isso mesmo proporcionariam um pretexto plausível para reclamar mais faculdades do que as que outorgam”.¹⁵⁹

O mais importante no momento fundador foi estabelecer a proteção dos cidadãos frente à estrutura e administração do governo, pois se entendia que a garantia dos direitos básicos dos indivíduos, quaisquer que fossem eles, dependia da estrutura de organização do poder político. Aliás, para Hamilton, a Constituição formava por si mesma uma declaração de direitos, ainda que não o fizesse na forma de um *Bill of Rights*. Portanto, é correto afirmar que as garantias constitucionais dos direitos básicos inicialmente foram concebidas pelos fundadores como primeiramente políticas, relacionadas à estrutura governamental e aos processos estabelecidos na constituição. Andrzej Rapaczynski avalia lucidamente que a geração fundadora até tinha conhecimento da prática de adjudicação de direitos enumerados em um *Bill of Rights*. Todavia, acreditava que não era a outorga de poder aos juízes americanos para invalidar a legislação inconsistente com um *Bill of Rights* que tornaria os Estados Unidos diferentes, mas o fato de que a Constituição americana deveria estabelecer um sistema de governo no qual o respeito pelos preceitos básicos da justiça natural estaria mais seguro, na medida em que a legislatura e o executivo fossem menos capazes de violá-los:

¹⁵⁹ HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *El federalista*. Trad. de Gustavo R. Velasco. 2. ed. em espanhol. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 368: “...las declaraciones de derechos, en el sentido y con la amplitud que se pretenden, no sólo son innecesarias en la Constitución proyectada, sino que resultarían hasta peligrosas. Contendrían varias excepciones a poderes no concedidos y por ello mismo proporcionarían un pretexto plausible para reclamar más facultades de las que otorgan”.

“Neste sentido, por especificar seu sistema de governo limitado, a Constituição implicitamente soletra um sistema completo de valores e um compromisso com um sistema de direitos. Por causa disso, tanto quanto porque estes direitos básicos expressam os princípios de justiça natural que são obrigatórios a todos os governos, e somente um soberano corrupto, quebrando a confiança do povo, pode violá-los, sua listagem separada poderia ser desnecessária, do mesmo modo como poderia ser desnecessário listar os Dez Mandamentos a um príncipe cristão.”¹⁶⁰

De maneira que o objetivo principal no momento da aprovação da Constituição, em 1787, foi estabelecer um sistema de controles e contrapesos ao governo federal, mediante a fixação de um conjunto de competências impeditivas da acumulação e concentração do poder central da união. Ou, como explica Edgar Carpio Marcos, a preocupação central dos fundadores foi a de “estabelecer os órgãos do governo e em determinar o conjunto de competências com os quais estes haveriam de contar”.¹⁶¹ Isto também por causa da experiência negativa imediatamente anterior das colônias com os excessos do parlamento inglês, a indicar que a mera listagem dos direitos não acarretava conseqüências legais adicionais importantes à limitação do poder. Pelo contrário, a inscrição dos direitos em lista elaborada positivamente poderia colocá-los à disposição da vontade variável de uma legislatura escolhida popularmente, o que seria desastroso se não houvesse uma limitação do governo. Afinal, o direito positivo tem como uma característica central sua a de ser produzido artificialmente, existindo somente até segunda ordem, já que pode ser modificado ou colocado fora de ação.¹⁶²

Não obstante, a necessidade de ratificação da Constituição por todos os estados tornou premente a adoção de um *Bill of Rights*, efetivamente incorporado através das dez primeiras emendas, datadas de 1791. Coube a James Madison apresentar o projeto

¹⁶⁰ RAPACZYNSKI, Andrzej. The ninth amendment and the unwritten constitution: the problems of constitutional interpretation. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988, p. 188: “In this sense, by specifying its system of limited government, the Constitution implicitly spells out a whole system of values and a commitment to a system of rights. Because of this, as well as because these basic rights express the principles of natural justice which are binding on all governments, and only a corrupt ruler, breaching the trust of the people, can violate them, their separate listing might be unnecessary, in the same way as it might be unnecessary to list the Ten Commandments to a Christian prince”.

¹⁶¹ CARPIO MARCOS, Edgar. El significado de la cláusula de los derechos no enumerados. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 3, julho-dezembro 2000, p. 15: “...la principal preocupación habría de centrarse en establecer a los órganos del gobierno, y en determinar el conjunto de competencias con los cuales éstos habrían de contar”.

¹⁶² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Tradução de Flavio Bieho Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 60.

da Carta de Direitos, inclusive a formulação da cláusula dos direitos não enumerados, nos seguintes termos: “a enumeração de certos direitos na Constituição não será interpretada como a negação ou o menosprezo de outros retidos pelo povo”.¹⁶³ Referida cláusula manteve a preocupação daqueles que, como Hamilton, pouco tempo antes haviam rejeitado a inclusão de um *Bill of Rights* na Constituição original. Essa preocupação consistia em afirmar que a enumeração de direitos não significava excluir as limitações do poder federal, especialmente do poder legislativo¹⁶⁴. A enumeração de direitos particulares não poderia ser entendida como ampliando os poderes delegados pela Constituição ao Governo, pois outros direitos retidos pelo povo continuavam mantendo igual importância.

Há uma outra interpretação segundo a qual a adição da Nona Emenda à Constituição não foi motivada em primeiro plano por essa necessidade de afirmar que os poderes não delegados ao Governo federal continuavam não delegados, mesmo depois da elaboração do *Bill of Rights*. Como explica John Hart Ely, a Décima Emenda preenche completamente essa função, ao dispor que “os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem proibidos por ela aos Estados, são reservados aos Estados respectivamente, ou ao povo”.¹⁶⁵ Segundo informa o autor de *Democracy and Distrust*, Madison, em carta escrita a Jefferson em outubro de 1788, afirmava ter sido sempre a favor do *Bill of Rights*, não havendo antes pressionado pela sua inclusão porque considerava que em certo sentido os direitos em questão estavam reservados na maneira pela qual os poderes federais foram organizados. Ainda, e principalmente, porque considerava haver forte razão para temer que “uma declaração positiva de alguns dos direitos mais essenciais poderia não ser obtida na latitude necessária”.¹⁶⁶ Madison

¹⁶³ Nona Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América: “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage other retained by the people”.

¹⁶⁴ John Hart Ely reconhece que essa foi uma das razões apresentadas por Madison para adicionar a 9ª Emenda ao *Bill of Rights*, embora não seja a razão exclusiva. Cf. ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: London: Harvard University Press, 1980, p. 34.

¹⁶⁵ Décima Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América: “The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people”.

¹⁶⁶ Cf. trecho da carta de Madison a Jefferson, em ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: London: Harvard University Press, 1980, p. 35: “2. Because there is great reason to fear that a positive declaration of some of the most essential rights could not be obtained in the requisite latitude”. Na carta, Madison ilustra sua preocupação nos seguintes termos: “I am sure that the rights of conscience in particular, if submitted to public definition would be narrowed much more than they are likely ever to be by an assumed power”.

separava, assim, a questão dos poderes não enumerados da questão dos direitos não enumerados.

A leitura de Hart Ely é a de que a cláusula relativa aos direitos não enumerados diz exatamente o que seus termos concebem, ou seja, sinaliza a existência de direitos constitucionais federais além daqueles expressamente enumerados na Constituição¹⁶⁷, sendo esse sentido mais geral aquele que é freqüentemente salientado pela doutrina constitucional norte-americana. Com efeito, Rapaczynski opina ser pouco controvertida a tese de que a Nona Emenda, sob fundamentos lógicos e históricos, diz ou implica pelo menos o seguinte: 1. não considerar que todos os direitos derivam de um *fiat* constitucional, porque pelo menos alguns direitos antecedem a Constituição de 1787 e o *Bill of Rights*; 2. a Constituição de 1787 não lista todos os direitos que podem existir independentemente dela, pois ela e o *Bill of Rights* deixam alguns não enumerados; 3. os direitos não enumerados não são afetados negativamente pela listagem dos direitos enumerados, pois eles continuam a existir com toda a força e são “retidos pelo povo”.¹⁶⁸ É como se por meio da Nona Emenda a Constituição americana reconhecesse a existência de direitos não especificados no seu próprio texto.

Entretanto, isso não impede que, logo que se começa a debater sobre as questões envolvendo tais implicações, especialmente a de saber quais são esses direitos não enumerados, o relativo consenso ceda lugar a mais profunda disputa, que toca a natureza mesma do direito constitucional. É controvertida a tese de que a Nona Emenda pode ser lida como fazendo referência ao direito natural, ou que pode ter seu conteúdo derivado do direito natural. Como será estudado, esta idéia altamente controvertida é muitas vezes tomada como sendo própria dos autores originários da Constituição americana. Parte da doutrina constitucional norte-americana, especialmente daquela que, por certo tempo, reavivou o debate a respeito dos direitos fundamentais não enumerados, defendeu a idéia por meio da tese de uma constituição não escrita. Os argumentos principais da tese têm que ser reconstruídos, para depois se realizar uma avaliação crítica de suas proposições constitutivas. A estratégia permitirá introduzir na discussão o tema da interpretação constitucional.

¹⁶⁷ ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: London: Harvard University Press, 1980, p. 38.

¹⁶⁸ RAPACZYNSKI, Andrzej. The ninth amendment and the unwritten constitution: the problems of constitutional interpretation. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988, p. 179-180.

2.1.1. A tese da constituição não escrita

Em uma de suas obras mais conhecidas, Kelsen chamou a atenção para o fato de que por meio da Nona Emenda os fundadores afirmaram a existência de direitos que não podem ser expressos nem na Constituição nem na ordem jurídica por ela fundada. Ao fazê-lo, eles teriam expressado sua crença “em certos direitos naturais inatos, que existem, independentes da ordem jurídica positiva, e que essa ordem tem apenas de proteger direitos dos indivíduos que o Estado tem de respeitar sob quais circunstâncias, já que esses direitos correspondem à natureza do homem, e a sua proteção, à natureza de qualquer comunidade verdadeira”.¹⁶⁹ Para Kelsen, portanto, os Pais da pátria americana adotaram a teoria do direito natural, corrente no século XVIII, no momento de criação da Constituição e, especialmente, no momento da elaboração do *Bill of Rights*.

Essa também é a tese de Edgar Carpio Marcos, para quem os pressupostos políticos e filosóficos que condicionaram a Nona Emenda não são outros que os do “próprio sistema que representa o Estado liberal”,¹⁷⁰ inaugurados no final do século XVIII tanto na Europa quanto na América. Cuida-se, a seu ver, da doutrina do contrato social do racionalismo jusnaturalista, formulada por Hobbes, Kant, Locke e Rousseau. De maneira que a Nona Emenda teria feito uma singular afirmação, por via de constitucionalização, da teoria política do jusnaturalismo racionalista: a afirmação de que a enumeração de certos direitos tem caráter meramente instrumental, qual seja, a proteção de direitos já outorgados pela lei natural.

Em certo sentido, comunga desse entendimento o texto que lançou o debate moderno sobre a idéia de uma constituição não escrita, no direito constitucional norteamericano. Em *Do we have an unwritten Constitution?*, Thomas Grey considera como a questão mais fundamental do direito constitucional, depois do problema da legitimidade da revisão judicial, saber se os juízes podem aplicar princípios de liberdade e justiça quando o conteúdo normativo daqueles princípios não é encontrado nos “quatro cantos” do documento fundador.¹⁷¹ Grey escreve no contexto pós-decisão do caso *Roe v.*

¹⁶⁹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. de Luís Carlos Borges; rev. téc. de Péricles Prade. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 259.

¹⁷⁰ CARPIO MARCOS, Edgar. El significado de la cláusula de los derechos no enumerados. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 3, julho-dezembro 2000, p. 05-06.

¹⁷¹ GREY, Thomas C. Do we have an unwritten Constitution? *Stanford Law Review*, v. 27, fevereiro 1975, p. 703.

*Wade*¹⁷², através da qual a Suprema Corte entendeu que o direito de privacidade reconhecido em *Griswold*¹⁷³ abrange a decisão quanto à interrupção da gravidez, razão pela qual os Estados da federação passaram a não poder criminalizar indistintamente a prática do aborto. Thomas Grey acredita que as cortes aplicam apropriadamente valores não articulados no texto constitucional, pois além da interpretação dos comandos explícitos, haveria uma visão do *judicial review* que aceita como papel adicional das cortes o de serem aplicadoras “dos ideais nacionais básicos da liberdade individual e tratamento justo, ainda quando o conteúdo desses ideais não é explicitado como uma questão de direito positivo na Constituição escrita”.¹⁷⁴

Do ponto de vista metodológico, a tese da constituição não escrita de Grey pretende ter um caráter essencialmente histórico, pois quer se limitar a elevar a um nível maior de generalidade o trabalho de interpretação de uma constituição determinada, ou seja, a prática constitucional americana, à luz de seus textos centrais e do contexto fornecido por suas origens, seu desenvolvimento e as demandas da situação legal, política e intelectual presente. Nesse sentido, admitir a existência de uma constituição não escrita não descende dedutivamente de qualquer teoria filosófica, não expressando, portanto, qualquer posição teórica, mas é decorrência da observação das práticas e ideais populares e oficiais como eles são e têm sido.¹⁷⁵ Com essas proposições, o autor trata de resgatar os traços de uma constituição não escrita na tradição constitucional americana, a começar da própria Revolução, feita por uma geração de advogados e panfletários que acreditavam e estavam acostumados a argumentar com base em uma constituição inglesa não escrita legalmente suprema e que, portanto, aceitou um corpo

¹⁷² *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹⁷³ Em *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), o direito de privacidade foi reconhecido a partir do argumento de que várias normas constitucionais proíbem a invasão de domicílio sem ordem judicial ou garantem o direito à não auto-incriminação. Essas normas criariam “zonas de privacidade” imunes às intervenções do poder público, que deveriam ser estendidas para proteger as decisões tomadas no seio da relação matrimonial, inclusive as relativas à utilização ou não de métodos anticoncepcionais.

¹⁷⁴ GREY, Thomas C. Do we have an unwritten Constitution? *Stanford Law Review*, v. 27, fevereiro 1975, p. 706: “...acceptance of the courts’ additional role as the expounder of basic national ideals of individual liberty and fair treatment, even when the content of these ideals is not expressed as a matter of positive law in the written Constitution”.

¹⁷⁵ GREY, Thomas C. The uses of an unwritten constitution. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988, p. 217.

obrigatório de direito superior, concebido como um amálgama dos direitos do homem e dos direitos do homem nascido inglês.¹⁷⁶

Na história jurisprudencial, a decisão tomada pela Suprema Corte em *Fletcher v. Peck*¹⁷⁷, ainda no tempo de John Marshall, é apontada como sendo um caso em que uma constituição não escrita composta de certos princípios vitais de um governo republicano livre é invocada como fundamento. No referido caso, a Corte anulou um estatuto do Estado da Geórgia porque ele violava princípios gerais tidos como comuns às instituições livres. E após um período em que se tornou raro invocar princípios constitucionais que não pretendiam ancorar-se no texto da constituição (século XIX), a interpretação substantiva da cláusula da Décima Quarta Emenda também passou a ser feita no sentido de entendê-la como incorporando uma constituição não escrita, incluindo certos princípios imutáveis de justiça, inerentes à verdadeira idéia de governo livre. Na seqüência, surge o que muitas vezes tem sido chamado de a doutrina da “igual proteção substantiva”, construída no período em que a jurisprudência constitucional da Suprema Corte norte-americana tratou de enfrentar os problemas da discriminação e segregação raciais, invocando concepções renovadas da igualdade. Finalmente, com os casos *Griswold v. Connecticut* e *Roe v. Wade*, o debate sobre a constituição não escrita se torna proeminente, em face do reconhecimento de um direito à privacidade, seja com base no conceito de liberdade pessoal e nas restrições sobre a ação estatal da Décima Quarta Emenda, seja com base na reserva dos direitos do povo feita pela Nona Emenda.¹⁷⁸

Para Grey, esses são casos em que o texto parece não mais sustentar a regra que guia a decisão. “Antes, é autorizado às cortes procurar normas nas fontes extratextuais do direito – talvez no livro da natureza (‘princípios imutáveis de justiça’), hoje mais plausível o texto social (‘standards desenvolvidos de decência’, tradições básicas e assemelhados)”.¹⁷⁹ De todo modo, o autor não identifica na Nona Emenda um conteúdo substantivo. Segundo seu argumento, a cláusula dos direitos não enumerados é na

¹⁷⁶ GREY, Thomas C. The uses of an unwritten constitution. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988, p. 218.

¹⁷⁷ *Fletcher v. Peck*. 6 Cranch (U.S.) 87 (1810).

¹⁷⁸ GREY, Thomas C. The uses of an unwritten constitution. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988, p. 221.

¹⁷⁹ GREY, Thomas C. The uses of an unwritten constitution. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988, p. 223: “It is rather authorizing the courts to seek operative norms in exter-textual sources of law – perhaps the book of nature (‘immutable principles of justice’), today more likely the social text (‘evolving standards of decency,’ basic traditions, and the like)”.

verdade uma licença aos que devem tomar decisões constitucionais para que olhem “além dos comandos substantivos do texto constitucional para proteger direitos fundamentais não explicitados nele”,¹⁸⁰ pois somente assim a Constituição passa a ser uma “*living Constitution*”, fazendo referência e permitindo a defesa dos valores nacionais básicos e princípios jurídicos naturais ou relativos a uma civilização particular. O papel da Corte, portanto, é o de dar conteúdo moral a essas concepções, aos mais básicos valores contemporâneos da sociedade.

Em nota de rodapé ao texto originário¹⁸¹, Grey aponta três grupos gerais de instâncias de revisão judicial não interpretativa. Em primeiro lugar, a instância de criação (descoberta) de direitos constitucionais independentes com quase nenhum guia textual, cujo exemplo é a descoberta do direito de privacidade. Em segundo lugar, a ampliação do âmbito da aplicação geral de normas que o texto constitucional manda aplicar de modo mais limitado, o que pode ser exemplificado com a cláusula de igual proteção perante o governo federal (com aplicação posteriormente estendida aos Estados) e a validade do *Bill of Rights* frente aos Estados (que passou a ser aplicado ao governo federal). Finalmente, a extensão de princípios estabelecidos na Constituição para além do conteúdo normativo dado a eles pelos fundadores, que pode ser ilustrada por meio das decisões tomadas pela Suprema Corte nos casos de segregação escolar, estendendo o conteúdo da Décima Quarta Emenda, por meio da doutrina da “igual proteção substantiva”. Aliás, quanto à Décima Quarta Emenda, o autor diz que sua Seção I é propriamente vista como a reafirmação, no direito positivo, do princípio de que os direitos humanos fundamentais têm status constitucional. Os direitos constitucionais que ultimamente são claramente não derivados por interpretação textual são o direito de privacidade, de votar, de viajar e, de um modo geral, “os direitos resultantes da aplicação da ‘igual proteção das leis ao governo federal’”.¹⁸²

¹⁸⁰ GREY, Thomas C. Do we have an unwritten Constitution? *Stanford Law Review*, v. 27, fevereiro 1975, p. 709: “to look beyond the substantive commands of the constitutional text to protect fundamental rights not expressed therein”. Ainda assim, a Nona Emenda é tida pelo autor como a expressão textual da idéia, na Constituição federal, de que a constituição escrita não poderia codificar completamente o direito superior. Na p. 716, completa Grey: “...there remained unwritten but still binding principles of higher law”.

¹⁸¹ GREY, Thomas C. Do we have an unwritten Constitution? *Stanford Law Review*, v. 27, fevereiro 1975, p. 713, n. 46.

¹⁸² GREY, Thomas C. Do we have an unwritten Constitution? *Stanford Law Review*, v. 27, fevereiro 1975, p. 717: “...the rights resulting from application of ‘equal protection of the laws’ to the federal government”.

Os traços da história constitucional americana, assim como alinhavados, permitem ao autor formular a tese de que, no tempo dos fundadores, havia um entendimento original de que princípios jurídicos superiores não escritos tinham status constitucional e de que sua aplicação pelas cortes fazia parte da função do *judicial review*, sendo isso reafirmado na Seção I da Décima Quarta Emenda. Essa afirmação categórica é o ponto central da tese da constituição não escrita, qual seja, a pretensão histórica de que a geração fundadora viu a constituição incluindo um documento escrito, e também princípios não escritos de direito fundamental. Por isso, tanto quanto a constituição escrita, existe uma não escrita, composta de certos costumes e práticas, bem como valores e ideais a eles associados, que também é judicialmente aplicável, conforme se verifica na história posterior ao ato de fundação.

Não obstante, Grey tem o cuidado de esclarecer que, se a jurisdição constitucional na América envolve a interpretação de uma constituição não escrita, isto se dá suplementando o documento escrito, que é preferencialmente autorizado e essencialmente estatutário.¹⁸³ Ocorre que os intérpretes partidários da tese da suplementação não tratam o texto constitucional como a única fonte legítima das normas operativas do direito constitucional. O texto é tratado como a fonte primordial onde ele fala claramente, mas é suplementado por uma constituição não escrita composta de princípios que são as bases de precedentes e práticas quando vistos da perspectiva do presente.¹⁸⁴ A suplementação é tida inclusive como autorizada pelo próprio texto, por meio de provisões como a Nona Emenda e a Cláusula do Devido Processo. Pela primeira provisão, a constituição escrita não pode ser tomada como plasmando uma integração jurídica completa, pois ela explicitamente desautoriza sua própria exclusividade.

Se Thomas Grey lançou o debate moderno sobre a tese da constituição não escrita, é em texto de Suzanna Sherry que talvez se encontre a mais elaborada formulação da pretensão histórica que a tese encerra. Na lição da autora, a geração fundadora não pensou na constituição escrita como único fundamento do direito superior, mas concebeu múltiplos fundamentos do direito fundamental, inclusive porque

¹⁸³ GREY, Thomas C. The uses of an unwritten constitution. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988, p. 212.

¹⁸⁴ GREY, Thomas C. The uses of an unwritten constitution. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988, p. 222.

influenciada pela tradição jurídica anterior: a tradição do direito inglês. Era próprio da tradição inglesa tomar a constituição como somente um aspecto do direito superior, pois adotava a concepção do direito fundamental como uma “mistura de costume, direito natural, direito religioso, direito legislado e razão”.¹⁸⁵ E isso muito provavelmente como reminiscência do significado da constituição antiga, considerada essencialmente como costume mediado pela razão.

Seja como for, a autora trata de analisar diversos casos de revisão judicial julgados pelas cortes estaduais, antes mesmo de *Marbury v. Madison*, a fim de comprovar sua tese. Tais casos são apontados como reveladores de que a constituição escrita é a fonte única do direito fundamental apenas para determinar a estrutura interna do governo, mas não para descrever sua relação com a cidadania. As cortes estaduais, segundo a autora, concebiam a constituição escrita como suplementar ao direito natural.¹⁸⁶ E após analisar diversos casos decididos no final do século XVIII, conclui que era recorrente o entendimento de que os “juízes deveriam olhar para o direito natural e para os direitos inerentes do homem, tanto quanto para a constituição escrita, ao determinarem a validade de um estatuto”.¹⁸⁷

Sherry também faz minuciosa avaliação dos debates legislativos travados pelos fundadores, durante a Convenção, com o mesmo objetivo de prova. No particular, defende que os arquitetos do sistema constitucional americano assumiram sim o apelo ao direito natural, a despeito da existência de uma constituição escrita, na medida em que não teria sido positivado todo o direito fundamental, permanecendo a necessidade de referência a direitos naturais não escritos para suplementar a constituição legislada. Julga que o clamor pela adoção de um *Bill of Rights* escrito começou logo após o fim da Convenção mesma. Os que eram contra, e Madison seria um deles, baseavam parcialmente suas objeções na impossibilidade de enumerar todos os direitos da humanidade. Para Madison, uma declaração de direitos seria perigosa, porque uma

¹⁸⁵ SHERRY, Suzanna. The founders' unwritten constitution. *The University of Chicago Law Review*, n. 54, 1987, p. 1129.

¹⁸⁶ É o que ocorreu no caso *Commonwealth v. Caton*, julgado pela Corte da Virgínia, em 1782, quando, pela primeira vez nos Estados Unidos da América, foi registrado que uma corte reviu um estatuto por inconstitucionalidade. SHERRY, Suzanna. The founders' unwritten constitution. *The University of Chicago Law Review*, n. 54, 1987, p. 1143-1145.

¹⁸⁷ SHERRY, Suzanna. The founders' unwritten constitution. *The University of Chicago Law Review*, n. 54, 1987, p. 1145: “...judges were to look to natural law and the inherent rights of man, as well as to the written constitution, in determining the validity of a statute”.

enumeração que não é completa não é segura,¹⁸⁸ razão pela qual os direitos não enumerados poderiam ficar desprotegidos. E ainda que esse problema tenha sido considerado resolvido com a inclusão da Nona Emenda, permaneceu o receio dos Representantes de que listar os direitos poderia acarretar sua trivialização ou limitação.

A autora argumenta que os fundadores pensaram claramente que certos direitos existem, fossem ou não declarados. “Um número de homens influentes da geração fundadora concebeu assim uma fonte de direitos fundamentais para além do documento escrito”,¹⁸⁹ o que novamente sugere a idéia de que a constituição não reduzia ao escrito todo o direito fundamental. E a avaliação da história legislativa da Nona Emenda e dos debates sobre o resto do *Bill of Rights* serve justamente para demonstrar o fato de que “a geração fundadora concebeu direitos naturais além daqueles protegidos pelas oito primeiras emendas”.¹⁹⁰ O que pretende ratificar, portanto, é a tese de que os fundadores, inclusive os autores da Carta de Direitos, não esperavam que a Constituição pudesse ser lida como a fonte única do direito fundamental. Nesse contexto, é importante deixar anotado que a autora encerra seu texto argumentando que a revisão judicial deve, então, proteger os direitos, ainda que não estejam escritos, pois a geração fundadora teria previsto o judiciário para impedir as legislaturas de transgredir os direitos naturais da humanidade, encontrem ou não esses direitos seu lugar na constituição escrita.

2.1.2. Avaliação crítica da tese da constituição não escrita (I): a insuficiência da prova histórica e o problema do direito natural

O exame da tese da constituição não escrita é facilitado pelo longo texto crítico de Thomas B. McAfee.¹⁹¹ Por meio de um bem fundamentado sumário sobre a discussão que a tese provocou na doutrina constitucional americana por mais de uma

¹⁸⁸ SHERRY, Suzanna. The founders' unwritten constitution. *The University of Chicago Law Review*, n. 54, 1987, p. 1163.

¹⁸⁹ SHERRY, Suzanna. The founders' unwritten constitution. *The University of Chicago Law Review*, n. 54, 1987, p. 1164-1165: “A number of influential men of the founding generation thus envisioned a source of fundamental rights beyond the written document”.

¹⁹⁰ SHERRY, Suzanna. The founders' unwritten constitution. *The University of Chicago Law Review*, n. 54, 1987, p. 1166: “...the founding generation envisioned natural rights beyond those protected by the first eight amendments”.

¹⁹¹ McAFEE, Thomas B. Prolegomena to a meaningful debate of the “unwritten constitution” thesis. *Cincinnati Law Review*, v. 61, 1992, p. 107-169.

década, o autor pretende mostrar que é uma sobre-simplificação a defesa de que o fato histórico dos fundadores terem sido pensadores do direito natural seja suficiente para rejeitar uma orientação positivista do textualismo constitucional em favor da constituição não escrita do direito natural. Aliás, pretende estabelecer que os debates mesmos sobre a ratificação da constituição indicam que não se pode ignorar uma abordagem textualista. Além disso, McAfee considera que, a par de contradições intrínsecas do argumento da constituição não escrita, o desenvolvimento da revisão judicial na verdade revela a equiparação do direito constitucional com o direito escrito, antes que com princípios não escritos de direito fundamental tradicional. É que a visão que se tinha do constitucionalismo era a de criação de restrições significativas ao governo, não uma teoria geral inefetiva do governo limitado¹⁹². Para McAfee os defensores da tese da constituição não escrita não teriam analisado corretamente os textos históricos, desconsiderando, por exemplo, os argumentos dos Antifederalistas sobre a exclusividade da constituição escrita em conferir status constitucional aos direitos fundamentais, bem como não se referindo à tensão potencial entre constituição não escrita e soberania popular.

McAfee inicia o argumento defendendo que os textualistas constitucionais têm compromisso com uma jurisprudência constitucional positivista, que reconhecidamente também pode aplicar valores, mas só na medida em que estes sejam derivados das fontes tradicionais do direito: texto, estrutura, história e precedentes, ainda que não seja necessário estarem soletrados em linguagem explícita no texto. Nessa vertente da teoria da interpretação constitucional, o importante é que os princípios morais eventualmente aplicáveis juridicamente não sejam invocados como direito apenas porque eles são imaginados como incorporando uma realidade moral que o direito deve necessariamente reconhecer.¹⁹³ O positivismo jurídico não se baseia em uma rejeição do realismo moral, ou do direito natural, conforme chamavam os fundadores. Até mesmo H. L. A. Hart, o representante maior do positivismo jurídico no mundo do direito anglo-saxão, defendeu a separação da validade jurídica da moral, justamente para possibilitar o escrutínio moral do direito, considerado essencial. Para McAfee, é uma posição comum de muitos

¹⁹² McAFFEE, Thomas B. Prolegomena to a meaningful debate of the “unwritten constitution” thesis. *Cincinnati Law Review*, v. 61, 1992, p. 111.

¹⁹³ McAFFEE, Thomas B. Prolegomena to a meaningful debate of the “unwritten constitution” thesis. *Cincinnati Law Review*, v. 61, 1992, p. 112.

realistas morais a de concordar com o argumento positivista da separação lógica do direito e moral, justamente para facilitar a crítica moral do direito. Portanto, se os fundadores eram defensores do direito natural, quer dizer, se eram realistas morais, isso não constitui um argumento forte o suficiente para concluir que também não fossem positivistas legais.¹⁹⁴

McAfee chega a escrever que frequentemente os proponentes da constituição não escrita são eles próprios positivistas legais, pois não aceitam os pressupostos metafísicos do pensamento da geração fundadora sobre direito natural e direitos naturais. Na verdade, enfatizam que há justificativa constitucional para explicar uma jurisprudência de direitos fundamentais porque os fundadores pretenderam e estabeleceram o compromisso com um conjunto aberto de limites ao governo como o núcleo da prática constitucional.¹⁹⁵ Assim, para o autor, há uma conexão complexa entre direito positivo e direito natural na jurisprudência e “só raramente o argumento para uma jurisprudência de direito natural da revisão judicial é formulado em termos que não propõe interpretar a Constituição que nós temos atualmente”.¹⁹⁶ Os fundadores mesmos não teriam elaborado qualquer distinção jurisprudencial em termos de direito positivo e direito natural. Sua linguagem se apresenta ambígua, quanto a isso, pois aponta tanto para a defesa do status inerente ao direito constitucional dos direitos naturais, quanto para o fato de que a constituição escrita é essencial para assegurar a liberdade no direito.

McAfee aponta que os importantes desenvolvimentos na teoria constitucional americana na década de 1780 tiveram, a par da finalidade de tornar efetiva a Constituição na tarefa de limitar todo e qualquer exercício do poder governamental, a tendência de definir a Constituição como o documento escrito empregado para esses fins¹⁹⁷. Os avanços foram a dissociação do poder legislativo do poder de soberania

¹⁹⁴ McAFFEE, Thomas B. Prolegomena to a meaningful debate of the “unwritten constitution” thesis. *Cincinnati Law Review*, v. 61, 1992, p. 15. E citando Soper, escreve que “the classical natural law slogan that ‘an unjust law is not law’ appears to rest on a contradiction inasmuch as the identification of an ‘unjust law’ as not *really* law calls for reliance on the formal testes of legal validity along the lines proposed by modern positivists. (...) Indeed, traditionally natural law thinkers acknowledged the independent existence of positive law” (p. 116).

¹⁹⁵ McAFFEE, Thomas B. Prolegomena to a meaningful debate of the “unwritten constitution” thesis. *Cincinnati Law Review*, v. 61, 1992, p. 121.

¹⁹⁶ McAFFEE, Thomas B. Prolegomena to a meaningful debate of the “unwritten constitution” thesis. *Cincinnati Law Review*, v. 61, 1992, p. 127: “Only rarely is the argument for a natural law jurisprudence of judicial review couched in terms that do not purport to interpret the Constitution we actually have”.

¹⁹⁷ McAFFEE, Thomas B. Prolegomena to a meaningful debate of the “unwritten constitution” thesis. *Cincinnati Law Review*, v. 61, 1992, p. 131.

popular, através da instituição das convenções populares; a emergência da doutrina do *judicial review* como um dispositivo para limitar o poder legislativo; e a identificação da própria Constituição como uma lei suprema que deveria controlar as decisões dos juízes. A Constituição americana é mais bem compreendida, ao final desses desenvolvimentos, como uma promulgação suprema da soberania popular, antes que princípios derivados do costume e da prática refletindo uma sabedoria antiga validada por um processo racional. Nesse contexto, os direitos obtêm o status de serem primordiais ao governo e inalteráveis dentro da ordem legal pela virtude de serem fundados em uma constituição estabelecida pelo povo, o que torna possível falar de direito natural e, ao mesmo tempo, anular leis sem falar que tais direitos são inerentes a qualquer constituição dada.

Não obstante, McAfee reconhece que, no período de evolução apontado, alguns podem ter continuado com o emprego da linguagem referente à constituição no sentido antigo, como conjunto de princípios de direito natural, enquanto outros podem inclusive ter combinado de algum modo as duas concepções. Mas isso teve um motivo estratégico: a forma do argumento empregado pelos fundadores dependia das necessidades da situação a enfrentar, o que levou ao descuido quanto à confusão intelectual provocada. Já os defensores da tese da constituição não escrita realizaram uma peneira nos registros históricos para confirmar a evidência de sua tese, desconsiderando indevidamente visões alternativas articuladas ao tempo da ratificação da Constituição. McAfee alega que os argumentos Antifederalistas contra a Constituição federal proposta têm sido ignorados ou denegridos. E tais argumentos podem ser apresentados como claramente fundados em teoria legal e constitucional que contradiz a visão de que os direitos naturais são direitos constitucionais implícitos.¹⁹⁸

De fato, os Antifederalistas entendiam que todos os direitos e poderes não expressamente reservados ao povo estariam garantidos ao governo. Este argumento formou a base para a pretensão dos Antifederalistas de que um *Bill of Rights* era uma necessidade absoluta. No centro do argumento legal Antifederalista estava a pretensão de que “os direitos naturais encontrariam o status de direitos legais na ordem jurídica estabelecida pela Constituição somente se eles fossem assegurados pela linguagem da

¹⁹⁸ McAFFEE, Thomas B. Prolegomena to a meaningful debate of the “unwritten constitution” thesis. *Cincinnati Law Review*, v. 61, 1992, p. 135.

Constituição escrita”.¹⁹⁹ McAfee defende que em dois textos Antifederalistas bem conhecidos na América, *Letters of Agrippa* e *Essays by a Farmer*, há uma clara defesa dessa tese, pela qual os direitos naturais não são *ipso facto* direitos constitucionais, necessitando ser assegurados no direito positivo.

Os Antifederalistas também eram partidários da teoria do contrato social, do direito natural e, portanto, dos direitos naturais, sendo opositores da Constituição porque ela não possuía um *Bill of Rights* especificando os direitos, reservando-os ao povo e, dessa forma, assegurando-os contra o governo. Contudo, se eram tão partidários da teoria do contrato social quanto os fundadores, não compartilhavam o entendimento de que tal teoria implicava serem os direitos inalienáveis automaticamente direitos constitucionais. Apenas essa circunstância indica que não era pacífica a tese de que os fundadores criaram também uma constituição não escrita, segundo a qual os direitos naturais são automaticamente direitos constitucionais. Enfaticamente o autor de *Letters from a Federal Farmer*, outro texto Antifederalista do período, afirmou que os direitos naturais não obtêm proteção da ordem jurídica se eles não são expressamente assegurados na Constituição escrita.²⁰⁰

Além da pretensão de que os direitos naturais foram considerados limitações constitucionais implícitas pelos fundadores, os defensores da tese da constituição não escrita afirmam ainda que as limitações da *common law* do Constituição inglesa foram consideradas igualmente implícitas pelos autores das constituições da América revolucionária. Normalmente se apresenta como exemplo de direito da *common law* inglesa, adotado pelos americanos do século XVIII, o direito a ser julgado pelo júri. McAfee entende que não é a mesma coisa considerar os direitos naturais e os direitos costumeiros como direito fundamental implícito nas constituições americanas. No caso dos direitos costumeiros, se eles estão implícitos nas constituições americanas é porque

¹⁹⁹ McAFFEE, Thomas B. Prolegomena to a meaningful debate of the “unwritten constitution” thesis. *Cincinnati Law Review*, v. 61, 1992, p. 138: “...natural rights would enjoy the status of legal rights in the legal order established by the Constitution only if they were secured by the language of the written Constitution”.

²⁰⁰ McAFFEE, Thomas B. Prolegomena to a meaningful debate of the “unwritten constitution” thesis. *Cincinnati Law Review*, v. 61, 1992, p. 144. McAfee afirma que o autor de *Letters from a Federal Farmer* foi talvez o mais sofisticado dos oponentes da Constituição.

foram assumidos, e não porque tais constituições não poderiam ter sido construídas de outro modo.²⁰¹

Além disso, os direitos costumeiros parecem apresentar uma base teórica não individualista, mas tipicamente conservadora, não fornecendo o suporte para uma idéia abrangente de direitos humanos. Se a Nona Emenda for lida como fazendo explícita referência ao princípio do contrato social de que as pessoas retêm certos direitos naturais inalienáveis trazidos do estado da natureza no momento em que entram na sociedade civil, torna-se difícil entender que a emenda também incorpore direitos costumeiros, como o direito a ser julgado pelo júri.

McAfee apresenta sua crítica à tese de Grey e Sherry na própria perspectiva teórica que estes afirmaram construir suas proposições, ou seja, mediante argumentos de caráter essencialmente histórico e não somente teórico. Pela reconstrução historicista, há evidências de que os fundadores de fato assumiram argumentos diversos, dependendo dos problemas que enfrentavam. Nesse passo, Rapaczynski está mais uma vez correto ao dizer que, quando os pais fundadores agiram em sua capacidade de revolucionários, eles foram forçados a enfatizar sua retórica iluminista e racionalista no sentido de justificar o rompimento final com a Inglaterra. Daí a reivindicação fundada no direito natural da teoria do contrato social. Mas quando chegou o momento de escrever uma constituição para seu novo país, eles estavam estabelecendo uma nova ordem legal. E se esta ordem era para ser baseada nos princípios familiares à *common law*, torna-se pouco provável que os pais fundadores pretendessem incluir a possibilidade de um apelo a um direito da natureza puramente universal entre os argumentos legais ordinariamente admissíveis, ainda que eles acreditassem nisso.²⁰²

A pretensão histórica da tese da constituição não escrita enfrenta contraprovas plausíveis no próprio material em que pretende encontrar seu fundamento. Ainda que assim não fosse, convém recordar o caráter problemático de invocar um direito constitucional suprapositivo, na forma de um direito natural como realidade exterior ao sistema jurídico. No capítulo anterior, foi refutada uma posição teórica desse tipo, dadas as complexas condições da vida social contemporânea, marcada indelevelmente pelo

²⁰¹ McAFEE, Thomas B. Prolegomena to a meaningful debate of the “unwritten constitution” thesis. *Cincinnati Law Review*, v. 61, 1992, p. 147.

²⁰² RAPACZYNSKI, Andrzej. The ninth amendment and the unwritten constitution: the problems of constitutional interpretation. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988, p. 181.

fato do pluralismo, o qual implica desfazer-se das imagens de mundo integrativas e éticas obrigatórias para a coletividade, tal como o direito natural fundamentado na religião ou metafisicamente (direito moral eternamente válido). Como acrescenta Sanford Levinson, atualmente poucos continuam a acreditar na existência de uma “natureza humana” fundamental ou na presença de uma “divindade” que inscreve seus ensinamentos em um texto decodificador da natureza ou sobre as mentes por meio de verdades auto-evidentes ou de uma razão correta disciplinada.²⁰³ O problema permanece ainda que a constituição não escrita seja invocada apenas de maneira suplementar, como propôs Grey, pois a questão diz respeito ao próprio estatuto da teoria, após a emergência da filosofia pós-kantiana, ou filosofia pós-metafísica.

Os limites da tese discutida se revelam notavelmente pela sua relação com a doutrina do direito natural. Se os direitos humanos fossem assentados exclusivamente nessa doutrina eles se restringiriam aos direitos do homem livre e isolado, direitos que o indivíduo possui em face do Estado, constituindo o núcleo, iniludível e irrenunciável, do status básico do indivíduo. Claro que a doutrina do direito natural tradicionalmente serviu para fundamentar determinada concepção liberal dos direitos da pessoa, sendo a própria filosofia que deu origem ao significado moderno dos direitos. O jusnaturalismo racionalista elaborou a doutrina do contrato social para explicar a constituição da sociedade política para a manutenção da paz social. Segundo a doutrina, a associação não fez as pessoas renunciarem a todos os direitos do estado da natureza (estado sem regulação, portanto, absolutamente livre), mas preservou os interesses considerados inalienáveis, para cuja proteção ao Estado se outorgou poderes soberanos.

Quem primeiro elaborou essa concepção com profundidade foi John Locke, na sua clássica obra intitulada *Segundo Tratado sobre o Estado*. Para Locke, o estado da natureza é aquele de perfeita liberdade e igualdade, no qual o homem dispõe plenamente da própria pessoa e posses sem limites. A execução da lei da natureza, que permite tão amplas prerrogativas, está nas mãos de todos os homens. Mas, precisamente pela ausência de uma autoridade exterior para julgamento, “a força, ou um desígnio declarado de força, contra a pessoa de outrem, quando não existe qualquer superior comum na Terra para quem apelar”,²⁰⁴ poderia transformar o estado num estado de

²⁰³ LEVINSON, Sanford. Constitutional rhetoric and the ninth amendment. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988, p. 156.

²⁰⁴ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo* (Coleção os Pensadores), p. 41.

guerra. Para instituição de uma autoridade à qual apelar, os homens dão início à sociedade política. Mas o acordo não tem outra finalidade que não seja permitir a mais ampla explicitação da liberdade e igualdade naturais. O fim da sociedade política e do governo é a mútua conservação da vida, liberdade e propriedade.²⁰⁵

Os direitos naturais assim atribuídos são excessivamente limitados. Se o jusnaturalismo racionalista, através da doutrina do contrato social, justifica bem certos direitos, não dá conta, entretanto, de justificar outras prerrogativas da pessoa hoje consideradas tão fundamentais quanto os direitos individuais. As declarações de direitos fundamentais contemporâneas prevêm direitos econômicos, sociais e culturais. Parece não haver uma diferença de natureza entre direitos de liberdade e de igualdade, mas sim de grau, como já mencionou Chaïm Perelman²⁰⁶, pois até o mais elementar direito à vida implica a organização de instituições protetoras da ordem pública, ou seja, a obrigação do Estado de dotar-se dos meios que lhe permitem cumprir seu papel de guardião. Portanto, somente no espaço público de convivência se pode falar de direitos, pois não há direitos sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada.²⁰⁷

Essas questões servem para demonstrar que a tese da constituição não escrita se equivoca ao recorrer à doutrina do direito natural como a teoria por meio da qual se pode justificar a fundamentalidade material dos direitos e, portanto, justificar a fundamentalidade de novos direitos, muito embora o recurso a uma teoria normativa mais ampla pareça ser uma intuição correta quanto ao problema. E este ponto revela uma contradição da tese: ela assume a necessidade de assumir uma posição teórica normativa, mas explicitamente diz adotar apenas uma perspectiva historicista. Sobre isso se falará na seção seguinte.

2.1.3. Avaliação crítica da tese da constituição não escrita (II): não interpretativismo, suplementarismo e interpretação constitucional

²⁰⁵ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo* (Coleção os Pensadores), p. 82.

²⁰⁶ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 403.

²⁰⁷ MIRANDA Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV: direitos fundamentais. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.

A tese da constituição não escrita, desde um ponto de vista metodológico, apresenta uma compreensão equivocada do seu próprio empreendimento teórico, a partir do momento em que pretende consistir apenas na descrição historicista de uma prática constitucional específica. Seu empreendimento tem conotações claramente normativas. Michael S. Moore identificou muito bem essa questão, ao dizer que o problema que a tese da constituição não escrita formula é o de saber se, na atividade jurisdicional, *deve-se* considerar juridicamente válida uma constituição não escrita, a despeito da óbvia existência de um texto constitucional escrito, ou se seria melhor pensar sobre a constituição como um texto escrito suplementado – e até mesmo suplantado – por uma versão não escrita.²⁰⁸ Isto porque considerações a respeito de como se deve conceber o direito são inevitavelmente traduzidas em questões sobre a jurisdição.

No próprio texto de lançamento, Thomas Grey relaciona sua diretamente com o exercício da jurisdição constitucional, ao sugerir, pela primeira vez, na doutrina constitucional americana, a distinção, até hoje célebre, quanto à teoria da interpretação constitucional: o modelo interpretativo puro, ou interpretativismo, *versus* o modelo não interpretativo, ou não interpretativismo. Pelo primeiro modelo, os juízes devem olhar para o texto, estrutura, história e objetivos da constituição ao determinarem os princípios a serem aplicados às circunstâncias atuais, limitando-se a captar o sentido dos preceitos expressos na constituição escrita, ou, pelo menos, nela claramente implícitos, o que quer dizer que as normas usadas na jurisdição constitucional devem ser pelo menos inferidas do texto.²⁰⁹ Para a posição não interpretativista, os juízes constitucionais invocam e aplicam valores e princípios substantivos não vinculados ao texto da constituição, expondo as idéias nacionais básicas de liberdade individual e tratamento justo, ainda quando não expressadas como uma questão de direito positivo na constituição escrita.²¹⁰ Sendo assim, a Nona Emenda pode ser pensada como o fundamento que legitima o modelo não interpretativista, o qual, todavia, pretende ser

²⁰⁸ MOORE, Michael S. Do we have an unwritten constitution? *Southern California Law Review*, v. 63, 1989, p. 107.

²⁰⁹ GREY, Thomas C. Do we have an unwritten Constitution? *Stanford Law Review*, v. 27, fevereiro 1975, p. 703-706; McCONNELL, Michael W. A moral realist defense of constitutional democracy. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988, p. 93; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 1.069.

²¹⁰ GREY, Thomas C. Do we have an unwritten Constitution? *Stanford Law Review*, v. 27, fevereiro 1975, p. 706-710; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 1.070.

deduzido, pela tese da constituição não escrita, apenas pela observação e generalização dos traços de uma história constitucional particular.

Ocorre que, mais que uma questão essencialmente historicista, a problemática a respeito da interpretação constitucional é indubitavelmente teórico-normativa, mesmo na perspectiva adotada pela tese da constituição não escrita. Como dito, a interpretação constitucional, sob qualquer sentido, levanta a necessidade de saber como se deve conceber o direito constitucional válido: é o direito inferido apenas diretamente do texto constitucional, ou, além da constituição escrita, envolve também valores e princípios substantivos a respeito das idéias básicas de liberdade individual e tratamento justo, ainda que não vinculados ao texto? Esta problemática, por sua vez, pode ser traduzida na questão mais geral de saber qual é exatamente a constituição válida e, por conseguinte, qual é o direito válido em um país, recordando que validade, neste trabalho, não diz respeito somente à aceitação social das normas, mas à legitimidade da ordem jurídica constitucional. Por isso, e especialmente por envolver-se com a temática da interpretação, a tese da constituição não escrita não tem como deixar de envolver-se com as questões teóricas mais fundamentais do direito constitucional e do direito em geral, muito especialmente quanto à questão da sua legitimidade.

O exame do estatuto teórico da atividade de interpretação e aplicação das normas do direito constitucional revela-se complexo. Alguns afirmam que interpretar é levar a cabo um raciocínio hermenêutico baseado no texto. Ainda que essa posição tenha um fundo de verdade, não pode obscurecer o fato de que a interpretação se vincula ao problema dos valores, mesmo quando os julgamentos destes sejam restringidos pelo próprio texto.²¹¹ Aliás, “a idéia de que o texto controla sua própria interpretação, que é um mundo fechado que pode ser lido sem recurso a qualquer coisa fora de si, destoa de qualquer filosofia da linguagem ou teoria da interpretação respeitável”.²¹² Por isso é que costuma propor regras e metodologias para tornar objetivo o processo de interpretação, pois se a interpretação está envolvida em valores e,

²¹¹ MOORE, Michael S. Do we have an unwritten constitution? *Southern California Law Review*, v. 63, 1989, p. 112.

²¹² RAPACZYNSKI, Andrzej. The ninth amendment and the unwritten constitution: the problems of constitutional interpretation. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988, p. 194-195: “... the idea that the text controls its own interpretation, that is a closed world which can be read without recourse to anything outside of itself, is out of tune with any respectable philosophy of language or theory of interpretation”.

ao mesmo tempo, não é regulada pelo texto mesmo, a tentação é vê-la como algo impossível.

Certamente há casos em que as questões são facilmente resolvidas, como, por exemplo, a de saber que uma pessoa com trinta e três anos de idade não pode ser eleita Presidente da República Federativa do Brasil, sob a Constituição brasileira de 1988.²¹³ Todavia, em muitos outros casos a interpretação se transforma em uma tarefa altamente complexa. Apenas para ilustrar quão complexa esta tarefa pode ser, considere a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro no *Habeas Corpus* n. 82.424 – RS²¹⁴, no qual se pretendia fosse declarada extinta a condenação criminal de Siegfried Ellwanger, pela prática do delito de racismo tipificado no artigo 20 da Lei n. 7.716/89, com a redação dada pela Lei n. 8.081/90. No julgamento, para alcançar o veredicto de que “escrever, editar, divulgar e comerciar livros ‘fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias’ contra a comunidade judaica constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade”,²¹⁵ o Supremo Tribunal teve que compatibilizar “conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional” do termo racismo. E por meio de uma “interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram a sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma”, o Tribunal finda por afirmar que “a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista”.

Tanto quanto a interpretação anterior, em relação à exigência de que, sob a Constituição brasileira de 1988, o Presidente da República Federativa do Brasil deve ter a idade mínima de trinta e cinco anos, o raciocínio hermenêutico do Supremo Tribunal a respeito do alcance das cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade do crime de racismo pode ser apresentado como um exemplo de interpretação constitucional. Não é

²¹³ Artigo 14, § 3º, inciso VI, alínea *a*, da Constituição da República Federativa do Brasil: São condições de elegibilidade, na forma da lei: a idade mínima de trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador.

²¹⁴ Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Crime de racismo e anti-semitismo*: um julgamento histórico do STF (*Habeas Corpus* n. 82.424/RS). Brasília: Brasília Jurídica, 2004. A obra contém o acórdão e o inteiro teor dos votos proferidos pelos Ministros da Corte nas cinco sessões de julgamento do caso.

²¹⁵ Cláusulas previstas no artigo 5º, XLII, da Constituição da República Federativa do Brasil: A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

por referir-se a circunstâncias históricas, políticas e sociais e por fazer uso de conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos que o Tribunal deixou de interpretar e aplicar o direito constitucional. Assim como não cabe a idéia de que lei clara não carece de interpretação, pois a própria verificação da clareza implica o uso preliminar da exegese, nem que seja para certificação do sentido da letra do texto,²¹⁶ também não é legítimo afirmar que as questões jurídicas altamente complexas e polêmicas, nas quais mais de uma resposta correta se torna plausível, deixam de ser questões interpretativas por esse motivo. Nem todas as questões interpretativas são simples e óbvias, notadamente porque esse caráter muitas vezes está relacionado ao contexto em que as questões são levantadas.

Com efeito, mesmo as limitações impostas ao processo de interpretação “não podem nunca proporcionar uma férrea garantia de que um texto dado será lido do mesmo modo em todos os tempos e sob quaisquer circunstâncias”.²¹⁷ O interpretativismo apresenta uma concepção próxima, se não igual, do modelo dedutivo de aplicação do direito, quando assinala que as normas usadas na jurisdição constitucional são inferidas logicamente do texto da constituição. Ora, o modelo dedutivo de interpretação jurídica há muito tempo deixou de ser sustentado como modelo completo e adequado de aplicação do direito, dentre outras razões, por causa da vagueza da linguagem do direito, da possibilidade de conflitos e colisões de normas, do fato de que nenhuma norma pode estar à disposição para a decisão de um caso e da possibilidade da ampliação do direito frente ao texto de uma norma.²¹⁸

Por outro lado, se o modelo não interpretativista pretende realçar a contribuição produtiva da jurisdição constitucional, a hermenêutica filosófica também de há muito já

²¹⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 38.

²¹⁷ RAPACZYNSKI, Andrzej. The ninth amendment and the unwritten constitution: the problems of constitutional interpretation. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988, p. 196: “... can never provide an ironclad guarantee that a given text will be read in the same way at all times and under any circumstances”.

²¹⁸ ALEXY, Robert. Interpretación jurídica y discurso racional. In: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução e introdução de Luis Villar Borda. 2. reimpressão. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 37. Manuel Atienza escreve que o argumento dedutivo não é suficiente para o campo dos argumentos que se costuma articular no plano do direito porque, dentre outras coisas, a lógica dedutiva “só nos oferece critérios de correção formais, mas não se ocupa das questões materiais ou de conteúdo que, claramente, são relevantes quando se argumenta em contextos que não sejam os das ciências formais (lógica e matemática)”. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 33-34.

havia elaborado uma noção de interpretação chamando a atenção para esse aspecto. A hermenêutica filosófica apresenta como problema central a questão da compreensão, que implica uma atividade de reflexão chamada de interpretação. A hermenêutica trata das condições (pressupostos, modalidades e princípios) da interpretação e da compreensão. Além disso, a análise do caráter paradigmático da hermenêutica jurídica revela ser a aplicação um momento tão essencial e integrante da hermenêutica, quanto compreender e interpretar, pois, na prática do direito, compreende-se uma norma jurídica para que ela possa ser aplicada, concretizada. “O conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são atos separados, mas um processo unitário”.²¹⁹ Nesse passo, a compreensão não se prende ao sentido originário do texto normativo, reproduzindo-o no presente, pois o jurista tem a tarefa de adequar a lei transmitida às necessidades do presente, concretizando-a em cada caso concreto.

Além do mais, sendo histórico o existente humano e seu mundo circundante, o próprio compreender é histórico, segundo a hermenêutica filosófica. Isto quer dizer que a compreensão de qualquer texto, inclusive do texto normativo, pressupõe a elaboração prévia de expectativas por parte do intérprete, com base no seu contexto ético tradicional. Desse modo, surge o conceito de pré-compreensão, que se refere às hipóteses com as quais o intérprete aborda o texto, a qual é considerada a primeira de todas as condições hermenêuticas. Igualmente, surge o conceito de círculo hermenêutico do compreender, segundo o qual na compreensão há um círculo que vai da pré-compreensão ao texto, efetuando assim um contraste com o texto mesmo, sem que a interpretação se afigure a uma opinião feita, mas seja o resultado do efeito recíproco entre o texto e a hipótese de interpretação.

Em razão da realidade histórica do ser, o autor de um texto, ou seu primeiro intérprete, encontra-se em situação distinta do intérprete atual. No campo da hermenêutica filosófica, o *princípio da história efetiva* reconhece os efeitos na história dos fenômenos e das obras transmitidas. “Quando procuramos compreender um

²¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 463. Gadamer generaliza esse aspecto intrínseco à hermenêutica jurídica, arrematando, em outro trecho: “A aplicação não quer dizer aplicação ulterior de algo comum dado, compreendida primeiro em si mesma, a um caso concreto, mas é, antes, a verdadeira compreensão do próprio comum que cada texto dado representa para nós. A compreensão é uma forma de efeito, e se sabe a si mesma como tal efeito” (p. 505).

fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramos sempre sob os efeitos dessa história efetual.”²²⁰ A sedimentação dos fatos no fundo da história constitui um momento estrutural da própria compreensão e é captada pelo intérprete como a tradição continuada até o presente. O intérprete do texto não pode, assim, limitar-se a investigar o primeiro significado do texto, ou a intenção do seu autor, porque seu próprio trabalho não é mais que um traço da história efetual e a compreensão por ele alcançada se adiciona como um elo a mais à larga cadeia de efetividade histórica a que deu origem o texto. Por essas razões, a compreensão é sempre uma atividade produtiva, até porque produtiva é a história.

Se a provisão textual por si mesma não limita seriamente o modo como ela deve ser interpretada, para a hermenêutica filosófica as limitações operam dentro do contexto no qual o texto é interpretado. A tradição continuada até o presente oferece, em princípio, as condições estruturais para que o texto normativo seja interpretado melhor, ou, pelo menos, diferente. Mediante o conceito de distância temporal, a hermenêutica filosófica indica a situação ótima que permite a própria compreensão. Reconhecendo a distância no tempo como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender, Gadamer afirma que ela “é a única que permite uma expressão completa do verdadeiro sentido que há numa coisa”.²²¹ Um novo contexto irá sempre exigir uma nova interpretação dos objetos, proposição que se aplica integralmente também aos textos normativos.

Aliás, essa é uma verdade conhecida pelos juristas há bastante tempo. Para efeito de ilustração, considere apenas o caso *Brown v. Board Education*²²², no qual a Suprema Corte norte-americana decidiu pelo fim da segregação racial nas escolas públicas do Sul dos Estados Unidos da América, com base no princípio da igualdade diante da lei, previsto na Décima Quarta Emenda da Constituição daquele país. No julgamento, a Corte teve que enfrentar o precedente *Plessy v. Ferguson*,²²³ em que a segregação nos transportes ferroviários havia sido reputada compatível com o princípio da igualdade, no

²²⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 449.

²²¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 446.

²²² *Brown v. Board Education*, 347 U.S. (1954).

²²³ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

que ficou conhecido como a doutrina dos “separados, mas iguais”. É representativa da interpretação evolutiva adotada pela Corte, em 1954, a seguinte passagem extraída do voto do seu então Chief Justice, Earl Warren²²⁴:

“Na abordagem deste problema, nós não podemos voltar nossos relógios para 1868, quando a Emenda foi adotada, ou, ainda, para 1896, quando ‘Plessy’ foi decidido. Nós devemos considerar a educação pública à luz de seu completo desenvolvimento e de seu lugar presente no modo de vida americano por toda a Nação. Só por este caminho pode ser determinado se a segregação nas escolas públicas priva os reclamantes da igual proteção da lei.”

A filosofia hermenêutica é capaz de demonstrar o equívoco de um modelo dedutivo de interpretação, próprio do interpretativismo. Mas é a partir do momento em que se adota uma perspectiva pragmática de interpretação que aquele modelo dedutivo encontra então superação definitiva. Na verdade, a teoria do círculo hermenêutico como tal nada diz sobre os critérios de confirmação ou rejeição das hipóteses de interpretação. A prática de interpretação necessita de um ponto de referência que ultrapasse as tradições jurídicas consuetudinárias, pois é necessário romper o círculo no qual se enreda a hermenêutica jurídica com seu recurso a *topoi* historicamente comprovados de um *ethos* transmitido:

“O recurso a um *ethos* dominante, aprimorado por interpretações, não oferece, é verdade, uma base convincente para a validade de decisões jurídicas, em meio a uma sociedade pluralista, na qual diferentes situações de interesses e de forças religiosas concorrem entre si. O que para um vale como *topos* comprovado historicamente é, para outro, pura ideologia ou preconceito.”²²⁵

Ora, “sobre isto somente se pode decidir com base em argumentos, o que indica que a teoria do círculo hermenêutico não pode substituir uma teoria da argumentação

²²⁴ Trecho reproduzido de MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 39.

²²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Tradução de Flavio Bieho Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 248.

jurídica”.²²⁶ A ser assim, “a correção de uma interpretação só pode ser demonstrada quando se aduz razões a favor ou contra”, motivo pelo qual pode ser considerada válida a tese segundo a qual “interpretação é argumentação”.²²⁷ Isto conduz a uma concepção pragmática de interpretação, porque o conceito de argumento é propriamente pragmático. Para saber o que é um bom argumento “é preciso descobrir o papel que ele desempenha no interior de um jogo de argumentação, isto é, saber até que ponto ele, seguindo as regras desse jogo, pode contribuir para a solução do problema da aceitabilidade ou não-aceitabilidade de uma pretensão de validade controversa”.²²⁸ Uma interpretação correta somente pode ser analisada do ponto de vista da qualidade dos argumentos e da estrutura do processo de argumentação. Nesse sentido, “‘correção’ significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos (...), pelo caminho de uma fundamentação que se desenrola argumentativamente”,²²⁹ que não exclui a possibilidade de novas informações e melhores argumentos virem a ser aduzidos:

“Em condições favoráveis, nós só concluímos uma argumentação, quando os argumentos se condensam de tal maneira num todo coerente, e no horizonte de

²²⁶ ALEXY, Robert. Interpretación jurídica y discurso racional. In: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução e introdução de Luis Villar Borda. 2. reimpressão. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 41: “Sobre esto sólo puede decidirse con base en argumentos, lo cual indica que la teoría del círculo hermenéutico no puede sustituir una teoría de la argumentación jurídica”. É novamente Manuel Atienza que argumenta que, no contexto do direito moderno, justificar as decisões “é particularmente relevante nas sociedades pluralistas que não consideram como fonte de legitimidade ou de consenso coisas tais como tradição ou autoridade”. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 25.

²²⁷ ALEXY, Robert. Interpretación jurídica y discurso racional. In: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução e introdução de Luis Villar Borda. 2. reimpressão. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 43-44: “La corrección de una interpretación sólo puede demostrarse cuando se aducen razones en su favor y en su contra. Por tanto es válida la frase: interpretación es argumentación”. Dworkin igualmente é da opinião que a prática do direito é argumentativa, aduzindo ainda o seguinte: “Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 17.

²²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Tradução de Flavio Bieho Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 283. Cláudia Servilha Monteiro pontifica que “a Teoria da Argumentação Jurídica ocupa o plano pragmático da linguagem, como Pragmática jurídica argumentativa, e vai tentar estabelecer ampla relação entre o Direito com o seu contexto, entre os sujeitos que operam na seara jurídica e a necessidade de legitimação do sistema, recorrendo a um novo modelo de racionalidade mais bem adaptado a responder às mesmas velhas questões que já haviam sido deliberadamente abandonadas pelo positivismo jurídico. A pergunta é: como produzir critérios de legitimação racional para as decisões?” MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação jurídica e nova retórica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 82.

²²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Tradução de Flavio Bieho Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 281.

concepções básicas ainda não problematizadas, que surge um acordo não-coercitivo sobre a aceitabilidade da pretensão de validade controvertida. A expressão ‘acordo racionalmente motivado’ pretende fazer jus a esse resto de facticidade: nós atribuímos a argumentos a força de ‘mover’, num sentido não-psicológico, os participantes da argumentação a tomadas de posição afirmativas.”²³⁰

Reencontra-se assim a natureza procedimental de uma razão comunicativa, segundo a qual a idéia de um processo interminável de argumentação especifica condições procedimentais e pragmáticas garantidoras, de modo ideal, de que “todos os argumentos e informações relevantes sobre um tema, disponíveis numa determinada época, possam vir completamente à tona, isto é, possam desenvolver a força de motivação racional inerente a eles”. Deles emerge a noção de situação ideal de fala, na qual proponentes e oponentes que pretendem se entender sobre a validade de uma interpretação, “aliviados da pressão da experiência e da ação, tematizam uma pretensão de validade que se tornou problemática e verificam, num enfoque hipotético e apoiados apenas em argumentos, se a pretensão defendida pelo proponente tem razão de ser”.²³¹ A uma prática argumentativa desse tipo é ligada a intuição básica que expressa a intenção de “conseguir o assentimento de um auditório universal para um proferimento controverso, no contexto de uma disputa não-coercitiva, porém regulada pelos melhores argumentos, na base das melhores informações”.²³² A prática da argumentação é, nesse sentido, a forma reflexiva do agir comunicativo.

É claro que na argumentação jurídica e, dessa forma, também na argumentação constitucional, as normas são supostas como válidas. Mas, nem por isso, a interpretação jurídica pode ser caracterizada como sendo uma atividade simplesmente analítica, ou exclusivamente semântica. Mesmo com a validade pressuposta das normas estabelecidas, na interpretação jurídica ainda é necessária a forma comunicativa de um discurso que aponta para pressupostos pragmáticos da argumentação, pois na aplicação entram em cena...

²³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Tradução de Flavio Bieho Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 282.

²³¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Tradução de Flavio Bieho Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 283.

²³² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Tradução de Flavio Bieho Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 284.

“... interpretações da situação, que dependem da autocompreensão e da compreensão diferencial do mundo do autor do delito e dos atingidos. Dessas diferentes interpretações da situação precisa emergir uma descrição do estado de coisas, já impregnado normativamente, que não passa simplesmente por alto as diferenças de percepção existentes. Aqui também se trata de um cruzamento de perspectivas de interpretação não-mediatizadas.”²³³

Isso é o bastante para demonstrar que a disputa interpretativismo *versus* não interpretativismo está dominada por suposições equivocadas sobre o papel do texto na jurisdição constitucional. Ambos os modelos abraçam uma concepção estrita ou limitada de interpretação textual, proposta pelo primeiro e curiosamente aceita pelo último, segundo a qual uma leitura estreita do texto “é capaz de fornecer diretrizes significativas e refrear a discricção judicial, enquanto uma leitura mais expansiva necessariamente termina em subjetivismo judicial”.²³⁴ Esta visão apresenta como pressuposição filosófica a idéia de que o próprio texto controla o processo de interpretação. Como se viu, a aplicação de determinado texto normativo implica a elaboração prévia de expectativas, a partir dos fatos sedimentados no fundo da história, mas tendo em vista um contexto permanentemente criticável, dadas as pressuposições exigentes de um processo argumentativo por meio do qual se pretende alcançar a interpretação correta. Por isso, a interpretação “sempre procede contra um conjunto de suposições de fundo que podem elas próprias se tornarem abertas ao questionamento, não havendo qualquer modo de purificá-la de tais influências”.²³⁵

Ao invés de tentar reduzir a interpretação a um conjunto determinado de regras que garantem que o mesmo texto será sempre lido da mesma maneira, restringindo o texto constitucional às palavras do documento, uma visão geral da interpretação baseada na pragmática propõe ser “mais plausível ver o texto como sendo sempre interpretado contra o fundo de relações sociais existentes e lido à luz de todos os tipos de teorias

²³³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Tradução de Flavio Bieho Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 284.

²³⁴ RAPACZYNSKI, Andrzej. The ninth amendment and the unwritten constitution: the problems of constitutional interpretation. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988, p. 194: “... is capable of providing meaningful guidelines and curbing judicial discretion, while a more expansive reading necessarily ends in judicial subjectivism”.

²³⁵ RAPACZYNSKI, Andrzej. The ninth amendment and the unwritten constitution: the problems of constitutional interpretation. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988, p. 197: “... always proceeds against a set of background assumptions which themselves become open for questioning, and there is no way of purifying it of all such influences”.

conflitantes acerca do sentido e da função do texto”.²³⁶ De modo que a posição textualista pura é uma impossibilidade, pois o próprio texto não determina qual informação de fundo é para ser usada no processo de interpretação. Sendo assim, é surpreendente que parte da teoria da jurisdição constitucional que não quer se limitar às palavras do documento se autodenomine não interpretativista. Ao fazê-lo, aceita e reproduz a concepção restrita e infundada de interpretação constitucional, segundo a qual é o próprio texto que controla o processo de interpretação.

Certamente por causa de todos esses problemas é que Grey acaba por reconhecer o aspecto enganoso dos termos *interpretativismo* e *não interpretativismo*, até mesmo para a visão que aceita a aplicação judicial de uma constituição não escrita, como define sua própria posição. No lugar de continuar usando tais termos, “é melhor tratar todas as abordagens da adjudicação constitucional como limitadas à interpretação das fontes do direito constitucional, e então discutir sobre quais são essas fontes e qual o peso relativo que elas deveriam ter”.²³⁷ A nova classificação distingue os intérpretes que tratam o texto constitucional como a única fonte legítima das normas operativas do direito constitucional, chamados de textualistas, daqueles que tratam o texto como a fonte primordial onde ele fala claramente, contudo suplementado por uma constituição composta de princípios que são as bases dos precedentes e das práticas enquanto vistos da perspectiva do presente. O próprio texto autorizaria recorrer a estas fontes não escritas por meio de provisões como a Nona Emenda.

Com a nova dicotomia, o objetivo do autor é continuar sustentando a tese da constituição não escrita, mesmo aceitando a idéia de que os dados do contexto são partes integrantes de qualquer atividade interpretativa. Grey inclusive reconhece que uma interpretação em sentido estrito pode tomar em consideração o contexto, mais além do sentido original do texto, o que inclui a interpretação passada e a presente, como também exigências futuras imaginadas condicionando seu uso. Mas, em muitos casos, “estas considerações extratextuais cessam de ser questões do contexto e se tornam os

²³⁶ RAPACZYNSKI, Andrzej. The ninth amendment and the unwritten constitution: the problems of constitutional interpretation. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988, p. 198: “... more plausible to view the text as being always interpreted against the background of existing social relations and read in the light of all kinds of contestable theories concerning the meaning and the function of the text”.

²³⁷ GREY, Thomas. The uses of an unwritten constitution. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988, p. 221: “It is better to treat all approaches to constitutional adjudication as constrained to the interpretation of the sources of constitutional law, and then to argue about what those sources are and how much relative weight they should have”.

objetos focais do escrutínio interpretativo, a figura antes que o fundamento. Isto mais obviamente ocorre quando a Corte trata as palavras da Constituição como essencialmente irrelevantes para sua decisão, como, por exemplo, em *Roe* e em *Bolling*”.²³⁸ Na versão do suplementarismo, a tese da constituição não escrita expressa que textos não escritos (de precedentes, ideais sociais e outros) suplementam, embora não suplantem, o documento escrito, revelando que Grey continua partidário de uma idéia restrita de interpretação:

“A idéia pública de adjudicação de acordo com o direito escrito deriva da experiência comum de fornecer e seguir instruções na forma de listas de compras, bilhetes para babás, memorandos do chefe e outros semelhantes. Instruções e acordos são tipicamente fixados por escrito para comunicar conteúdo definido. Esta concepção de ‘tomar por escrito’ é a base da conexão especial entre a característica *escrita* das constituições americanas e sua aplicabilidade judicial. (...) A revisão judicial ativista que procede sem levar em conta a visão popular da importância dos escritos carece de consentimento do governado.”²³⁹

Com efeito, a fim de manter a idéia de que a interpretação é uma operação genuinamente textual, o autor entende que o foco principal da operação deve permanecer sobre as palavras, enquanto os fatores extrínsecos devem permanecer apenas contextuais. Quando o foco interpretativo muda do texto para a prática por ele gerada, o que Grey considera ocorrer exemplarmente nos casos do substantivo devido processo, os juristas e comentadores não deveriam tentar convencer o público que juízes estão tomando o conteúdo normativo básico de suas decisões do texto, mas descrever o processo de decisão como o desenvolvimento judicial continuado de uma constituição

²³⁸ GREY, Thomas. The uses of an unwritten constitution. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988, p. 231: “... these extra-textual considerations stop being matters of context and become the focal object of interpretive scrutiny, the figure rather than the ground. This most obviously happens when the Court treats the words of the Constitution as essentially irrelevant to its decision, as, for example, in *Roe* and *Bolling*”.

²³⁹ GREY, Thomas. The uses of an unwritten constitution. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988, p. 232: “The public idea of adjudication according to written law derives from the common experience of giving and following instructions in the form of shopping lists, notes for babysitters, memos from the boss, and the like. Instructions or agreements are typically fixed in writing to communicate definite content. This conception of ‘getting it in writing’ underlies the special connection between the *written* character of American constitutions and their judicial enforceability. (...) Activist judicial review that proceeds without taking account of the popular view of the importance of writings lacks the consent of the governed”.

não escrita do tipo *common law*. Nesse sentido, “suplementar a constituição escrita é algo mais que lê-la no contexto”.²⁴⁰ Por isso, é correto dizer que Grey permanece partidário de uma noção limitada de interpretação literal, adotando, no final das contas, a mesma concepção do textualismo, quanto à natureza da atividade interpretativa. Ressurge aqui, mais uma vez, a idéia de que o próprio texto é que controla o processo de sua interpretação, com todas as limitações que isso traz.

Não é de todo surpreendente, portanto, que a atividade jurisdicional da Suprema Corte norte-americana, em relação a direitos fundamentais não enumerados, possa ser lida como expressando mais bem uma idéia abrangente de interpretação, antes que algum modelo dedutivo similar ao interpretativismo, ou algum modelo de suplementarismo reivindicado pela tese da constituição não escrita. É sintomático que em *Griswold* o direito de privacidade tenha sido reconhecido mediante o argumento de que várias normas constitucionais ou proíbem a invasão de domicílio sem ordem judicial ou garantem o direito à não auto-incriminação. Referidas normas criariam “zonas de privacidade” imunes às intervenções do poder público, que deveriam ser estendidas para proteger as decisões tomadas no seio da relação matrimonial, inclusive as relativas à utilização ou não de métodos anticoncepcionais. Isto quer dizer que a justificação e a aplicação do “novo direito” se basearam na interpretação de cláusulas da constituição mesma, antes que em algum outro tipo de fonte autoritativa suplementar. Apenas houve, por assim dizer, a atualização da substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuído no documento da constituição, por meio de uma interpretação que o adaptou a novas circunstâncias.

Entrementes, não é mais o caso de adotar-se a perspectiva de um direito natural metafisicamente fundamentado para revelar o sentido atualizado desse conteúdo, suplementando o documento escrito. É possível vislumbrar agora que aquele conteúdo demanda um processo continuado e ininterrupto de interpretação, a fim de que possam ser protegidos novos interesses considerados essenciais. Para tanto, também é relevante perceber que a interpretação constitucional é um procedimento argumentativo abrangente e complexo, não se resumindo a um simples modelo dedutivo de aplicação dos dispositivos constitucionais escritos.

²⁴⁰ GREY, Thomas. The uses of an unwritten constitution. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988, p. 234: “Supplementing the written constitution is something more than reading it in context”.

Antes de desenvolver com mais detalhes essa idéia, convém introduzir o direito constitucional brasileiro no debate, a fim de que as contribuições do capítulo também levem em consideração a sua especificidade e, por conseguinte, possam ser oportunamente aproveitadas na análise. Apenas para finalizar de vez esta seção, é necessário reter a idéia de que o exame da tese da constituição não escrita chama a atenção para a necessidade de uma teoria mais ampla que dê conta do conteúdo normativo insaturado de um sistema de direitos inevitavelmente assumido por uma prática constituinte. Como foi mostrado no capítulo anterior, a fundamentalidade material dos direitos e, portanto, o critério de fundamentalidade de novos direitos se reporta àquele conteúdo normativo.

2.2. Direitos fundamentais não enumerados no direito constitucional brasileiro

A Constituição imperial de 1824 não continha nenhuma cláusula semelhante à do artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988, apesar de possuir um artigo (179) enumerando os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros. Desde a Constituição de 1891, entretanto, referida cláusula foi introduzida no direito constitucional brasileira, sendo repetida por todas as Cartas posteriores àquela. De fato, a primeira Constituição republicana previu no seu artigo 78 que “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclue outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ella estabelece e dos princípios que consigna”. Interessante que a terminologia utilizada pela Constituição de 1891 é a de *direitos não enumerados*, provavelmente em razão da forte influência que teve a Constituição norte-americana naquela época, por meio do trabalho de Rui Barbosa.

Na Constituição brasileira de 1934, a cláusula originariamente introduzida na Constituição anterior foi reescrita, passando a adotar a seguinte redação, constante no artigo 114: “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclue outros, resultantes do regime e dos princípios que ella adota”. Aqui, não se usa mais expressamente a terminologia relativa a direitos não enumerados, substituindo-se ainda a expressão “*resultantes da forma de governo*” por “*resultantes do regime*”.

A Constituição do Estado Novo, de apenas três anos depois, aproveitou o artigo da cláusula para fixar um limite autoritário à fruição dos próprios direitos fundamentais como um todo. Decerto, no artigo 123 da Constituição de 1937 está declarado que “a especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclue outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição”. Além disso, reaparece a expressão “*resultantes da forma de governo*”, constante da Carta de 1891 e substituída pela de 1934.

Não obstante, a Constituição de 1946 recuperou o texto da cláusula de 1934, apenas substituindo o termo “*resultantes*” por “*decorrentes*”, termo este utilizado pela Constituição atualmente em vigor. Por meio do artigo 144, a Constituição de 1946 estabeleceu que “a especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que adota”. Através da decretação da Constituição de 1967, do ponto de vista formal nenhuma alteração se fez na última formulação da cláusula, a não ser sua localização no artigo 150, § 35. Com a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, o preceito, de novo sem qualquer modificação, passou a constar como conteúdo do artigo 153, § 36, da Constituição.

Finalmente, o dispositivo em que se encontra escrita a cláusula dos direitos não enumerados na Constituição de 1988 é o artigo 5º, § 2º, *in verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, importando neste estudo apenas a primeira parte da provisão, conforme delimitação já justificada.

A dificuldade interpretativa que a cláusula impôs, nos seus diversos momentos, sempre foi reconhecida pela doutrina brasileira. Na forma como redigida na Constituição de 1967, Manoel Gonçalves Ferreira Filho se limitou a registrar que o dispositivo trazia o significado de que a Constituição brasileira, ao enumerar os direitos fundamentais, não pretendeu ser exaustiva. Em seguida, anotou literalmente: “Quais

sejam esses direitos é difícil apontar”.²⁴¹ De todo modo, sugeriu que tais direitos fazem parte daqueles que Limongi França arrolou sob a denominação de *direitos à integridade moral*, como o direito à honra, ao recato, à imagem, ao segredo, à identidade etc. E acrescentou que a principal consequência do dispositivo era a de que em matéria de interpretação dos direitos fundamentais não se aplica o brocardo *inclusio unius exclusio alterius*.

Pontes de Miranda também mencionou expressamente esta última consequência, no seu estudo sobre a Constituição de 1967. A cláusula por ele denominada de “princípio de ressalva dos direitos e garantias” invocava o fato de o *poder estatal* estar no povo, bem como que não se limitavam os Direitos (supra-estatais) do Homem, nem os Direitos dos Povos. Mais que isso, Pontes de Miranda corretamente percebeu que o dispositivo aludia “a ser sistema, a ser todo, a Constituição – ser forma escrita de princípios que perpassam por toda ela”.²⁴² Isso não o impediu de reconhecer a dificuldade da tarefa de apontar quais os direitos, seguranças e garantias que o regime político democrático-liberal contém em si, implicitamente. Para efeito de ilustrar o tema, chamou a atenção para o fato de a Constituição de 1967 não conter dispositivo proibindo a discriminação por motivos de nascimento, sexo, raça, profissões, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas. Aliás, também não continham dispositivos da espécie as Constituições de 1937 e de 1946, mas somente a de 1934. Mesmo assim, Pontes de Miranda defendeu a tese de que a proibição resultava do regime e dos princípios da Constituição de 1967, pois ofendia, de frente, o princípio da isonomia nela consagrado.

Em outra edição de sua obra, agora tomando em consideração a Emenda Constitucional n. 1 de 1969, Pontes de Miranda realizou estudo de caráter mais doutrinário dos direitos fundamentais, realçando, por exemplo, a natureza supra-estatal dos mesmos. Assumindo uma postura acentuadamente jusnaturalista, o autor defendeu que nem todos os direitos supra-estatais estão explícitos na Constituição. Aliás, nem todos os direitos fundamentais nela se encontram, pois é a própria Constituição que o diz. E acrescentou que “seria assim se o não tivesse dito e, em se tratando de direitos

²⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira: Emenda Constituição n. 1 de 17 de outubro de 1969*. 3º volume (artigos 130 a 200). São Paulo: Saraiva, 1975, p. 137.

²⁴² PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 617.

supra-estatais, se tivesse dito que só existem os explícitos”.²⁴³ O autor cita o direito de resistência como exemplo disso, dizendo que ele existe, apesar da Constituição nele não falar.

A introdução da cláusula no direito constitucional brasileiro por meio da Constituição de 1891 certamente foi inspirada na Constituição dos Estados Unidos da América. Mas, pode-se facilmente observar que a sua formulação sempre foi um tanto diferente da cláusula mãe, na medida em que a referência não é feita aos “direitos conservados pelo povo”, mas sim a outros, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.²⁴⁴ Por outro lado, em razão de que as Constituições brasileiras sempre incluíram catálogos mais ou menos extensos de direitos fundamentais, os autores nacionais repetidamente chamam a atenção para a dificuldade de apontar quais seriam esses outros direitos, tarefa tornada mais árdua na vigência da Constituição de 1988, que incluiu um longuíssimo rol de direitos individuais.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins chegam a chamar a tarefa de *praticamente impossível*. De todo modo, os dois doutrinadores constitucionais pátrios são da opinião de que a cláusula talvez recupere maior alcance e significação “se houver por parte da doutrina e jurisprudência uma interpretação mais coerente com a natureza das normas principiológicas”. Mediante rigor em extrair-se conseqüências implícitas de todos os artigos que compõem a Constituição, seria possível emprestar força a um rol de direitos não expressos. Os autores caracterizam tal procedimento como um ato de “coragem hermenêutica e de coerência com a aceitação dos princípios”.²⁴⁵ Os princípios passariam a ser geradores de direitos e deveres e não uma mera enunciação, de cunho teórico e filosófico.

Seja como for, emerge clara a diferença entre a cláusula de abertura dos direitos fundamentais no direito constitucional americano e no direito constitucional brasileiro. Na Constituição norte-americana, a cláusula pretende evidenciar que, além dos direitos explicitamente registrados nas dez primeiras emendas, o povo *reter*ia outros desde o estado anterior. Na Constituição brasileira de 1988, desde o início aparenta estar

²⁴³ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. Com a Emenda n. 1, de 1969. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 625.

²⁴⁴ BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* (promulgada em 5 de outubro de 1988). 2º volume. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 395.

²⁴⁵ BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* (promulgada em 5 de outubro de 1988). 2º volume. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 395.

bloqueado o espaço para discutir a respeito da existência de uma constituição não escrita, cujo conteúdo é fornecido pelo direito natural, pois a cláusula se reporta a *direitos decorrentes* do regime e dos princípios adotados pela própria Constituição escrita. A adoção do regime e dos princípios se dá por meio do texto constitucional. Ou seja, direitos não enumerados no sistema constitucional brasileiro são direitos decorrentes da interpretação de certos enunciados e provisões constantes da própria Constituição.

Um exemplo claro e incontroverso disso é a proteção do sigilo bancário como direito fundamental, conforme consagrado na doutrina e jurisprudência constitucionais brasileiras. Na Constituição de 1988, há provisões específicas estabelecendo a inviolabilidade da casa do indivíduo²⁴⁶ e do sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas,²⁴⁷ a despeito da expressa garantia em termos mais gerais da inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas.²⁴⁸ Todavia, não se encontra provisão específica a respeito da inviolabilidade dos dados bancários do indivíduo em qualquer dispositivo constitucional. Ainda assim, a doutrina constitucional brasileira, de maneira praticamente unânime, como informa Francisco Valdez Pereira, infere a proteção constitucional específica do sigilo bancário do princípio da proteção à intimidade.²⁴⁹ Segundo a doutrina, a proteção jurídica da intimidade inclui a dimensão do sigilo bancário.

A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal brasileiro consolidou esse entendimento, ao afirmar que o sigilo bancário é uma das expressões, ou uma das projeções realizadoras, do direito fundamental à intimidade. A fundamentação utilizada pelo Supremo Tribunal para justificar a proteção do sigilo bancário como direito fundamental não faz qualquer referência ao artigo 5º, § 2º, da Constituição brasileira. Em julgamento ocorrido ainda em 1992, o Supremo Tribunal

²⁴⁶ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, XI: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

²⁴⁷ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, XII: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

²⁴⁸ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

²⁴⁹ PEREIRA, Francisco Valdez. Uma leitura constitucional da proteção ao sigilo bancário. *Revista dos Tribunais – Fascículo Cível*, ano 91, v. 804, outubro 2002, p. 117.

expressou que o sigilo bancário é “espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (CF, artigo 5º, X)”.²⁵⁰ Em outra decisão, agora de 2000, a Corte reafirmou que o sigilo bancário, “ao dar expressão concreta a uma das dimensões em que se projeta, especificamente, a garantia constitucional da privacidade, protege a esfera de intimidade financeira das pessoas”. A ser assim, “o sigilo bancário reflete uma expressiva projeção da garantia fundamental da intimidade – da intimidade financeira das pessoas, em particular -, não se expondo, em consequência, enquanto valor constitucional que é (...), a intervenções estatais ou a intrusões do Poder Público desvestidas de causa provável ou destituídas de base jurídica idônea”.²⁵¹ Nesta última decisão, consta o seguinte argumento preliminar:

“Como se sabe, o direito à intimidade – que representa importante manifestação dos direitos da personalidade – qualifica-se como expressiva prerrogativa de ordem jurídica que consiste em reconhecer, em favor da pessoa, a existência de um espaço indevassável destinado a protegê-la contra indevidas interferências de terceiros na esfera de sua vida privada. (...) Por isso mesmo, a transposição arbitrária, para o domínio público, de questões meramente pessoais, sem qualquer reflexo no plano dos interesses sociais, tem o significado de grave transgressão ao postulado constitucional que protege o direito à intimidade, pois este, na abrangência de seu alcance, representa o ‘direito de excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo ser da vida privada’”.

Os argumentos contidos em tais decisões do Supremo Tribunal são utilizados para sustentar uma nova interpretação de dispositivo que desde o início consta no texto constitucional, conquanto dele, em momento anterior às decisões, não tivesse sido extraído um sentido que então passou a ser fundamentadamente apresentado. Nesse eito, não se pode deixar de reconhecer que essas decisões continuam a interpretar e a escrever o sistema de direitos, enunciado no teor da Constituição de 1988 pela prática constituinte que a ela deu origem.

²⁵⁰ Supremo Tribunal Federal, Pet 577 QO/DF, 93/1992, Relator Ministro Carlos Velloso, *DJ* de 23.04.1993, p. 6918.

²⁵¹ Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança n. 23.669-DF (medida liminar), Relator Ministro Celso de Mello, *DJ* de 17.04.2000, p. 04.

Ainda a título de ilustração do que se afirma, considere que novas biotecnologias tornando possível o mapeamento genético completo do ser humano poderão significar o fim da própria privacidade. É que um mapa genético e, quem sabe, uma “carteira de identidade genética”, deixarão a descoberto não apenas o presente, mas o passado e o futuro das pessoas, já que reveladores do que as produziu e do que mantém em dada condição os seus tecidos, órgãos, ossos, membros etc. Isto pode ter graves efeitos colaterais, pois, na medida em que o mundo do trabalho, as empresas de saúde, de aposentadorias, de apólices de seguros de vida e outras tiverem em mãos a carteira genética dos que buscam seus serviços, a discriminação poderá se transformar numa barreira intransponível.²⁵² Indubitavelmente, esses problemas tornarão necessário proteger o mapa genético do indivíduo como uma espécie de direito fundamental de privacidade, tanto quanto se tornou necessário proteger constitucionalmente os dados bancários.

O importante aqui é reter o fato de que a fundamentação do direito fundamental ao sigilo bancário, pela doutrina e jurisprudência constitucionais brasileiras, baseia-se no argumento de que há uma provisão constitucional expressa protegendo a intimidade e a vida privada do indivíduo. A par de dispositivos proibindo a invasão da casa, bem como proibindo a violação do sigilo das correspondências e das comunicações telefônicas, o direito fundamental à intimidade e à vida privada deve se estender para a proteção constitucional da inviolabilidade dos dados e informações referentes ao cidadão, advindos do sistema bancário. Essa argumentação revela que o direito ao sigilo bancário resulta da interpretação da própria Constituição brasileira como um todo, e não da leitura do seu artigo 5º, § 2º. Se o conteúdo normativo do sistema de direitos enunciado pela Constituição em vigor exige ser continuamente interpretado, em face de novos problemas, essa interpretação envolve necessariamente a Constituição como um todo, assim bem o documento que contém os dispositivos constitucionais escritos, pois é o documento escrito que enuncia o sistema de direitos. E se a constituição formal enuncia um conteúdo normativo idealizado, a construção dos sentidos ainda não revelados desse conteúdo insaturado passa necessariamente pelo registro da enunciação, pois sem o ato de criação de uma constituição formal não há pressuposição de qualquer idealidade.

²⁵² MOSER, Antônio. *Biotecnologia e bioética: para onde vamos?* Petrópolis: Vozes, 2004, p. 374-375.

Sendo assim, o enunciado da cláusula de abertura dos direitos fundamentais da Constituição brasileira parece ser mais adequado que a fórmula adotada pela cláusula de abertura da Constituição norte-americana, na representação do procedimento pelo qual se fundamenta um direito originariamente não enumerado. O estudo da prática do direito constitucional norte-americano revela que ali novos direitos fundamentais não são justificados e aplicados com fundamento na Nona Emenda, mas igualmente por meio de uma interpretação dos próprios dispositivos constitucionais. Os polêmicos direitos à privacidade e ao aborto, reconhecidos pela Suprema Corte nas decisões *Roe v. Wade* e *Griswold v. Connecticut*, não adotaram a Nona Emenda como fundamento, mas se fundamentaram no argumento de que várias normas constitucionais proíbem a invasão de domicílio sem ordem judicial ou garantem o direito à não auto-incriminação. Este é claramente resultado de uma interpretação da própria Constituição americana, antes que a sua suplementação por meio de outras fontes.

2.3. Direitos fundamentais não enumerados e interpretação constitucional

Deve-se prosseguir na linha das teses contidas nos momentos finais das duas seções anteriores, centralizando melhor os argumentos. Até aqui, estes podem ser assim resumidos, levando em conta o exame crítico da tese da constituição não escrita. Os exemplos de direitos não enumerados do direito constitucional norte-americano são, pelas descobertas anteriores, exemplos de direitos decorrentes dos princípios adotados pela Constituição daquele país. Desse modo, a tese da constituição não escrita, na forma como apresentada por Thomas Grey e seguidores, não serve para *explicar* o procedimento mediante o qual a Suprema Corte justifica e aplica direitos aparentemente não enumerados no texto constitucional. Em outro momento, já se havia chegado à conclusão de que a tese também não fornece um critério normativamente correto para *justificar* direitos não expressos na constituição, dada a sua relação intrínseca com a doutrina do direito natural metafisicamente fundamentado. Portanto, pode-se concluir que a tese da constituição não escrita não se presta nem para explicar o procedimento de aplicação dos direitos fundamentais não enumerados e nem pode ser tomada como teoria adequada para sua justificação.

Todavia, se a questão dos direitos não enumerados é uma questão interpretativa, não se pode deixar de dizer que há necessidade do procedimento levar em conta tanto o texto constitucional quanto o conteúdo normativo do sistema de direitos enunciado no documento escrito. O objetivo desta seção final é discutir uma proposta de Ronald Dworkin que parece dar conta dessa tensão, ainda que a proposta também afirme ser o problema dos direitos não enumerados uma questão sem sentido. Cuida-se de uma teoria da interpretação constitucional que permite traduzir o amplo significado de um esquema constitucional de direitos, esclarecendo sua importância e alocando-o no cerne da atividade jurisdicional constitucional. Essa teoria pode ser o ponto de partida para equacionar o problema do reconhecimento de novos direitos fundamentais pela prática constitucional.

Dworkin parte da constatação de que o *Bill of Rights* está fixado através dos termos mais abstratos possíveis de moralidade política, como a igual proteção das leis e o devido processo, ordenando ao governo tratar todos com igual consideração e respeito, sendo essa uma idéia de “liberdade ordenada”. Em razão da natureza do *Bill of Rights*, defende a tese segundo a qual a prática da jurisdição constitucional deve se dar por meio de uma leitura moral da constituição. A tese propõe que todos interpretam e aplicam as cláusulas abstratas da constituição, sejam juízes, advogados ou cidadãos, sob o entendimento de que elas invocam princípios morais sobre decência política e justiça.²⁵³ Por esse caminho, a moralidade política é introduzida no coração do direito constitucional. Dworkin é da opinião que a tese não apresenta qualquer novidade, pois juristas e juízes instintivamente tratam uma constituição como expressando exigências morais que somente podem ser aplicadas a casos concretos através de julgamentos morais. E acrescenta que “eles não têm opção real que não seja fazê-lo”.²⁵⁴

Segundo a tese da leitura moral, o *Bill of Rights* contém todas as provisões da constituição que estabelecem direitos individuais, na forma de cláusulas que devem ser entendidas da maneira como sua linguagem mais naturalmente sugere, ou seja, como se referindo e incorporando princípios morais abstratos que limitam o poder

²⁵³ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 2.

²⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 3: “they have no real option but to do so”.

governamental.²⁵⁵ Dworkin acredita que os princípios tomados em conjunto comprometem o Governo com o ideal político e jurídico de que todos devem ser tratados como tendo igual status político e moral. O Governo deve tratar a todos com igual consideração e deve respeitar quaisquer liberdades individuais indispensáveis para aquele fim, “incluindo, mas não se limitando, às liberdades mais especificamente designadas no documento”.²⁵⁶ Certamente a Constituição americana contém cláusulas que não são nem abstratas e nem formuladas em linguagem de princípio moral, como aquela que fixa a idade mínima de 35 anos para uma pessoa exercer o cargo de Presidente dos Estados Unidos. Mas, no conjunto, o *Bill of Rights* tem o amplo significado de um esquema moral básico relativo à igualdade e à liberdade.

É a partir disso que Dworkin considera que a distinção entre direitos constitucionais enumerados e não enumerados é falsa e até enganosa.²⁵⁷ Se a maneira mais natural de ler o *Bill of Rights* é concebê-lo como uma rede de princípios que definem um ideal político, como um esqueleto constitucional de uma sociedade de cidadãos iguais e livres, torna-se possível falar que o sistema de direitos configura um *sistema compreensivo*. Os preceitos da igual consideração e das liberdades básicas se tornam os maiores fundamentos, as maiores fontes dos direitos individuais.²⁵⁸ Os direitos individuais podem ser encontrados somente a partir das referidas cláusulas, sem necessariamente terem que estar desde o início detalhados em uma constituição. Dworkin defende que cada artigo (igualdade ou liberdade) é em si mesmo compreensivo: “direitos constitucionais particulares que seguem da melhor interpretação da Cláusula da Igual Proteção, por exemplo, muito possivelmente também seguirão da melhor interpretação da Cláusula do Devido Processo”.²⁵⁹ E ainda que a

²⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 7.

²⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 8.

²⁵⁷ DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled. In: STONE, Geoffrey R.; EPSTEIN, Richard A. & SUNSTEIN, Cass R. (ed.). *The Bill of Rights in the Modern State*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1992, p. 381; _____. O drama constitucional. In: *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 179.

²⁵⁸ DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled. In: STONE, Geoffrey R.; EPSTEIN, Richard A. & SUNSTEIN, Cass R. (ed.). *The Bill of Rights in the Modern State*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1992, p. 382.

²⁵⁹ DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled. In: STONE, Geoffrey R.; EPSTEIN, Richard A. & SUNSTEIN, Cass R. (ed.). *The Bill of Rights in the Modern State*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1992, p. 382-383.

Primeira Emenda não tivesse existido, as Cortes americanas já teriam descoberto as liberdades de fala, imprensa e religião na Primeira e Quarta Emendas, enquanto garantias das liberdades básicas.²⁶⁰

Por outro lado, Dworkin apresenta seus argumentos em face do que denomina revisionismo constitucional, corrente do direito constitucional americano que nega tenha o *Bill of Rights* a estrutura principiológica mencionada. Na interpretação de Dworkin, o revisionismo define o *Bill of Rights* como uma lista antiga de demandas particulares, pretendendo transformá-la de uma Carta Constitucional em um documento “com a textura e a tonalidade de uma apólice de seguro”.²⁶¹ Há uma estratégia revisionista externa, que pretende reescrever a Constituição para torná-la mais simpática ao que os revisionistas consideram a melhor teoria da democracia. Citando o trabalho de John Hart Ely como exemplo, Dworkin argumenta que de todo modo a concepção americana de democracia é a forma de governo da constituição, de acordo com a melhor interpretação do documento. Além disso, o autor identifica ainda um revisionismo interpretativo, consistente na teoria da interpretação constitucional da intenção dos fundadores. Esta foi sempre uma frente de combate teórico de Dworkin, pois ele considera que a teoria expressa uma idéia autodestrutiva.

No contexto do debate sobre a melhor teoria de interpretação constitucional, a distinção entre direitos enumerados e não enumerados seria outra estratégia semântica equivocada. Dworkin diferencia *referência de interpretação*, reservando este termo para a atividade própria de aplicação de princípios abstratos. A aplicação de qualquer cláusula abstrata da constituição é sempre interpretativa. Por sua vez, a interpretação jurídica é inerentemente holística, segundo o autor, em face da exigência de coerência²⁶². A distinção entre direitos enumerados e não enumerados seria imprópria porque confundiria referência com interpretação.

Já no texto *O Drama Constitucional*, Dworkin faz referência a dois tipos de constituições que podem ser criadas a partir da interpretação das cláusulas da

²⁶⁰ DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled. In: STONE, Geoffrey R.; EPSTEIN, Richard A. & SUNSTEIN, Cass R. (ed.). *The Bill of Rights in the Modern State*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1992, p. 383.

²⁶¹ DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled. In: STONE, Geoffrey R.; EPSTEIN, Richard A. & SUNSTEIN, Cass R. (ed.). *The Bill of Rights in the Modern State*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1992, p. 384.

²⁶² DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled. In: STONE, Geoffrey R.; EPSTEIN, Richard A. & SUNSTEIN, Cass R. (ed.). *The Bill of Rights in the Modern State*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1992, p. 390-391.

Declaração de Direitos e Garantias que descrevem direitos fundamentais. Através da interpretação das cláusulas como princípios morais que definem um ideal político, como um esqueleto constitucional de uma sociedade de cidadãos iguais e livres, pode ser criada uma “Constituição de princípios que estipule critérios morais de grande alcance geral, que o governo deve respeitar, mas que deixe a cargo dos estadistas e juízes decidir o que esses critérios significam em circunstâncias concretas”.²⁶³ A dificuldade inerente a esse modelo diz respeito ao caráter altamente controverso do significado das cláusulas abstratas aos duros embates políticos do cotidiano, ocasionando o surgimento de questões difíceis e profundas de moral política.

Se a constituição é interpretada como exprimindo expectativas muito específicas e concretas dos estadistas particulares que a redigiram e votaram, a força das cláusulas respectivas restaria limitada à força que as pessoas que as votaram teriam esperado que tivessem. Nesse caso, o modelo alcançado é o de uma constituição de detalhes, “um conjunto de pontos de vista históricos independentes que provavelmente não terão grande unidade, ou mesmo total coerência”.²⁶⁴ A constituição de detalhes toma o *Bill of Rights* como “mero aglomerado de regras minuciosas, separadas e independentes que, em seu conjunto, mais se assemelha a uma coleção de selos de diferentes momentos da história dos Estados Unidos”.²⁶⁵ O autor considera que as técnicas comuns de interpretação jurídica corroboram mais a constituição de princípios que a de detalhes.

No texto em comento, Dworkin relembra o caráter abstrato de cada uma das cláusulas constitucionais, a exigir o uso crucial de conceitos extraídos do uso moral e político corrente. Em sentido literal, as aludidas cláusulas estipulam que “o governo trate todos os que se acham sob seu domínio com igual consideração e respeito, e que não infrinja suas liberdades mais básicas”.²⁶⁶ O *Bill of Rights* forma um sistema abrangente de princípios, impondo, ao mesmo tempo, igual consideração e liberdade básica, as quais constituem as duas fontes principais de reivindicação dos direitos individuais. Na verdade, liberdade e igualdade se sobrepõem em grande parte, de modo

²⁶³ DWORKIN, Ronald. O drama constitucional. In: *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 166.

²⁶⁴ DWORKIN, Ronald. O drama constitucional. In: *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 167.

²⁶⁵ DWORKIN, Ronald. O drama constitucional. In: *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 170.

²⁶⁶ DWORKIN, Ronald. O drama constitucional. In: *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 178.

que “cada uma das duas cláusulas mais importantes da Declaração de Direitos e Garantias – a de processo justo e igual proteção – é, em si mesma, abrangente no mesmo sentido. Os direitos constitucionais específicos que decorrem da melhor interpretação da cláusula de igual proteção, por exemplo, irão muito provavelmente decorrer, também, da melhor interpretação que se dê à cláusula de processo legal justo”.²⁶⁷

Novamente a afirmação é a de que, nesse contexto, a distinção entre direitos enumerados e não enumerados não faz sentido quando aplicada às cláusulas de igual proteção e processo legal justo, bem como outras cláusulas abstratas da Constituição. A distinção faria sentido somente em algumas circunstâncias com base em um “fato lingüístico”, como a de saber se uma lei que proíbe armas em aviões abrange, além do revólver e do explosivo, o gás lacrimogêneo. Ainda assim, defende que “nenhum fato comparável sobre o uso correto do idioma pode, porém, explicar a suposta distinção entre direitos constitucionais enumerados e não enumerados, pois a Declaração de Direitos e Garantias consiste em princípios amplos e abstratos de moral política, e a correta aplicação desses princípios depende de percepção moral, não de regras lingüísticas”.²⁶⁸

As teses até aqui reconstruídas estão relacionadas com a teoria da interpretação do direito de Dworkin, segundo a qual a atividade judicial constrói argumentativamente uma resposta correta para um caso difícil através de juízos interpretativos que entendem a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento.²⁶⁹ O juiz deve considerar suas decisões como parte de uma larga história que deve interpretar e, portanto, continuar, segundo seu próprio juízo acerca de como fazer da história em desenvolvimento a melhor possível, do ponto de vista da moralidade política.²⁷⁰ Sua atividade passa a ter uma função crítico-criativa na forma de

²⁶⁷ DWORKIN, Ronald. O drama constitucional. In: *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 178.

²⁶⁸ DWORKIN, Ronald. O drama constitucional. In: *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 181.

²⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 272 e ss.

²⁷⁰ Esse postulado é derivado, por meio de complexos argumentos, da hipótese estética elaborada por Dworkin, segundo a qual a interpretação de uma obra literária tenta mostrar que a maneira de ler o texto revela-o como a melhor obra de arte. A hipótese estética conduz a uma analogia da prática jurídica com o exercício literário, crucial para entender-se a teoria da adjudicação de Dworkin. Considere que um grupo de escritores se reúne para escrever um romance em série. Cada qual escreve o seu capítulo interpretando e dando continuidade ao que se escreveu antes, sucessivamente. A tarefa de cada um é escrever seu

uma interpretação construtiva do direito. Dworkin denomina essa teoria do direito, enquanto interpretação construtiva da prática jurídica, de o direito como integridade. O ideal político da integridade se agrega aos princípios de justiça, equidade e devido processo, na constituição de uma sociedade de livres e iguais, traduzindo-se na exigência de que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios²⁷¹, interpretando as normas para achar normas implícitas entre e debaixo das explícitas.

No âmbito da jurisdição, a teoria do direito como integridade pede aos juízes que admitam, na medida do possível, que o direito “é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas”.²⁷² Nesse contexto, pode ser pensada uma comunidade de princípios, uma comunidade em que as pessoas aceitam que as governam princípios comuns e não só as regras estabelecidas pelas instituições políticas. Sendo assim, as pessoas aceitam que os outros tenham direitos que surgem de dito esquema, apesar destes direitos nunca terem sido identificados ou declarados formalmente, pois, se a comunidade historicamente adotou tal esquema de princípios, os direitos e deveres dele derivados não precisam ter anuência de cada cidadão.

As propostas de Dworkin podem ser identificadas como teses próprias de uma teoria pragmática da interpretação constitucional, segundo a qual interpretar é argumentar, é oferecer argumentos para resgatar uma pretensão de validade relativa à aplicação de uma norma constitucional a uma dada situação ou caso problemático. Na prática argumentativa da decisão judicial, de acordo com a perspectiva dworkiana, as suposições de racionalidade são projetadas no nível de uma reconstrução racional do direito vigente. Nesse contexto, os princípios podem ser apresentados como os argumentos de tipo especial para a reconstrução da massa do direito vigente. Sob esse

capítulo com a finalidade de construir o romance da melhor maneira possível, construindo a melhor obra de arte possível. O juiz deve agir de maneira semelhante, conforme explicitado no texto. DWORKIN, Ronald. De que maneira o direito se assemelha à literatura. In: *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 222 e ss.

²⁷¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 202.

²⁷² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 291.

influxo, o juiz é obrigado a uma apropriação crítica da história institucional do direito, na qual a razão prática deixou seus vestígios:

“Tribunais decidem sobre que direitos ‘políticos’ pertencem a quem; Dworkin tem em mente os direitos que gozam de validade positiva e merecem reconhecimento sob pontos de vista da justiça. A tese segundo a qual tais direitos ‘existem’ conta com uma razão prática incorporada na história e que, de certa forma, a atravessa. A razão prática emerge no ponto de vista moral e se articula numa norma fundamental, a qual exige a mesma consideração e o igual respeito de cada um.”²⁷³

A prática argumentativa da decisão judicial como reconstrução racional de uma ordem jurídica fundada em uma constituição paradigmática do constitucionalismo moderno só pode encontrar como princípio justificador do direito vigente o esquema de direitos pressuposto no ato mesmo de fundação. O sistema de direitos necessariamente assumido por uma prática constituinte originária tem a forma, na teoria de Dworkin, de um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo. Na medida em que esse conjunto de princípios tem um conteúdo normativo insaturado, outros direitos podem surgir de dito esquema, apesar desses novos direitos não terem sido ainda reconhecidos ou declarados expressamente no documento escrito originário. O ideal político da integridade na jurisdição constitucional pede aos juízes que interpretem e apliquem o sistema de direitos como se fosse coerente, a fim de respeitar os indivíduos como livres e iguais.

Sendo assim, ao decidir o caso singular à luz de uma teoria que justifica o direito vigente a partir do sistema de direitos, o juiz interpreta a constituição como um todo, como resultado da tensão entre aquilo que se denomina constituição formal e aquilo que se conhece como constituição material. Ressurge aqui a noção de legitimidade do direito constitucional, agora no nível da decisão judicial singular, pois a adjudicação constitucional deve encontrar os mesmos princípios morais incorporados à constituição de uma comunidade política de livres e iguais, no momento de sua fundação. De maneira que a teoria da interpretação constitucional de Dworkin é capaz de traduzir o

²⁷³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Tradução de Flavio Bieho Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 252.

significado do esquema de direitos adotado por uma prática constituinte originária, aclarando seu papel na atividade de adjudicação constitucional.

Como adiantado, a proposta traz a afirmação explícita de ser sem sentido a distinção entre direitos fundamentais enumerados e não enumerados. Para examinar essa proposição, é interessante retomar as características próprias do *Bill of Rights* brasileiro em vigor, de acordo com a análise feita na seção precedente. A primeira impressão é que a distinção seria ainda menos compreensível, por causa do detalhamento e especificação dos direitos fundamentais em uma longa e extensa enumeração. Parte da Constituição brasileira de 1988 pode ser assemelhada a uma constituição de detalhes, em razão de seu conteúdo acentuadamente analítico, inclusive aquele da Declaração de Direitos e Garantias Fundamentais. Já a enumeração de alguns poucos direitos específicos na Constituição americana permite concebê-la como uma constituição de princípios. Apesar disso, é possível defender a idéia de que no direito constitucional brasileiro tem muito sentido prático indagar sobre a justificação e aplicação de direitos fundamentais não enumerados no catálogo constitucional, talvez até mais do que no direito constitucional americano.

Os direitos específicos no catálogo constitucional formal correspondem ao esforço do legislador constituinte originário de detalhar os sentidos das iguais liberdades, tanto quanto possível, em face do seu próprio contexto. O legislador constituinte originário formula normas explícitas de direitos fundamentais específicos, quando sua atividade resulta em uma declaração tão extensa e detalhada quanto aquela que consta na Constituição brasileira de 1988. Reconhecer isso não é recair no erro semântico que Dworkin acertadamente imputa àqueles que interpretam a Constituição como apenas exprimindo expectativas muito específicas e concretas dos legisladores originários. Antes, tem como significado levar a sério o texto constitucional, a ponto de certamente lê-lo como expressando um rede de princípios abstratos, mas também aparelhado de regras mais concretas que outorgam direitos bem específicos, como resultado da interpretação inicial das liberdades iguais por parte do legislador constituinte originário. É importante reconhecer que há uma enumeração explícita de certos direitos específicos e que ela não exaure todos os direitos que podem ser reconhecidos em favor da dignidade das pessoas.

Portanto, a par do detalhamento de inúmeros direitos fundamentais no texto constitucional brasileiro, estão igualmente presentes as grandes cláusulas abstratas de profundo conteúdo moral de que fala Dworkin. A Constituição de 1988 compreende também um conjunto de princípios de grande força moral, os quais podem ser tomados como fundamentos dos direitos já enumerados no catálogo e, eventualmente, como fundamentos de direitos não reconhecidos. É possível encontrar a estrutura normativa mais geral de uma rede de princípios que definem o ideal político de uma sociedade de livres e iguais, na Constituição brasileira.²⁷⁴ E justamente porque a Constituição brasileira contém uma enumeração aparentemente exaustiva dos direitos é que se torna importante afirmar que outros direitos podem ser legitimamente reconhecidos.

Por outro lado, não é por levar a sério o texto da Constituição de 1988 que a interpretação constitucional deixa de ser uma atividade eminentemente argumentativa. A questão dos direitos não é apenas uma questão de texto. Contudo, não se pode simplesmente desconhecer este. A prática argumentativa em que se constitui a interpretação constitucional deve levar em conta as especificidades do sistema de direito positivo em que se desenvolve. Reconhecer essas especificidades ainda mantém a questão sobre direitos não enumerados como uma questão interpretativa. A referência a direitos bem detalhados em normas explícitas do catálogo constitucional não elimina a interpretação dos princípios bem abstratos por meio dos quais é fixado o núcleo básico das iguais liberdades.

Com bastante precisão, o artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988 reconhece que os direitos e garantias ali expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. A distinção entre direitos fundamentais enumerados e não enumerados serve para destacar, em um sistema constitucional com detalhamento minucioso dos direitos fundamentais, que os direitos já expressos não exaurem as prerrogativas de cidadania que decorrem da melhor interpretação dos princípios amplos e abstratos de moral política que a própria Constituição consagra. O que não faz sentido é pensar que, ao lado de sistemas constitucionais em que só há cláusulas gerais e abstratas de moral política, existem apenas aqueles em que se elaborou uma enumeração

²⁷⁴ A par do próprio Título II (dos direitos e garantias fundamentais), no qual estão contidas as cláusulas abstratas da liberdade, da igualdade e do devido processo, dentre outras, a Constituição de 1988 expressa no Título I os seus princípios fundamentais, neles constando, dentre outros, os princípios da cidadania, dignidade da pessoa humana, do pluralismo político, o ideal político de uma sociedade livre, justa e solidária e da prevalência dos direitos humanos.

absolutamente completa de todos os direitos fundamentais possíveis no horizonte da ação humana. Este último caso é impossível!

Assim, mesmo que não houvesse uma cláusula de abertura dos direitos fundamentais, ainda assim haveria a possibilidade de justificação de novos direitos fundamentais. Foi o que quis dizer Pontes de Miranda, quando anotou que seria assim se o não tivesse dito, ou seja, se a Constituição de 1967 não tivesse previsto a cláusula de abertura. Esta apenas declara o que parece ser próprio de uma declaração de direitos fundamentais, por mais extensa ela que seja, que é a incompletude. Um estudo sobre direitos fundamentais não enumerados não é necessariamente um estudo sobre as cláusulas de abertura, seja a Nona Emenda à Constituição dos Estados Unidos, seja o artigo 5º, § 2º, da Constituição brasileira de 1988, ou qualquer outra, mas é essencialmente uma investigação sobre a interpretação e aplicação da constituição como um todo. A questão sobre novos direitos fundamentais é sempre sobre o que diz a constituição, e não sobre o que se pode encontrar em outras fontes.

Por isso, resulta agora evidenciada a desnecessidade de cláusulas a respeito dos direitos fundamentais não enumerados. Com ou sem dispositivos desse tipo, é necessário interpretar a constituição como um todo para verificar se ela fornece um conjunto de princípios que podem apropriadamente servir como diretrizes para uma interpretação ampla dos direitos, inclusive para inferir direitos ainda não reconhecidos. As cláusulas não facilitam uma interpretação desse tipo.²⁷⁵ Elas não constituem fontes independentes de direitos protegidos constitucionalmente, pois apenas reconhecem a existência de direitos não especificados no texto, sem indicar qualquer critério para sua definição.²⁷⁶ Nesse sentido, determinar sua melhor interpretação depende completamente daquilo que produz a melhor interpretação da constituição como um

²⁷⁵ RAPACZYNSKI, Andrzej. The ninth amendment and the unwritten constitution: the problems of constitutional interpretation. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988, p. 208: "The whole burden of deriving new rights would rest on the defensibility of the interpretation itself".

²⁷⁶ LEVINSON, Sanford. Constitutional rhetoric and the ninth amendment. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988, p. 142-143. Nesse sentido, Ingo Sarlet realça que a cláusula do artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988, tem uma "função preponderantemente didática", já que "a dedução de direitos implícitos (subentendidos) e o desenvolvimento de direitos não-escritos com base nos princípios fundamentais da Constituição, em decorrência da força expansiva destes, podem ser considerados algo inerente ao sistema". SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 139.

todo, o que inevitavelmente envolve a dimensão normativa do empreendimento constitucional.²⁷⁷

Sendo assim, o tema deste trabalho é verdadeiramente um problema relativo à interpretação e aplicação da constituição. Somente pode ser resolvido enfrentando essa problemática, especialmente a questão da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. Uma teoria competente sobre a aplicação dos direitos fundamentais deve tornar possível, ao mesmo tempo, o reconhecimento de novos direitos fundamentais. Se assim é, a teoria deve ser suficientemente analítica para tornar claros os conceitos em jogo, mas principalmente deve oferecer critérios normativos que permitam a justificação de um novo direito. Pretende-se partir em busca dessa teoria, a partir de agora.

²⁷⁷ BARNETT, Randy E. The ninth amendment and constitutional legitimacy. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988, p. 57.

CAPÍTULO 3

A JUSTIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DO DISCURSO

Os capítulos anteriores tiveram uma função propedêutica: apresentar a questão sobre direitos fundamentais não enumerados de maneira produtiva e teoricamente consistente, por meio de uma revisão da idéia de constituição material, bem como fazer a inserção do tema na problemática relativa à interpretação constitucional. Deliberadamente, as considerações desenvolvidas até este ponto passaram ao largo de algumas questões essenciais da teoria dos direitos fundamentais e mais levantaram problemas do que propriamente ofereceram soluções. Quando, por exemplo, no capítulo inicial, foi lançada a tese de que a legitimação de uma ordem constitucional está baseada no conteúdo normativo de um sistema de direitos, não se cuidou de investigar sobre a justificação mesma de tal sistema. A isso se dirige a pergunta: qual a fundamentação (ou justificação)²⁷⁸ dos direitos fundamentais? Naquele momento, procurou-se responder somente esta outra questão: sobre que repousa a legitimidade de uma constituição paradigmática do constitucionalismo? A resposta foi: sobre o conteúdo normativo de um sistema de direitos inevitavelmente assumido por uma prática constituinte originária que pretende fundar uma comunidade política de livres e iguais.

Noutro passo, restou igualmente assinalado que uma constituição legítima é uma constituição digna de ser reconhecida. Se isto é assim, o que aparece em primeiro plano como merecendo reconhecimento é o mesmo sistema de direitos enunciado na constituição de uma comunidade política de livres e iguais. Ora, aquilo que merece reconhecimento, que é aceito por seus próprios méritos, goza de um valor intrínseco. Se

²⁷⁸ Segundo Robert Alexy, os conceitos de justificação e fundamentação podem ser usados, em muitos contextos, para dizer a mesma coisa, ainda que de justificação se fale, sobretudo, quando se oferecem razões frente a uma objeção ou dúvida. Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução espanhola de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 52, n. 3. Nesta tese, será usado o termo *justificação* dos direitos fundamentais para fazer referência ao processo de julgamento de sua validade universal, o que se distingue da *aplicação* dos direitos fundamentais, que se refere ao processo de julgar qual direito válido é adequado para reger um caso específico. Sobre este último procedimento se cuidará no capítulo seguinte. Do ponto de vista da correção normativa, ambos os procedimentos (justificação e aplicação) devem conduzir a resultados fundamentados, ou seja, a proposições sustentadas por razões suficientes.

o que goza de valor especial é um sistema de direitos, então os direitos parecem estar de acordo com o traço de autonomia dos juízos morais, que remonta a Kant. Na tradição kantiana, a moral constitui uma orientação prática da ação humana num sentido racional.²⁷⁹ Seus fins são aqueles que as pessoas podem livremente propor a si mesmas, e não os que já vêm impostos pela natureza. Para Kant, as regras da moral surgem da própria razão, que fornece leis para que as pessoas se comportem como pessoas autênticas. “E um ser capaz de dar leis a si mesmo é, como o sentido da palavra indica, um ser autônomo.”²⁸⁰ Na medida em que a prática constituinte originária de fundar uma comunidade política de pessoas livres e iguais é uma atividade autônoma, os direitos resultam de uma atribuição recíproca entre sujeitos autônomos.

Há um outro modo de vislumbrar o valor moral do sistema de direitos, a que se fez ligeira referência em momento anterior do trabalho. Recorde-se que, na melhor doutrina, “os direitos fundamentais e as normas jusfundamentais são materialmente fundamentais porque com elas se tomam decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”.²⁸¹ Ora, é correto afirmar que decisões a respeito da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade também podem ser entendidas como decisões de problemas concernentes à justiça.²⁸² E questões de justiça se confundem com questões morais, já que aquilo que é injusto não pode ser considerado como moralmente correto. Via de consequência, os princípios da justiça não deixam de ser regras morais de organização política. Por conseguinte, os direitos fundamentais podem ser considerados como direitos com densidade moral, desde o momento em que são considerados mecanismos de tomadas de decisões a respeito da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Aliás, por sua densidade moral é que podem decidir sobre tais assuntos.

²⁷⁹ Nesse sentido, CORTINA, Adela. *O fazer ético: guia para a educação moral*. Tradução de Cristina Antunes. São Paulo: Moderna, 2003, p. 21-22.

²⁸⁰ CORTINA, Adela. *O fazer ético: guia para a educação moral*. Tradução de Cristina Antunes. São Paulo: Moderna, 2003, p. 26.

²⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 505.

²⁸² Rawls teve o notável mérito de enfatizar que o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade. Cf. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 3. Para Alvaro de Vita, a posição central que Rawls reservou para a noção de estrutura básica da sociedade equivale a uma revolução copernicana na teoria política liberal, dada a tradição em geral individualista desta. Cf. VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. São Paulo: UNESP, 2000, p. 35. Por meio de uma teoria da justiça política, são especificadas normas morais básicas de organização política, tal como o princípio das liberdades iguais, na versão rawlsiana, ou o princípio da igual consideração e respeito, em nomenclatura diversa.

A bem da verdade, tudo isso faz recordar que os direitos fundamentais constituem categoria do direito positivo e, ao mesmo tempo, encarnam valores elaborados desde a filosofia humanista sobre os quais é possível fazer abordagens de ordem moral.²⁸³ Isto quer dizer que o argumento a favor dos direitos fundamentais ostenta dupla natureza, pois é jurídico e, ao mesmo tempo, político-normativo: “de um lado, como ‘direitos constitucionais’, os direitos apresentam-se como direitos positivos; do outro, mesmo que não se encontrem enumerados no texto escrito, os direitos apresentam-se como direitos em sentido político-normativo, posto que ‘existem’ com anterioridade e fora da ‘Constituição escrita’”.²⁸⁴ Quando se trata de investigar a justificação dos direitos fundamentais o que se busca responder é a questão mais abrangente e complexa da moralidade e da racionalidade.²⁸⁵ “O desafio da reflexão sobre os fundamentos dos direitos humanos reside, em última análise, na busca de uma fundamentação racional, portanto universal, dos direitos humanos, e que sirva, inclusive, para justificar ou legitimar os próprios princípios gerais do direito”.²⁸⁶ Isto é próprio de uma argumentação que envolve elementos de ordem moral.

Esta parte do trabalho pretende inicialmente repassar os trabalhos de alguns autores que apontam para a natureza dupla do argumento em favor dos direitos fundamentais, evidenciando a necessidade de uma teoria que clarifique o ponto de vista

²⁸³ PRIETO SANCHIS, Luís. *Estudios sobre derechos fundamentales*. 1. ed. 1. reimp. Madrid: Editorial Debate, 1994, p. 17-18.

²⁸⁴ QUEIRÓZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais* (teoria geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 96. Esse aspecto é que frequentemente leva os autores a distinguir conceitualmente entre direitos humanos, termo mais próximo à noção de direitos morais, e direitos fundamentais, que são os direitos humanos transformados em direito constitucional positivo. Cf. ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luiz Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, jul./set. 1999, p. 62. Apesar disso, continuar-se-á usando indistintamente o termo “direitos fundamentais”, reunindo num só conceito a natureza dupla do argumento em favor dos direitos do homem. Além do mais, os direitos do homem não perdem, na transformação em direito constitucional positivo, em validade moral, mas ganham adicionalmente uma validade jurídico-positiva. “A espada torna-se afiada”, conforme resume Alexy, de maneira expressiva, no texto referenciado.

²⁸⁵ Nesse sentido, cf. BARRETO, Vicente. Ética e direitos humanos: aporias preliminares. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2002, p. 508. Vicente Barreto é da opinião que a questão da justificação dos direitos humanos não é uma questão resolvida e superada, mas viva e presente, tendo em vista a violação constante desses direitos em diferentes locais do planeta. Para o autor, o que se questiona na violação dos direitos humanos é a própria necessidade da existência de uma categoria de direitos universais, que perpassem a ordem jurídica nacional e coloquem limites ao exercício do poder.

²⁸⁶ BARRETO, Vicente. Ética e direitos humanos: aporias preliminares. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2002, p. 509. O autor, ao final do texto, formula a assertiva de uma outra maneira: “o problema da fundamentação ética dos direitos humanos tem a ver, assim, com a busca de argumentos racionais e morais, que justifiquem a sua pretensão a uma validade universal” (p. 510).

moral, permitindo a avaliação imparcial de questões de justiça (3.1). Posteriormente, advoga a tese de que a teoria do discurso se apresenta como uma teoria plausível para esclarecer o ponto de vista da avaliação imparcial das questões de justiça (3.2). Não obstante, a diferenciação entre direito e moral na teoria discursiva do direito de Habermas impõe algumas restrições ao duplo argumento em favor dos direitos fundamentais, razão pela qual se torna necessário avaliar a verdadeira posição dos direitos fundamentais na teoria do discurso, especialmente na versão habermasiana (3.3). Ao final do capítulo, pode ser retomado o tema da legitimidade da constituição a partir dos direitos fundamentais, de forma a complementar algumas teses já levantadas no primeiro capítulo, especialmente sobre a relação complementar entre direito e moral (3.4). Portanto, como objetivos seus, o capítulo pretende fundamentar a tese de que a justificação dos direitos também tem caráter moral, e que esse é o status da sua justificação na teoria do discurso.

3.1. A natureza dupla do argumento em favor dos direitos fundamentais

Como se acabou de afirmar, geralmente os autores chamam a atenção para o fato de que o argumento a favor dos direitos fundamentais possui natureza dupla. Diz-se que os direitos fundamentais são direitos com forte significação moral porque sua validade jurídico-positiva é apenas uma adição, certamente importante e mesmo necessária, a sua validade universal, que independe de qualquer positividade. Há mesmo autores que defendem que os direitos humanos fundamentais têm como uma de suas marcas o fato de serem direitos morais, como conceito contrário ao conceito de direito jurídico-positivo, querendo isso dizer que eles existem exatamente quando podem ser justificados perante cada um.²⁸⁷ Esta universalidade de validez, relativa ao caráter moral dos direitos, tem a ver com a marca da universalidade dos direitos humanos, a significar que eles são direitos que cabem a todos os indivíduos,²⁸⁸ bem como com a marca da

²⁸⁷ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luiz Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, jul./set. 1999, p. 60.

²⁸⁸ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luiz Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, jul./set. 1999, p. 59.

prioridade, pela qual a observação dos direitos humanos é uma condição necessária para a legitimidade do direito positivo. O caráter preferencial, por sua vez, conduz à fundamentalidade dos direitos humanos, segundo a qual eles têm prioridade sobre todos os escalões do sistema jurídico, tendo também prioridade perante o legislador.²⁸⁹

Essas são teses que de certa forma remontam à doutrina que dá origem à própria concepção moderna dos direitos humanos, que é a doutrina do contrato social do racionalismo jusnaturalista. Assim como elaborada de maneira exemplar por Locke, a doutrina do contrato social se reporta inicialmente a um estado da natureza de perfeita liberdade e igualdade, no qual o indivíduo dispõe plenamente da própria pessoa e possui sem limites. A execução da lei da natureza, que permite tão amplas prerrogativas, está nas mãos de todos os indivíduos. Mas, precisamente pelo fato de se viver sem uma autoridade exterior para seu julgamento, “a força, ou um desígnio declarado de força, contra a pessoa de outrem, quando não existe qualquer superior comum na Terra para quem apelar”,²⁹⁰ poderia constituir aquele estado (da natureza) em um estado de guerra. A fim de instituir uma autoridade a qual apelar, por meio de um contrato os indivíduos dão início à sociedade política. Todavia, o acordo não tem outra finalidade a não ser permitir a mais ampla explicitação da liberdade e da igualdade naturais. Por isso, o fim da sociedade política e do governo é a mútua conservação da vida, da liberdade e dos bens (propriedade).²⁹¹ Estes são, por assim dizer, direitos morais a serem necessariamente reproduzidos na ordem legal da sociedade política instituída pelo acordo, assegurando sua proteção coativa.

Mesmo que se considere superada a idéia da mera reduplicação do direito em direito natural e positivo, os direitos fundamentais permanecem sendo avaliados na dupla perspectiva do direito e da moral. Como afirma Pecez-Barba Martínez, a partir de uma análise realista da situação, pode verificar-se que os direitos fundamentais estão localizados entre moral e política, sendo mais bem a expressão da moralidade e do poder. Os direitos fundamentais são “o ponto de encontro das diferentes partes da concepção sobre moralidade social que é corrente no mundo moderno – uma moralidade humanista de liberdade e igualdade – e do aspecto político da concepção – também

²⁸⁹ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luiz Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, jul./set. 1999, p. 61.

²⁹⁰ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo* (Coleção os Pensadores), p. 41 (§ 19).

²⁹¹ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo* (Coleção os Pensadores), p. 82 (§ 123).

corrente no mundo moderno – da democracia pluralista, o Estado de direito”.²⁹² Segundo o autor, os direitos fundamentais provêm da moralidade, e tornam-se verdadeiramente direito somente através da ação política. Eles são um elemento essencial da moralidade porque ajudam no desenvolvimento completo dos seres humanos. E necessitam da política e dos meios do direito positivo porque a efetividade dos direitos fundamentais somente pode ocorrer através do poder. Fala-se então da necessidade de “um tipo de organização política que assume a filosofia dos direitos fundamentais e a torna a base de sua própria existência”,²⁹³ expressando-se com isso uma concepção democrática de poder própria de um Estado Democrático de Direito.

Carlos Santiago Nino é ainda mais incisivo na defesa de uma noção de direitos morais, exatamente quando leva em conta o que chama de teorema fundamental da filosofia do direito. Segundo o teorema, as normas jurídicas “só têm um caráter justificatório de ações ou decisões se constituem uma espécie de juízos morais, já que derivam de um juízo moral que legitima certa autoridade e de um juízo moral que descreve a prescrição dessa autoridade”.²⁹⁴ Para Santiago Nino, um juízo é moral quando é aceito não por haver sido formulado por certa autoridade, senão por seus próprios méritos, o que resgata o traço de autonomia dos juízos morais segundo Kant. O autor quer expressar, com seu teorema, a tese de que as normas jurídicas, entendidas como proposições justificatórias, são um caso especial de juízos morais. De todo modo, Santiago Nino chama de normas morais puras aquelas que estabelecem os direitos fundamentais, que dessa forma se distinguem dos direitos institucionais.²⁹⁵

²⁹² PECEZ-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Fundamental rights: between morals and politics. *Ratio Juris*, vol. 14, n. 1, mar. 2001, p. 68: “...the meeting point of the different parts of the conception about social morality that is current in the modern world – a humanist morality of liberty and equality – and the political aspect of the conception – also current in the modern world – of pluralist democracy, the rule of law”. O autor chama a concepção humanista de moralidade de “a ética da liberdade e igualdade”, ou, ainda, “a ética baseada sobre a liberdade igualitária da condição humana” (p. 69).

²⁹³ PECEZ-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Fundamental rights: between morals and politics. *Ratio Juris*, vol. 14, n. 1, mar. 2001, p. 70: “...a kind of political organization that assumes the philosophy of fundamental rights and turns it into the basis of its own existence”.

²⁹⁴ SANTIAGO NINO, Carlos. Sobre los derechos morales. *Doxa*, n. 7, 1990, p. 321: “...sólo tienen un carácter justificatorio de acciones o decisiones si constituyen una especie de juicios morales puesto que derivan de un juicio moral que legitiman a cierta autoridad y de un juicio que describe la prescripción de esa autoridad”.

²⁹⁵ SANTIAGO NINO, Carlos. Sobre los derechos morales. *Doxa*, n. 7, 1990, p. 323. Esta parece ser uma distinção recorrente no discurso sobre os critérios de justiça, especialmente do princípio de direito. Nesse sentido, cf. FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. Princípios de justiça e avaliação de políticas. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 39, 1997, p. 76-77. No texto, a autora, reportando-se ao trabalho de David Miller, distingue entre direitos positivos e direitos ideais. Os primeiros conduzem a um problema de investigação, pois são constituídos pelo seu reconhecimento social e seu conteúdo é irrelevante. Já a

A natureza dupla do argumento em favor dos direitos humanos fundamentais também é salientada por Ernst Tugendhat. Em texto específico sobre os direitos humanos, o autor fala que a existência universal dos direitos humanos se embasa na sua outorga “por nossa crença moral”.²⁹⁶ E já que a justificação do poder político sempre tem essa base moral, está explicado porque os direitos humanos aparecem como o componente necessário de legitimidade de um Estado moderno. O problema é saber que moral sustenta a existência universal dos direitos humanos. Sobre essa questão o autor formula a seguinte proposição:

“A única fonte moral que permanece, quando uma moral tradicional é rejeitada, consiste naquela que se justifica através do interesse dos indivíduos, e como não se pode demonstrar que alguns são mais valiosos que outros, em razão dos iguais interesses de todos, o poder do estado moderno só pode ser legítimo se se embasa de certa maneira sobre os interesses de todos e assim, nesta razão, a existência dos direitos humanos, teria que incluir-se como conteúdo desta ‘certa maneira’”.²⁹⁷

A resposta de Tugendhat é carente de explicação no texto específico sobre direitos humanos, mas encontra ampla sustentação na sua teoria moral, sistematizada no livro *Lições sobre Ética*.²⁹⁸ Já no início do aludido compêndio, a pertinência da moral nos dias de hoje se encontra relacionada a um complexo de questões que envolvem, por exemplo, a democracia e o avanço tecnológico, mas também os direitos humanos. A

tarefa de provar a existência dos últimos requer argumento moral, pois eles são constituídos pelo seu próprio conteúdo e, muitas vezes, são demandados, mas não necessariamente reconhecidos. Para a autora, “a interação entre estas duas noções de direito é geralmente conflitiva. Se uma sociedade justa requer a existência de mecanismos que protejam os direitos socialmente reconhecidos, garantindo a aplicação formal da justiça, o grau de injustiça de um sistema legal é também uma questão de argumento – moral e político” (p. 100). A seu turno, por meio da seguinte afirmação lapidar: “La idea de que un sistema político justo debe respetar los derechos básicos de las personas pertenece a los fundamentos de la mayoría de nuestras concepciones filosóficas de la justicia” (p. 15), José Juan Moreso igualmente parte do que se pode chamar de uma análise realista da situação. Estudando inicialmente o conceito de direitos morais, o autor realça dois aspectos que considera comuns a todas as análises sobre tal conceito: a) as proposições que atribuem direitos morais pressupõem a existência (descoberta ou construída) de algum sistema de regras morais; b) o fato de atribuir determinados direitos morais às pessoas é uma razão que justifica atribuir-lhes determinados direitos institucionais (p. 24). MORESO, Juan José. *Derechos y justicia procesal imperfecta. Discusiones*, n. 1, 2000, p. 15-51.

²⁹⁶ TUGENDHAT, Ernst. A controvérsia sobre os direitos humanos. Tradução de Sérgio Borja. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 17, 1999, p. 77.

²⁹⁷ TUGENDHAT, Ernst. A controvérsia sobre os direitos humanos. Tradução de Sérgio Borja. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 17, 1999, p. 78.

²⁹⁸ TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Tradução grupo de doutorandos no curso de pós-graduação em Filosofia da UFRGS; revisão e organização da tradução Ernildo Stein e Ronai Rocha. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

rejeição da moral tradicional toca na questão fundamental da compreensibilidade das normas morais independentemente de tradições religiosas, pois esta fundamentação tradicionalista está baseada em uma autoridade exterior. Para falar do quanto nossa vida se encontra impregnada por juízos morais, o autor menciona o conceito de afetos morais (rancor, indignação, culpa e vergonha), explicando que “os sentimentos morais são definidos como sentimentos de desprazer construídos sobre o juízo acerca do desvalor moral”.²⁹⁹ Aduz ainda que tais sentimentos pressupõem que as pessoas tomem umas às outras como livres (imputáveis), de maneira que sem juízos morais elas se relacionariam umas com as outras apenas instrumentalmente.

Tugendhat parte assim do conceito kantiano de moral em seu princípio fundamental, sem pretender fundamentá-lo de modo absoluto, mas antes dizendo que ele corresponde à consciência moral existente. O autor considera que, moderando a pretensão de Kant segundo a qual o sentido de bom teria que ser reconhecido por todos os seres racionais, poder-se-ia mostrar que existe um sentido de bom que *poderia* ser reconhecido por todos e isso seria um passo importante para além do relativismo. Tal concepção excelente já estaria contida no conteúdo da segunda formulação kantiana do imperativo categórico, que pode ser resumida no mandamento “não instrumentalizes ninguém”. Esta fórmula é tomada como uma concepção da moral do respeito universal, que tem correspondência com a consciência moral comum,³⁰⁰ notadamente porque ordena seguir as regras de modo absoluto não por elas mesmas, mas por amor aos outros. Aliás, a formulação é geralmente aceita como muito plausível justamente porque possivelmente todos querem ser aceitos pelos outros.

Tugendhat explora melhor o último aspecto ao fazer referência à assim denominada terceira fórmula do imperativo categórico, a qual diz que somente é permitida aquela fórmula que é compreendida sempre desde o ponto de vista de si mesmo e ao mesmo tempo desde o ponto de vista de qualquer outro ser racional. De acordo com esta idéia, as regras a serem seguidas são aquelas queridas desde a perspectiva de qualquer um, ou seja, são regras universais e igualitárias. Sendo assim, o

²⁹⁹ TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Tradução grupo de doutorandos no curso de pós-graduação em Filosofia da UFRGS; revisão e organização da tradução Ernildo Stein e Ronai Rocha. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 21.

³⁰⁰ TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Tradução grupo de doutorandos no curso de pós-graduação em Filosofia da UFRGS; revisão e organização da tradução Ernildo Stein e Ronai Rocha. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 86-87.

imperativo categórico poderia mais bem assumir a seguinte estrutura: “Age diante de todos de tal modo como tu irias querer, a partir da perspectiva de qualquer pessoa, que os outros agissem”.³⁰¹ Esta é a concepção de moral considerada mais plausível pelo autor porque busca o ser bom, enquanto ser cooperativo, nas regras de cooperação, assim como elas são desejadas a partir da perspectiva de qualquer um, razão pela qual seria a única que se poderia apresentar com pretensões de validade universal. Não se está à frente de um conceito de moral pelo qual a noção de bem é previamente dada de modo transcendente, mas que resulta do recurso aos membros da própria comunidade que deve fornecer o princípio do ser bom para todos os outros: “a intersubjetividade assim como compreendida passa a ocupar o lugar do previamente dado de maneira transcendente e parece assim constituir o único sentido que ainda resta de preferência objetiva”.³⁰²

Para o que mais interessa aqui, convém afirmar que o comportamento moral (na moral do respeito universal e igualitário) “consiste em reconhecer o outro como sujeito de direitos iguais”.³⁰³ Isto quer dizer que respeitar alguém significa reconhecê-lo como sujeito de direitos: “Cada um é um ser próprio que não devemos instrumentalizar e isto significa que devemos respeitá-lo, que devemos tê-lo como uma fonte de direitos, que ele tem um direito à nossa consideração. Esta idéia de respeito pode ser entendida como a obrigação fundamental que temos uns com os outros e que está na base de todas as outras obrigações mútuas”.³⁰⁴ Respeito e dignidade, nesse sentido, são correlatos. E se

³⁰¹ TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Tradução grupo de doutorandos no curso de pós-graduação em Filosofia da UFRGS; revisão e organização da tradução Ernildo Stein e Ronai Rocha. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 90.

³⁰² TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Tradução grupo de doutorandos no curso de pós-graduação em Filosofia da UFRGS; revisão e organização da tradução Ernildo Stein e Ronai Rocha. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 95.

³⁰³ TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Tradução grupo de doutorandos no curso de pós-graduação em Filosofia da UFRGS; revisão e organização da tradução Ernildo Stein e Ronai Rocha. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 362.

³⁰⁴ TUGENDHAT, Ernst. Ética e justificação. *Veritas*, vol. 44, n. 1, mar. 1999, p. 11. Não interessa aqui explorar a virada contratualista na posição de Tugendhat, refletida parcialmente no texto referenciado e segundo a qual o contratualismo moral é entendido como o núcleo de uma moral não autoritária. Em *Lições sobre ética*, o autor considera a moral contratualista como insuficiente, chamando-a de uma quase moral. Sobre a modificação do pensamento do autor em relação ao contratualismo, cf. VIEIRA, Luiz Vicente. A moral contratualista de Ernst Tugendhat. *Veritas*, vol. 44, n. 2, jun. 1999, p. 433-438. O que importa destacar neste momento é apenas o papel dos direitos no sistema moral e no sistema jurídico-político, a partir da concepção de moral formulada pelo autor. Além disso, a opção pelo contratualismo moral novamente reflete a preocupação de Tugendhat em fundar uma concepção de moral igualitarista e universal em bases não tradicionais (autoridade de uma fé transcendental), mas na aceitação voluntária coletiva dos membros de uma comunidade que procuram participar de uma sociedade boa no geral porque também justa. Esta é uma concepção que também se justifica através dos interesses dos indivíduos.

por meio de juízos de moral política se decide sobre o ser-bom e ser-mau de um Estado, de maneira análoga a juízos morais sobre indivíduos, o conceito de direitos humanos surge como o conceito central dos juízos de moral política. Um Estado moralmente bom é aquele que assegura direitos humanos e garante a dignidade humana.³⁰⁵ Todavia, na justiça não se trata de *distribuir* direitos, pois isto está contido de antemão na idéia de uma moral do respeito igual. Na moral do respeito universal, “somos nós mesmo que concedemos a todos os seres humanos os direitos que dela resultam”.³⁰⁶ O sentido positivo dos direitos morais consistiria no fato de se tratar de direitos “que valem diante de toda legislação jurídica positiva”.³⁰⁷

Por outro lado, o autor reconhece uma fraqueza no conceito de direito moral, na medida em que se trata de um direito subjetivo universal que não pode ser coativamente cobrado. Apesar disso, Tugendhat sugere a aplicação da metáfora da rede para realçar a importância do conceito: “se reconhecemos o outro como sujeito de direitos, então o pensamos como tendo em suas mãos indefinidamente muitas rédeas invisíveis, nas quais estamos amarrados, enquanto membros da comunidade moral e das quais, no caso, ele nos pode lembrar”.³⁰⁸ Certamente estas rédeas são de um material muito etéreo. Por isso, quando se fala em um direito, além da exigência que se tem em relação a todos individualmente, resulta ainda uma exigência para todos comunitariamente. Esta última exigência se traduz na obrigação moral para criação de uma instância legal como representação unitária de todos, ou seja, na exigência moral para criação de um Estado.³⁰⁹ De maneira que um direito moral forte implica um correspondente direito legal, pois sem uma positivação na forma de normas do direito constitucional os direitos

Mesmo com a virada contratualista, ainda se tem presente a concepção de uma moral do respeito igual e universal, que manifesta a preocupação pelos interesses de todos.

³⁰⁵ TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Tradução grupo de doutorandos no curso de pós-graduação em Filosofia da UFRGS; revisão e organização da tradução Ernildo Stein e Ronai Rocha. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 393.

³⁰⁶ TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Tradução grupo de doutorandos no curso de pós-graduação em Filosofia da UFRGS; revisão e organização da tradução Ernildo Stein e Ronai Rocha. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 372.

³⁰⁷ TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Tradução grupo de doutorandos no curso de pós-graduação em Filosofia da UFRGS; revisão e organização da tradução Ernildo Stein e Ronai Rocha. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 373.

³⁰⁸ TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Tradução grupo de doutorandos no curso de pós-graduação em Filosofia da UFRGS; revisão e organização da tradução Ernildo Stein e Ronai Rocha. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 375.

³⁰⁹ TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Tradução grupo de doutorandos no curso de pós-graduação em Filosofia da UFRGS; revisão e organização da tradução Ernildo Stein e Ronai Rocha. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 377.

morais seriam tudo, menos direitos em toda a sua extensão, enquanto garantias legais coativamente oponíveis. E esta é outra verdade bastante conhecida dos juristas:

“... os direitos humanos devem manifestar-se com a segurança de serem realizáveis, porquanto a força da expressão e a potência de manifestação da ‘idéia pura’ é altamente limitada. Era necessário, pois, criar direitos humanos – não princípios éticos nem máximas morais – através dos quais se tornara possível desdobrar a ‘força fática do normativo’ (invertendo a frase de Jellinek). Os direitos humanos só adquirem seu verdadeiro sentido quando a possibilidade de que sejam observados de forma voluntária é considerável, e quando existe certeza de que se pode dar cumprimento a eles, ainda que seja contra os sectores mais reticentes. Requerem, pois, possuir qualidade de direito. Devem incorporar-se à categoria de direito realizável, de garantia (R. Zippelius), se de algum modo desejam alcançar vigência na esfera real.”³¹⁰

Apesar de tudo, ainda que esta afirmação seja completamente verdadeira, é próprio de uma teoria normativa baseada em direitos afirmar que “a pretensão de um indivíduo de não ser impedido de fazer algo ou de ser provido de algum benefício por outros (uma ou mais pessoas), mesmo não sendo legalmente exigível, pode ter existência em uma moralidade justificada”.³¹¹ Isto porque positivizar um direito em sistemas legais, conquanto seja importante e moralmente necessário para a sua eficácia, não é suficiente para afirmar sua existência universal. É este exatamente o caso dos direitos humanos, que podem ser interpretados, segundo Álvaro de Vita, como constituindo um padrão moral a que devem se conformar os Estados do mundo inteiro. A natureza primariamente moral de determinados direitos permite empregar a linguagem dos direitos humanos para legitimamente criticar arranjos sócio-econômicos

³¹⁰ EICHENBERGER, Kurt. El Estado de derecho como sistema garante de los derechos humanos. In: THESING, Josef (comp.). *Estado de derecho y democracia*. Buenos Aires: Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, 1997, p. 160: “... los derechos humanos deben manifestarse con la seguridad de ser realizables, por cuanto la fuerza de la expresión y la potencia de manifestación de la ‘idea pura’ es altamente limitada. Era necesario pues, crear derechos humanos – no principios éticos ni máximas morales – a través de los cuales se hiciera posible desplegar la ‘fuerza fática de lo normativo’ (invirtiendo la frase de Jellinek). Los derechos humanos solo adquieren su verdadero sentido cuando la posibilidad de que sean observados en forma voluntaria es considerable, y cuando existe certeza de que se les pueda dar cumplimiento, aun en contra de los sectores más renuentes. Requieren pues poseer calidad de derecho. Deben incorporarse a la categoría de derecho realizable, de garantía (R. Zippelius), si de algún modo desean alcanzar vigencia en la esfera real.”

³¹¹ VITA, Álvaro de. O lugar dos direitos na moralidade política. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 30, 1993, p. 16.

e políticos de um determinado país, independentemente do que estabeleçam suas leis. De modo que “falar em ‘direito’ somente para se referir a interesses legalmente exigíveis esvaziaria o vocabulário dos direitos de sua dimensão crítica e limitaria sua utilização para avaliar o *status quo* social, econômico e político”.³¹²

Sem dúvida que tais afirmações supõem a tese de que é possível justificar princípios e normas morais de maneira objetiva, ou seja, com validade intersubjetiva e transcultural. Entrementes, esta questão pode ser traduzida em outra, que pergunta a respeito da validade de um direito moral. Segundo Robert Alexy, “para a validade ou existência de um direito moral basta que a norma, que está na sua base, valha moralmente. Uma norma vale moralmente quando ela, perante cada um que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificada”.³¹³ O problema dos direitos humanos, em primeiro plano, portanto, é um problema epistemológico, no qual se trata da questão de “se e como os direitos do homem podem ser conhecidos e fundamentados”.³¹⁴ Este é o ponto em que se verifica a necessidade de recorrer-se a uma teoria da moral que esclareça o ponto de vista a partir do qual as questões de justiça podem ser tratadas racionalmente.

Exatamente por causa desta questão central é que Alasdair MacIntyre sugere que os direitos humanos no sentido moderno não existem “e acreditar neles é o mesmo que acreditar em bruxas e unicórnios”.³¹⁵ No contexto de sua feroz crítica à filosofia moral contemporânea, MacIntyre sustenta que toda tentativa de dar bons motivos para acreditar na existência de tais direitos fracassaram, razão pela qual eles não passam de ficções. Todavia, como já dito, não são poucos os que advogam a tese da justificação racional (moral) dos direitos fundamentais. Normalmente quem o faz, parte da suposição de que é possível para qualquer membro de uma sociedade “realizar juízos morais que não dependem nem são expressão da moralidade positiva de sua sociedade e

³¹² VITA, Álvaro de. O lugar dos direitos na moralidade política. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 30, 1993, p. 17.

³¹³ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luiz Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, jul./set. 1999, p. 60.

³¹⁴ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luiz Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, jul./set. 1999, p. 56.

³¹⁵ MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude*. Tradução de Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001, p. 127.

que tais juízos podem estar, em algumas ocasiões, justificados racionalmente”.³¹⁶ Como é o caso da objetividade dos juízos morais depender da capacidade de que possam justificar-se racionalmente, a pergunta pela existência dos direitos morais é a pergunta por sua fundamentação. Se for o caso de existir uma teoria de fundamentação objetiva de juízos normativos, MacIntyre fica sem razão ao dizer que os direitos constituem uma ilusão de racionalidade para o processo político moderno, uma falsa racionalidade do debate que oculta a arbitrariedade da vontade e do poder em ação na sua resolução.³¹⁷

3.2. O ponto de vista moral a partir da teoria do discurso

É necessário recorrer a uma teoria da moral que preliminarmente esclareça o ponto de vista da avaliação imparcial das questões de justiça. Acredita-se que a teoria do discurso é uma teoria competente para fundamentar o ponto de vista moral.³¹⁸ A teoria do discurso prático racional, assim como delineada por Jürgen Habermas e colaboradores, entre eles Klaus Günther, e, em versão um tanto distinta, por Robert Alexy, é uma teoria que tenta dar conta tanto do problema da justificação dos juízos e normas morais e jurídicos, assim como da correta aplicação das normas justificadas. Aliás, ela pode ser considerada como uma resposta aos problemas já antes colocados pela filosofia prática de Kant (*o que se deve fazer*), mas aproveitando as descobertas e recursos metodológicos advindos do pensamento contemporâneo, especialmente da filosofia da linguagem e da teoria da argumentação. É Robert Alexy quem esclarece que, a partir de tais contribuições, são possíveis teorias morais *procedimentais* que formulam regras ou condições da argumentação ou da decisão prática geral, como a teoria do discurso prático geral³¹⁹.

³¹⁶ CRUZ PACERO, Juan. A. Derechos morales: concepto y relevancia. *Isonomia*, n. 15, out. 2001, p. 58: “...realizar juicios morales que no dependen ni son expresión de la moralidad positiva de su sociedad y que tales juicios pueden estar, en algunas ocasiones, justificados racionalmente”.

³¹⁷ MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude*. Tradução de Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001, p. 129.

³¹⁸ O ponto de vista moral (*moral point of view*) pode ser definido justamente como aquele que permite uma avaliação imparcial das questões de justiça. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 17.

³¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 530.

No que segue, em primeiro lugar, serão apresentados os argumentos centrais da teoria discursiva da moral de Habermas. Depois, far-se-á menção à teoria do discurso prático geral de Robert Alexy. São dois os objetivos desta seção: reconstruir o modo de fundamentação da concepção discursiva de moral a partir das características pragmático-universais da comunicação e demonstrar a possibilidade da justificação imparcial de normas por meio do ponto de vista moral assim fundamentado. De todo modo, este é apenas um passo necessário para a etapa que mais importa: examinar o status da justificação dos direitos fundamentais pela teoria do discurso. Esse último problema será o tema da seção seguinte (3.3).

3.2.1. A ética do discurso de Jürgen Habermas

A concepção de Jürgen Habermas sobre a justiça tem a forma de uma ética do discurso, que também pode ser chamada teoria discursiva da moral, e pela qual as questões normativas apresentam uma lógica independente: a da universalização³²⁰. Habermas declaradamente se filia à tradição kantiana, defendendo a possibilidade de uma ética cognitivista, em que as questões práticas são passíveis de verdade. O conteúdo cognitivo das normas reside no fato de que se pode mostrar, se necessário, que a pretensão de validade universal é legítima, no sentido de que *dever* fazer algo significa *ter razões* para fazer algo. E “se ‘dever fazer algo’ implica ‘ter boas razões para fazer algo’, então as questões que se referem à decisão por ações guiadas por normas ou à escolha das próprias normas de ação, devem ser passíveis de verdade”³²¹. Por isso, o sentido de correção normativa leva à suposição de uma pretensão de verdade análoga à verdade dos enunciados descritivos.³²²

³²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 68: “É só a pretensão a uma validade *universal* que vem conferir a um interesse, a uma vontade ou a uma norma a dignidade de uma autoridade moral”.

³²¹ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 71-72.

³²² HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 78. Em outro lugar, Habermas afirma que “o nosso costume de criticar a ação amoral e de discutir as questões morais recorrendo a razões é, antes, um sinal de que associamos uma pretensão cognitiva aos juízos morais” (HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 120). Apesar da analogia com a pretensão de verdade dos enunciados descritivos, verdades teóricas e verdades práticas

Além de cognitivista, a ética do discurso é ainda assumidamente *deontológica*, *formalista* e *universalista*.³²³ O caráter deontológico reside no fato de que, de modo diferente às éticas clássicas que se referem a todas as questões da “vida boa”, uma ética kantiana só se refere aos problemas relativos à ação correta ou justa. Os juízos morais explicam como podem solucionar-se os conflitos de ação sobre a base de um acordo racionalmente motivado. O fenômeno básico que a teoria moral deve abordar e explicar é a validade deontológica de mandamentos e normas de ação. Por outro lado, é uma ética formalista na medida em que necessita de um princípio de justificação que seleciona e distingue como válidas as normas de ação suscetíveis de universalização. O lugar de tal princípio é ocupado pelo procedimento da argumentação moral, a partir do qual se estabelece o princípio do Discurso (D) e se rebaixa o imperativo categórico a um princípio de universalização “U”, que adota o papel de uma regra de argumentação nos discursos práticos. Finalmente, é universalista porque é uma ética que afirma que este princípio moral não só expressa as intuições de uma determinada cultura ou de uma determinada época, mas tem uma validade geral.

O parágrafo anterior contém conceitos carentes de explicação. A ética discursiva afirma que somente a adoção do ponto de vista da imparcialidade é que distingue uma orientação dirigida à justiça da mera preocupação pelos próprios interesses ou pelos interesses do próprio grupo. Mas Habermas não reduz a razão prática às questões de justiça, pois aquela pode ter um uso diferenciado em questões pragmáticas e éticas, além de morais.³²⁴ O uso pragmático da razão prática tem a ver com a escolha racional dos meios em face de determinados fins ou da avaliação racional dos fins face às preferências existentes. Nesse sentido, o horizonte da reflexão prática é o da

não são equivalentes, pois “os enunciados dos discursos teóricos devem ser confirmados ou não, enquanto que as normas corretas do discurso moral devem merecer o reconhecimento de seus destinatários” (CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 110). Portanto, ainda que seja fundamental para a ética discursiva que as pretensões de correção normativa tenham significação cognitiva e não meramente volitiva, ou seja, que necessitem justificação, “no concebimos el orden normativo de la sociedad como si existiera con independencia de las pretensiones de validez, como hacemos con la naturaleza. La realidad social está intrínsecamente ligada a la validez de una manera que la realidad natural no lo está” (McCARTHY, Thomas. *Ideales e ilusiones*: reconstrucción y deconstrucción en la teoría crítica contemporánea. Tradução espanhola de Ángel Rivero Rodríguez. Madrid: Editorial Tecnos, 1992, p. 200).

³²³ HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 15-16.

³²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 101-117 (capítulo 5: acerca do uso pragmático, ético e moral da razão prática).

racionalidade teleológica, com o objetivo de encontrar as técnicas, estratégias e programas apropriados. Ao mesmo tempo, conduz a recomendações que, nos casos mais simples, assumem a forma semântica do imperativo condicional, ou de um dever relativo. Já o uso da razão prática no campo da ética tem a ver com a autocompreensão de uma pessoa, o tipo de vida que leva e o seu caráter. As questões éticas são geralmente respondidas com imperativos condicionais que remetem a um dever que não depende de fins e preferências, mas que também não é absoluto. Antes, o dever adquire o sentido de que é bom para a pessoa, a longo prazo e de uma forma geral, agir assim.

O uso da razão prática muda novamente de sentido quando as ações das pessoas afetam os interesses de outros e conduzem a conflitos que devem ser regulados imparcialmente, sob um ponto de vista moral. De fato, é desde o ponto de vista moral que se pode formular uma distinção entre o que é normativamente exigível a todos enquanto questão de justiça e o que é valorado dentro de uma cultura particular como parte da vida boa.³²⁵ Na moral, o dever não depende nem de fins e preferências subjetivos nem do que se considera ser o objetivo absoluto de uma vida boa e bem sucedida. O que se deve fazer ou se tem de fazer do ponto de vista moral significa, sim, que é justo agir dessa forma, sendo, por isso, um dever fazê-lo. Afinal, “desde o ponto de vista da imparcialidade, não buscamos maximizar nossos próprios interesses, senão descobrir um interesse geral ou comum”.³²⁶ Por isso, todos têm que poder desejar que as máximas de sua conduta se tornem lei geral:

“Apenas uma máxima passível de generalização na perspectiva de todos os indivíduos em causa é que tem o valor de norma capaz de obter anuência geral, sendo, por conseguinte, digna de reconhecimento, isto é, moralmente vinculativa. A questão ‘O que devo fazer’ é respondida do ponto de vista moral com referência àquilo que *se* deve fazer. As obrigações morais são imperativos categóricos ou incondicionais que exprimem normas válidas ou se referem implicitamente a estas.”³²⁷

³²⁵ McCARTHY, Thomas. *Ideales e ilusiones: reconstrucción y deconstrucción en la teoría crítica contemporánea*. Tradução espanhola de Ángel Rivero Rodríguez. Madrid: Editorial Tecnos, 1992, p. 196.

³²⁶ McCARTHY, Thomas. *Ideales e ilusiones: reconstrucción y deconstrucción en la teoría crítica contemporánea*. Tradução espanhola de Ángel Rivero Rodríguez. Madrid: Editorial Tecnos, 1992, p. 202: “Desde el punto de vista de la imparcialidad, no buscamos maximizar nuestros propios intereses, sino descubrir un interés general o común.”

³²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 108.

Por outro lado, é preciso dizer que Habermas aborda a teoria moral sob a forma de uma investigação de argumentações morais, pois para ele a busca de um interesse geral ou comum tem natureza propriamente argumentativa. Para tanto, parte da análise do agir orientado para o entendimento mútuo feita em *Theorie des kommunikativen Handelns*.³²⁸ Comunicativas são as interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, sendo que o acordo alcançado em cada caso mede-se pelo reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade formuladas por sujeitos capazes de linguagem e ação. As ações comunicativas só podem explicitar-se pela via de uma análise dos atos de fala, o que é próprio de uma investigação pragmática da linguagem. Segundo esta, os atos de fala põem em cena pretensões de validade que motivam racionalmente o interlocutor para uma ação de adesão, na medida em que o falante se compromete a resgatar as pretensões de validade, na hipótese de elas virem a ser criticadas. Uma pretensão de validade corresponde à força ilocucionária, à afirmação de que as condições de validade de uma emissão estão sendo cumpridas. As três pretensões de validade são verdade, correção e veracidade, a que correspondem os atos de fala constatativos, regulativos e expressivos.³²⁹

Normalmente, os interlocutores falam e se entendem com base em um consenso de fundo que não é necessário questionar, o que quer dizer que, nos contextos normais de comunicação, as pretensões de validade não são explicitamente tematizadas. O mundo da vida compartilhado pelos atores é rompido quando são postas em dúvida as justificações rotineiras e cotidianas.³³⁰ No caso de se tornarem problemáticas as pretensões de verdade e correção normativa, ou atos de fala constatativos e regulativos, o resgate se dá discursivamente, ou seja, aduzindo razões, de modo que o resgate de uma pretensão de validade normativa é operado através da lógica da argumentação. Por certo, quando as pretensões de validade normativa são colocadas em dúvida, o falante

³²⁸ Cf. versão espanhola: HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, 2 vol. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 2. ed. Madrid: Taurus, 2001.

³²⁹ Sobre estes e outros conceitos relativos à análise do uso comunicativo da linguagem, nos termos da pragmática formal de Habermas, cf. VELASCO, Marina. *Ética do discurso: Apel ou Habermas?* Rio de Janeiro: FAPERJ: Mauad, 2001, p. 87-96.

³³⁰ O mundo da vida constitui o horizonte de auto-evidências culturais e lingüísticas, o pano de fundo onde se processa a racionalidade comunicativa. Sua função é estocar o justificado para não se exigir das pessoas que elas se tornem insuportavelmente argumentativas em todos os momentos. DUTRA, Delamar Volpato. *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 185-187.

só pode desempenhar sua pretensão oferecendo razões, isto é, argumentos: “o contexto de interação em que falantes e ouvintes trocam argumentos é o Discurso.”³³¹

Por isso, o passo seguinte na fundamentação de uma ética discursiva é introduzir um princípio moral que sirva de regra de argumentação, um princípio-ponte que tenha um papel correspondente àquele desempenhado pelo princípio da indução no discurso teórico. Para tanto, Habermas retoma a intuição expressada por Kant no imperativo categórico de que são excluídas como inválidas as normas que não possam encontrar o assentimento de todos os possíveis concernidos e são aceitas como válidas apenas as normas que exprimem uma vontade universal. “O Imperativo Categórico pode ser entendido como um princípio que exige a possibilidade de universalizar as *maneiras de agir* e as *máximas* ou, antes, os *interesses* que elas levam em conta (e que, por conseguinte, tomam corpo nas normas da ação).”³³² A partir da intuição kantiana registrada no imperativo categórico é que se pode postular:

“Só é imparcial o ponto de vista a partir do qual são passíveis de universalização exatamente aquelas normas que, por encarnarem manifestamente um interesse comum a todos os concernidos, podem contar com o assentimento universal – e, nesta medida, merecem reconhecimento intersubjetivo. A formação imparcial do juízo exprime-se, por conseguinte, em um princípio que força *cada um*, no círculo dos concernidos, a adotar, quando da ponderação dos interesses, a perspectiva de *todos os outros*.”³³³

³³¹ VELASCO, Marina. *Ética do discurso: Apel ou Habermas?* Rio de Janeiro: FAPERJ: Mauad, 2001, p. 94. Cf., ainda, ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 237; DUTRA, Delamar Volpato. *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 187-188. Thomas McCarthy esclarece o conceito de discurso de Habermas: “En términos de Habermas, el discurso es esa forma ‘peculiarmente improbable’ de comunicación en que todos los participantes se someten a sí mismos a la ‘coacción no coactiva del mejor argumento’ con la finalidad de llegar a un acuerdo sobre la validez o no validez de las pretensiones problemáticas. La suposición que lleva aneja tal acuerdo es que éste representa un ‘consenso racional’, esto es, un consenso que es resultado no de las peculiaridades de los participantes o de su situación, sino simplemente resultado de haberse sometido a sí mismos al peso de la evidencia y a la fuerza de la argumentación. El acuerdo es considerado válido no meramente ‘para nosotros’ (los participantes de hecho) sino ‘objetivamente’ válido, válido para todos los sujetos racionales (en tanto que participantes potenciales). En este sentido el discurso es, como Habermas dice, ‘la condición de lo incondicionado’” (McCARTHY, Thomas. *La teoría crítica de Jürgen Habermas*. Tradução espanhola de Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 338).

³³² HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 84. Como se sabe, para Kant o imperativo categórico é a forma única da lei prática e expressa o seguinte: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 59).

³³³ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 86.

Habermas faz referência ainda ao conceito de “adoção ideal de papéis”, ou “discurso universal”, elaborado por G. H. Mead³³⁴, para então oferecer a primeira versão do princípio da universalização (U), segundo a qual toda norma válida deve satisfazer à condição de que “as conseqüências e efeitos colaterais, que (presumivelmente) resultarem para a satisfação dos interesses de *cada* um dos indivíduos do fato de ser ela *universalmente* seguida, possam ser aceitos por *todos* os concernidos (e preferidos a todas as conseqüências das possibilidades alternativas e conhecidas de regagem)”. A forma de (U) já exclui uma aplicação monológica, apesar de ainda ser distinto do princípio da ética do Discurso (D), cujo conteúdo expressa que “uma norma só deve pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto *participantes de um Discurso prático*, a um acordo quanto à validade dessa norma”³³⁵.

Até porque dizem respeito ao interesse comum, os problemas a serem resolvidos em argumentações morais não podem ser superados monologicamente. Tais problemas, portanto, exigem um esforço de cooperação. “Só um processo de entendimento mútuo intersubjetivo pode levar a um acordo que é de natureza reflexiva; só então os participantes podem saber que eles chegaram a uma convicção comum”³³⁶. Por isso a necessidade de reformulação do Imperativo Categórico kantiano, que passa a assumir a forma de (U), pois não basta que um indivíduo reflita se poderia dar seu assentimento a uma norma, nem mesmo basta que todos os indivíduos, cada um por si, levem a cabo essa reflexão, para então registrar seu voto.

“O que de fato se exprime na validade deontica é a autoridade de uma vontade universal, partilhada por todos os concernidos, vontade esta que se despiu de toda qualidade imperativa e assumiu uma qualidade moral porque apela a um interesse universal que se

³³⁴ Uma assunção de papéis ideais exige que o sujeito dotado de capacidade de juízo moral se coloque na posição de todos aqueles eventualmente atingidos por uma conduta problemática ou pela entrada em vigor de uma norma controversa. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 17.

³³⁵ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 86.

³³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 87-88.

pode constatar discursivamente, e que, por conseguinte, pode ser apreendido cognitivamente e discernido na perspectiva do participante”.³³⁷

Na medida em que a ética do discurso é uma ética formalista, ela indica a regra ou o processo segundo o qual deverá ser determinada a forma de avaliar imparcialmente um conflito de relevância moral. Já a prova da universalidade de (U) é encontrada a partir das contribuições de K. O. Apel sobre a fundamentação transcendental pelos meios da pragmática lingüística e seu conceito de contradição performativa (que se configura quando um ato de fala constativo *Cp* se baseia em pressuposições não-contingentes cujo conteúdo proposicional contradiz o enunciado assertivo *p*).³³⁸ A regra da contradição performativa a se evitar pode ser aplicada também ao discurso argumentativo como um todo, alcançando um ponto de referência fundamental para a análise de regras não-rejeitáveis. Habermas acredita que “a fundamentação exigida do princípio moral proposto poderia, por conseguinte, assumir a forma de que toda argumentação, não importa o contexto em que é levada a cabo, se baseia em pressuposições pragmáticas, de cujo conteúdo proposicional pode-se derivar o princípio de universalização”³³⁹.

³³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 95. Sobre a reformulação discursiva da teoria moral de Kant, cf. DUTRA, Delamar Volpato. *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

³³⁸ Segundo esse conceito, não se pode contestar uma argumentação sem autocontradição performativa, ou seja, sem argumentar. “A estratégia do argumento consiste em levar aquele que argumenta a, reflexivamente, dar-se conta de que, ao argumentar, aceita certas condições que não pode negar sem contradição (performativa), mas que também não pode prová-las dedutivamente sem círculo” (DUTRA, Delamar Volpato. *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 157). É uma fundamentação de caráter pragmático porque pressupõe o envolvimento de quem argumenta, de forma reflexiva e transcendental, bem como um modo de prova indireto, pois mostra ao cético que ele, ao negar a possibilidade de fundamentação, faz certas pressuposições cujo conteúdo contradiz sua própria posição.

³³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 104. Em outro lugar: “...o sentido do princípio moral se pode explicar a partir do conteúdo das pressuposições inevitáveis de uma prática argumentativa que só pode ser exercida em conjunto com os outros. O ponto de vista moral, a partir do qual podemos avaliar imparcialmente as questões práticas, é seguramente interpretado de diferentes maneiras. Mas ele não está livre e arbitrariamente à nossa disposição, já que releva da forma comunicativa do discurso racional” (HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 101). Além disso, os pressupostos argumentativos podem ser traduzidos em regras e formas do Discurso, como já demonstrou Alexy (Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 186 e ss.). Delamar Dutra assim condensa o argumento de prova do princípio da universalização da ética discursiva: “SE todos os que entram num processo discursivo de resolução de pretensões de validade têm, necessariamente, que fazer

“Todos os que empreendem seriamente a tentativa de resgatar discursivamente pretensões de validade normativas aceitam intuitivamente condições de procedimento que equivalem a um reconhecimento implícito de ‘U’. Pois, das mencionadas regras do Discurso resulta que uma norma controversa só pode encontrar assentimento entre os participantes de um Discurso prático, se ‘U’ é aceito, isto é: se as conseqüências e efeitos colaterais, que previsivelmente resultam de uma obediência geral da regra controversa para a satisfação dos interesses de cada indivíduo, podem ser aceitos sem coação por todos. (De maneira que) a ética do Discurso ela própria pode ser reduzida ao princípio parcimonioso ‘D’ segundo o qual: só podem reclamar validade as normas que encontrem (ou possam encontrar) o assentimento de todos os concernidos enquanto participantes de um Discurso prático). (...) o único princípio moral é o referido princípio da universalização, que vale como regra da argumentação e pertence à lógica do Discurso prático”.³⁴⁰

Como a regra de argumentação moral é formal ela não prejudica nenhuma regulamentação conteudística. No fundo, a ética discursiva refere-se a um *procedimento*, consistente no resgate discursivo de pretensões de validade normativas. O discurso prático não é um processo para a geração de normas justificadas, mas, sim, para o exame da validade de normas propostas e consideradas hipoteticamente. Tanto é assim que “o princípio da universalização funciona como uma faca que faz um corte entre ‘o bom’ e ‘o justo’, entre enunciados valorativos e enunciados estritamente normativos”³⁴¹. Disso resulta justificada a delimitação do domínio de aplicação de uma ética deontológica, que se destina apenas às questões práticas que podem ser debatidas racionalmente, e isso com a perspectiva de consenso. “Ela não tem a ver com a preferência de valores, mas com a validade deontológica de normas de ação”³⁴². De maneira esclarecedora, Habermas acrescenta:

pressuposições (pragmático-transcendentais), cujo conteúdo pode ser explicitado sob a forma das regras do discurso apresentadas por Alexy, ENTÃO todos os que empreendem seriamente a tentativa de resgatar, discursivamente, pela ação comunicativa, pretensões de validade normativas (e outras), ACEITAM, intuitivamente, condições de procedimento que equivalem a um reconhecimento implícito do PU” (DUTRA, Delamar Volpato. *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 169-170).

³⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 115-116.

³⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 126.

³⁴² HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 127.

“A formação do ponto de vista moral vai de mãos dadas com uma diferenciação no interior da esfera prática – as questões morais que podem, em princípio, ser decididas racionalmente do ponto de vista da possibilidade de universalização dos interesses ou da justiça, são distinguidas agora das questões valorativas, que se apresentam sob o mais geral dos aspectos como questões do bem viver (ou da auto-realização) e que só são acessíveis a um debate racional no interior do horizonte não problemático de uma forma de vida historicamente concreta ou de uma conduta de vida individual. (É que no estágio pós-convencional da consciência moral) o juízo moral desliga-se dos pactos locais e da coloração histórica de uma forma de vida particular; ele não pode mais apelar para a validade desse contexto do mundo da vida. E as respostas morais conservam tão-somente a força de motivação racional dos discernimentos”.³⁴³

Antes de sofrerem rebaixamento, as características da ética discursiva são reafirmadas em face do pluralismo dos projetos de vida e das formas coletivas de vida existentes nas sociedades modernas. Este ponto é importante para a continuidade do trabalho, pois a validade universal que se imputa aos direitos humanos fundamentais só se mantém de pé se, além de eles responderem positivamente à lógica da universalização, esta lógica continua valendo, em face da pluralidade das formas de vida. Já em razão do próprio fato do pluralismo ser levado a sério, a filosofia moral tem de renunciar à pretensão de hierarquizar os modos de vida concorrentes, privilegiando um em relação a todos os outros. Ao mesmo tempo, tem que conceder validade ao princípio moderno da tolerância, pelo qual uma perspectiva de vida é tão boa quanto as outras, ou pelo menos tem o mesmo direito à existência ou reconhecimento. Uma teoria moral já não pode mais querer dar respostas gerais às questões do bem viver, devendo se contentar com tarefa de reconstrução do ponto de vista moral e de fundamentação da sua validade geral.³⁴⁴ Afinal, a autonomia das pessoas e dos grupos implica que eles possam interpretar quais são suas próprias necessidades, não sendo o caso da teoria prescrevê-las ou ditá-las.

³⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 131.

³⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 93.

Em face dessa situação é que a ética discursiva também é concebida. Thomas McCarthy argumenta que, enquanto norma para a argumentação moral, o princípio da universalização está pensado precisamente para “salvar o vazio que existe entre diferentes desejos e sentimentos, individuais e grupais, e as normas cuja validade todos aceitam porque são de interesse geral ou comum; isto é, o vazio entre as diversas vontades particulares e a vontade geral”.³⁴⁵ Além disso, o princípio moral da ética discursiva não repete o universalismo abstrato da moral kantiana, segundo sua própria formulação, pois ele se orienta em função das conseqüências da observância da norma. Na ética discursiva, o universalismo é “sempre situado, marcado pela contingência das conseqüências previsíveis que entram no critério de consenso, ou seja, a universalidade é sempre uma universalidade resultante de um discurso, de um consenso situado num momento do tempo que o marca com sua particularidade, com seu conteúdo”.³⁴⁶

Por outro lado, se o princípio moral não está livre e arbitrariamente à disposição, pois se deduz da forma comunicativa do discurso racional, então ele é uma pressuposição constitutiva para a argumentação. Querer abandoná-lo é conduzir-se lingüísticamente de uma maneira não racional. Com o abandono da pressuposição do consenso racional muitas das práticas racionais reconhecíveis perderiam seu sentido e isto implicaria grandes mudanças na forma de vida atual. “Na opinião de Habermas, isto significaria a eliminação de nossa principal alternativa à violência, à coação e à

³⁴⁵ MCCARTHY, Thomas. *Ideales e ilusiones: reconstrucción y deconstrucción en la teoría crítica contemporánea*. Tradução espanhola de Ángel Rivero Rodríguez. Madrid: Editorial Tecnos, 1992, p. 201: “En tanto norma para la argumentación, el principio de universalización de Habermas está pensado precisamente para salvar el vacío que existe entre diferentes deseos y sentimientos, individuales y grupales, y las normas cuya validez todos aceptan porque son de interés general o común; esto es, el vacío entre las diversas voluntades particulares y la voluntad general.” Na mesma página, McCarthy transcreve trecho de texto de Habermas, elucidativo quanto a essa questão: “El hecho de que las sociedades modernas estén diferenciadas en formas de vida y en posiciones de interés, y cada vez lo estarán más, no significa que la acción orientada al entendimiento mutuo deje de ser efectiva. Nuestra claridad de alcanzar el entendimiento aumenta en la misma proporción, y esta necesidad ha de ser satisfecha en niveles cada vez más altos de abstracción. Por consiguiente, las normas y principios con los que podemos estar de acuerdo se vuelven cada vez más generales.”

³⁴⁶ DUTRA, Delamar Volpato. *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 136. Na p. 177, o autor acrescenta: “a entrada, na argumentação, dos interesses e conseqüências da ação, advém do aspecto da própria dimensão discursiva da ética. As condições de procedimento discursivas equivalem à aceitação dos efeitos colaterais.” Apesar dessas referências, no seu livro Delamar Dutra defende a tese de que a reformulação da ética kantiana pela ética discursiva deve ser mais bem interpretada a partir da problemática da fundamentação, em razão das posições cada vez mais abstratas assumidas por Habermas, em nome de um ganho cognitivo dos juízos morais provocado pelo fato do pluralismo (p. 138-139).

manipulação, como meios de resolução de conflitos e de coordenação social.”³⁴⁷ Portanto, renunciar ao conteúdo emancipatório do universalismo moral é negar a possibilidade de “sujeitar a violência estrutural, inerente a um contexto social marcado pela exploração e pela repressão, a uma crítica moral inexorável”.³⁴⁸ O projeto de teoria moral não pode recuar a um ponto anterior à exigência de fundamentação moderna, em respeito aos próprios ganhos da cultura do esclarecimento, do desencantamento e da racionalização.³⁴⁹

Como se vem defendendo, esta posição crítica também é ocupada pelos direitos humanos, que podem ser interpretados como constituindo um padrão normativo a que se devem conformar os Estados do mundo inteiro. Nesse sentido, os direitos constituem um padrão normativo próprio da modernidade. Se a natureza de determinados direitos puder ser compreendida como também moral, na perspectiva universalista da ética discursiva, então se terá um argumento poderoso a favor do emprego da linguagem dos direitos humanos para legitimamente criticar arranjos sócio-econômicos e políticos de um determinado país, independentemente do que estabeleçam suas leis. Porém, antes que esse passo seja dado na investigação, cumpre referir os principais conceitos da teoria do discurso de Robert Alexy.

3.2.2. A teoria do discurso prático geral de Robert Alexy

Robert Alexy esboça uma teoria do discurso prático racional geral na sua tese sobre a teoria da argumentação jurídica, reescrevendo as teses básicas em ocasiões

³⁴⁷ McCARTHY, Thomas. *Ideales e ilusiones: reconstrucción y deconstrucción en la teoría crítica contemporánea*. Tradução espanhola de Ángel Rivero Rodríguez. Madrid: Editorial Tecnos, 1992, p. 207: “En opinión de Habermas, eso significaría la eliminación de nuestra principal alternativa a la violencia, la coacción y la manipulación con medios de resolución de conflictos y de coordinación social.” Nesse sentido, Gisele Cittadino acrescenta que Habermas não tem a pretensão de sugerir um modelo de ética discursiva que elimine a dominação e a violência decorrentes dos interesses que instrumentalizam as relações humanas, mas admite que “apenas através de uma confrontação permanente no interior de um espaço público baseado na reciprocidade e no respeito mútuo é possível estabelecer normas e instituições através dos quais a dominação possa ser enfrentada, limitada e discutida” (CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 116).

³⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 90.

³⁴⁹ Cf. DUTRA, Delamar Volpato. *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 265-271.

posteriores. Alexy parte da constatação de que aos juízos de valor e de dever se une uma pretensão de correção. Assim, quando se questionam tais juízos se pode levar a cabo uma discussão sobre sua justificação, na qual são aduzidas razões a favor e contrárias às proposições controvertidas. Em tal procedimento, a fundamentalidade ou correção das proposições normativas controvertidas depende de “critérios ou regras que permitam diferenciar as boas das más razões, quer dizer, os argumentos válidos dos inválidos”.³⁵⁰ Na verdade, a validade do resultado depende das regras da discussão racional, enquanto exigências presentes na atividade de fundamentação. Tais regras são pragmáticas, na medida em que também se dirigem ao comportamento do falante. “Os discursos são conjuntos de ações interconectadas nas quais se comprova a verdade ou correção das proposições. Os discursos nos quais se trata da correção das proposições normativas são discursos práticos.”³⁵¹

Para a fundamentação das regras do discurso racional, enquanto teoria do discurso normativo, Alexy também se apóia, embora não exclusivamente, na pragmática universal, em que a validade de determinadas regras é condição de possibilidade da comunicação lingüística. As regras da razão prática são as que mais interessam, pois elas tratam exatamente da justificação da asserção de enunciados normativos, compondo um código da razão prática. Considerando a pretensão de fundamentalidade levantada por um ato de fala, Alexy elabora a *regra geral de fundamentação* segundo a qual “todo falante deve, quando se pede a ele, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar boas razões que justifiquem rechaçar uma fundamentação”.³⁵² Alexy desdobra esta regra geral de fundamentação em outras três regras, que para ele correspondem às condições da situação ideal de fala postas por Habermas:

³⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução espanhola de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 176: “...criterios o reglas que permitan diferenciar las buenas razones de las malas, es decir, los argumentos válidos de los inválidos”.

³⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução espanhola de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 177: “Los discursos son conjuntos de acciones interconectadas en los que se comprueba la verdad o corrección de las proposiciones. Los discursos en los que se trata de la corrección de las proposiciones normativas son discursos prácticos.”

³⁵² ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução espanhola de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 188: “Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación”

“Quem fundamenta algo pretende, pelo que se refere ao menos ao processo de fundamentação, aceitar ao outro como parte na fundamentação, com os mesmos direitos, e não exercer coerção ele mesmo, nem apoiar-se na coerção exercida por outros. Ademais, pretende poder sustentar sua asserção não só frente a seu interlocutor, senão também frente a qualquer um. Os jogos de linguagem que não pretendem pelo menos cumprir esta exigência não podem considerar-se como fundamentação. As exigências de igualdade de direitos, universalidade e não coerção podem formular-se como três regras. (...) A primeira regra se refere à admissão no discurso. Tem o seguinte conteúdo: (2.1) Quem pode falar pode tomar parte no discurso. A segunda regra regula a liberdade de discussão. Pode subdividir-se em três exigências: (2.2) (a) Todos podem problematizar qualquer asserção. (b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso. (c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades. (c) é importante especialmente no discurso prático. Finalmente, a terceira regra tem a função de proteger o discurso da coerção. Se enuncia assim: (2.3) A nenhum falante pode impedir-se de exercer seus direitos fixados em (2.1) e (2.2), mediante coerção interna ou externa ao discurso.”³⁵³

Para o autor, tais regras formam, antes de tudo, um critério hipotético-negativo, já que as argumentações não aceitas pelo seu cumprimento devem ser consideradas como não válidas. Já como critério positivo, as regras da razão prática podem ter um cumprimento apenas aproximado. Se forem cumpridas em uma medida ótima alcançável na situação, proporcionam um critério provisório, fundamentando o caráter passível de revisão dos resultados alcançados. Além disso, as regras ainda têm uma função de *instrumento de crítica* das restrições de direitos e de oportunidades dos

³⁵³ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução espanhola de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 189: “Quien fundamenta algo pretende, por lo que se refiere al menos al proceso de fundamentación, aceptar al otro como parte en la fundamentación, con los mismos derechos, y no ejercer coerción él mismo, ni apoyarse en la coerción ejercida por otros. Además, pretende poder sostener a su aserción no sólo frente a su interlocutor, sino también frente a cualquiera. Los juegos de lenguaje que no pretendan por lo menos cumplir esta exigencia, no pueden considerarse como fundamentación. Las exigencias de igualdad de derechos, universalidad y no coerción pueden formularse como tres reglas. (...) La primera regla se refiere a la admisión en el discurso. Tiene el siguiente contenido: (2.1) Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso. La segunda regla regular la libertad de discusión. Puede subdividirse en tres exigencias: (2.2) (a) Todos pueden problematizar cualquier aserción. (b) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso. (c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades. (c) es importante especialmente en el discurso práctico. Finalmente, la tercera regla tiene la función de proteger el discurso de la coerción. Se enuncia así: (2.3) A ningún hablante puede impedirle ejercer sus derechos fijados en (2.1) y (2.2), mediante coerción interna o externa al discurso.”

participantes no discurso, que não sejam justificáveis; definem um *ideal* ao qual cabe aproximar-se por meio da prática e de medidas organizatórias; proporcionam uma *explicação* na pretensão de verdade ou correção. Nesse sentido, a pretensão de justiça é um caso especial da pretensão de correção.³⁵⁴

Por ser assim, a teoria do discurso é uma teoria procedimental da correção prática, pois afirma que uma norma somente é correta se pode ser o resultado de um procedimento definido através das regras do discurso. Desta forma, o procedimento do discurso é um procedimento argumentativo e as regras que se acabaram de reproduzir asseguram a liberdade e a igualdade da argumentação, garantindo, ainda, dessa maneira, a imparcialidade do próprio discurso. Para Alexy, a validade das regras do discurso implica necessariamente a validade da seguinte condição do acordo universal: “Uma norma só pode encontrar consenso universal em um discurso quando as conseqüências de sua observância geral para a satisfação dos interesses de cada um são aceitáveis para todos”.³⁵⁵ E isto quer dizer que a teoria do discurso se reafirma como uma concepção kantiana da racionalidade prática, na medida em que sua base fundamental realmente é a idéia de universalidade.

É no respeito à autonomia dos sujeitos afetados que Alexy diz repousar o fundamento para o caráter necessariamente comunicativo da formação do juízo prático. Acontece que a solução correta de uma questão moral consiste na solução igualmente correta de um conflito de interesses. O tratamento racional destes últimos somente pode ocorrer por meio de uma ponderação. Na medida em que não existe um critério geral e aplicável de forma estrita para ponderar os interesses de diversos tipos, as medidas de peso necessárias para o ajuste somente podem ser determinadas de maneira relativa aos respectivos interesses dos outros. E sobre isto se pode argumentar. Os argumentos, nas interpretações de interesses e nas modificações de interesses, jogam, então, um papel essencial. Dessa maneira, o ponto decisivo é que, “se se deve realizar a medida de racionalidade que resulta possível, esses argumentos devem incrustar-se em uma estrutura comunicativa. Como interpretar, sopesar e, dado o caso, modificar os

³⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução espanhola de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 190.

³⁵⁵ ALEXY, Robert. La institucionalización de la razón. Tradução de José Antonio Seoane. *Persona y Derecho*, n. 43, Pamplona, 2000, p. 227.

interesses, é uma questão do (ou dos) respectivamente afetado(s)”.³⁵⁶ Isto tem a ver com tomar a sério os outros, respeitando sua autonomia enquanto indivíduos.

A teoria do discurso assume que tem por base uma concepção absolutamente procedimental da correção, segundo a qual “existem questões práticas às quais se pode atribuir no discurso uma resposta como a única correta, não havendo segurança sobre quais sejam estas questões, de maneira que vale a pena procurar em toda questão encontrar uma única resposta correta”.³⁵⁷ Dessa forma, a teoria do discurso rejeita um conceito absoluto de correção com caráter não procedimental, pelo qual existe, independentemente do procedimento, uma única resposta correta para cada questão prática. Esta última é uma tese ontológica. A teoria do discurso assume acertadamente a tese da única resposta correta como idéia reguladora, que não pressupõe que já exista para cada questão prática uma resposta correta que somente seja necessário descobrir. “A única resposta correta tem mais bem o caráter de um fim que se tem que aspirar. Os participantes em um discurso prático, com independência de se existe uma única resposta correta, devem propor a pretensão de sua resposta é a única correta. Em outro caso, suas afirmações e fundamentações careceriam de sentido”.³⁵⁸

Outro problema enfrentado pela teoria do discurso é a crítica de que a idéia do discurso não tem valor universal, mas é unicamente a expressão de uma determinada forma de vida, a saber, a do racionalismo europeu em sua variante cunhada através do conceito de razão prática. Na medida em que outras formas de vida são admitidas, não estaria justificado estabelecer uma conexão necessária da idéia do discurso com conceitos como os de verdade, correção ou justiça. Ademais, as regras do discurso não

³⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução espanhola de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 302-303: “... si se debe realizar la medida de racionalidad que resulte posible, estos argumentos deben incrustarse en una estructura comunicativa. Cómo haya que interpretar, sopesar y, dado el caso, modificar los intereses, es una cuestión del (o de los) respectivamente afectado(s)”.

³⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução espanhola de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 302-303: “... existen cuestiones prácticas a las que se puede atribuir en el discurso una respuesta como la única correcta, y que no hay seguridad sobre cuáles sean estas cuestiones, de manera que merece la pena procurar en toda cuestión encontrar una única respuesta correcta”.

³⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução espanhola de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 302: “La única respuesta correcta tiene más bien el carácter de un fin al que hay que aspirar. Los participantes en un discurso práctico, con independencia de si existe una única respuesta correcta, deben plantear la pretensión de que su respuesta es la única correcta. En otro caso, carecerían de sentido sus afirmaciones y fundamentaciones.”

teriam validade universal, mas estariam condicionadas historicamente. Finalmente, a suposição do postulado de racionalidade que subjaz às regras do discurso seriam um assunto de decisão pessoal. Para enfrentar esses problemas, Alexy também recorre ao argumento do tipo pragmático-transcendental, a fim de fundamentar a validade universal das regras da razão.

Quanto à objeção de que as regras do discurso valem para o campo da fala, mas nada provam em relação à ação, Alexy esclarece inicialmente que para a fundamentação da validade das regras do discurso o argumento pragmático-transcendental deve completar-se com considerações sobre a composição dos interesses. Nesse sentido, é possível afirmar que existe um interesse na correção, na atuação correta, na vigência de normas e instituições corretas. “Se se pressupõe este interesse, então o argumento pragmático-transcendental pode fundamentar a validade das regras do discurso no que se refere a suas conseqüências no campo da ação.”³⁵⁹ Nesse diapasão, para elucidar o problema da força motivacional do argumento pragmático-transcendental, é necessário completá-lo com a premissa empírica segundo a qual “existe um número tão elevado de pessoas que têm um interesse em levar a cabo o discurso não estrategicamente que, para aqueles que querem dirigi-lo estrategicamente, vale a pena atuar como se para eles as regras do discurso valessem subjetivamente”.³⁶⁰ Alexy acredita que a força da validade das regras do discurso não pode ser suprimida enquanto houver pessoas que têm interesse na correção.

Se tudo isso é correto, então as regras do discurso não definem uma forma de vida particular, mas algo que é comum a todas as formas de vida, “sem prejuízo do fato de que esse algo resulta válido em ditas formas de vida em medida muito distinta. Isto implica que também é possível em princípio um discurso entre membros de distintas

³⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução espanhola de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 307: “Si se presupone este interés, entonces el argumento pragmático-transcendental puede fundamentar la validez de las reglas del discurso en lo referente a sus consecuencias en el campo de la acción.”

³⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução espanhola de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 308-309: “Existe un número tan elevado de personas que tienen un interés en llevar a cabo el discurso no estratégicamente, que para aquéllos que quieren dirigirlo estratégicamente merece la pena actuar como si para ellos las reglas del discurso valieran también subjetivamente.”

formas de vida”.³⁶¹ Sendo assim, também a versão da teoria do discurso de Robert Alexy se apresenta apta a servir como base de uma fundamentação racional, portanto universal, dos direitos humanos ou direitos fundamentais. Destarte, a continuidade do trabalho tem justamente o objetivo de investigar os modelos de fundamentação dos direitos elaborados pelas duas versões da teoria do discurso, a começar pela teoria do discurso prático geral de Alexy. Logo após, será reconstruído o modelo habermasiano de dedução dos direitos básicos. Como fecho da seção seguinte, será destacado o aspecto também moral dos direitos humanos em ambas as fundamentações. Em Alexy, isto não é problema. Na versão de Habermas, no entanto, reconheça-se de já que a tese se torna problemática e polêmica.

3.3. Os direitos fundamentais na teoria do discurso

3.3.1. A fundamentação dos direitos humanos segundo Robert Alexy

Alexy define os direitos fundamentais como direitos de tal importância que sua garantia ou não garantia não pode deixar-se em mãos de uma simples maioria parlamentar. E ainda que esta seja uma definição jurídica dos direitos fundamentais, o autor apresenta a relação dessa noção com dos direitos humanos: “Os direitos humanos são direitos que todos os seres humanos possuem com independência de seu reconhecimento pelo Direito positivo. Todos os direitos humanos deveriam ser catalogados como direitos fundamentais em todas as Constituições. Ademais dos direitos humanos, as Constituições podem conter outros direitos como direitos fundamentais.”³⁶² O autor reconhece que os direitos humanos somente podem desenvolver seu pleno vigor quando são garantidos através de normas do direito

³⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução espanhola de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 306: “... sin perjuicio del hecho de que ese algo resulte válido en dichas formas de vida en medida muy distinta. Ello implica que también es posible en principio un discurso entre miembros de distintas formas de vida.”

³⁶² ALEXY, Robert. La institucionalización de la razón. Tradução de José Antonio Seoane. *Persona y Derecho*, n. 43, Pamplona, 2000, p. 238, n. 40: “Los derechos humanos son derechos que todos los seres humanos poseen con independencia de su reconocimiento por el Derecho positivo. Todos los derechos humanos deberían ser catalogados como derechos fundamentales en todas las Constituciones. Además de los derechos humanos, las Constituciones pueden contener otros derechos como derechos fundamentales.”

positivo, por meio de sua incorporação como direito obrigatório no catálogo de direitos fundamentais de uma constituição. Mas, apesar disso, não perde de vista a questão sobre a fundamentação dos direitos humanos, em que se trata de saber quais direitos humanos são necessários. Alexy repete que os direitos humanos são direitos morais, aduzindo que uma constituição só pode justificar-se quando contém direitos humanos como direitos fundamentais.³⁶³

Uma das exigências fundamentais da teoria do discurso em relação ao conteúdo e à estrutura do sistema jurídico se refere justamente aos direitos fundamentais. Em sintonia com a natureza kantiana da teoria do discurso, Alexy afirma a posição igualmente kantiana dos direitos humanos. Para ele, comum a todas as posições kantianas são os princípios de universalidade e autonomia. O primeiro afirma que todos os homens têm determinados direitos. Já a autonomia se refere tanto à autonomia privada como também à pública. Na primeira, cuida-se da eleição individual acertada e a realização de uma concepção pessoal do bem. A autonomia pública é a eleição em comum com outros, bem como a realização de uma concepção política do justo e do bom.³⁶⁴

Com base na teoria do discurso, Alexy oferece uma fundamentação teórico-discursiva de maneira direta, que tem lugar quando é assinalado que determinados direitos, independentemente da realização efetiva de discursos particulares, só valem sobre a base da dita teoria. Estes direitos são, em sentido estrito, discursivamente necessários. De outra banda, é uma fundamentação só indireta aquela pela qual a decisão acerca dos direitos humanos é deixada a um processo político celebrado de fato, mas em que podem bastar determinados requerimentos fundados teórico-discursivamente.³⁶⁵ Interessa a fundamentação teórica-discursiva direta, ainda que se reconheça não ser possível uma dedução direta dos direitos humanos das regras do discurso, pois as regras do discurso são regras de fala. “De um reconhecimento

³⁶³ ALEXY, Robert. Teoría del discurso y derechos humanos. In: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução e introdução colombiana de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 63, n. 48.

³⁶⁴ ALEXY, Robert. Teoría del discurso y derechos humanos. In: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução e introdução colombiana de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 62.

³⁶⁵ ALEXY, Robert. La fundamentación de los derechos humanos. In: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução e introdução colombiana de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 97.

pragmático-lingüístico não se segue nenhum reconhecimento moral ou jurídico.”³⁶⁶ A fim de que das regras de fala se possa passar para as regras da ação são necessárias premissas adicionais, de todo pertencentes à própria teoria do discurso. Alexy indica os argumentos da autonomia, do consenso e da democracia como premissas adicionais que permitem três fundamentações distintas, afirmando que elas não se encontram em relação de concorrência, mas de recíproca complementação e fortalecimento.

O esforço de Alexy está mais centrado no argumento da autonomia. Segundo esse argumento, “aquele que toma seriamente parte nos discursos pressupõe a autonomia de seu interlocutor, o qual exclui a impugnação de determinados direitos humanos”.³⁶⁷ Alexy toma emprestado a norma fundamental do discurso moral cunhada por Carlos Santiago Nino, segundo a qual ‘é desejável que as pessoas determinem seu comportamento somente pela livre adoção de princípios que, depois de suficiente reflexão e deliberação, elas julgam válidos’.³⁶⁸ Alexy denomina essa norma de *princípio de autonomia*, tratando em seguida de demonstrar que ele é uma suposição necessária de todos em cada discurso moral, razão pela qual é discursivamente impossível impugnar no discurso a autonomia moral ou jurídica do outro:

“Quem quer resolver conflitos sociais através de consensos elaborados e controlados discursivamente aceita o direito de seu interlocutor a orientar sua conduta só em princípios que, depois de suficiente reflexão, são julgados corretos e em consequência válidos. Este é o reconhecimento do princípio da autonomia. Com este reconhecimento se elimina a separação da ação e do discurso. Assim se transmite a liberdade e igualdade no discurso também à esfera da ação. Discurso e autonomia devêm dois lados de uma mesma coisa”.³⁶⁹

³⁶⁶ ALEXY, Robert. La fundamentación de los derechos humanos. In: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução e introdução colombiana de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 99: “De un reconocimiento pragmático-lingüístico no se sigue aún ningún reconocimiento moral o jurídico.”

³⁶⁷ ALEXY, Robert. La fundamentación de los derechos humanos. In: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução e introdução colombiana de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 100: “... aquél que toma seriamente parte en discursos presupone la autonomía de su interlocutor, lo cual excluye la impugnación de determinados derechos humanos.”

³⁶⁸ ALEXY, Robert. La fundamentación de los derechos humanos. In: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução e introdução colombiana de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 100: “It is desirable that people determine their behaviour only by the free adoption of principles that, after sufficient reflection and deliberation, they judge valid”.

³⁶⁹ ALEXY, Robert. La fundamentación de los derechos humanos. In: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução e introdução colombiana de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 103-104: “Quien quiere resolver conflictos sociales a través de consensos elaborados

Para o autor, um interesse plenamente qualificado em correção moral inclui um interesse em autonomia. E esta não é uma relação meramente hipotética porque mesmo quem, interessado só na maximização de sua utilidade, quer apenas legitimar sua posição social tem, pelo menos, que atuar como se se ativesse internamente às regras do discurso.³⁷⁰ Quem deseja conseguir legitimação através de um discurso, tem, quando menos, que atuar nesse discurso como se aceitasse a autonomia de seu interlocutor, pois, do contrário, a legitimidade se torna inatingível. Alexy aponta que o próprio tirano enfrenta um dilema teórico-discursivo desse tipo.³⁷¹

De todo modo, à fundamentação do princípio da autonomia na teoria do discurso deve somar-se a necessidade de regular a convivência por meio do direito.³⁷² Tanto a forma do direito como o asseguramento da autonomia do indivíduo são necessários. Se isto é assim, então ao princípio da autonomia corresponde um “direito geral à autonomia, que representa os direitos humanos e fundamentais mais gerais. Este direito pode também batizar-se como ‘direito de liberdade geral’. É possível formulá-lo como: *Cada um tem o direito de julgar livremente o que é conveniente e o que é bom e agir em conseqüência*”.³⁷³ Este é um direito *prima facie*, que, portanto, tem caráter de

y controlados discursivamente acepta el derecho de su interlocutor a orientar su conducta sólo en principios que, después de suficiente reflexión, se juzguen correctos y en consecuencia válidos. Este es el reconocimiento del principio de autonomía. Con este reconocimiento se elimina la separación de la acción y el discurso. Así se transmite la libertad e igualdad en el discurso también a la esfera de la acción. Discurso y autonomía devienen dos lados de una misma cosa.”

³⁷⁰ ALEXY, Robert. La fundamentación de los derechos humanos. In: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução e introdução colombiana de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 107.

³⁷¹ ALEXY, Robert. La fundamentación de los derechos humanos. In: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução e introdução colombiana de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 109.

³⁷² Alexy aponta que a necessidade do direito se deve a três problemas. O problema do conhecimento é o primeiro deles. Segundo tal problema, há um espaço do meramente possível discursivamente, na medida em que a teoria do discurso não oferece um procedimento que permite alcançar em todo caso de modo exato um resultado mediante um número finito de operações. Há ainda o problema da imposição, o qual se origina porque a compreensão da correção ou a legitimidade de uma norma é algo distinto de sua observância, surgindo daí a necessidade ou uma razão para o direito como sistema de regras respaldadas pela coação. Finalmente, Alexy aponta o problema da organização, que resulta das numerosas exigências morais e dos numerosos objetivos desejáveis que não podem ser alcançados ou suficientemente satisfeitos só mediante ações individuais e cooperação espontânea. Tudo isso fala a favor do direito, inclusive para sua própria organização. O direito deve ser organizado pelo direito (ALEXY, Robert. La institucionalización de la razón. Tradução de José Antonio Seoane. *Persona y Derecho*, n. 43, Pamplona, 2000, p. 233-234).

³⁷³ ALEXY, Robert. La fundamentación de los derechos humanos. In: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução e introdução colombiana de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 110-111: “... derecho general a la autonomía, que representa los derechos humanos y

princípio³⁷⁴. São duas as operações que conduzem do direito geral da autonomia a um catálogo concreto e especial de direitos humanos e fundamentais. A primeira assinala que um determinado direito concreto é um caso especial do direito à autonomia, estando conceitualmente contido nele, de maneira que todo o catálogo de direitos concretos de liberdade pode ali fundamentar-se. A outra operação revela que determinados direitos são meios necessários para se poder atuar autonomamente. Por esse viés, são fundamentados inclusive direitos à proteção pelo Estado e os direitos sociais fundamentais, como o direito a um mínimo existencial.³⁷⁵

Apesar do destaque dado ao argumento da autonomia, Alexy ainda faz referência ao argumento do consenso, que para ele constitui um elemento central da fundamentação habermasiana de um sistema de direitos e um complemento necessário àquele que recebeu destaque. Com efeito, por meio do argumento do consenso se introduz a imparcialidade e com isso a igualdade. “Deste modo entra em jogo o segundo elemento central da concepção liberal dos direitos humanos. A autonomia se complementa através da universalidade na forma da igualdade e imparcialidade.”³⁷⁶ A igualdade dos direitos humanos pertence aos casos elementares daquilo que é discursivamente necessário ou impossível. A conexão do argumento do consenso com o argumento da autonomia supõe que os participantes em um discurso ideal em todos os

fundamentales más generales. Este derecho puede también bautizarse como ‘derecho de libertad general’. Es posible formularlo como *Cada uno tiene el derecho de juzgar libremente qué es conveniente y qué es bueno y obrar en consecuencia.*”

³⁷⁴ Sobre os direitos fundamentais como princípios, cf. Capítulo 4, seção 4.2. desta tese.

³⁷⁵ ALEXY, Robert. La fundamentación de los derechos humanos. In: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução e introdução colombiana de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 112. Adicionalmente, Alexy afirma que as duas operações levam a direitos que protegem e possibilitam o exercício da autonomia tanto privada como pública, o que permite associar sistematicamente a fundamentação teórico-discursiva imediata dos direitos humanos e fundamentais com a mediata. A conexão conduz a um sistema de direitos fundamentais plenamente desenvolvido (p. 113).

³⁷⁶ ALEXY, Robert. La fundamentación de los derechos humanos. In: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução e introdução colombiana de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 116.117: “De este modo entre en juego el segundo elemento central de la concepción liberal de los derechos humanos. La autonomía se complementa a través de la universalidad en forma de igualdad e imparcialidad.” É por isso que os direitos concretos de um catálogo não são fundamentados apenas no direito geral de liberdade. O direito geral de autonomia compreende bem mais o direito geral de liberdade e o direito geral de igualdade. Por isso, os direitos de liberdade e igualdade constituem o núcleo básico dos direitos fundamentais. “Todos los demás derechos fundamentales son, o bien casos especiales de estos dos derechos, o bien medios necesarios para producir y asegurar un grado suficiente de libertad e igualdad reales. Esto último vale, por ejemplo, para el caso del derecho al mínimo vital” (ALEXY, Robert. La institucionalización de la razón. Tradução de José Antonio Seoane. *Persona y Derecho*, n. 43, Pamplona, 2000, p. 239).

aspectos são genuínos interlocutores. O argumento do consenso conduz à igualdade dos direitos humanos e, por isso, ao postulado liberal da universalidade.

Finalmente, Alexy refere rapidamente ao argumento da democracia, que para ele se compõe de três premissas. A primeira é apresentada através de uma referência ao trabalho de Habermas e diz que “o princípio do discurso pode realizar-se aproximadamente através da institucionalização jurídica de procedimentos democráticos de formação da opinião e da vontade, e só por este meio. Se em realidade é possível uma aproximação à correção e legitimidade, isto só é possível na democracia”.³⁷⁷ A segunda premissa expressa que uma democracia em que as exigências da racionalidade discursiva podem se realizar aproximadamente, só é possível se os direitos políticos fundamentais e os direitos humanos valem e podem ser exercitados com suficiente igualdade de oportunidade. A terceira premissa diz que este exercício com igualdade de oportunidades pressupõe o cumprimento de alguns direitos fundamentais e direitos humanos não políticos.

Sendo verdadeiras as três premissas destacadas por Alexy, a seguinte proposição pode ser apresentada como válida: “Quem está interessado em correção e legitimidade, tem que estar interessado também em democracia e igualmente terá que estar interessado em direitos fundamentais e direitos humanos”.³⁷⁸ A idéia do discurso só pode realizar-se no Estado constitucional democrático em que direitos fundamentais e democracia, apesar de todas as tensões, entrem em uma inseparável associação. No final das contas, a teoria do discurso se apresenta como teoria básica do Estado constitucional democrático.

3.3.2. Os direitos básicos na teoria discursiva do direito de Habermas

³⁷⁷ ALEXY, Robert. La fundamentación de los derechos humanos. In: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução e introdução colombiana de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 129: “... el principio del discurso puede realizarse aproximadamente a través de la institucionalización jurídica de procedimientos democráticos de formación de la opinión y la voluntad, y sólo por este medio. Si en realidad es posible un acercamiento a la corrección y legitimidad, esto sólo es posible en la democracia.”

³⁷⁸ ALEXY, Robert. La fundamentación de los derechos humanos. In: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução e introdução colombiana de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 130: “Quien está interesado en corrección y legitimidad, tiene que estar interesado también en democracia e igualmente tendrá que estarlo en derechos fundamentales y derechos humanos.”

A fundamentação dos direitos em Habermas é acentadamente mais complexa, estando baseada em algumas distinções capitais da filosofia prática. De fato, para a apresentação dos direitos básicos, Habermas preliminarmente distingue normas jurídicas de normas gerais de ação, esclarecendo a relação complementar entre direito e moral, pois entende que os direitos humanos têm de ser interpretados *a limine* como direitos jurídicos, não obstante o seu conteúdo moral.³⁷⁹ Habermas não quer perder de vista que, no nível do pensamento pós-metafísico, tanto as regras morais como as jurídicas diferenciam-se da eticidade tradicional, colocando-se como dois tipos diferentes de normas de ação, que surgem *lado a lado*, completando-se. Nesse sentido, ele se volta contra o que chama de idéia platônica de que a ordem jurídica copia e concretiza a ordem inteligível de um “reino dos fins”. Mesmo reconhecendo que uma ordem jurídica só pode ser legítima quanto não contrariar princípios morais, o autor não admite que a relação entre direito e moral conduza à subordinação daquele a esta, no sentido de uma hierarquia de normas, pois para ele a idéia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito.

Habermas defende mais bem que a moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa *relação de complementação* recíproca. Não se podendo mais falar em uma relação de cópia entre o direito e a moral, não se pode mais igualmente interpretar os direitos fundamentais que aparecem na figura positiva de normas constitucionais como simples cópias de direitos morais.³⁸⁰ Habermas diz que normas de ação gerais se ramificam em regras morais e jurídicas, o que equivale a dizer que a autonomia moral e a política são co-originárias. Nesse eito, o princípio do discurso, que explicita o sentido da imparcialidade de juízos práticos, deve passar a ter uma formulação neutra. Isto quer dizer que, apesar de manter um conteúdo normativo, o princípio do discurso se encontra num nível de abstração que *ainda é neutro* em relação ao direito e à moral, referindo-se a normas de ação em geral: **“D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.”**³⁸¹

³⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 140.

³⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 141.

³⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 142.

Com a formulação neutra do princípio do discurso, o princípio moral e o princípio democrático passam a ser seus modos particulares de operacionalização, dependendo do tipo de norma que se pretende avaliar. O princípio geral do discurso explica apenas o ponto de vista sob o qual é possível *fundamentar imparcialmente* normas de ação. Nesse sentido, ele próprio está fundado nas condições simétricas de reconhecimento de formas de vida estruturadas comunicativamente. Já o princípio moral é uma especificação do princípio geral do discurso para normas de ação que só podem ser justificadas sob o ponto de vista da consideração simétrica dos interesses. Por sua vez, o princípio da democracia resulta de uma especificação correspondente para as normas de ação que surgem na forma do direito e que podem ser justificadas com o auxílio de argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais – e não apenas com o auxílio de argumentos morais.³⁸²

O princípio moral assume a forma de um princípio da universalização, enquanto regra de argumentação dos discursos de fundamentação moral. Sua fundamentação se dá a partir de pressupostos gerais da argumentação, conforme anteriormente estudado. A seu turno, o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele explica o “sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente. Por isso, o princípio da democracia não se encontra no mesmo nível que o princípio moral”.³⁸³ O princípio da democracia, em suma, é a figuração jurídica do princípio do discurso.³⁸⁴ Ele é talhado na medida das normas do direito.

A questão continua sendo: que são normas jurídicas? Habermas entende que as normas do direito possuem um caráter artificial, na medida em que formam uma camada de normas produzidas intencionalmente, reflexivas, aplicáveis a si mesmas. Nesse sentido, “as normas jurídicas não nascem de interações simples, mais ou menos naturais, que se encontram prontas”. Por essas razões, a forma jurídica que reveste tais

³⁸² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 143.

³⁸³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 145.

³⁸⁴ DUTRA, Delamar José Volpato. *A democratização do direito*. Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, como requisito parcial para obtenção do Bacharelado em Direito. Florianópolis: UFSC, 2001, p. 53.

normas não é um princípio que possa ser fundamentado, epistêmica ou normativamente, pois referida forma se estabeleceu no decorrer da evolução social.³⁸⁵

De toda sorte, o conceito de forma jurídica é apreendido por Habermas a partir do conceito kantiano de legalidade. Respeitar a lei moral para Kant tem como motivação necessária e suficiente da ação a simples conformidade à lei. O motivo interno da ação (a idéia do dever) está incluído no interior da lei moral. Já o conceito de direito é definido pela coerção, no sentido externo. A legislação jurídica admite outros móveis diferentes do dever mesmo. “A legislação jurídica não exige que a própria idéia do dever, que é interna, se erija em motivo determinante da ação, liberando, por conseqüência, a interioridade.”³⁸⁶ É o próprio Kant quem diz que a “legislação que faz de uma ação um dever, e também faz deste dever o motivo, é *ética*. Porém, a legislação que não inclui o motivo do dever na lei e, assim, admite um motivo distinto da idéia do próprio dever, é *jurídica*”.³⁸⁷ A característica fundamental do direito é o poder coercitivo externo de suas regras, razão pela qual o direito, de si mesmo, está ligado à autorização para o uso da coerção. “Direito e competência de empregar coerção, portanto, significam uma e única coisa.”³⁸⁸ Esta característica fundamental do direito libera a vontade da motivação moral, produzindo a liberdade de arbítrio e, nesse passo, a noção de direito subjetivo. No direito vigora o princípio de que tudo o que não é explicitamente proibido por leis gerais de restrição da liberdade é permitido.³⁸⁹

Segundo Delamar Dutra, os direitos subjetivos desligam os agentes da forma de obediência própria dos mandamentos morais, protegendo a esfera interior na qual uma

³⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 147.

³⁸⁶ DUTRA, Delamar José Volpato. *A democratização do direito*. Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, como requisito parcial para obtenção do Bacharelado em Direito. Florianópolis: UFSC, 2001, p. 35. Delamar Dutra acrescenta, na p. 36: “A coerção exige a ação externa, mas libera o interior, a motivação.”

³⁸⁷ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 71. Na página seguinte, Kant acrescenta: “A simples conformidade ou não conformidade de uma ação com a lei, independentemente do motivo para ela, denomina-se sua *legalidade (licitude)*; mas aquela conformidade na qual a idéia de dever que emerge da lei é também o motivo da ação, é chamada de sua *moralidade*.”

³⁸⁸ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 78.

³⁸⁹ Essa fórmula expressa um postulado básico do Estado de direito, constando na Constituição brasileira de 1988, no seu artigo 5º, inciso II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Com efeito, a expressão dá forma ao que se denomina de princípio da legalidade jurídica.

pessoa concreta pode se desenvolver livremente.³⁹⁰ De modo que a forma jurídica circunscreve um domínio de liberdade de escolha. Em Habermas, o conceito kantiano de legalidade é interpretado como conceito de liberdades de ação subjetivas. “O *medium* do direito, enquanto tal, pressupõe direitos que definem o *status* de pessoas jurídicas como portadoras de direitos em geral. Esses direitos são talhados segundo a liberdade de arbítrio de atores singularizados e tipificados, isto é, respeitando as liberdades de ação subjetivas, admitidas condicionalmente.”³⁹¹ Nesse sentido, as liberdades de ação subjetivas são o verso da medalha do aspecto coercitivo do direito. No final das contas, a forma jurídica é constituída pela liberdade subjetiva de ação e pela coação.

Depois de esclarecer o conceito de forma jurídica, Habermas defende que o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e aquela forma, o que ocasiona a gênese lógica de um sistema de direitos constituído por cinco categorias de direitos fundamentais. A apresentação desses direitos começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – que é um dos aspectos constitutivos da forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. “A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de *modo co-originário*.”³⁹²

Em seguida, é feita a introdução *in abstracto* das categorias de direitos que geram o próprio código jurídico, uma vez que determinam o *status* das pessoas de direito. Da aplicação do princípio do discurso à forma jurídica surgem as três primeiras categorias de direitos: (1) direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; (2) direito ao status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito; (3) direitos que resultam imediatamente da possibilidade de

³⁹⁰ DUTRA, Delamar José Volpato. *A democratização do direito*. Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, como requisito parcial para obtenção do Bacharelado em Direito. Florianópolis: UFSC, 2001, p. 39-40.

³⁹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 155. O termo “pessoas jurídicas” pode causar certa confusão, pois, no direito brasileiro, pessoas jurídicas são aquelas entidades legais distintas das pessoas físicas ou naturais. A melhor tradução para a expressão talvez pudesse ser algo como “sujeitos de direito”.

³⁹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 v. I, p. 158.

postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual. Da institucionalização do princípio do discurso, sob a forma jurídica, advêm os direitos da categoria (4), que são direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo. Os destinatários passam a autores de direitos, sendo essa a perspectiva que transforma o princípio do discurso em princípio da democracia e que se resume na elocução “todo o poder emana do povo”. Finalmente, como categoria (5) há os direitos sociais e ecológicos, exigidos pelos anteriores, mas fundamentados de modo relativo, já que poderiam prescindir de tipificação se já fossem direitos efetivos numa dada sociedade.

É importante observar que a forma jurídica já implica os direitos subjetivos que recebem destaque nas ordens jurídicas modernas.³⁹³ A contribuição que, na verdade, o princípio do discurso dá aos direitos fundamentais compreendidos na categoria (1) é a legitimidade, pois sua aplicação à forma jurídica resulta na distribuição igual das liberdades subjetivas de ação. É que apesar das normas jurídicas outorgarem liberdades subjetivas de ação, “a simples forma dos direitos subjetivos não permite resolver o problema da legitimidade dessas leis. Entretanto, o princípio do discurso revela que todos têm um direito à maior medida possível de *iguais* liberdades de ação subjetivas”.³⁹⁴ Exemplos que pertencem a essa categoria são os direitos liberais clássicos. Da aplicação do princípio do discurso resulta ainda que cada um deve ser protegido contra a subtração unilateral dos direitos de pertença a uma certa comunidade, compreendidos na categoria (2). Exemplos dessa categoria são a proibição de extradição e o direito de asilo. Igualmente do princípio do discurso resultam direitos elementares da justiça, como a igual proteção jurídica e outros direitos fundamentais, decorrentes da possibilidade de postulação judicial de direitos, compreendidos na categoria (3). Aqui, os exemplos são as garantias processuais fundamentais.

³⁹³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 155.

³⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 160. Nesse passo, “a igualdade é o princípio de legitimação, de justiça” (BORGES, Maria de Lourdes et alii. *Ética*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 130).

Segundo Habermas, as três primeiras categorias constituem representantes insaturados para a especificação de direitos fundamentais singulares, portanto, princípios jurídicos pelos quais o legislador constitucional se orienta. De outro lado, necessariamente este tem que se orientar pelos princípios arrolados, apesar de sua soberania, na medida em que ele se serve do *medium* do direito. Enquanto sujeitos *do direito*, os civis não podem mais escolher o *medium* no qual desejam realizar sua autonomia, pois o código do direito é dado preliminarmente aos sujeitos do direito como a única linguagem na qual podem exprimir a sua autonomia. Todavia, com os direitos fundamentais legítimos à participação nos processos de formação da opinião e da vontade do legislador, são os próprios civis que refletem e decidem – no papel de um legislador constitucional – como devem ser os direitos que conferem ao princípio do discurso a figura jurídica de um princípio da democracia.

Habermas defende que os direitos de liberdade criam o *status* de pessoas de direito, garantindo a integridade e estabelecendo o código jurídico. Mas com isso, os direitos de liberdade são tomados como condições necessárias que apenas *possibilitam* o exercício da autonomia política, não podendo *circunscrever* a soberania do legislador, mesmo que estejam à sua disposição. Habermas acrescenta que o sistema de direitos não é dado preliminarmente ao legislador constitucional como um direito natural, pois esses direitos só chegam à consciência numa determinada interpretação constituinte:

“Ninguém é capaz de lançar mão de um sistema de direitos no singular, sem apoiar-se em interpretações já elaboradas na história. ‘O’ sistema de direitos não existe num estado de pureza transcendental. Porém, após mais de duzentos anos de desenvolvimento constitucional na Europa, temos vários modelos à disposição; eles podem servir como introdução a uma reconstrução generalizadora da compreensão que acompanha necessariamente a prática intersubjetiva de uma autolegislação empreendida com os meios do direito positivo”.³⁹⁵

3.3.3. A justificação moral dos direitos fundamentais na teoria do discurso

³⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 166.

Para Alexy, os direitos fundamentais, ou, pelo menos, os direitos humanos que se transformam em direitos fundamentais, têm natureza moral. A fundamentação dos direitos humanos para Alexy é de teor, conforme se verificou na reconstrução do seu pensamento. Diferente é a posição *declarada* de Habermas, que explicitamente assume a tese de que o conceito de direitos humanos é uma manifestação específica da conceitualidade jurídica. “Os direitos humanos são *já a partir de sua origem* de natureza jurídica.”³⁹⁶ Eles são tidos pelo autor como normas jurídicas no sentido moderno do direito positivo e coercitivo e, como tais, correspondem a direitos subjetivos que se podem reclamar em juízo, podendo, inclusive, ser alterados e mesmo suspensos, em caso de mudança de regime. O direito positivo tem como uma característica central sua o fato de ser produzido artificialmente, existindo somente até segunda ordem, já que pode ser modificado ou colocado fora de ação.

Apesar disso, Habermas não deixa de reconhecer a incondicionalidade dos direitos fundamentais em geral, dado o seu caráter estritamente deontológico. Aliás, admite mesmo a premissa segundo a qual há pontos de vista morais relevantes na jurisprudência, porque o direito positivo assimilou inevitavelmente conteúdos morais. Uma teoria discursiva do direito parte da idéia de que argumentos morais entram no direito através do processo democrático da legislação. Todavia, Habermas adverte, mais de uma vez, que conteúdos morais, na medida em que são traduzidos para o código do direito, passam por uma transformação jurídica de seu significado.³⁹⁷

“Os exemplos apresentados para uma moral *no direito* significam apenas que certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito e revestidos com um outro modo de validade. Uma sobreposição dos conteúdos não modifica a diferenciação entre direito e moral, que se introduziu irreversivelmente no nível de fundamentação pós-convencional e sob condições do moderno pluralismo de cosmovisões. Enquanto for mantida a *diferença das linguagens*, a imigração de conteúdos morais para o direito não significa uma moralização do direito.”³⁹⁸

³⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. A idéia kantiana de paz perpétua – à distância histórica de 200 anos. In: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 214.

³⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 254.

³⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 256.

Assim, Habermas não nega que há um conteúdo moral nos direitos fundamentais e até mesmo nos outros princípios do Estado de direito. Para ele isso é perfeitamente explicável pelo fato de que os *conteúdos* das normas fundamentais do direito e da moral, às quais subjaz o mesmo princípio do discurso, se cruzam. Habermas aceita a tese de Dworkin de que há argumentos normativos típicos, no discurso jurídico. Eles possuem um conteúdo deontológico reconhecível, que os subtrai da contingência de derrogações e colocações arbitrárias. “Quando, por exemplo, direitos fundamentais e princípios do Estado de direito são interpretados e aprimorados, ou quando outros conteúdos morais imigram para o direito positivo, ‘obtendo assim apoio dos decretos oficiais de instituições jurídicas’, uma modificação de tais prescrições jurídicas não pode tocar em seu conteúdo normativo.”³⁹⁹ Aliás, “os direitos indisponíveis manifestam um sentido deontológico, porque eles formam um peso maior do que os bens coletivos e determinações de objetivos políticos”.⁴⁰⁰ Mas, para o autor, isso não faz dos direitos fundamentais normas morais.

Em momento anterior à sua obra especificamente jurídica, Habermas havia reconhecido que os direitos fundamentais inscritos nas constituições das sociedades democráticas contemporâneas podem ser indicados como um claro exemplo de moralidade universalista, na perspectiva da teoria do discurso. Está registrado nas *Notas Programáticas para a Fundamentação de uma Ética do Discurso* que “a história dos direitos fundamentais nos Estados constitucionais modernos dá uma quantidade de exemplos do fato que as aplicações de princípios, desde que sejam reconhecidos, de modo nenhum oscilam de situação para situação, mas seguem, sim, um *curso orientado*”.⁴⁰¹ Interpretando essa passagem, Gisele Cittadino escreve que “os direitos fundamentais constituem, neste sentido, aspectos estruturais da ‘vida digna’ que podem, no entanto, ser separados da concretude de formas de vida específicas, configurando princípios universais de qualquer processo de socialização comunicativa”.⁴⁰² Opinião

³⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 262.

⁴⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 265.

⁴⁰¹ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 127.

⁴⁰² CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 115.

semelhante tem Rogério Soares do Nascimento, ao escrever que “os direitos fundamentais em Habermas são exemplos de uma moral universalista no sentido de formas de vida racionalizadas a ponto de permitir o discernimento de juízos morais universais propiciando motivações para a transformação do agir moral”.⁴⁰³

Com efeito, a posição de Habermas, à semelhança de Dworkin, de reconhecer a incondicionalidade irrestrita dos direitos fundamentais (direitos como trunfos) indica que a validade de tais direitos repousa em argumentos estritamente morais. Se a legitimidade do direito em geral é mais complexa que a da moral racional, na medida em que envolve razões de ordem moral, ético-política e pragmática, a validade dos direitos fundamentais é, sobretudo, de ordem moral, no sentido de que leva em conta um ponto de vista estritamente normativo, uma consideração pelo interesse simétrico de todos os envolvidos, estando bem mais caracterizados como interesses generalizáveis do que propriamente como interesses particularizados de uma forma de vida específica. O sentido universalista dos direitos fundamentais indica que as razões que os sustentam abrangem uma comunidade de comunicação não circunscrita por determinados valores ou costumes. As liberdades iguais têm esse valor, ainda que tenham que ser interpretadas pelos parceiros jurídicos de uma comunidade determinada. Acontece que a interpretação não pode implodir o núcleo básico do sistema de direitos, sob pena de não ser gerado o próprio código do direito.

Sendo assim, o núcleo básico do sistema de direitos tem uma densidade moral, pois não se constitui apenas de decisões axiológicas de autocompreensão cultural ou de resultados de uma hermenêutica de uma tradição específica. Certamente as questões ético-políticas têm seu lugar no sistema jurídico, em que se torna válido falar em legitimidade jurídica para além de razões morais. Todavia, repita-se, a validade dos direitos fundamentais apóia-se essencialmente em razões de ordem moral, em um sentido especial:

“Direitos fundamentais estão investidos de tal anseio de validação universal porque só podem, *exclusivamente*, ser fundamentados sob um ponto de vista moral. É certo que as outras normas jurídicas *também* são fundamentadas com o auxílio de argumentos

⁴⁰³ NASCIMENTO, Rogério Soares do. A ética do discurso como justificação dos direitos fundamentais na obra de Jürgen Habermas. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2002, p. 486.

morais, mas em geral a fundamentação se dá igualmente com pontos de vista ético-políticos e pragmáticos que se referem à forma de vida concreta de uma comunidade jurídica histórica, ou então ao estabelecimento concreto de objetivos ligados a determinadas políticas. Os direitos fundamentais, ao contrário, regulam matérias de tal generalidade que *bastam os argumentos morais para sua fundamentação*. Eis aí argumentos que fundamentam a razão pela qual o asseguramento de regras como essas desperta em igual medida o interesse de todas as pessoas na sua qualidade de pessoas em geral, ou ainda, porque elas são igualmente boas para *todo mundo*.⁴⁰⁴

Se esse modo de fundamentação em nada prejudica a qualidade jurídica dos direitos fundamentais, no sentido de que eles são veiculados por meio de normas cuja estrutura os qualifica como direitos subjetivos que podem ser vindicados em juízo, isto só vem ao encontro da tese da dupla natureza do argumento em favor dos direitos fundamentais. Como direitos jurídicos, as liberdades iguais fundamentais não perdem em valor moral, mas adquirem a qualidade de se tornarem impositivas, do ponto de vista do direito positivo. A espada torna-se afiada, conforme fala Alexy. Apesar disso, não é o caso de considerar que a razão comunicativa passa a adquirir uma função legisladora semelhante à razão prática kantiana. Cuida-se de ver, na perspectiva da tradição constitucionalista moderna, que há certas exigências normativas apresentadas que podem ser consideradas universais, mesmo depois do escrutínio moral mais rigoroso. Os direitos fundamentais têm uma validade moral e, ao mesmo tempo, são direitos jurídicos, pois estão inscritos no sistema constitucional positivo.

Assim, a forma jurídica não anula a validade moral dos direitos fundamentais, ou pelo menos do seu núcleo normativo básico. Defender esta tese não implica defender a duplicação do direito natural no direito positivo, enquanto cópia de um mundo ideal. Na fundamentação dos direitos humanos, o ponto de vista moral explicitado pela teoria do discurso considera e avalia as exigências normativas concretamente apresentadas, em

⁴⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. A idéia kantiana de paz perpétua – à distância histórica de 200 anos. In: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 215. Em outro texto, Habermas afirma que “os direitos humanos possuem uma cabeça de Janus voltada ao mesmo tempo para a moral e para o direito. Independentemente do seu conteúdo moral, eles possuem a forma de direitos jurídicos. Relacionam-se como normas morais com tudo ‘que porta rosto humano’, mas como normas jurídicas protegem as pessoas individualmente apenas à medida que elas pertencem a uma comunidade jurídica – via de regra, são cidadãos de um Estado nacional” (HABERMAS, Jürgen. *Acerca da legitimação com base nos direitos humanos*. In: HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 149-150).

mais de duzentos anos de desenvolvimento constitucional. As normas que agasalham os direitos fundamentais têm origem na própria sociedade. A teoria do discurso sustenta a validade universal de direitos fundamentais exigidos pela humanidade, na sua caminhada histórica. Nesse sentido, a origem das normas dos direitos fundamentais está no próprio mundo da vida. E exatamente por isso, as normas dos direitos fundamentais testadas por meio de um procedimento como aquele especificado pela teoria do discurso não constituem um mundo apenas ideal. Afinal de contas, a ética do discurso é a teoria de uma moral racional e secularizada. Se isso é correto, não se trata mais de platonicamente duplicar um mundo ideal no direito positivo. Cuida-se antes de concordar com a tese do cruzamento dos conteúdos das normas fundamentais do direito e da moral.

3.4. Os direitos fundamentais e a legitimidade da constituição

Alexy é da opinião de que, pelo fato dos direitos fundamentais poderem ser justificados de forma teórico-discursiva, uma assembléia constituinte não é inteiramente livre ante a questão de saber se a constituição deve garantir ou não os direitos fundamentais constitucionais. “Por isso, uma Constituição só satisfaz a pretensão de correção e, portanto, só é legítima se garante os direitos como direitos fundamentais, tal e como exige a teoria do discurso.”⁴⁰⁵ O autor não quer dizer com isso que a necessidade discursiva dos direitos fundamentais resulta na limitação da soberania popular desde fora, mas quer simplesmente defender a tese de que os direitos fundamentais estão necessariamente incluídos na vontade de um povo soberano, a qual se exerce por meio de um discurso livre. Por essa razão, os direitos fundamentais não podem limitar um procedimento ideal de instaurar uma constituição, já que formam parte de sua própria definição. Eles formulam o que o povo representado na assembléia constituinte queria como próprio em condições ideais.

⁴⁰⁵ ALEXY, Robert. La institucionalización de la razón. Tradução de José Antonio Seoane. *Persona y Derecho*, n. 43, Pamplona, 2000, p. 240, n. 45: “Por ello, una Constitución sólo satisface la pretensión de corrección y, por tanto, sólo es legítima si garantiza los derechos como derechos fundamentales, tal y como exige la teoría del discurso.”

A reconstrução da prática constituinte paradigmática do constitucionalismo, por Habermas, também revelou que os direitos humanos tornam possível o próprio exercício da soberania popular, não podendo ser impostos a essa práxis como limitações de fora. “A idéia dos direitos humanos – o direito fundamental kantiano sobre as mesmas liberdades subjetivas de ação – nem se impõe simplesmente ao legislador soberano como um limite externo, nem deve ser instrumentalizada como um requisito funcional para os seus objetivos.”⁴⁰⁶ Quando cidadãos livres e iguais querem regulamentar sua vida em comum por meio do direito positivo eles devem se conceder reciprocamente direitos fundamentais. É esse o sentido performativo da prática constituinte paradigmática do constitucionalismo moderno.⁴⁰⁷ A prática constituinte originária elabora uma constituição que tem como núcleo central um sistema de direitos fundamentais. E esses direitos - “que devem garantir a todos chances iguais para conquistarem seus objetivos privados na vida e uma proteção jurídica individual abrangente – possuem evidentemente um valor intrínseco, e não são como que absorvidos no seu valor instrumental para a formação democrática da vontade”.⁴⁰⁸

Por outro lado, ainda no primeiro capítulo ficou dito que uma constituição para ser legítima exige uma justificação segundo princípios éticos do direito ou princípios morais. Na medida em que também se havia dito que o conteúdo normativo do sistema de direitos aparece como o critério de legitimidade da ordem constitucional, já se anunciava o valor moral desse conteúdo. O *modus* de justificação das normas de direitos fundamentais significa que o sistema constitucional é um sistema aberto frente à moral, o que facilmente se percebe nos preceitos constitucionais básicos da dignidade, liberdade e igualdade, que são, ao mesmo tempo, conceitos básicos da filosofia prática. Como afirma Alexy, “com eles foram incorporados à constituição e, assim, ao direito

⁴⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. Acerca da legitimação com base nos direitos humanos. In: HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 147.

⁴⁰⁷ Cf. Capítulo 1, seção 1.2.6.

⁴⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. Acerca da legitimação com base nos direitos humanos. In: HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 148. Na p. 149, Habermas acrescenta: “Não existe direito sem a autonomia privada das pessoas jurídicas individuais de um modo geral. Portanto, sem os direitos clássicos à liberdade, particularmente sem o direito fundamental às liberdades de ação subjetivas iguais, também não haveria um meio para a institucionalização daquelas condições sob as quais os cidadãos podem participar na práxis de autodeterminação.”

positivo, os princípios mais importantes do direito racional moderno”.⁴⁰⁹ O núcleo dos direitos fundamentais se constitui exatamente com o direito de liberdade e o direito de igualdade. Não é muito diferente na teoria discursiva do direito de Habermas, que recepciona a noção de liberdade subjetiva de ação e a ela aplica o princípio do discurso. Esta operação implica uma distribuição igual das liberdades subjetivas de ação, o que quer dizer que o núcleo dos direitos fundamentais em Habermas é o direito à maior medida possível de *iguais* liberdades de ação subjetivas.⁴¹⁰

Por sua vez, os princípios da liberdade e da igualdade conduzem aos problemas da justiça. É por isso que uma sociedade que garante e promove os direitos fundamentais pode ser considerada uma sociedade bem ordenada, tornando plausível a tese de que através dos direitos são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Ora, se o discurso dos direitos estabelece um valor de justificação das ordens normativas para além da positividade dos ordenamentos jurídicos particulares, é próprio dele a pretensão de correção, o que põe em evidência a conexão entre direito e moral.⁴¹¹ A linguagem dos direitos acaba envolvendo necessariamente o direito, a moral e a política e, em conseqüência, uma teoria da constituição baseada em direitos supera os estreitos limites do positivismo jurídico, especialmente sua recusa em tomar em consideração o discurso da legitimidade.⁴¹² Como é sabido, o positivismo defende a tese da separação entre direito e moral. Quem sustenta a tese do positivismo atribui ao sistema jurídico a realização de apenas um postulado de racionalidade, o postulado da segurança jurídica.

Uma teoria não positivista, por sua vez, sustenta a tese da vinculação, pela qual o conceito de direito deve ser definido de maneira tal que contenha elementos morais. Tal teoria tem que mostrar que “o caráter jurídico das normas ou dos sistemas normativos se perde se se transpassa um determinado umbral de injustiça. Esta tese da perda da qualidade jurídica em caso de transpassar um umbral de justiça, qualquer que seja a

⁴⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 525: “Con ellos han sido incorporados a la Constitución y, así, al derecho positivo, los principios más importantes del derecho racional moderno.”

⁴¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 160.

⁴¹¹ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997, p. 41-45.

⁴¹² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 78: “... a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão-somente – conhecer e descrever”.

forma como se o defina, será chamada o ‘*argumento da injustiça*’”.⁴¹³ No fundo, nem todo conteúdo é possível na constituição, quando se leva em conta sua legitimidade. Há certos conteúdos que são necessários, e outros impossíveis, de acordo com o ponto de vista moral explicitado pela teoria do discurso. O núcleo dos direitos fundamentais é constituído por princípios morais que formam parte definitiva da constituição e do direito de uma comunidade de livres e iguais. Os princípios sobre os quais se apóiam a constituição e o direito como um todo são os princípios que compõem o núcleo normativo básico do sistema de direitos. Isto revela uma relação entre direito e moral, ao nível da investigação sobre a legitimidade da constituição e do direito.

Tudo isso também faz recordar o que ficou dito no final do capítulo 2, quando se cuidou de estudar a tese de Dworkin de que os direitos fundamentais estão fixados através dos termos mais abstratos possíveis de moralidade política, ordenando ao governo tratar todos com igual consideração e respeito, sendo essa uma idéia de “liberdade ordenada”. Com base nesse argumento, Dworkin inclusive elaborou a tese segundo a qual a prática da jurisdição constitucional deve se dar por meio de uma leitura moral da constituição. Para Dworkin, todos interpretam e aplicam as cláusulas abstratas da constituição, sejam juízes, advogados ou cidadãos, sob o entendimento de que elas invocam princípios morais sobre decência política e justiça.⁴¹⁴ Por esse caminho, entende o autor que a moralidade política é introduzida no coração do direito constitucional.

Na medida em que a maneira mais natural de ler a Declaração de Direitos é concebendo-a como uma rede de princípios que definem um ideal político, como um esqueleto constitucional de uma sociedade de cidadãos iguais e livres, torna-se possível falar que o sistema de direitos configura um *sistema compreensivo*. Assim como para Alexy e Habermas, também para Dworkin os preceitos da igual consideração e das liberdades básicas se tornam os maiores fundamentos, as maiores fontes dos direitos individuais.⁴¹⁵ Adicionalmente, o autor americano diz que essa posição conduz a que os direitos individuais possam ser encontrados somente a partir das referidas cláusulas,

⁴¹³ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997, p. 34.

⁴¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 2.

⁴¹⁵ DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled. In: STONE, Geoffrey R.; EPSTEIN, Richard A. & SUNSTEIN, Cass R. (ed.). *The Bill of Rights in the Modern State*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1992, p. 382.

sem necessariamente terem que estar desde o início detalhados em uma constituição. Já se anotou, antes, que Dworkin defende que cada princípio (igualdade ou liberdade) é em si mesmo compreensivo. Também por isso, a interpretação jurídica de qualquer cláusula moral da constituição é inerentemente holística.

Esses argumentos são aqui retomados para ratificar o entendimento de que uma ordem jurídica fundada em uma constituição paradigmática do constitucionalismo moderno só pode encontrar como princípio justificador do direito vigente o núcleo do sistema de direitos pressuposto no ato mesmo de fundação. O núcleo do sistema de direitos necessariamente assumido por uma prática constituinte originária pode ser visto como um conjunto de princípios validados com argumentos de ordem moral. E na medida em que esse conjunto de princípios resulta em um conteúdo normativo insaturado, outros direitos particulares podem surgir de dito esquema, apesar de tais direitos nunca terem sido explicitamente enumerados no documento escrito. A legitimidade da constituição, nesse sentido, depende de um processo contínuo de solução de novos problemas que afetam a estrutura básica da sociedade política, à luz do conteúdo normativo do sistema de direitos fundamentais.

É claro que, não sendo um constrangimento de fora, o sistema de direitos pode ser interpretado de diferentes maneiras por assembleias constituintes e mesmo legislaturas distintas. Depois da dedução conceitual das categorias dos direitos básicos, o desenho institucional inicial é feito pela própria assembleia constituinte, sendo posteriormente desenvolvido pela legislatura e pelo sistema judicial. No momento da assembleia constituinte, em particular, o véu de ignorância perde uma camada. Do núcleo das liberdades iguais fundamentais se passa a uma concretização inicial sua. Nessa concretização, como já esclareceu Alexy, além dos direitos humanos, outros direitos podem ser transformados em direitos fundamentais. De todo modo, ainda que isso seja correto, na incorporação de outros direitos como direitos fundamentais, para além dos direitos humanos, não pode haver violação do núcleo do sistema de direitos básicos, quando se quer manter a legitimidade da constituição. É o núcleo normativo do sistema de direitos é validado com argumentos de ordem moral.

Algumas decisões da assembleia constituinte podem ser colocadas sob questionamento, levantando-se dúvida quanto à fundamentação dos direitos que ela proclama, desde um ponto de vista moral. A título de ilustração, considere apenas o

caso do direito de herança, consagrado na ordem constitucional brasileira,⁴¹⁶ mas que na teoria moral de Tugendhat, por exemplo, não encontra sustentação como espécie de direito ou liberdade básica. Tugendhat diz que uma concepção forte dos direitos humanos, necessária à moral do respeito igual, inclui especialmente os direitos econômicos e o direito a condições iniciais iguais. Este último direito implica iguais chances de formação cultural e a supressão do direito de sucessão hereditária. A favor do direito de sucessão hereditária são mencionados na maioria das vezes pontos de vista apenas utilitaristas, como o que afirma que a possibilidade de transmitir bens aos filhos é um estímulo necessário à sua aquisição e com isso à produção.⁴¹⁷ Ainda assim, Tugendhat defende que a sua injustiça está fora de dúvida, face às implicações da moral do respeito igual na especificação das condições iniciais iguais.

De todo modo, importa que na enumeração de novos direitos fundamentais o conteúdo normativo do sistema de direitos básicos não seja violado, mas que seja seguido. Já na seção final do capítulo 1, ficou dito que direitos não enumerados são direitos que resultam do conteúdo normativo inesgotável do esquema de direitos inevitavelmente assumido por uma prática constituinte originária, ainda que não tenham sido inicialmente enunciados de maneira expressa na constituição escrita. Isto quer dizer que, regra geral, direitos fundamentais não enumerados devem ter o mesmo *modus* de justificação dos direitos fundamentais em geral, passando a depender também de razões de ordem moral para serem sustentados. Como escreve Habermas, referindo-se à interpretação da constituição como processo lento de aprendizado, “quando ocorre de novos fundamentos morais encontrarem situações jurídicas existentes à luz de outras circunstâncias históricas, os princípios constitucionais – até moralmente fundamentados – exigem que o direito siga as idéias morais”.⁴¹⁸

No final das contas, a legitimidade de uma constituição repousa na substância normativa inesgotável de um sistema de direitos. Esta conclusão remete o *modus* de justificação dos direitos fundamentais aqui delineado ao campo próprio de uma teoria da constituição baseada em direitos, apresentada igualmente no capítulo inicial. Cuida-se

⁴¹⁶ Constituição brasileira de 1988, artigo 5º, inciso XXX: “É garantido o direito de herança.”

⁴¹⁷ TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Tradução grupo de doutorandos no curso de pós-graduação em Filosofia da UFRGS; revisão e organização da tradução Ernildo Stein e Ronai Rocha. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 418.

⁴¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Tradução de Karina Jannini. Revisão da tradução de Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 42 (final da nota 21).

de uma teoria que sustenta uma concepção do Estado de direito “centrada nos direitos”, como fala Dworkin. Referida concepção exige que o direito retrate e torne aplicáveis os direitos morais:

“Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos *quando da exigência de cidadãos individuais* por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável. O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais.”⁴¹⁹

Uma teoria da constituição baseada em direitos reconhece que a constituição escrita é uma fonte dos direitos fundamentais. Contudo, nega que o texto explícito seja a fonte exclusiva de tais direitos, no sentido de que a sua enumeração foi completamente exaurida, de uma vez por todas, no início do empreendimento constitucional. É certo que, com a enumeração de diversos direitos em um catálogo constitucional, enuncia-se, ao mesmo tempo, a substância normativa insaturada do sistema. Mas, a constituição escrita originária de uma comunidade política de livres e iguais não explicita todos os direitos que podem ser invocados em favor da liberdade. Os direitos não são meros textos. Em um caso novo e controverso, surge a necessidade de renovar e atualizar o sentido dos princípios que compõem o núcleo do sistema de direitos fundamentais, a fim de incrementar a compreensão que se faz dos direitos que, com base na constituição, as pessoas reciprocamente se atribuem. De que maneira isso se torna possível? Não há como não reconhecer que essa é uma questão que remete ao problema da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, a justificar a elaboração do próximo capítulo.

⁴¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 07.

CAPÍTULO 4

A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DOS PRINCÍPIOS

Tanto quanto o Capítulo 3 mantém uma relação com o Capítulo 1, assim também o capítulo que ora se inicia pode ser relacionado às teses já levantadas no Capítulo 2. Ali foi lançada a idéia de que a questão sobre direitos fundamentais não enumerados é um problema a respeito do verdadeiro sentido da constituição como um todo, que resulta da tensão entre constituição formal e constituição material. Se a questão é sempre sobre o que diz a constituição como um todo, e não sobre o que se pode encontrar em outras fontes, então é necessário estudar o procedimento de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, na tentativa de encontrar um critério de ordem geral mediante o qual podem ser justificados e aplicados direitos não enumerados expressamente no catálogo constitucional formal.

Para tanto, em primeiro lugar se falará da aplicação dos direitos como discurso (4.1). Verificado que também na teoria do discurso as normas de direito fundamental devem ser tomadas como princípios, o passo seguinte é a reconstrução da teoria dos princípios, como teoria padrão da aplicação racional dos direitos fundamentais, oportunidade em que serão cotejados posicionamentos divergentes, no interior da própria teoria do discurso, a respeito do tema (4.2). Em seguida, serão apresentadas duas decisões judiciais baseadas em princípios, a fim de confirmar a validade da teoria para resolver o problema da aplicação racional dos direitos fundamentais (4.3). Finalmente, é preciso responder se a teoria dos princípios ajuda a fornecer algum critério de ordem geral para a justificação e aplicação de direitos não expressamente enumerados no texto constitucional (4.4).

4.1. A aplicação dos direitos como discurso

Já se disse neste trabalho, com base em lição de Alexy, que o modelo dedutivo de interpretação jurídica deixou de ser sustentado como modelo completo e satisfatório

de aplicação por causa da vagueza da linguagem do direito, da possibilidade de conflitos e colisões de normas, do fato de que nenhuma norma pode estar à disposição para a decisão de um caso e da possibilidade da ampliação do direito frente ao texto de uma norma.⁴²⁰ Ademais, Alexy observa que, no campo da teoria jurídica da argumentação, existe atualmente um amplo consenso no sentido de que os modelos simples são insuficientes.⁴²¹ Manuel Atienza concorda com essa observação, ao escrever que o argumento dedutivo não é suficiente para o campo dos argumentos que se costuma articular no plano do direito. E isso porque a lógica dedutiva “só nos oferece critérios de correção formais, mas não se ocupa das questões materiais ou de conteúdo que, claramente, são relevantes quando se argumenta em contextos que não sejam os das ciências formais (lógica e matemática)”.⁴²²

As análises formais foram próprias das teorias jurídicas estruturais que compuseram o paradigma jurídico dominante no século passado: o positivismo jurídico. O foco de preocupação desse paradigma foi essencialmente a norma. Por isso, retirou do direito, enquanto objeto da teoria, tudo aquilo que não considerou especificamente jurídico, ou seja, tudo aquilo que não dissesse respeito à norma. Sua análise, portanto, foi centrada exclusivamente no direito imediatamente dado (essa, aliás, a tese propriamente dita do positivismo jurídico), enquanto sistema de normas postas que regulam o comportamento humano. Acontece que o positivismo jurídico se revelou incapaz de fornecer respostas convincentes a questões recorrentes importantes na prática jurídica cotidiana. Dizendo de uma maneira mais ampla: o modelo construído pelo positivismo adveio limitado para dar conta das exigências relacionadas à estrutura normativa cada vez mais complexa dos Estados constitucionais contemporâneos.

De fato, quando se volta a atenção para dois dos mais destacados teóricos do positivismo jurídico do século XX, é perceptível a insuficiência de suas teses a respeito da interpretação e aplicação do direito. Estruturando o direito com base nas regras da sintaxe e fixando a sua completude interna em uma norma fundamental (Hans Kelsen)

⁴²⁰ ALEXY, Robert. Interpretación jurídica y discurso racional. In: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução e introdução colombiana de Luis Villar Borda. 2. reimp. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 37.

⁴²¹ ALEXY, Robert. La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica. In: *Derecho y razón práctica*. Cuidado da edição mexicana de Wistano Orozco. México: Distribuciones Fontamara, 1993, p. 59.

⁴²² ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 33-34.

ou em uma regra de reconhecimento (H. L. A. Hart), ambas carentes de justificação racional,⁴²³ o positivismo jurídico tornou a atividade do aplicador uma mera operação lógico-dedutiva. De acordo com a concepção do positivismo, uma decisão judicial correta, em princípio, é produzida mediante a subsunção do fato ao preceito normativo válido. Na falta de um preceito legal claro e conclusivo, acrescenta o positivismo, a decisão pode ser tomada com base em fundamentos extrajurídicos, por meio de um juízo discricionário.

Na segunda edição da *Teoria Pura do Direito* (1960), Kelsen distingue a interpretação autêntica da não-autêntica, afirmando que a primeira é "a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica e a última a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico, mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica"⁴²⁴. A partir dessa distinção, Kelsen pode falar da interpretação como ato de conhecimento ou como ato de vontade: "se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem".⁴²⁵ Sendo assim, "a questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a 'correta', não é sequer — segundo o próprio pressuposto de que se parte — uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema da teoria do Direito, mas um problema de política do Direito".⁴²⁶ Esse raciocínio logo em seguida desemboca naquilo que pode ser apontado como grave contradição no interior da Teoria Pura. É que, segundo ainda Kelsen,

"pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode

⁴²³ A norma fundamental e a regra de reconhecimento não são passíveis de justificação racional porque têm que ser assimiladas "como parte de uma forma de vida histórica, portanto conforme o costume" (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Tradução de Flavio Bieho Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 251).

⁴²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 388.

⁴²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 390.

⁴²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 393.

produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. É fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo —especialmente pelos tribunais de última instância."⁴²⁷

Como se adiantou, essas afirmações põem em relevo uma grave incoerência interna da Teoria Pura do Direito, conforme acertadamente indica Marcelo Cattoni. A contradição consiste no fato de que

"a possibilidade de produção de uma norma de escalão inferior ou a realização de um ato coercitivo que se processem fora do quadro de interpretação possíveis de uma norma superior aplicanda é, no mínimo, romper com o postulado metodológico da separação entre teoria e sociologia do Direito, entre ciência normativa e ciência causal. A aplicação jurídica passaria a ser tratada, simplesmente, como uma questão de eficácia do Direito, ou seja, da aplicação ou não das normas jurídicas, e não mais como uma questão de validade do Direito, ou seja, de como a aplicação do Direito, segundo o próprio Direito, deve dar-se."⁴²⁸

A tese kelseniana da interpretação jurídica acaba por admitir a inconsistência da decisão judicial em relação à ordem jurídica vigente. Aceitar a possibilidade de uma resposta judicial não se inserir no sistema de direito em vigor é abrir mão de qualquer critério consistente de racionalidade da decisão jurídica, no contexto de uma teoria que, sustentada no princípio metodológico da pureza, tinha como objetivo expurgar da ciência do direito toda e qualquer conotação política ou ideológica. Certamente Kelsen ambicionava com isso reafirmar o caráter científico da análise jurídica, distinguindo-a da prática institucionalizada do direito levada a cabo pelos órgãos judiciários. Todavia,

⁴²⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 394-395.

⁴²⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 51-52.

acaba pagando um preço demasiado alto pelo seu intento, pois sua posição a respeito da interpretação jurídica torna confusa a separação entre ciência normativa e ciência causal, postulado metodológico primeiro de sua teoria. Noutra parte, a segurança jurídica visada pela racionalidade formal própria à teoria positivista do direito também não é alcançada, pois o modelo de decisão judicial oferecido é tributário, em última instância, de um grande irracionalismo, ao admitir a discricionariedade judicial na interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Problema parecido enfrenta H. L. A. Hart. É conhecida a tese de Hart de que, em razão da textura aberta da linguagem humana, o direito apresenta textura semelhante, querendo com isso afirmar que o conteúdo prescritivo das regras jurídicas não pode ser determinado de forma sempre conclusiva.⁴²⁹ A zona de textura aberta é localizada pelo autor em uma região distante da parte central do sistema das regras do direito. Na zona central, as regras são suficientemente determinadas para fornecer padrões jurídicos conclusivos para a tomada de uma decisão, tornando desnecessário o recurso a preceitos não jurídicos. Já o reconhecimento da textura aberta do direito conduz a uma implicação de relevo para a prática jurídica: "a textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso".⁴³⁰

Desse modo, a textura aberta deixa aos tribunais um poder de criação do direito amplo e importante, um poder que é essencialmente discricionário. E é aqui que também emerge sua posição de não aceitar um critério suficientemente completo de racionalidade jurídica, na medida em que admite a possibilidade de um amplo leque de problemas jurídicos serem resolvidos discricionariamente pelo julgador. Aliás, na sua contenda com os críticos, particularmente com Ronald Dworkin, Hart continua não fornecendo resposta satisfatória à questão. No famoso *Postscriptum* (1994) ao *Conceito de Direito*, Hart reafirma a existência de casos em que o direito não regula por

⁴²⁹ Para uma sucinta análise da teoria jurídica de Hart, inclusive quanto à tese da textura aberta do direito, cf. KOZICKI, Katya. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, p. 127-149.

⁴³⁰ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 148.

completo. Neles, haveria espaço para a criação judicial do direito, "já que em qualquer caso difícil podem apresentar-se diferentes princípios que sustentam analogias rivais e o juiz deve decidir entre eles, apoiado, como qualquer legislador escrupuloso, em seu bom juízo acerca do que é o melhor e não em uma ordem estabelecida de prioridades escritas pela lei".⁴³¹ A possibilidade de criação original do direito para o caso concreto na zona da textura aberta em que transitam os casos controversos torna dispensável a consistência da decisão com o quadro das normas jurídicas vigentes.

Ora, o só fato de se apresentarem diferentes preceitos para reger um caso controverso não significa outorga automática de poder ao juiz para decidir de acordo com o seu *bom juízo* sobre o que é melhor. Kelsen e Hart não oferecem argumentos que justifiquem a outorga desse poder discricionário como condição para a correta aplicação do direito. Seriam necessários argumentos adicionais para tanto. E o positivismo não tem condições de fornecê-los, por causa de dois fatores. O primeiro deles é que, ao defender rigidamente a tese da separação entre direito e moral e, em razão disso, identificar o direito com a lei (material dotado de autoridade e eficácia social), o positivismo tem necessariamente de também defender que nos casos duvidosos a decisão será determinada por fatores extrajurídicos. Se a lei, que contém todo o direito para o positivista, não é suficientemente clara e precisa para regular o caso, do ponto de vista lógico a decisão só pode advir de material extrajurídico. Para o não positivista, que não encerra todo o direito na lei, uma decisão judicial ainda pode estar determinada pelo direito, mesmo quando a lei não a estabelece obrigatoriamente.⁴³² Portanto, se o direito não se restringe à lei, quando esta é insuficiente não é preciso retirar-se do âmbito jurídico para resolver o caso.

O outro ponto que limita em demasia a visão do positivismo jurídico no que concerne à interpretação e aplicação do direito consiste na metodologia que se vem criticando: o desenvolvimento de uma análise essencialmente formalista do direito. Ainda que não seja partidário de um modelo dedutivo exclusivo de aplicação do direito, o certo é que a saída decisionista para os casos controversos, baseada em pautas extrajurídicas, permanece tributária da idéia de que aquilo que é essencialmente jurídico

⁴³¹ HART, H. L. A. Postscriptum. In: HART, H. L. A. & DWORKIN, Ronald. *La decisión judicial*. Estudo preliminar de César Rodríguez. Tradução colombiana de Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo de Hombre Editores: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997, p. 139.

⁴³² ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução espanhola de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997, p. 19.

só pode ser operado dedutivamente, de um ponto de vista puramente formal. Como já se falou, não é por outra razão que, na hipótese de dificuldade para resolver um caso, quando o direito vigente não é suficiente para a determinação precisa de um estado de coisas, padrões extrajurídicos podem ser livremente mobilizados pelo juiz, que decidirá de acordo com o seu próprio arbítrio. O caráter irônico dessa problemática consiste no fato de que o positivismo jurídico sempre pretendeu resolver o problema da racionalidade da decisão judicial concedendo prioridade exatamente à função de estabilização de expectativas, ou seja, à função de garantia da segurança jurídica. Por isso, inclusive, sua posição marcadamente formalista.

Seja como for, os dois fatores se relacionam, pois o modelo simples de aplicação do direito manifestado pelo positivismo também resulta da rígida separação entre direito e moral. Sendo assim, ele hoje é tido como insuficiente, pois tributário de um modelo distorcido de racionalidade, sequer capaz de dar conta da exigência de segurança jurídica (função de estabilização de expectativas comportamentais). E acontece que a racionalidade da prática do direito também tem que levar em conta a pretensão de legitimidade da ordem jurídica. (Esta pretende legitimidade porque justamente se assenta em uma constituição que aspira a ser legítima).⁴³³ A aplicação das normas jurídicas não deve contentar-se em satisfazer apenas a função de estabilização das expectativas de comportamento, ou seja, a função de garantir a segurança jurídica. Deve ser capaz de tornar possíveis decisões judiciais “fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito”,⁴³⁴ inclusive mediante a justificação externa das próprias premissas.⁴³⁵ A rígida separação entre

⁴³³ Cf. Capítulo 1, seção 1.2.4.

⁴³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Tradução de Flavio Bieho Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 246. Nesse sentido, Habermas acrescenta, na página seguinte, que “o problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a *segurança jurídica* e a *correção*”. Já Alexy aduz que “con cada decisión se eleva la reivindicación de racionalidad y corrección y debe intentarse satisfacer esa exigencia, si el sistema jurídico no quiere perder a largo plazo su legitimidad y con ella su aceptación” (ALEXY, Robert. Interpretación jurídica y discurso racional. In: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução e introdução de Luis Villar Borda. 2. reimpressão. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 54). Para um estudo sobre a racionalidade das decisões judiciais a partir dos critérios da segurança e da correção, cf. TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Racionalidade das decisões judiciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

⁴³⁵ Como explica Alexy, na justificação interna se trata de ver se a decisão se segue logicamente das premissas que se aduzem como fundamentação. Já o objeto da justificação externa é a correção destas premissas, inclusive através da argumentação prática geral. Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*.

direito e moral, operada pelo positivismo, conduz à impossibilidade de observar essa exigência.

Vale a pena deter-se um pouco mais no argumento da insuficiência dos modelos formalistas de aplicação do direito. Claramente se percebe que, em muitos casos retirados da prática jurídica contemporânea, não é possível chegar a uma decisão convincente por meio de simples dedução. Leve em conta novamente a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro no *Habeas Corpus* n. 82.424 – RS⁴³⁶, a respeito da condenação criminal de Siegfried Ellwanger pela prática de racismo. No julgamento, para alcançar o veredicto de que “escrever, editar, divulgar e comerciar livros ‘fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias’ contra a comunidade judaica constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade”, o Supremo Tribunal teve que enfrentar a alegação de que a conduta de Siegfried Ellwanger estava protegida pelo direito constitucional à liberdade de expressão. Quanto a isso, o Tribunal entendeu que “o direito à livre expressão não pode abrigar em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal”. E complementou dizendo que “as liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, art. 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra”.

Como ficou anotado anteriormente⁴³⁷, não é correto afirmar que as questões jurídicas altamente complexas e polêmicas como a do caso *Ellwanger*, nas quais parece haver mais de uma solução correta, deixam de ser questões interpretativas ou de aplicação só por esse motivo. Nem todas as questões interpretativas ou de aplicação são simples e óbvias, notadamente porque esse caráter muitas vezes está relacionado ao contexto em que as questões são levantadas. No caso examinado, percebe-se claramente

Tradução espanhola de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 213-280. Manuel Atienza explica que a justificação interna é apenas questão de lógica dedutiva, mas, na justificação externa, é preciso ir além da lógica em sentido estrito. Cf. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 51.

⁴³⁶ Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico do STF (Habeas Corpus n. 82.424/RS)*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

⁴³⁷ Capítulo 2, seção 2.1.3.

que o Supremo Tribunal utilizou uma estrutura argumentativa por meio da qual foram considerados diversos argumentos a favor e contra, não sendo a decisão o simples resultado de uma dedução formal de preceitos legais de antemão conclusivos. A par do caráter polêmico da decisão, o Tribunal elaborou um discurso mediante o qual oferece uma justificativa para sua resposta, considerando todos os aspectos relevantes da situação. Claramente se nota um esforço de demonstrar a *correção* do julgamento, tanto quanto o seu enquadramento no sistema das normas jurídicas vigentes.

É acertado afirmar, portanto, que apenas por meio de uma estrutura racional de argumentação os casos acentadamente complexos podem ser corretamente decididos. A correção de uma interpretação decorre da preponderância das melhores razões. E somente por meio da argumentação é possível distinguir os argumentos corretos dos incorretos. Não é por outro motivo que se diz que interpretação é argumentação.⁴³⁸ Aliás, é até bastante intuitiva a noção de que a prática jurídica consiste, sobretudo, em argumentar, a fim de que possam ser alcançadas decisões plenamente justificadas. Por outro lado, é cediço que as decisões jurídicas podem e devem ser justificadas. Uma razão bem direta para isso, no Brasil, refere-se à própria obrigação constitucionalmente imposta ao Judiciário de fundamentar suas decisões.⁴³⁹ E justificar uma decisão em um caso controverso significa algo mais que efetuar uma operação meramente dedutiva. Uma interpretação só pode ser considerada correta quando se aduzem razões a seu favor, de uma maneira convincente, à luz de regras e princípios legítimos.

Indubitavelmente, essa é uma concepção de interpretação e aplicação do direito baseada na pragmática. E não poderia ser diferente, pois o conceito de argumento tem sim uma natureza eminentemente pragmática. Com efeito, para saber o que é um bom argumento “é preciso descobrir o papel que ele desempenha no interior de um jogo de argumentação, isto é, saber até que ponto ele, seguindo as regras desse jogo, pode contribuir para a solução do problema da aceitabilidade ou não-aceitabilidade de uma pretensão de validade controversa”.⁴⁴⁰ Uma interpretação ou aplicação correta somente

⁴³⁸ ALEXY, Robert. Interpretación jurídica y discurso racional. In: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução e introdução de Luis Villar Borda. 2. reimpressão. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 44.

⁴³⁹ No artigo 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil, encontra-se o preceito segundo o qual todas as decisões do Poder Judiciário serão fundamentadas, sob pena de nulidade.

⁴⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Tradução de Flavio Bieho Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 283. Cláudia Servilha Monteiro pontifica que “a Teoria da Argumentação Jurídica ocupa o plano pragmático da linguagem, como Pragmática

pode ser analisada do ponto de vista da qualidade dos argumentos e da estrutura do processo de argumentação. Nesse sentido, “‘correção’ significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos (...), pelo caminho de uma fundamentação que se desenrola argumentativamente”,⁴⁴¹ não estando excluída a possibilidade de novas informações e melhores argumentos virem a ser aduzidos. A pretensão de correção do direito, reafirmada na pretensão de correção da decisão jurídica, faz com que ele tenha uma dimensão ideal própria da moralidade.⁴⁴²

Já se sabe que o contexto de interação no qual se trocam argumentos é também chamado de discurso.⁴⁴³ Se isso é correto, então não é apenas a formação de um juízo imparcial sobre a pretensão de validade universal de uma norma que tem natureza propriamente argumentativa. Dizendo de maneira diferente: não é apenas a justificação racional das normas que se processa por meio do discurso. A aplicação racional do direito também deve obedecer à lógica de um procedimento argumentativo, ou seja, deve processar-se por meio do discurso. De modo que o juízo interpretativo inerente à aplicação das normas do direito tem que ser um juízo discursivo, mediante o qual se fundamenta a resposta jurídica correta para um caso controverso. Logo adiante se falará da regra que vigora nessa modalidade de discurso. Por ora, o que importa ver é que a norma sobre a qual se funda o juízo normativo singular deve resolver o caso *justificadamente*, face à necessidade de alcançar-se uma decisão fundamentada.

Sendo assim, a interpretação e a aplicação do direito consistem em mensurar qual norma jurídica pode ser mais bem justificada em relação ao problema em julgamento, por meio de um procedimento discursivo. Somente o discurso permite o

jurídica argumentativa, e vai tentar estabelecer ampla relação entre o Direito com o seu contexto, entre os sujeitos que operam na seara jurídica e a necessidade de legitimação do sistema, recorrendo a um novo modelo de racionalidade mais bem adaptado a responder às mesmas velhas questões que já haviam sido deliberadamente abandonadas pelo positivismo jurídico. A pergunta é: como produzir critérios de legitimação racional para as decisões?” (MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação jurídica e nova retórica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 82).

⁴⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Tradução de Flavio Bieho Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 281.

⁴⁴² Cf. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 269. Aulis Aarnio enfatiza que um procedimento racional de decisão deve garantir o marco dentro do qual a expectativa de proteção jurídica pode realizar-se propriamente, indicando esse aspecto da questão como aquele relativo à certeza jurídica. Além disso, o procedimento deve garantir ainda que a decisão, ou resultado, seja razoável, falando-se aqui de aceitabilidade substancial, desde um ponto de vista da moralidade. “La ‘acceptabilidad’ en la sociedad *significa*, simplemente, que el resultado tiene que estar de acuerdo con el Derecho y la Moral”. AARNIO, Aulis. *Derecho, racionalidad y comunicación social: ensayos sobre filosofía del derecho*. Tradução mexicana de Pablo Larrañaga. México: Distribuciones Fontamara, 1995, p. 37.

⁴⁴³ Cf. Capítulo 1, seção 1.2.5., e Capítulo 2, seção 2.1.3.

desenrolar do jogo de razões por meio do qual pode ser justificada a relevância da norma que resolve corretamente um caso problemático, em face das suas circunstâncias constitutivas mais relevantes. Nesse sentido, a própria relevância das circunstâncias do caso consideradas no julgamento, bem como a desconsideração de outras possíveis circunstâncias, exige ser justificada. Dependendo dos aspectos destacados do problema, a conclusão sobre a norma correta a ser aplicada é uma ou outra. Por isso, a necessidade de também ser fundamentada a indicação das circunstâncias (fáticas e jurídicas) consideradas mais relevantes.

Para aclarar o que se vem afirmando, considere de novo o caso *Ellwanger*. Nele, o Supremo Tribunal Federal teve que justificar por qual razão a conduta do editor não se encontrava protegida pelo direito fundamental da liberdade de expressão. Para tanto, anotou mais ao final da ementa do acórdão que “um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra”. Esse juízo é sustentado por argumento anterior: “a edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontrovertidos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam”. O último argumento, por sua vez, sustenta-se na premissa de que “a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social”, do qual se origina o racismo que gera a discriminação e o preconceito segregacionista. Isso porque “com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana”, ou seja, “não há diferenças biológicas entre os seres humanos”.

Assim distribuídos e alinhados, os argumentos se apresentam como fundamentos uns dos outros. No conjunto, eles são mobilizados para a justificativa das circunstâncias consideradas relevantes do caso e para justificar a desconsideração de outras, como a defesa de que o editor estava apenas exercendo legitimamente o direito fundamental de liberdade de expressão. À situação não se aplicou esse direito porque o Tribunal

entendeu que “a edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao descrímen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam”. O Tribunal assim complementou o raciocínio: “Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. Discriminação que no caso se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham”.

Com base nesses argumentos, o Tribunal decidiu pela aplicação ao caso do preceito constitucional da imprescritibilidade do crime de racismo, assumindo todas as conseqüências derivadas dessa decisão, especialmente a de considerar correta a condenação criminal do editor. Ao complexo procedimento argumentativo por meio do qual foram avaliadas as circunstâncias constitutivas relevantes do caso, bem como todos os pontos de vista normativos envolvidos, dá-se o nome de discurso. No exemplo aludido, portanto, teve lugar um discurso de aplicação, definido exemplarmente por Klaus Günther como o processo em que as diferentes interpretações de uma situação são tematizadas e os interesses concorrentes e conflitantes e expectativas normativas são comparados, resultando na justificação de uma norma adequada, à luz de todas as circunstâncias do caso.⁴⁴⁴ Esse discurso tem uma regra específica: a regra da coerência

⁴⁴⁴ Aliás, a teoria de Günther, estribada na ética discursiva, tem como tese mais geral a distinção entre discurso de justificação e discurso de aplicação de normas, os quais, apenas em seu conjunto, esgotam o sentido de imparcialidade da razão prática. Cf. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004; _____. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Tradução americana de John Farrell. New York: State Univesity of New York, 1993; _____. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Apresentação e tradução espanhola de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, n. 17-18, Alicante, 1995, p. 271-302. Em poucas palavras, Günther considera ser necessário distinguir entre a justificação e a aplicação de uma norma ante a impossibilidade de ser justificada uma “norma perfeita”, entendida como aquela que poderia regular sua própria aplicação em qualquer caso. Acontece que é irreal supor que os participantes de um discurso de justificação de uma norma terão conhecimento ilimitado e tempo infinito para deliberar. Se o tempo infinito e o conhecimento absoluto estivessem ao alcance, seria possível prever cada situação individual de aplicação da norma em escrutínio. Não sendo isso possível, a validade de uma norma pode ser estabelecida apenas por sua observância sob circunstâncias que são pressupostas como capazes de

normativa, que exige a compatibilidade de uma norma com a aplicação de todas as outras normas em uma situação.⁴⁴⁵ O procedimento vai muito além do modelo dedutivo de interpretação jurídica, inclusive porque implica interpretar o sistema jurídico como um sistema coerente e justificado por princípios legítimos.

A essa altura, cabe indagar: o que tudo isso tem a ver com a aplicação dos direitos fundamentais? De imediato, é fato que a aplicação dos direitos fundamentais constitui, antes de qualquer coisa, aplicação das normas que os outorgam. Os direitos fundamentais são manifestados por meio de normas morais ou jurídicas. Quando se está frente a um sistema constitucional democrático plenamente desenvolvido, os direitos fundamentais são garantidos por normas constitucionais, o que quer dizer, por normas plenamente jurídicas, conquanto isso não acarrete a perda de sua validade também moral. A melhor doutrina já enfatizou esse importante aspecto, ao lecionar que os direitos fundamentais implicam a existência de normas jurídicas válidas que os outorgam.⁴⁴⁶ Normas de direito fundamental são, portanto, normas válidas que outorgam direitos fundamentais.

A par disso, importa reconhecer que uma estrutura racional de argumentação jurídica, em que as diferentes interpretações de uma situação são tematizadas e os interesses concorrentes e conflitantes e as expectativas normativas são comparados, somente se torna possível quando se considera que as normas jurídicas válidas, bem assim as normas que outorgam direitos fundamentais, são aplicáveis apenas *prima facie*.

permanecer imutáveis. O critério de validade se refere, portanto, às conseqüências e aos efeitos colaterais previsíveis no momento temporal, na medida em que são relevantes para os interesses em curso de cada indivíduo e são coletivamente aceitos por todos. Isso exprime o sentido recíproco-universal de imparcialidade. As situações particulares não são consideradas. Todas as circunstâncias particulares de uma situação somente serão consideradas na aplicação, exigência que expressa o sentido propriamente aplicativo da idéia de imparcialidade. Em uma frase, Günther sintetiza que “discursos de aplicação combinam a pretensão de validade de uma norma com o contexto determinado, dentro do qual, em dada situação, uma norma é aplicada” (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004, p. 79). Por sua vez, a necessidade de justificar as circunstâncias selecionadas de uma situação, em contraste com todas as outras, dá-se através da atribuição de significância normativa, pela qual a circunstância entra no conjunto de razões que justificam uma ação.

⁴⁴⁵ Cf. GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Tradução americana de John Farrell. New York: State University of New York, 1993, p. 242. Nesse sentido, a coerência normativa é tomada como a regra do discurso de aplicação, ocupando o lugar que no discurso de justificação é do princípio da universalização.

⁴⁴⁶ALEXYS, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 47: “... siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho. Es dudoso que valga lo inverso. No vale cuando existen normas de derecho fundamental que no otorgan ningún derecho subjetivo”.

O modelo dedutivo de interpretação e aplicação toma as normas jurídicas como preceitos fechados, inflexíveis, que devem ser inapelavelmente aplicados se seus programas condicionais (extensão semântica) apresentam alguma relação com as circunstâncias da situação concreta. Se esse é o caso, a decisão finda por ser o resultado de uma inferência lógica, ou de uma dedução. Já a tematização de diferentes interpretações da situação, bem como a comparação dos interesses concorrentes e conflitantes e expectativas normativas à luz de princípios e regras moralmente legítimos, não combina com a noção de norma fechada, aplicável apenas de maneira dura.

Quando se tomam as normas como expressando um programa condicional fechado, em que se estabelece uma conexão condicional de pressuposição e consequência, somente as circunstâncias fixadas na pressuposição contam. Agindo assim desse modo, nem todas as circunstâncias de uma situação são relevantes, mas somente aquelas que pertencem à extensão semântica do programa condicional.⁴⁴⁷ Agora, quando se considera que as normas de um sistema são aplicáveis apenas *prima facie*, é necessário levar em conta as circunstâncias que são diferentes em todos os casos de aplicação, para uma decisão imparcial.

Destarte, é relevante concordar com a tese de que, nas situações de aplicação, há sempre diversas normas válidas aplicáveis *prima facie*,⁴⁴⁸ a exigir que sejam tematizadas diferentes interpretações da situação, bem como sejam comparados os interesses concorrentes e conflitantes decorrentes das diferentes expectativas normativas. Günther chama esse atributo de o significado racional da cláusula *prima facie*: “os participantes de um discurso de aplicação estão obrigados a levar em consideração normas que são *prima facie* aplicáveis *como uma razão* para ou contra a justificação de um julgamento particular”. Já não é suficiente apenas argüir que uma norma válida é aplicável ao caso, pois a cláusula *prima facie* contém um ônus recíproco de argumentação, segundo o qual “os participantes são obrigados a dar boas razões para

⁴⁴⁷ GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Tradução americana de John Farrell. New York: State University of New York, 1993, p. 269-270.

⁴⁴⁸ GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 6, 2000, p. 92.

a modificação ou derrogação de outras normas que poderiam ser aplicadas a uma situação descrita de modo completo”.⁴⁴⁹

O caso *Ellwanger* serve, uma vez mais, para bem ilustrar todas essas idéias. Se a norma constitucional relativa ao direito de liberdade de expressão tivesse sido aplicada sem problematização, não obstante a existência de outras normas também aplicáveis ao caso, o modelo de interpretação e aplicação do direito adotado teria sido o da dedução, tomando a norma relativa àquele direito como se ela expressasse um programa condicional fechado, em que nem todas as circunstâncias da situação são relevantes, mas somente aquelas que pertencem à sua extensão semântica. Alguém poderia argumentar que um resultado assim alcançado seria tão correto quanto aquele realmente tomado pelo Tribunal, pois seria um resultado igualmente baseado no direito vigente. É possível contestar essa afirmação justamente com a introdução do argumento da imparcialidade: é que a não consideração de interpretações diferentes da situação, bem como a não comparação dos interesses concorrentes e conflitantes e das expectativas normativas, implica violar a exigência de imparcialidade do juízo de aplicação. Nesse sentido, imparcialidade na aplicação tem a ver com a igual consideração de todos os argumentos levantados pelas partes, a ensejar a prevalência, no procedimento, do melhor ponto de vista interpretativo, à luz de regras e princípios moralmente legítimos.

Em um discurso de aplicação, portanto, é preciso considerar que todas as normas são aplicáveis apenas *prima facie* ao caso, pois somente assim a exigência de imparcialidade se concretiza no discurso de aplicação. Quando as normas se tornam aplicáveis apenas *prima facie* é possível tomá-las todas por igual, avaliando aquela que melhor resolve a situação de conflito, inclusive procedendo-se à justificação externa das premissas, se preciso for. Klaus Günther com propriedade explica que, na resolução de um caso, “os participantes sabem que razões são definitivas tão somente depois de terem aduzido todas as razões *prima facie relevantes* com base em uma descrição completa da situação”.⁴⁵⁰ Por esse raciocínio, uma norma não pode ser necessária e imediatamente aplicada ao caso somente porque a ele é *prima facie* aplicável. Outras

⁴⁴⁹ GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 6, 2000, p. 91. Para argumento semelhante sobre o ônus recíproco de argumentação da cláusula *prima facie*, cf. SEARLE, John. *Prima facie* obligations. In: RAZ, Joseph (ed.). *Practical reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 81-90.

⁴⁵⁰ GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Apresentação e tradução espanhola de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, n. 17-18, Alicante, 1995, p. 283.

normas podem também ser aplicáveis ao mesmo caso, e a decisão sobre qual norma vai resolver corretamente o problema exige a observância do discurso. É claro que a aplicação *prima facie* não deixa de ser já uma *aplicação*, ao menos implicitamente. Ainda assim, a inferência semântica inicial que apóia uma aplicação *prima facie* não elimina o discurso de aplicação, ante a exigência de que seja justificada a norma adequada, dentre as aplicáveis. Como pontifica Günther, o discurso de aplicação é a forma reflexiva da aplicação *prima facie*.⁴⁵¹

Pelo que até agora se expôs, portanto, a aplicação racional dos direitos fundamentais considera que eles são direitos aplicáveis apenas *prima facie*. De maneira mais precisa, a aplicação das normas de direito fundamental deve considerá-las aplicáveis apenas *prima facie*, pois somente assim se pode afirmar a racionalidade do procedimento. Torna-se possível derivar a racionalidade, nesse caso, do caráter de imparcialidade que o discurso imprime à aplicação. Por outro lado, isso vem ao encontro de boa parte da teoria jurídica dos direitos fundamentais contemporânea, que já assume como sua a tese de que há normas aplicáveis apenas *prima facie*, chamando-as de *princípios* e diferenciando-as daquelas normas que são tomadas como expressando programas condicionais fechados. De acordo com estas, nem todas as circunstâncias da situação são relevantes, mas apenas aquelas que pertencem à extensão semântica dos referidos programas condicionais. Estas últimas normas são chamadas de *regras*.

O certo é que essas constatações abrem espaço para continuar a falar da aplicação dos direitos fundamentais, dando prioridade, a partir de agora, às categorias e conceitos próprios da teoria dos princípios. Na verdade, cabe falar dos direitos fundamentais como princípios? Além disso, será que a teoria dos princípios é adequada para tratar da questão dos direitos fundamentais não enumerados?

4.2. Os direitos fundamentais como princípios

A melhor doutrina esclarece que os direitos fundamentais implicam a existência de normas jurídicas válidas que os outorgam. Se as normas jurídicas que outorgam

⁴⁵¹ GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Apresentação e tradução espanhola de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, n. 17-18, Alicante, 1995, p. 286.

direitos fundamentais puderem ser compreendidas como princípios, então os direitos fundamentais também poderão ser considerados princípios. De imediato, o que interessa investigar é a concepção mesma da norma jurídica como princípio, pois, confirmando-se a tese das normas como princípios, os direitos fundamentais também se estarão revelando como princípios. Não vai interessar aqui o conceito de norma na ciência do direito,⁴⁵² mas a identificação das normas jurídicas como princípios e a forma de tratamento do correspondente tema da aplicação.

Com esse foco, inicialmente se fará um rápido apanhado do conceito de princípios na teoria jurídica da segunda metade do século XX, posteriormente apresentando-se os autores que contemporaneamente desenvolvem o conceito, a tal ponto de transformá-lo em uma das categorias centrais de suas teorias jurídicas. Acredita-se que o exame das diferentes propostas poderá revelar se a teoria dos princípios respeita a exigência colocada pela teoria da argumentação jurídica quanto à necessidade de um procedimento de aplicação dos direitos baseado no discurso.

4.2.1. Observações iniciais sobre os princípios na teoria jurídica

Não se pode negar a posição central dos princípios na teoria jurídica contemporânea. Mas, não é de hoje que a teoria jurídica reconhece a importância dos princípios no direito. Escrevendo sobre o raciocínio judiciário depois de 1945, Chaïm Perelman destacou que “os fatos que sucederam na Alemanha, depois de 1933, demonstraram que é impossível identificar o direito com a lei, pois há princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõem-se a todos aqueles para quem o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça”.⁴⁵³ Perelman também fez referência aos princípios gerais do direito, comuns a todos os povos civilizados, dizendo que, antes de serem um retomo ao direito natural clássico, eles representariam “uma volta à concepção de Aristóteles que, ao lado das leis

⁴⁵² Sobre essa discussão, cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 49 e seguintes.

⁴⁵³ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 95.

especiais, escritas, afirmam a existência de um direito geral, todos esses princípios não escritos que se supõem ser reconhecidos em toda parte”.⁴⁵⁴ E noticiou ainda que Josef Esser elaborou trabalhos originais, desde a década de 50, sobre a busca de uma decisão judiciária aceitável, sendo seus esforços continuados no Continente por vários outros autores, que exerceram influência em juristas anglo-americanos, como Ronald Dworkin.⁴⁵⁵

Karl Larenz, citando outros autores, igualmente realçou o lugar privilegiado dos princípios na metodologia jurídica moderna. Larenz afirma que Ralf Dreier, em um texto sobre o conceito de direito, sublinhou a existência de princípios ético-jurídicos como parte constitutiva necessária do direito vigente.⁴⁵⁶ E uma das principais razões para isso seria a de que “existiriam imanentes a todas as ordens jurídicas desenvolvidas princípios que por força da sua estrutura e da fundamentação da sua validade rebentam com o conceito positivista de Direito. E isto fá-lo-iam porque convertem em dever jurídico a realização aproximativa de um ideal moral”.⁴⁵⁷ Da mesma maneira que Perelman, Larenz fez referência aos trabalhos de Josef Esser da década de 50, nos quais à prática jurisprudencial é adjudicado o “papel de funcionar como um transformador dos princípios pré-positivos em proposições e instituições jurídicas positivas”.⁴⁵⁸

De fato, no seu conhecido *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, de 1956, Josef Esser ofereceu uma pioneira e valiosa análise sistemática do sentido e alcance dos princípios jurídicos, já naquele tempo distinguindo-os das normas jurídicas. Na verdade, Esser se propôs investigar “como os princípios do direito se formam e mudam, como operam e perecem, qual é sua natureza jurídica nas distintas fases de seu desenvolvimento, e sua missão nos dois sistemas básicos do direito codificado e judicial (*judge made law*)”.⁴⁵⁹ Esser ensinou, por exemplo, que não

⁴⁵⁴ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 103.

⁴⁵⁵ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 112.

⁴⁵⁶ cf. DREIER, Ralf. *Derecho y justicia*. Tradução colombiana de Oswaldo Quijano. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1994.

⁴⁵⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 180.

⁴⁵⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 192.

⁴⁵⁹ ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução espanhola de E. Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961, p. 19: “cómo los principios del derecho se forman y cambian, cómo operan y perecen, cuál es su naturaleza jurídica en las distintas fases de su desarrollo, y su misión en los dos sistemas básicos del derecho codificado y judicial (*judge made law*)”.

é o caráter de maior generalidade que diferencia o princípio da norma, mas a possibilidade de precisar os casos de aplicação, que é o que caracteriza o preceito.

Além disso, Esser também alertou para o fato de que não há uma hierarquia entre os princípios, em face da qual se sobressairia um “princípio supremo”, pois “todas as funções do direito se podem expressar em princípios que cada vez atuam antinomicamente”.⁴⁶⁰ De todo modo, a distinção entre princípio jurídica e preceito jurídico, ou norma jurídica em sentido técnico, é que o primeiro não contém “nenhuma instrução vinculante de tipo imediato para um determinado campo de questões, senão que requer ou pressupõe a concretização judicial ou legislativa de ditas instruções”.⁴⁶¹ Todavia, ainda que o princípio não seja uma “instrução” para uma ação, é considerado um critério para justificar tal “instrução”, no marco de um mesmo ordenamento jurídico. Dessa maneira, a sentença judicial pode converter-se em “agente transformador de princípios pré-positivos em preceitos e institutos positivos”.⁴⁶²

Não obstante esse panorama continental, é na obra de Ronald Dworkin que a noção de princípios adquire proeminência definitiva no interior de uma concepção sistematizada do direito, com profundas repercussões até os dias de hoje. A teoria jurídica de Dworkin erige os princípios como os elementos nucleares de uma teoria da prestação jurisdicional instituinte de direitos⁴⁶³, superando a concepção de que eles teriam uma função meramente subsidiária na solução dos conflitos. No seu livro intitulado *Taking Rights Seriously* (1977), Dworkin propõe uma teoria do direito baseada em princípios, preceitos qualitativamente diferentes das normas jurídicas, para enfrentar e defender a tese de uma resposta correta para os casos difíceis. Os princípios são definidos como *standards* que devem ser observados por se constituírem numa exigência da justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade, estando sua

⁴⁶⁰ ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução espanhola de E. Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961, p. 64, n. 163: “todas las funciones del derecho se pueden expresar en principios que cada vez actúan antinómicamente”.

⁴⁶¹ ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução espanhola de E. Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961, p. 65: “ninguna instrucción vinculante de tipo inmediato para un determinado campo de cuestiones, sino que requiere o presupone la acuñación judicial o legislativa de dichas instrucciones”.

⁴⁶² ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução espanhola de E. Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961, p. 68: “agente transformador de principios pre-positivos en preceptos e institutos positivos”.

⁴⁶³ Para uma interessante introdução à teoria de Dworkin, enfatizando esse aspecto, cf. KARAM DE CHUEIRI, Vera. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997, p. 151-195.

aplicação vinculada ao critério da importância ou peso relativo de cada um, na hipótese de conflito.⁴⁶⁴

Essa noção de princípios, por sua vez, sustenta a tese dos direitos, segundo a qual os indivíduos podem ter direitos que não são somente aqueles positivamente outorgados pela legislação, costume ou prática judicial cotidiana. Para o autor, há direitos que são instituídos através de uma decisão complexa, específica, em face de um caso difícil (*hard case*). Para a decisão do caso difícil, o autor americano propõe ainda a tese da resposta correta, pela qual a toda pretensão jurídica corresponde uma resposta original, assentada na idéia de direitos, cujos princípios as regras jurídicas positivas agasalham. Esses conceitos e teses são reunidos para a estruturação de uma complexa teoria da decisão judicial. De maneira bastante resumida, para a teoria a atividade judicial constrói argumentativamente a resposta correta para um caso difícil através de juízos interpretativos que entendem a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento.⁴⁶⁵

Dworkin denomina essa concepção do direito, enquanto interpretação construtiva da prática jurídica, de *o direito como integridade*. O ideal da integridade se agrega aos princípios da justiça, equidade e devido processo, a fim de ser construída uma estrutura política justa, e cujo sentido, como ideal político, traduz-se na exigência de que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios, ou, na linguagem comum, que os casos parecidos devem ser tratados de forma parecida.⁴⁶⁶ A teoria pede, portanto, que os juizes admitam, na medida do possível, que “o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas”.⁴⁶⁷ Para Dworkin, somente assim pode ser pensada uma comunidade de princípios, uma comunidade em que as pessoas aceitam que as governam princípios comuns, e não apenas regras estabelecidas pelas instituições políticas.

⁴⁶⁴ Cf. a versão brasileira de *Taking Rights Seriously*: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁴⁶⁵ Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 272 e ss.

⁴⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 201-202.

⁴⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 291.

4.2.2. A teoria dos princípios de Robert Alexy

Robert Alexy recepciona as descobertas de Dworkin e as sistematiza, em linguagem própria, distinguindo qualitativamente os *princípios* das *regras*. Os *princípios* são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, enquanto as *regras* são “normas que só podem ser cumpridas ou não”.⁴⁶⁸ Os princípios são chamados de *mandamentos de otimização*, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau, e cuja medida de cumprimento é dependente das possibilidades fáticas e jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Ou seja, as consequências jurídicas determinadas por um princípio são cumpridas se ele, em virtude do conjunto de circunstâncias fáticas e jurídicas, adquire precedência frente a outros princípios e regras. Por sua vez, as regras, como normas que só podem ser cumpridas ou não, sendo válidas implicam na exata realização daquilo que elas exigem, nem mais nem menos. São normas que contêm *determinações* no âmbito do fática e juridicamente possível.

No cerne da distinção formulada está a consideração de que as regras são válidas ou inválidas, não existindo meio termo, pois o conceito de validade jurídica não é graduável. Se a regra é válida, deve-se fazer exatamente o que ela ordena, de maneira definitiva. Os princípios, por sua vez, ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. Portanto, os princípios são mandamentos *prima facie*, pois “do fato de que um princípio valha para um caso não se infere que o que o princípio exige para este caso valha como resultado definitivo”.⁴⁶⁹ Já as regras são determinações definitivas. Apesar disso, não se pode concluir que as regras sempre apresentam um critério de aplicação à maneira do tudo-ou-nada, disjuntivamente, enquanto os princípios enunciam sempre uma razão que indica uma direção, sem, no entanto, levar necessariamente a uma determinada decisão.

⁴⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 87. Para uma interpretação dos direitos fundamentais como princípios, a partir da teoria de Alexy, cf. BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, ano 20, n. 59, maio/ago. 2000, p. 29-56.

⁴⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 99. Para uma noção de princípios semelhante à de Alexy, cf. PECZENIK, Aleksander. *Derecho y razón*. Versão castelhana de Ernesto Garzón Valdés. México: Distribuciones Fontamara, 2000, p. 78-80.

Ocorre que do lado das regras toma-se possível introduzir uma cláusula de exceção, cujo fundamento pode ser um princípio, que retira delas o seu caráter definitivo para o caso. Não é possível, ainda que teoricamente, enumerar todas as cláusulas de exceção oponíveis às regras, principalmente se tais exceções são fundadas em princípios.

Essas observações, que conduzem a uma mais complexa caracterização de ambos os tipos de normas, muito além do critério do tudo-ou-nada, não esfumaça por completo a distinção, pois ainda que não se possam enumerar todas as exceções oponíveis às regras (especialmente as exceções fundadas em princípios), também é verdade que sempre haverá, num ordenamento jurídico, “princípios formais” estabelecendo que devam ser observadas as regras impostas pelas autoridades legítimas. Alexy introduz o conceito de “princípios formais”, que corresponde aos princípios da legalidade e da autoridade competente, para afirmar que “só se a tais princípios não se lhes dá já nenhum peso, o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto tais, as regras e os princípios teriam o mesmo caráter *prima facie*”.⁴⁷⁰ A partir do momento que isso não ocorre, ou seja, considerando que os “princípios formais” são particularmente relevantes, especialmente no Estado de Direito, sempre se dará algum peso considerável a eles, razão pela qual mantêm as regras sua característica, embora de modo não absoluto, de valerem em definitivo.

A adoção de um modelo de ordem jurídica que combina regra e princípio, vinculando os dois níveis normativos, é preferível a um modelo puro de princípios, ou a um modelo puro de regras. Um modelo puro de princípios tem o inconveniente de substituir completamente a vinculação ao texto legal pela ponderação, de acordo com o jogo de prós e contras. Um modelo puro de regras, a par da segurança jurídica e da previsibilidade dele decorrentes, não contém elementos suficientes para enfrentar o grau de complexidade da ordem jurídica dos Estados constitucionais contemporâneos. Essa complexidade diz respeito à necessidade de considerar as condições e circunstâncias relativas ao caso concreto para que se possa definir a norma jurídica que vai ser aplicada. Somente considerando a norma jurídica como princípio toma-se possível ponderar as circunstâncias fáticas e jurídicas (outras normas *prima facie* aplicáveis ao

⁴⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 100.

caso), aplicando-se a determinação resultante.⁴⁷¹ Pelo modelo combinado, consegue-se coordenar certo grau de flexibilidade normativa, necessário para a ponderação das normas *prima facie* aplicáveis, com uma medida também necessária de segurança jurídica, garantida pelo caráter de regra das normas, a exigir a vinculação do discurso de aplicação aos preceitos estabelecidos nos textos legais.

Enfim, pode-se dizer que os princípios são mandamentos (normas) cuja conduta exigida somente se pode determinar uma vez que se conheçam as circunstâncias do caso. Os princípios e regras teriam então um caráter diferente como razões para juízos concretos de dever ser. Os princípios são sempre razões *prima facie*. As regras, a menos que se haja estabelecido uma exceção, razões definitivas. Por isso, e resumindo o que foi dito, enquanto os princípios são normas aplicáveis apenas *prima facie*, as regras são normas concretas, já determinadas para uma aplicação específica. Essa descoberta permitirá mostrar, mais adiante, que a aplicação dos princípios conduz ao estabelecimento de uma regra que representa uma razão definitiva para um juízo concreto de dever ser.

Há uma outra especificação que permite compreender mais claramente a distinção entre regras e princípios, na teoria de Alexy. Cuida-se da maneira de resolver as oposições normativas. As oposições entre normas são chamadas de *colisão de principios e conflito de reglas* e têm em comum o fato de que “duas normas, aplicadas independentemente, conduzem a resultados incompatíveis, ou seja, a dois juízos contraditórios de dever ser jurídico”.⁴⁷² O conflito de regras resolve-se no âmbito da validade, pois não podem coexistir duas regras, no mesmo ordenamento jurídico, que conduzam a resultados diferentes, pelo simples fato de que elas são ou não aplicadas. Nessa tarefa, podem ser utilizados todos os recursos já mencionados pela Teoria Geral

⁴⁷¹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 118 e 129. Quanto a isso, aduz o autor, na p. 126, apoiando-se na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão: “... los criterios libres de ponderación pueden abarcar correctamente hasta un cierto punto, los casos claros pero, a más tardar, en los casos dudosos, se ve claramente que estos criterios no son más que la expresión de determinadas relaciones de preferencia entre los principios”. Em outro lugar, Alexy fala de um modelo completo de sistema jurídico composto de três níveis: regras/princípios/procedimento. Este último nível é o lado ativo do sistema e o que assegura sua racionalidade. Cf. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997, p. 172-177. O lado ativo constitui, pois, o procedimento de aplicação das normas de direito fundamental que faz justiça ao conceito de princípios.

⁴⁷² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 87.

do Direito, como os critérios da especialidade, anterioridade e hierarquia.⁴⁷³ Já na dimensão do peso ou da importância é que se encontra a forma de solucionar a colisão entre princípios. Quando ocorre uma colisão entre princípios válidos, a hipótese pode ser também descrita como o caso de uma circunstância jurídica (na forma de um princípio) se opor a outra circunstância jurídica (outro princípio). Nessa hipótese, ambos os princípios pretendem aplicação ao caso.

Para Alexy, a solução de uma colisão de princípios ocorre na medida em que, tendo em conta as circunstâncias do caso, se estabelece entre os princípios uma *relação de precedência condicionada*. A determinação desta relação consiste em que, “tomando em conta o caso, se indicam as condições sob as quais um princípio precede ao outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente”.⁴⁷⁴ Sendo assim, “de um enunciado de preferência sobre uma relação de precedência condicionada se segue uma regra que prescreve a consequência jurídica do princípio que tem preferência quando se dão as condições de preferência”, proposição essa que permite a Alexy formular uma *lei de colisão*, segundo a qual “as condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”.⁴⁷⁵ Se sob as circunstâncias de determinado caso o princípio **P1** precede ao princípio **P2**, que com aquele colide, então disso deriva uma regra **R** proibitiva da aplicação de **P2** e que determina as consequências jurídicas da aplicação de **P1**. A ponderação dos pesos relativos, de acordo com as circunstâncias do caso, indica o princípio que vai ser aplicado ao problema, resolvendo-o. Chama-se *ponderação* o procedimento de justificar qual dos princípios, abstratamente do mesmo nível, possui maior peso no caso concreto. No final das contas, a ponderação produz uma regra concreta, a regra de decisão do caso.

As últimas proposições põem em destaque a força normativa dos princípios, conquanto a respeito deles se possa afirmar que não são razões definitivas para um juízo concreto de dever ser, pois constituem sempre mandamentos *prima facie*. Ocorre que o princípio, através do procedimento de ponderação, adquire precedência frente a outro(s)

⁴⁷³ Sobre esses conhecidos critérios, cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Revisão técnica de Cláudio de Cicco. 5. ed. Brasília: UnB, 1994, p. 92 e ss.

⁴⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 92.

⁴⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 94.

e como a determinação de uma relação de precedência é, de acordo com a lei de colisão, o estabelecimento de uma regra, o mandamento *prima facie* toma-se definitivo para o caso problemático. De modo que a regra resultante desse processo, conforme a definição própria das regras, sustenta o juízo concreto de dever ser derivado do princípio que será aplicado ao caso. Para enfrentar a objeção de que o processo de ponderação conduziria à discricionariedade judicial, Alexy formula a *lei da ponderação*, responsável pela racionalidade do procedimento, esclarecendo que são os enunciados que estabelecem as preferências condicionadas entre os princípios que devem ser fundamentados. “Uma ponderação é racional se o enunciado de preferência a que conduz pode ser fundamentado racionalmente.”⁴⁷⁶ Nessa tarefa, que se refere à fundamentação de regras relativamente concretas, podem ser utilizados todos os argumentos disponíveis para a justificação jurídica, inclusive os cânones tradicionais da interpretação jurídica e outros específicos da interpretação constitucional.⁴⁷⁷

Não obstante, há elementos próprios da ponderação que servem para justificar a racionalidade do enunciado de preferência. Internamente, o enunciado de precedência se justifica na medida em que obedece a uma regra segundo a qual “quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”.⁴⁷⁸ A lei da ponderação, portanto, expressa o que deve ser justificado racionalmente no processo de ponderação. O enunciado de preferência condicionado, como resultado de um processo de ponderação, somente se justifica quando a afetação de um princípio ocorre na medida de satisfação do princípio precedente. A medida permitida de não satisfação ou de afetação de um dos princípios depende do grau de importância da satisfação do outro. E se sobre a base da decisão de ponderação sempre é possível formular uma regra (lei de colisão), isso quer dizer que a ponderação no caso particular e a universalidade não são inconciliáveis.⁴⁷⁹ As circunstâncias do caso, que servem para determinar o princípio precedente, servem

⁴⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 159.

⁴⁷⁷ Sobre os cânones tradicionais da interpretação jurídica, cf. SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica*. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001. Sobre os cânones específicos da interpretação constitucional, cf. HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Introdução e tradução espanhola de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

⁴⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 161.

⁴⁷⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 167.

igualmente para fundamentar uma regra de decisão. Essa regra deve constituir uma razão *prima facie* aplicável a casos futuros, segundo a exigência da universabilidade.⁴⁸⁰

4.2.3. A crítica de Jürgen Habermas e Klaus Günther à tese da otimização

Na versão da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas e Klaus Günther o conceito de princípio, a partir influência dos trabalhos de Dworkin, também assume posição central no plano da aplicação das normas jurídicas e, desse modo, no plano da aplicação dos direitos fundamentais. Entretanto, ambos criticam frontalmente a tese alexyana da otimização, acusando-a de equiparar as normas aos valores. Na verdade, Alexy compreende bem a distinção entre normas e valores, quando enfaticamente diz que os princípios são mandamentos de otimização pertencentes ao âmbito deontológico, enquanto os valores têm que ser incluídos no nível axiológico. E quando afirma que “o que no modelo dos valores é *prima facie* o melhor é, no modelo dos princípios, *prima facie* devido; e o que no modelo dos valores é definitivamente o melhor é, no modelo dos princípios, definitivamente devido. Assim, pois, os princípios e os valores se diferenciam apenas em virtude de seu caráter deontológico e axiológico respectivamente”.⁴⁸¹

Todavia, Alexy torna confusas as coisas quando apresenta sua proposta para a solução do problema dos conflitos entre princípios, especialmente quando formula a lei de ponderação, cujo conteúdo expressa que quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro. Esta lei implica um procedimento de aplicação gradual de princípios, na medida

⁴⁸⁰ Sobre a universabilidade na teoria da argumentação jurídica, cf. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução espanhola de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 259 e ss.; ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 182-185. Neste último caso, o estudo de Atienza é centrado no conceito de universabilidade na teoria da argumentação de Neil MacKormick, Professor na Universidade de Edinburg / Escócia e autor de um conhecido livro sobre raciocínio jurídico, intitulado *Legal Reasoning and Legal Theory*.

⁴⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 147: “lo que no modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así, pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente”.

de sua preferência, razão pela qual eles são concebidos uma maneira assemelhada a valores.

Habermas refuta a confusão entre normas e valores, dizendo que “normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistema de normas ou de valores deve satisfazer”.⁴⁸² E explica porque o agir concreto orientado por normas não é a mesma do agir concreto orientado por valores. Acontece que, “à luz de normas, é possível decidir o que deve ser feito; ao passo que, no horizonte de valores, é possível saber qual comportamento é recomendável. (...) no caso de normas, 'correto' é quando partimos de um sistema de normas válidas, e a ação é igualmente boa *para todos*; ao passo que, numa constelação de valores, típica para uma cultura ou forma de vida, é 'correto' o comportamento que, em sua totalidade e a longo prazo, é bom *para nós*”.⁴⁸³ Habermas não desconhece que o direito positivado vale contextualmente, diferentemente das normas morais, e que, portanto, certos conteúdos teleológicos entram no direito. Apesar disso, há uma primazia da norma em relação aos valores:

“O direito, definido através do sistema de direitos, é capaz de domesticar as orientações axiológicas e colocações de objetivos do legislador através da *primazia* estrita conferida a pontos de vista normativos. Os que pretendem diluir a constituição numa ordem concreta de valores desconhecem seu caráter jurídico específico; enquanto normas do direito, os direitos fundamentais, como também as regras morais, são formados segundo o modelo de normas de ação obrigatórias — e não segundo o modelo de bens atraentes.”⁴⁸⁴

⁴⁸² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 317.

⁴⁸³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 317.

⁴⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 318. Com efeito, Habermas receia que a ponderação, na forma como trabalhada por Alexy, acabe resultando em um procedimento de natureza essencialmente subjetiva, incapaz de fornecer os critérios mediante os quais se pode afirmar a racionalidade da jurisdição. Não é desprovido de fundamento esse receio. Peczenik é um que parece chegar a esse equivocado ponto, ao assumir e defender que a ponderação está baseada, em última instância, em preferências e sentimentos pessoais e intuitivos. Cf. PECZENIK, Aleksander. *Derecho y razón*. Versão castelhana de Ernesto Garzón Valdés. México: Distribuciones Fontamara, 2000, p. 36-38.

Marcelo Galuppo alerta que, em tal passagem, emerge a diferença entre aquilo que Habermas chama de fundamentação ética e fundamentação moral do agir, entre a deliberação ética e a deliberação moral. Faz o alerta e ao mesmo tempo acrescenta:

“se aquilo que uma comunidade considera bom para si é realmente o *melhor* para ela, e se o que é melhor para uma comunidade é o que deve ser levado em conta para se fundamentar ações, então direitos contra aquilo que fosse o 'melhor para uma comunidade' não poderiam valer de modo algum. Os direitos, entendidos apenas como valores, não permitem qualquer tipo de proteção para o indivíduo contra a sociedade e o Estado. E toda a história da formação do constitucionalismo, sobretudo da formação do conceito de direitos fundamentais, mostra-nos o contrário.”⁴⁸⁵

O que poderia diferenciar então os princípios das regras? Com base na lição de Searle⁴⁸⁶, Günther defende que a distinção entre normas *prima facie* e normas definitivas é o resultado da maneira como lidamos com as normas em situações, não tendo relação com o conceito mesmo de estrutura da norma. Aduz Günther que, mesmo na teoria de Alexy, a distinção entre regra e princípio surge como questão da aplicação, e não como questão relativa à estrutura da norma: trata-se uma norma como princípio se se exige considerar todas as circunstâncias de uma situação; como regra, quando não se exige considerar todas as circunstâncias de uma situação.

Günther trabalha na perspectiva de sua tese maior, que é a de distinguir entre discurso de justificação (que opera sob a lógica da universalização, na medida em que a norma é tematizada somente do ponto de vista de se todos aqueles afetados podem desejar que ela seja geralmente observada sob condições situacionais conhecidas no tempo — cláusula *ceteris paribus*)⁴⁸⁷ e discurso de aplicação (cujas lógicas são a da

⁴⁸⁵ GALUPPO, Marcelo. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 36, n. 143, jul./set. 1999, p. 197.

⁴⁸⁶ SEARLE, John. *Prima facie* obligations. In: RAZ, Joseph (ed.). *Practical reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 81-90.

⁴⁸⁷ É curioso notar que Josef Esser transcreve trecho de decisão do Tribunal Supremo alemão, de 2.2.1889, em que este reconhece claramente a impossibilidade de serem justificadas normas para todos os casos do mundo da vida: "No puede exigirse del legislador que exponga todos los principios generales en artículos de tal claridad, que de ellos puedan derivarse, por una simple deducción, las consecuencias aplicables a todos los casos especiales que caigan bajo los principios en cuestión. Además, no es tampoco misión del legislador sentar una norma especial para todos y cada uno de los supuestos concretos que la vida va presentando". Por esse raciocínio, estaria justificada uma atividade judicial que compreendesse os princípios não positivados expressamente nas leis e os aplicasse a casos a que a lei não menciona

adequabilidade, na medida em que se descreve completamente a situação e a norma aplicada é coerente com todas as outras normas e variações semânticas aplicáveis nessa situação).⁴⁸⁸ O requerimento de que uma norma seja aplicada somente sob a consideração de todas as circunstâncias é válido para toda norma em virtude do princípio de aplicação imparcial. Aliás, quando Alexy verifica a possibilidade de exceção tácita a uma regra, em decorrência do afastamento do princípio formal no caso, para Günther de novo fica patente que a diferença entre regra e princípio é um problema da aplicação, e não da estrutura da norma.

Günther, assim como Habermas, quer abandonar a caracterização de princípios como mandamentos de otimização, em que o tipo de aplicação segue da estrutura da própria norma, e não de procedimentos que são válidos para todas as normas. E também aponta que a confusão entre valor e norma, na ponderação, faz com que os critérios de julgamento do grau de importância dos valores em conflito sigam da ordem de prioridade em cada caso. Ora, para uma teoria procedimental de justificação e aplicação, valores são interpretações de necessidades coletivas sempre criticáveis.⁴⁸⁹ Isso não exclui, entretanto, que uma norma, tomada sozinha, possa ser excepcionalmente aplicada de uma maneira tal que todas as demais circunstâncias fáticas e normativas de uma situação sejam desconsideradas. Pode ser que deliberações de adequabilidade se encontrem restringidas institucionalmente (pelo legislador político, por exemplo): esse seria o caso da aplicação de uma regra jurídica específica. Como isso viola o princípio da imparcialidade, exige uma justificação adicional, apesar de que, em sociedades complexas, esse é provavelmente um desenvolvimento inevitável, ou seja, a existência de normas que parecem ser “determinações” definitivas no nível das possibilidades⁴⁹⁰.

Relacionando a distinção entre regra e princípio não à estrutura das normas (como Alexy), mas às pressuposições da ação sobre que normas são aplicadas, à maneira de Searle, Günther afirma que o caráter seletivo de uma norma tipo regra é o de um programa condicional - componente SE. Este estabelece uma conexão condicional

expressamente, mas que vêm dados pela vida e caem sob aqueles princípios. ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução espanhola de E. Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961, p. 05-06.

⁴⁸⁸ GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Tradução americana de John Farrell. New York: State University of New York, 1993, p. 211.

⁴⁸⁹ *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Tradução americana de John Farrell. New York: State University of New York, 1993, p. 219.

⁴⁹⁰ GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Tradução americana de John Farrell. New York: State University of New York, 1993, p. 217.

de pressuposição e conseqüência, em que somente as circunstâncias fixadas na pressuposição contam. No procedimento de aplicação das regras, nem todas as circunstâncias de uma situação são relevantes, mas somente aquelas que pertencem à extensão semântica do componente SE. Por outro lado, é o caso de aplicação de normas como princípios quando se entra em um procedimento argumentativo que obriga a considerar todas as circunstâncias de uma situação e a pesar todos os pontos de vistas normativos relevantes. Nesse contexto, a convencionalização artificial de normas legais como regras positivadas (ou seja, porque contextos situacionais devem ser desconsiderados quando se aplicam normas como regras) tem como exemplo o da legislatura política, que elabora uma deliberação antecipada de adequabilidade da norma, desde que isso seja moralmente justificado (desde que o procedimento corresponda às regras do discurso prático).

A preocupação de Günther ainda se prende à defesa de sua tese mais geral: a distinção entre discurso de justificação e discurso de aplicação de normas. Desde que o discurso de justificação se limita a testar a validade universal das normas, o critério de aplicação adequada relaciona o significado do princípio da universalização (idéia de imparcialidade) à situação de aplicação.⁴⁹¹ Esta deve ser considerada em todas as suas circunstâncias, se se pretende manter o significado da imparcialidade na aplicação das normas. A imparcialidade exige trazer à luz interpretações diferentes e em competição e exigências normativas diversas, as quais não podem ser excluídas pela aplicação de uma norma particular. Günther chama de aplicação prudente de normas convencionais, a violar o princípio da imparcialidade, aquela que, em uma situação, aceita como válidos somente os pontos de vista que pertencem ao conteúdo semântico de uma norma singular.⁴⁹² Já o sentido pós-convencional de imparcialidade implica uma relativização da norma como um ponto de vista normativo entre outros, que tem que ser trazido para uma relação com todas as outras circunstâncias, o que é possível porque no nível pós-convencional se separam validade e adequabilidade situacional.

Dessa maneira, discursos de aplicação são pluralistas e sempre se referem a normas *prima facie*. É justamente a relativização das normas, como exigência do

⁴⁹¹ GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Tradução americana de John Farrell. New York: State University of New York, 1993, p. 68.

⁴⁹² GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Tradução americana de John Farrell. New York: State University of New York, 1993, p. 69.

discurso de aplicação imparcial, que conduz ao caráter *prima facie*. A aplicação imparcial relaciona uma norma justificada universalmente a contextos modificados e exaure todas as suas variações semânticas, bem como as variações semânticas das demais normas *prima facie* aplicáveis. O que se pode dizer, a par da proposição de que nenhuma norma pode regular todos os casos de sua própria aplicação, é que “os princípios se diferenciam das regras pela *indeterminação maior quanto às condições de sua aplicação*, indeterminação ligada ao fato de não se poder estabelecer um escalonamento entre eles”.⁴⁹³ De todo modo, repita-se que a indeterminação não é problema relacionado à estrutura da norma; é simplesmente uma circunscrição do procedimento de aplicação imparcial.

4.2.4. A teoria dos princípios reafirmada

As respostas de Alexy a Günther e Habermas não são suficientes, apesar de terem servido para o esclarecimento de muitos pontos importantes relativos à ponderação. Alexy reconhece que de fato as três principais teses de sua teoria dos princípios são: a tese da otimização, a lei da colisão e a lei da ponderação. O Professor de Kiel anui com a tese de Günther segundo a qual a exigência de que a aplicação de uma norma deve levar em conta todas as possibilidades fáticas jurídicas da situação se dirige a qualquer norma. Mas diz que a consideração de todas as circunstâncias é diferente de otimizar, pois considerar todas as circunstâncias também é possível usando norma que só pode ser atendida ou não, enquanto a otimização requer que se seja capaz de aderir a uma norma em maior ou menor medida:

“enquanto otimização implica a consideração de todas as circunstâncias, a consideração de todas as circunstâncias não implica otimização”.⁴⁹⁴ Alexy aduz ainda que só uma teoria dos princípios (talvez queira dizer: a sua teoria dos princípios) explica porque uma norma, afastada em uma ponderação, não é nem violada nem considerada parcial

⁴⁹³ GALUPPO, Marcelo. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 36, n. 143, jul./set. 1999, p. 203. Na p. 195, do mesmo artigo, o autor define os princípios, de maneira exemplar, como “normas cujas condições de aplicação não são pré-determinadas”.

⁴⁹⁴ ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*. Oxford: Malden: Blackwell, v. 13, n. 3, set. 2000, p. 299: “while optimization implies the consideration of all circumstances, the consideration of all circumstances does not imply optimization”.

ou totalmente inválida, e que há necessidade da idéia de otimização para compreender a dimensão de peso de uma norma no caso, em contraste com sua validade.

Examinando criticamente essa resposta, antes de qualquer coisa deve-se chamar a atenção para o fato de que Alexy parece ter lido mal a Günther, quando diz que para este a separação dos poderes e o Estado de direito requerem que as decisões do legislador sejam tratadas como regras e que as exceções sejam admitidas somente em casos específico. O contrário é justamente o correto. Mesmo reconhecendo ser inevitável o caso do legislador deliberando antecipadamente sobre a adequabilidade das normas que produz, em sociedades complexas como as atuais, Günther diz que isso sim necessita de justificação adicional.

Mas o que importa anotar aqui é que o conceito de adequação parece expressar bem as tarefas para as quais se dirige uma teoria dos princípios. Na verdade, a teoria do discurso de Habermas e Günther também sustenta uma teoria dos princípios, embora conceba estes de uma maneira diferente. Na teoria destes dois últimos, uma norma não é nem violada nem parcial ou totalmente inválida, quando mantida à parte no caso. Nesse caso, a norma mantida à parte é considerada não adequada para resolver o caso e, portanto, deixa de ser a ele aplicada. O fato de haver uma norma válida *prima facie* aplicável não implica sua efetiva aplicação ao caso, pois isso depende de um discurso específico cuja regra própria é a regra da coerência normativa. A chamada dimensão do peso se resolve no conceito de adequabilidade, uma vez consideradas todas as circunstâncias da situação e resolvido o conflito normativo que inevitavelmente surge nos casos controversos.

Entrementes, se a expressão “na maior medida possível” conduz à obrigação de encontrar uma resposta normativamente correta, isso não é negado pela teoria de Habermas e Günther. Pelo contrário, pela teoria destes encontra-se uma resposta normativamente correta para um problema prático, na medida em que se justifica a norma adequada a reger a situação. Aliás, a teoria realça o duplo sentido da correção moral de uma ação: “nós denominamos uma ação de correta porque ela é o resultado da aplicação correta (adequada) da norma correta (válida)”.⁴⁹⁵ E se a expressão pretende manter o caráter objetivo dos direitos fundamentais, que continuam valendo como

⁴⁹⁵ GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Tradução americana de John Farrell. New York: State University of New York, 1993, p. 53: “we call an action right because it is the result of the right (appropriate) application of the right (valid) norm”.

obrigações, independentemente de sua exigibilidade como direitos subjetivos, deve-se dizer que toda e qualquer norma é *prima facie* obrigatória e válida para qualquer situação, na teoria de Günther. Agora, se a expressão “na maior medida possível” serve para tornar possível a própria idéia de ponderação, considerada indispensável para confrontar e resolver interesses e determinações contrapostos, o criticismo normativo de Günther assume plenamente a concorrência entre as normas, indicando uma regra de argumentação para o discurso de aplicação que deve solucionar o conflito normativo surgido pela consideração de todas as circunstâncias da situação.

No fundo, a resposta de Alexy não tem força para invalidar a crítica à tese da otimização. Mesmo a nova distinção entre comandos a serem otimizados e comandos de otimização mantém ainda a idéia de *aplicação gradual dos princípios*. É que de acordo com essa distinção, os princípios são comandos a serem otimizados, são os objetos da ponderação, podendo ser denominados de “o dever ideal”, ou simplesmente “ideais”. Para Alexy, um dever ideal é algo que é para ser otimizado e, dessa maneira, ser transformado em um dever real. Sendo assim, os princípios pressupõem um outro comando: o de que sejam realizados na maior medida possível. Aquilo que assim ordena, o comando de otimização, tem a natureza de uma regra. Os comandos de otimização se encontram em um meta-nível e impõem a obrigação de que sua questão objeto, os comandos a serem otimizados, sejam realizados na maior medida possível. Como comandos de otimização, eles próprios não são para serem otimizados, mas para serem preenchidos pela otimização.⁴⁹⁶

De todo modo, não se pode acusar Alexy de estabelecer uma hierarquia inflexível entre os princípios, apesar da confusão causada pela idéia da aplicação gradual. A relação de precedência condicionada pode ser entendida como a expressão conceitual do resultado de um procedimento discursivo de aplicação de normas em um caso controverso. Se um princípio precede a outro, isso somente se dá no caso específico, de acordo com as suas circunstâncias. Na teoria do discurso de aplicação de Günther, isso é entendido como a justificação da norma adequada para resolver o caso, uma vez consideradas todas as circunstâncias da situação e resolvido o inevitável conflito normativo com o auxílio da regra da coerência normativa.

Por sinal, nem mesmo a lei da colisão padece de qualquer ambigüidade,

⁴⁹⁶ ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*. Oxford: Malden: Blackwell, v. 13, n. 3, set. 2000, p. 300.

gozando, na verdade, da vantagem de especificar tecnicamente a formulação da norma adequada. Tanto a noção de relação de precedência condicionada quanto a lei de colisão podem ser entendidas passando-se ao largo de qualquer idéia de gradualidade na aplicação de normas. Esses conceitos evidenciam que o que ocorre em um discurso de aplicação de normas é a aplicação do princípio considerado precedente, não sua aplicação em maior ou menor medida. Aliás, a lei de colisão dá forma à regra de decisão (ou norma adequada, para Günther) de uma maneira excepcionalmente clara para a teoria da aplicação de normas.

A lei da ponderação é que se mantém no centro da confusão entre normas e valores. Ela encerra uma autocompreensão equivocada do procedimento metodológico efetivamente construído. O procedimento pretende ter uma natureza discursiva, em que se processa o jogo dos argumentos a favor e contra para a justificação do ponto de vista normativo adequado a resolver o problema.⁴⁹⁷ Se for assim, não se trata de aplicar *mais ou menos* uma norma, no sentido gradual. Antes, cuida-se de aplicar certa disposição normativa, justificada a partir da interpretação de todas as circunstâncias fáticas e de todos os pontos de vista normativos possíveis de serem relacionados ao caso. Nesse contexto, as normas são relativizadas quanto ao seu modo de aplicação, passando a ser consideradas aplicáveis apenas *prima facie*. Porém, após a justificação da norma adequada, sua aplicação é total, por assim dizer. Sua exigência tem de ser integralmente satisfeita, de acordo com o sentido deontológico dos mandamentos, que é o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal.⁴⁹⁸

Por outro lado, não se pode desconhecer que Alexy é defensor de uma teoria dos

⁴⁹⁷ Cf. ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*. Oxford: Malden: Blackwell, v. 16, n. 2, jun. 2003, p. 131-140, em que o autor se esforça para demonstrar que a ponderação não é uma alternativa à argumentação, mas uma forma indispensável do discurso prático racional. Não obstante, Alexy logo retorna à idéia de aplicação gradual dos direitos, ao referir o conceito de “graus de interferência” nos direitos contrapostos, especificando que eles podem ser classificados como: “leve”, “moderado” e “grave”. Esses conceitos são desenvolvidos em outros dois textos do autor. ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*. Oxford: Malden: Blackwell, v. 16, n. 4, dez. 2003, p. 433-439: _____. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, ano 22, n. 66, set./dez. 2002, p. 13-64. Estabelecidos os graus de interferência, cujos exemplos são coletados das valorações já feitas ao longo do tempo pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, Alexy acredita que a fórmula da ponderação pode funcionar e produzir um resultado racional. Mas ao assim concluir, o problema sequer é escamoteado pelo autor. Com efeito, o que mais importa para a produção de um resultado racional é exatamente a justificação discursiva das prioridades, tendo em vista as circunstâncias do caso. Um resultado racional parece não ser possível quando tudo aquilo que requer justificação (atribuição de preferências aos princípios) já é tomado como válido, de saída.

⁴⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 316.

princípios com prioridades meramente *prima facie*. Essa idéia tem até grande utilidade, quando se compreende que a teoria apenas reconhece uma carga argumentativa em favor de determinados princípios, de acordo com a estrutura normativa de um sistema constitucional específico. Os diferentes direitos fundamentais do sistema constitucional brasileiro, por exemplo, apresentam as mais variadas estruturas normativas. Uma coisa é argumentar com base no princípio da igualdade de todos perante a lei (artigo 5º, *caput*, da Constituição de 1988) e outra bem distinta é argumentar com base na norma que estabelece a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (artigo 37, inciso VIII, da mesma Constituição de 1988). No caso de haver alegação de tratamento desigual, transparece no caso a prioridade da norma de reserva. Esta prioridade *em tese* decorre da estrutura mesma da norma, que especifica com maior detalhamento suas condições de aplicação. No caso, o legislador constituinte outorgou à norma da reserva uma carga argumentativa mais elevada, o que não quer dizer que lhe outorgou caráter de definitividade em todo e qualquer caso problemático que surja na linha do tempo.

A teoria dos princípios resolve adequadamente o problema da aplicação racional dos direitos fundamentais. Os princípios podem ser considerados normas cujas condições de aplicação não são pré-determinadas. Já as regras são normas cujas condições de aplicação são pré-determinadas, havendo, na verdade, uma deliberação antecipada quanto às suas condições de aplicação. Os princípios são razões *prima facie*; as regras, razões definitivas, ainda que possam se submeter às mesmas exigências do discurso de aplicação. São razões definitivas para um juízo normativo particular, que sustenta uma decisão. Todas as normas implicam discursos de aplicação, pois mesmos as regras podem ser afastadas se o princípio que as sustenta não for considerado o adequado/precedente, em razão das circunstâncias da situação (caso) completamente descrita.

Para encerrar esta seção, cumpre apenas referir que se os princípios são normas aplicáveis apenas *prima facie*, então é possível conceber o ordenamento jurídico como um sistema de normas que estão sempre disputando entre si para reger os casos concretos. É o que defende Klaus Günther, para quem o caráter de princípio das normas jurídicas implica uma concepção do direito como sistema de normas aplicáveis *prima facie* a uma diversidade de situações possíveis, que concorrem no momento de

aplicação a reger um caso concreto.⁴⁹⁹ No sistema jurídico em que normas concorrem para resolver um problema, somente a determinação inequívoca da referência situacional torna possível identificar a norma correta a ser aplicada, conforme foi estudado. Para o que aqui mais importa, é possível, de acordo com essa observação, tomar o sistema de direitos fundamentais como um sistema de princípios.

Se isso é correto, a aplicação imparcial dos direitos fundamentais reafirma seus contornos bastante complexos, requerendo um procedimento em que todas as características de uma situação são consideradas. E a descrição completa de um caso concreto exige uma interpretação coerente de todas as normas válidas que são *prima facie* aplicáveis. Convém repetir: “Somente é possível a identificação de uma norma que é *adequada* a uma situação se os participantes *esgotaram* todas as normas *prima facie* aplicáveis, com respeito a uma descrição completa da situação”.⁵⁰⁰ Ao realizar esse procedimento, ao mesmo tempo se está pressupondo que todas as normas válidas constituem, em última instância, um sistema ideal coerente que dá a cada caso exatamente uma resposta correta. Assumir essa noção complexa de imparcialidade, no discurso de aplicação, obriga levar em conta todas as normas *prima facie* aplicáveis ao caso, e de acordo com as suas exigências descrever o mais completamente possível a situação de aplicação, a fim de encontrar a norma que, resolvendo o caso, não deixa qualquer vestígio de injustiça. Isso torna possível pensar na abertura do sistema de direitos fundamentais a novas experiências históricas e a novas alegações, a fim de que sua substância normativa possa ser atualizada.

Essa noção complexa de imparcialidade exige não mais considerar o direito como um “ordenamento de *per se* racional, harmônico e sistemático de regras claras e distintas ou como um ordenamento de regras previamente racionalizado, harmonizado, sistematizado e integralizado pelos juristas em sua doutrina de operar”.⁵⁰¹ Não se pode mais reduzir a estrutura da norma jurídica à estrutura das regras, sob pena de os direitos não serem tomados a sério, em toda a sua extensão e importância. Decidir um caso argumentando apenas a partir de um único princípio é operar o sistema de direitos

⁴⁹⁹ GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Tradução americana de John Farrell. New York: State University of New York, 1993, p. 207 e ss.

⁵⁰⁰ GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 6, 2000, p. 92.

⁵⁰¹ CARVALHO NETO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, v. 3, maio 1999, p. 484.

fundamentais sob o ponto de vista de paradigmas ultrapassados, que não conseguem mais dar conta das exigências relativas à garantia simultânea da certeza e da correção da decisão judicial. Todo o sistema de direitos deve ser aplicado para resolver a situação, como sistema idealmente coerente, que assume uma ordem transitiva em face do caso, fornecendo a resposta correta. Essa é a exigência maior da própria regra da coerência normativa, a implicar o recurso a princípios que justifiquem o sistema de direitos como um todo.

Esse último postulado, por certo, assemelha-se à exigência presente na teoria do direito como integridade, segundo a qual os juízes devem admitir que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo. A exigência é uma condição para afirmar a racionalidade da jurisdição. Um pressuposto idealizado para que se torne possível um processo correto de aplicação do direito, na perspectiva de uma ciência reconstrutiva. As exigências normativas da teoria dos princípios constituem os pressupostos inevitavelmente assumidos por uma prática jurídica efetiva que pretende fundamentar racionalmente as decisões tomadas, a fim de que possam ser decisões consideradas normativamente corretas. Disso resulta que o sistema de direitos está organizado a partir de princípios – até moralmente fundamentados - que podem ser aplicados aos casos controversos.

4.3. Duas decisões judiciais baseadas em princípios

Ao invés de inserir ilustrações jurisprudenciais, na medida em que se desenvolviam os argumentos da seção anterior, optou-se por destacar uma seção própria para testar o potencial descritivo da teoria dos princípios, bem como a exequibilidade das suas fortes exigências normativas. O que segue pretende ser uma confirmação da validade da teoria para o problema da aplicação dos direitos fundamentais. Para tanto, foram escolhidos dois casos judiciais que, segundo se acredita, apresentam decisões fundadas em princípios.

Em primeiro lugar, foi coletada uma decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com sede em Brasília — DF. Cuida-se de Apelação Cível nos

autos do processo de Ação Civil Pública n. 1999.01.00.068900-9/AC, em que figuraram como apelado o Ministério Público e como apelante uma construtora. Sucintamente, o caso versou sobre o pedido de nulidade da licitação e dos contratos para a construção das obras conhecidas como Canal da Maternidade e Estação de Tratamento de Água de Rio Branco, Capital do Estado do Acre, com recursos provenientes do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço — FGTS, geridos pela Caixa Econômica Federal - CEF. Na ação, o Ministério Público imputou ilegalidade ao procedimento licitatório e aos contratos já assinados entre o Estado do Acre e a construtora que venceu a licitação. Alegou ainda superfaturamento no valor das obras. Além da declaração de nulidade da licitação e dos respectivos contratos, o Ministério Público pediu que a CEF fosse condenada a assegurar as linhas de financiamento das obras, a fim de que estas fossem efetivamente realizadas, mediante realização de nova licitação e elaboração de novos contratos com respeito à lei. Ocorre que, àquela altura, com a notícia de ilegalidade e superfaturamento do valor das obras, a CEF houve por denunciar em juízo o contrato de financiamento que havia mantido com o Estado do Acre.

No provimento de mérito de primeiro grau, o pedido foi quase que integralmente acolhido, declarando-se nula a licitação, bem como os contratos firmados entre o Estado do Acre e a empreiteira. Condenou-se ainda a CEF a financiar as obras com recursos oriundos do FGTS, não obstante a denúncia em juízo do anterior contrato de financiamento. Já o Estado do Acre foi condenado a realizar as obras, com recursos oriundos do FGTS via CEF, desde que realizada nova licitação e assinados novos contratos com a estrita observância da legislação vigente. O argumento usado para fundamentar a ordem de manter o financiamento e de realização efetiva das obras teve como base o princípio do direito à saúde, que impõe ao Estado o dever de garanti-lo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (artigo 196 da Constituição de 1988). Contra a decisão de primeira instância foi apresentado recurso, no qual a empreiteira alegou toda a matéria de direito discutida em primeiro grau, importando, neste momento, os argumentos que serviram para fundamentar a ordem judicial de financiamento e de realização efetiva obras pelo Poder Público.

Repisando os aspectos mais relevantes da situação, o julgamento do recurso pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região manteve a sentença de primeiro grau, cabendo

destacar os seguintes trechos da ementa do acórdão elaborado pela Desembargadora Federal Assusete Magalhães, relatora da apelação:

II — Objetiva o Ministério Público defender, por meio do presente ação, o interesse público e social contra alegados abusos e ilegalidades cometidos na contratação de serviços (sic), remunerados com dinheiro público — inclusive com financiamento gerado por recursos originários do FGTS cuja gestão cabe à União Federal, com o concurso da (2FF agente operadora de sua aplicação — daí resultando prejuízos à saúde pública, com a não realização de obras de saneamento básico necessárias à preservação da saúde da coletividade...

...

V— O direito à saúde — de que tratam os arts. 6º e 196 da CF/88 e que tem, como fator determinante o saneamento básico, dentre outros, cabendo ao Estado prover as condições indispensáveis ao pleno exercício daquele direito (arts. 2º e 30 da Lei n. 8.080/90) — não pode ser suprimido da apreciação judicial, de vez que de nada adiantaria estar previsto no ordenamento jurídico, se não pudesse ser exercido, e, ademais, **in casu**, a necessidade e até mesmo a prioridade das obras referentes ao Canal da Maternidade e à estação de tratamento de água de Rio Branco / AC já foram objeto de chancela do Poder Público, através das várias instituições envolvidas, que, assim, já exerceram o seu poder discricionário, inclusive com a determinação de liberação de verbas para a realização das obras.⁵⁰²

Sob determinada ótica positivista, o caso poderia ter sido resolvido com a aplicação imediata e unilateral do princípio constitucional que outorga ao Poder Executivo “o gozo de total liberdade e discricionariedade para eleger as obras prioritárias a serem realizadas, ditando a oportunidade e conveniência desta ou daquela obra, não sendo dado ao Poder Judiciário obrigá-lo a dar prioridade a determinada tarefa do Poder Público”.⁵⁰³ A aplicação de tal princípio, que deita raízes no princípio da separação e independência dos poderes do Estado, levaria à reforma da decisão de

⁵⁰² Tribunal Regional da 1ª Região, Apelação Cível n. 1999.01.00.068900-9/AC, 2ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Assusete Magalhães, *DJ* de 14.06.2000, p. 39. O acórdão, com o voto integral da Senhora Relatora, também se encontra disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.trf1.gov.br>. Atualmente, havendo transitado em julgado a decisão do Tribunal Regional da 1ª Região que manteve a sentença de primeiro grau, o processo está em fase de execução voluntária. Uma das obras (Canal da Maternidade) já foi totalmente concluída, tendo sido inaugurada no ano de 2002.

⁵⁰³ Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, AGA n. 138901/GO, Relator Ministro José Delgado, *DJ* de 17.11.1997, p. 59456.

primeira instância. Se assim tivesse decidido, sem considerar todas as circunstâncias relevantes da situação, o Tribunal teria aplicado um princípio como regra, descurando-se da concorrência de outros princípios, ou seja, de outras normas *prima facie* à situação.

Sob a outra perspectiva própria do positivismo, entendendo-se que o caso se situa em uma zona de incerteza causada pela imprecisão das regras jurídicas, o juiz estaria liberado para decidir livremente, exercendo discricionariamente sua competência judicante. Nessa hipótese, tanto poderia decidir pelo acolhimento do pedido quanto por sua rejeição, o que por si só já estaria a evidenciar o caráter irracional da decisão assim tomada. De fato, o resultado assim obtido não poderia ser qualificado de racional porque não teria sido fruto de um procedimento imparcial de aplicação de normas, mas produto do bom juízo do magistrado acerca do que é melhor.

A partir do momento em que se adota o procedimento de aplicação do direito elaborado pela teoria dos princípios, torna-se incontornável levar em conta todas as normas *prima facie* aplicáveis ao caso, bem como todas as circunstâncias relevantes da situação. Assim considerando, a situação de aplicação passa a ser exaustivamente descrita mediante a incidência de toda e qualquer norma *prima facie* aplicável. É claro que no sistema jurídico vale plenamente o princípio segundo o qual a Administração Pública tem o poder discricionário de eleger as obras prioritárias que deve realizar. No entanto, também vale o princípio segundo o qual o Estado deve garantir o direito à saúde dos cidadãos, inclusive através de atividades materiais, como a execução de obras. Ora, de acordo com o julgado, a referência situacional do caso revelou que já havia manifestação formal da Administração Pública no sentido de que as obras eram convenientes e necessárias para garantir o direito à saúde. De modo que havia uma circunstância presente no caso, quando descrito completamente, que evidenciava a inadequação do princípio da discricionariedade da Administração Pública para resolvê-lo. Como continuar afirmando que a Administração Pública possui discricionariedade para eleger as obras que pretende executar se, no caso, as obras já haviam sido livremente consideradas pelas instâncias administrativas como convenientes e necessárias?

É interessante observar que o direito à saúde (artigo 196 da Constituição de 1988) integra o elenco dos direitos à prestação. Mas mesmo a questão dos direitos

sociais definitivos do indivíduo pode ser tomada como uma questão de princípio. “Por um lado se encontra, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Por outro, encontram-se os princípios formais da competência de decisão do legislador democraticamente legitimado e o princípio da divisão de poderes, assim como também princípios materiais que, sobretudo, referem-se à liberdade jurídica de outros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e bens coletivos”.⁵⁰⁴ Sendo os direitos fundamentais sociais também uma questão de princípio, isso quer dizer que eles podem apresentar mais força que o princípio da competência orçamentária do legislador, se o caso fornecer razões suficientes. O que deve sempre ser afirmado é a necessidade de justificar o princípio adequado, através de uma estrutura argumentativa racional, na forma proposta pela teoria dos princípios.

A norma adequada para reger o caso foi aquela cujo conteúdo ordena ao Estado (Poder Executivo) financiar e realizar obras de saneamento já reconhecidas pelas próprias instâncias administrativas competentes como prioritárias e necessárias para a garantia de um direito fundamental, ainda que de um direito fundamental social se trate, como é o caso do direito à saúde. Essa a regra de decisão que se encontra implicitamente formulada no julgado parcialmente transcrito e que se sustenta por boas razões, pois de fato é a única que, aplicada ao caso, não deixa qualquer vestígio de injustiça. Tal regra é o resultado de uma relação de precedência condicionada fundamentada racionalmente nos fatos da questão, pois são indicadas as condições sob as quais um princípio precede a outro. Segundo a regra, um direito fundamental social se considera violado quando não são realizadas obras de saneamento já consideradas livremente pelo Poder Público como prioritárias e necessárias à proteção da saúde das pessoas. Sendo assim, o Poder Público pôde corretamente ser constrangido pela via judicial a financiar e realizar as obras.

Outras situações em que muito facilmente surgem questões de princípio, a demandar o recurso ao procedimento de aplicação elaborado pela teoria dos princípios, são aquelas envolvendo a liberdade de informação e comunicação e a proteção de certos interesses considerados especiais, igualmente protegidos desde o ponto de vista constitucional. Para não repetir o clássico exemplo da liberdade de informação que se choca com o direito à intimidade, é interessante apresentar outro caso concreto decidido

⁵⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 494.

no âmbito do Poder Judiciário Federal. Cuida-se agora de questão relacionada à proteção especial outorgada à criança e ao adolescente (artigo 227 da Constituição de 1988), a exigir que sejam devidamente observados determinados critérios na organização da grade de programação das emissoras de rádio e televisão. A formação e o bem estar das crianças e adolescentes foram priorizados pela Constituição de 1988, em seu artigo 227, com o reforço do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal n. 8.069/90), artigo 75, o qual prescreve que *toda criança ou adolescente terá acesso a diversões e espetáculos públicos classificados como adequados à sua faixa etária*.

Em face dessa proteção constitucional e legal das crianças e adolescentes, o problema que surge diz respeito ao estabelecimento de regras classificatórias obrigatórias para os programas televisivos, com a vedação taxativa de suas exibições em horários diversos daqueles para os quais são considerados adequados. Desde já, não se pode deixar de mencionar que a própria Constituição de 1988, mediante o seu artigo 221, incisos I e IV, ordena ao Estado que proteja os valores éticos e sociais da pessoa e da família e que seja outorgada preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, na produção e programação das emissoras de rádio e televisão. Ainda, é necessário aduzir que o Poder Público (União) tem competência constitucional para classificar as diversões públicas e dos programas de rádio e televisão (artigo 21 da Constituição de 1988). Não obstante, as emissoras de televisão veiculam programas em horários considerados inadequados, no Estado do Acre, em face do fuso horário distinto. Como a programação das grandes redes de televisão é simultânea em todo território nacional, um programa A que é transmitido às 22 horas no Centro-Sul do país é veiculado às 20 horas no Acre. Nos períodos em que vigora o horário de verão, o programa A passa a ser veiculado às 19 horas, no Acre.

Não obstante esse descompasso, bem como o reconhecimento da inadequação do horário de veiculação, as emissoras de televisão levantaram o argumento da censura, para o caso de se verem compelidas a ajustar suas grades locais de programação, a fim de serem observadas as regras classificatórias devidamente cumpridas por elas no Centro-Sul do país. Tendo em vista essa situação, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública por meio da qual pediu fosse determinado às emissoras de televisão o ajustamento de sua programação diária no Estado do Acre, com a observância compulsória das regras classificatórias expedidas pelo Ministério da Justiça, já

observadas, repita-se, no Centro-Sul do país.⁵⁰⁵ Como antecipado, a resposta das emissoras teve como base central o argumento de que a censura prévia está proibida pelo ordenamento jurídico. Por isso, não poderiam ser obrigadas a transmitir seus programas em horários compulsoriamente fixados pelo Poder Público.

Na sentença proferida em primeiro grau, a Justiça Federal do Acre declarou que a fixação de horário certo para a veiculação de determinadas obras intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação, bem assim a observância compulsória pelas emissoras de televisão das regras classificatórias dos programas que visam à proteção das crianças e adolescentes, não significam censura. O termo censura foi definido como um impedimento à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. Foi dito que a observância compulsória das regras classificatórias não implica censura porque não resulta no impedimento ao exercício de qualquer dos direitos, pois a fixação de horários próprios à veiculação de certos conteúdos protege os valores éticos e sociais da família e da pessoa, especialmente da pessoa em formação, sem obstar que o programa televisivo seja integral e efetivamente exibido. A estipulação de faixa de horário apropriada não está a impedir a criação, produção e exibição de qualquer programa televisivo.

Se a norma relativa à proibição de toda e qualquer forma de censura,⁵⁰⁶ amplamente justificada, tivesse sido tomada como uma norma fechada, que deve ser inapelavelmente aplicada na medida em que seu programa condicional (sua extensão semântica) se relaciona com as circunstâncias da situação concreta, a decisão do caso teria sido alcançada por meio de uma inferência lógica, ou mera dedução. Nessa hipótese, não teriam sido tematizadas as diferentes interpretações da situação, bem como não teriam sido comparados todos os interesses concorrentes e conflitantes e todas as expectativas normativas correspondentes relacionáveis ao caso. Quando, porém, passou-se a considerar todas as exigências normativas relacionadas ao caso, emergiu como norma adequada aquela segundo a qual determinados programas de televisão, de acordo com seus conteúdos, devem ser exibidos apenas em horários apropriados, em razão da proteção especial conferida às crianças. Acredita-se que assim

⁵⁰⁵ Justiça Federal da 1ª Região – Seção Judiciária do Acre, 1ª Vara. Processo de Ação Civil Pública n. 2003.30.00.002600-0.

⁵⁰⁶ Prescreve o artigo 220, § 2º, da Constituição de 1988, que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

a decisão acaba por encaixar-se no sistema de direitos como um todo, coerentemente reconstruído com o auxílio de princípios devidamente justificados.

A sentença proferida no processo em exame externou uma analogia, com a finalidade de tornar convincente a conclusão a que chegou. A imagem pode ser resumida na forma que segue. Determinado artista plástico, invocando o direito de livremente expressar e desenvolver sua atividade, decidiu pintar um quadro em pleno cruzamento da Avenida Brasil com a Avenida Rebouças, na Capital paulista, ao meio dia de uma quarta-feira normal de trabalho. Resolveu, em seguida, fazer do lugar seu local permanente de trabalho, lá instalando telas, molduras, pincéis, tintas, rascunhos, estudos, cavaletes, espátulas etc. Mesmo de um ponto de vista quase inteiramente intuitivo, a decisão do artista não é correta, ainda que ele possa invocar em seu favor o direito à liberdade de expressão artística. Excepcionalmente, em face de um trabalho especial e temporário, algo do gênero poderia ser permitido. Mas não se concebe que a regulação do trânsito, que impede o artista de fazer do cruzamento seu local permanente de trabalho, implique algo como censura ou restrição indevida da liberdade de expressão artística. Ao artista é garantida a mais ampla liberdade para expressar-se, inclusive quanto aos locais e horários para desempenho de sua atividade, mas desde que respeitadas certas regras, especialmente em determinadas situações.

Na verdade, as regras de coordenação das liberdades não implicam restrição indevida da liberdade de expressão da atividade artística, muito menos censura, até porque a idéia de liberdade ordenada é própria do ideal político segundo o qual todos devem ser tratados com igual consideração e respeito. Abre-se um rápido parêntesis apenas para anotar que tudo isso vem demonstrar a forte conotação moral da idéia de coerência normativa. No fundo, a reconstrução do sistema de direitos implica a justificação de princípios, que podem eles próprios ser aplicados aos casos controversos.

Ofereceu-se ainda um argumento adicional para sustentar a decisão que ordenou a exibição do programa televisivo em horário compatível com o seu público-alvo. A emissora de televisão reconhecia ser o seu programa impróprio para crianças menores de certa idade e que por isso ele deveria ser exibido somente a partir de determinado horário. Não só reconhecia como efetivamente o exibia no horário adequado, em todas as regiões do país, menos no Acre. Sendo o programa transmitido simultaneamente em todo o território nacional, não era observado o horário do local de sua exibição, mas o

de sua geração. Sendo assim, restou patente o tratamento desigual dispensado pela emissora a pessoas da mesma nacionalidade e que gozam dos mesmos direitos constitucionais e legais. Desse modo, o direito geral de igualdade foi apresentado como um segundo argumento para a decisão que ordenou o ajustamento da grade de programação da emissora de televisão. Afinal, “é injustificável dar-se tratamento diferenciado a crianças e adolescentes domiciliados em diferentes estados da federação”.⁵⁰⁷

Ao final desta seção, importa apenas ratificar a tese de que a teoria dos princípios oferece instrumentos suficientes para afirmar a racionalidade da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, pois permite a tomada de uma decisão baseada na ordem jurídica vigente e de acordo com regras e princípios legítimos, desde o ponto de vista da moralidade. Na verdade, o próprio conceito de princípios leva à adoção de um procedimento de aplicação dos direitos no qual a justificação se processa por meio de um jogo de prós e contras. Na medida em que as normas de direito fundamental são aplicáveis apenas *prima facie*, o jogo permite o controle dos argumentos levantados no discurso de aplicação e a identificação da norma que aplicada ao caso o resolve corretamente. Sem dúvida que o modelo apresenta um caráter ideal, o que quer dizer que na atividade jurídica cotidiana as práticas podem ter que se realizar de maneira apenas aproximada. Mas isso não advoga em desfavor da teoria dos princípios, pois uma teoria normativa tem como valor justamente o fato de estruturar-se como base contrafactual para fazer valer e realizar processos de aprendizagem cada vez mais rigorosos.

4.4. Direitos fundamentais não enumerados de acordo com a teoria dos princípios

Em anterior trabalho de pesquisa acadêmica, deixou-se registrada a impressão de que a teoria dos princípios aparentava resolver o problema dos direitos fundamentais não enumerados, na medida em que oferecia os critérios mediante os quais poderia ser justificada a fundamentalidade de certas pretensões normativas, com base nos princípios

⁵⁰⁷ Trecho de decisão monocrática proferida pelo Senhor Desembargador Federal Fagundes de Deus, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento n. 2003.01.00.0385508-1/AC.

da dignidade, liberdade e igualdade.⁵⁰⁸ É claro que ali não se avançou além da própria afirmação intuitiva de que a teoria dos princípios seria competente para resolver a questão. Convém finalmente retomar aquela idéia intuitiva e, após tudo que foi examinado, verificar se de fato ela resiste a um exame mais acurado. A pergunta crucial e inevitável é a seguinte: a teoria dos princípios fornece algum critério geral para a justificação e aplicação dos direitos não enumerados expressamente no catálogo constitucional?

Como ponto de partida, é conveniente verificar que ao menos as exigências do discurso de aplicação dos direitos incidem nos casos controversos em que se discute a própria fundamentalidade das posições jurídicas envolvidas. Considere um primeiro exemplo. É comumente citada a decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre a parcial inconstitucionalidade da Emenda Constitucional e da Lei Complementar que criaram o Imposto Provisório sobre a Movimentação Financeira – IPMF⁵⁰⁹ como exemplo de decisão que adotou um conceito material de direitos fundamentais, reconhecendo a possibilidade de existência de direito fundamental que não se encontra diretamente expresso no catálogo do Título II da Constituição de 1988. No julgamento, o Supremo Tribunal considerou o princípio da anterioridade tributária, previsto no artigo 150, III, *b*, da Constituição de 1988, como uma “garantia individual do contribuinte”, fazendo ainda expressa referência à regra constitucional do artigo 5º, § 2º.

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal reiterou esse entendimento, em acórdão cuja ementa contém a afirmação de que “dentre as garantias constitucionais explícitas, e a constatação não exclui o reconhecimento de outras decorrentes do próprio sistema adotado, exsurge a de que somente à lei complementar cabe ‘a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculos e contribuintes’”.⁵¹⁰ Os argumentos revelam uma descrição ampliada da situação de aplicação, mediante a consideração de diversas normas *prima facie* aplicáveis. Há ainda a preocupação de justificar as próprias premissas usadas na decisão, ao afirmar, por exemplo, que o princípio da anterioridade tributária constitui garantia individual do contribuinte

⁵⁰⁸ PARDO, David Wilson de Abreu. *Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003, p. 159-160.

⁵⁰⁹ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939/DF, Relator Ministro Sydney Sanches, *DJ* de 18.03.94. Ementário v. 01737, p. 160.

⁵¹⁰ STF, Recurso Extraordinário n. 172058-1/SC, Relator Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 13.10.95.

excluída da disponibilidade do legislador constituinte derivado. A ser assim, a garantia da anterioridade tributária foi equiparada aos demais direitos individuais, no que diz respeito a sua inclusão no rol daqueles protegidos pelas cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, IV, da Constituição de 1988).

Não obstante, e abstraindo ainda o fato de não ser esse um caso exemplar de direito fundamental não enumerado, a questão principal continua sendo a de saber como justificar de maneira satisfatória a conclusão sobre a fundamentalidade da posição jurídica envolvida no julgamento. Para efeito de examinar se a teoria dos princípios pode fornecer algum critério geral para dar conta desse problema, é importante começar tornando clara uma idéia assumida pelo Tribunal, nos referidos julgamentos. Cuida-se da especial relevância imputada ao objeto regulado pelas normas constitucionais instituidoras das limitações do poder de tributar. Em razão do especial valor a elas conferido é que as normas jurídicas podem passar a ser consideradas normas portadoras de fundamentalidade. Recorde-se que a fundamentalidade material dos direitos fundamentais tem a ver exatamente com a importância e legitimidade do seu conteúdo. O que quer dizer que a fundamentalidade material diz respeito aos objetos de regulação das normas jurídicas fundamentais; por meio delas, são tomadas as decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.⁵¹¹

Ora, é defensável a tese de que a relação contribuinte/Estado se insere no âmbito da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, entendida como a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social.⁵¹² O sistema de cooperação social impõe deveres e direitos, devendo ser estruturado de modo que a distribuição resultante seja justa. Necessário então submeter o processo econômico e social ao contexto de instituições políticas e jurídicas adequadas, sob pena de não se alcançar um processo distributivo justo. Rawls aponta como uma dessas instituições políticas e jurídicas adequadas “um sistema de tributação que tem o intuito de arrecadar a receita exigida pela justiça. (razão pela qual) a carga tributária deve ser partilhada de forma justa e esse setor tem por objetivo criar organizações justas”.⁵¹³ De maneira que o

⁵¹¹ Cf. Capítulo 1, seção 1.1.

⁵¹² A referência, por certo, é a RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 07-08.

⁵¹³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 307.

sistema de tributação pode ser considerado uma instituição política e jurídica própria à estrutura básica da sociedade. Não é por outro motivo que Delamar Dutra aponta as questões relativas ao direito tributário como questões essencialmente morais, para cujo tratamento deve haver a consideração do interesse simétrico de todos os envolvidos.⁵¹⁴

Entretantes, a fundamentalidade da relação contribuinte/Estado também se evidencia em virtude da grave intervenção que o exercício do poder de tributar realiza na esfera patrimonial do indivíduo. É que a propriedade é um direito fundamental expressamente garantido na Constituição de 1988 (artigo 5º, inciso XXII). Não seria correto se essa intervenção se processasse sem balizas certas, a delimitar o campo de atuação estatal de maneira objetiva. Também nesse sentido, as limitações do poder de tributar, especialmente aquelas previstas no artigo 150 da Constituição de 1988, constituem garantias fundamentais dos indivíduos. Elas configuram o procedimento que deve ser observado pelo Estado para intervir nos bens das pessoas. A não observância estrita desses preceitos implica, portanto, violação do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da Constituição de 1988), princípio basilar do Estado de direito.

Observe que na segunda das decisões acima mencionadas, o Supremo Tribunal apresenta como fórmula inicial de seu acórdão a afirmação de que “no embate diário Estado/Contribuinte, a Carta Política da República exsurge com insusplantável valia, no que, em prol do segundo, impõe parâmetros a serem respeitados pelo primeiro”, a indicar a natureza protetora das limitações do poder de tributar. No caso, a proteção dos bens e da liberdade dos indivíduos. Em outro julgado, o Supremo Tribunal Federal relacionou esse caráter restritivo dos princípios constitucionais tributários, próprio de quando se adota a perspectiva do Estado, à sua configuração como direitos fundamentais, próprio do ponto de vista dos contribuintes. Disse um dos Ministros do Tribunal que “os princípios constitucionais tributários, assim, sobre representarem importante conquista político-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos individuais outorgados aos particulares pelo ordenamento estatal”, concluindo que, “desde que existem para impor limitações ao poder de tributar

⁵¹⁴ DUTRA, Delamar José Volpato. *A democratização do direito*. Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, como requisito parcial para obtenção do Bacharelado em Direito. Florianópolis: UFSC, 2001, p. 46-47. Para José Carlos Vieira de Andrade, o direito de não pagar impostos inconstitucionais é um direito fundamental, ainda que fora do catálogo. Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 80.

do estado, esses postulados tem por destinatário exclusivo o poder estatal, que se submete a imperatividade de suas restrições”.⁵¹⁵

A relação de tributação, em suma, pode ser encarada como uma questão de justiça. Uma estrutura política justa demanda a observância estrita dos princípios que regulam o poder de tributar do Estado, sob pena de violação do postulado básico de que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito. Esses princípios fazem parte da definição do ideal político de uma constituição em fundar uma sociedade de cidadãos livres e iguais, servindo especialmente como limites ao poder do governo de interferir nos bens e na liberdade dos indivíduos. Nesse contexto, a manutenção da integridade do conjunto de princípios que regulam o poder de tributar emerge como decisão fundada no significado do sistema de direitos como um todo, e não apenas em uma provisão constitucional específica, totalmente destituída de valor moral. Sendo assim, os princípios que limitam o poder de tributar do Estado são princípios que verdadeiramente veiculam direitos fundamentais. É claro que não se pode falar que eles sejam direitos não enumerados, na medida em que se encontram diretamente estatuídos pelo texto constitucional. Mas o seu caso, assim como enfrentado pelo Supremo Tribunal, serve para bem indicar o caminho pelo qual buscar os elementos de um critério geral de justificação da fundamentalidade de novos direitos.

O que o exemplo revela de mais importante é a demanda por argumentos de ordem moral, em certos casos de interpretação constitucional. Outros casos conhecidos da jurisprudência constitucional norte-americana e brasileira também realçam a demanda por argumentos dessa natureza. São casos especialmente problemáticos, no contexto dos quais podem surgir argumentos justificadores de novos direitos fundamentais. Considere, então, a partir de agora, o caso, já referido no segundo capítulo, a respeito da existência de um direito fundamental geral de proteção à privacidade, justificado pela Suprema Corte norte-americana a partir de proteções constitucionais a dimensões apenas específicas desse direito, bem como o exemplo do direito a sigilo bancário, no direito constitucional brasileiro, que, inversamente ao caso norte-americano, parte de um direito mais geral para chegar à identificação de um direito especial. Eles podem jogar mais luz quanto a eventual critério geral de justificação e aplicação de novos direitos fundamentais, a partir da teoria dos princípios.

⁵¹⁵ Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939/DF, Relator Ministro Sydney Sanches, *DJ* de 17.12.1993. Trecho do voto do Ministro Celso de Mello.

Recorde-se que em *Griswold*, a Suprema Corte estadunidense decidiu que as normas constitucionais que proíbem a invasão de domicílio sem ordem judicial e garantem o direito à não auto-incriminação criam “zonas de privacidade” imunes às intervenções do poder público, a serem estendidas até ao ponto de protegerem as decisões tomadas no seio da relação matrimonial, inclusive aquelas relativas à utilização ou não de métodos anticoncepcionais. Nesse caso, o reconhecimento de um direito fundamental geral de proteção à privacidade se baseou na interpretação de cláusulas da própria Constituição americana. Contudo, não se pode desconhecer o recurso a argumentos de ordem moral para se proceder à generalização do direito de proteção à privacidade, até àquele momento apenas pontual. O reconhecimento de um direito fundamental geral de proteção à privacidade serviu para estabelecer um princípio que tornou coerente o sistema de direitos como um todo, na resolução de um caso controverso. De fato, se não houvesse um princípio de proteção geral da privacidade, como explicar que há certos direitos especiais garantindo privacidade?

A reconstrução coerente do sistema de direitos por meio de princípios é que revela o caráter propriamente moral do empreendimento de interpretação e aplicação das normas constitucionais. Como ficou anotado no final do capítulo anterior, o núcleo dos direitos fundamentais é constituído por princípios morais que formam parte definitiva da constituição e do direito de uma comunidade de livres e iguais. Os princípios sobre os quais se apóiam a constituição e o direito como um todo são princípios que compõem o núcleo normativo básico do sistema de direitos.⁵¹⁶

Pode-se então dizer que o princípio relativo ao direito geral de proteção à privacidade foi construído para justificar a reconstrução coerente do sistema de direitos, em face de um caso novo especialmente problemático. O novo direito geral é reconhecido para tornar coerente o sistema de direitos, na solução do novel caso controverso. Nesse caso, é um direito que também surge do esquema básico de princípios constitucionais, dele sendo uma exigência. Daí porque, inclusive, cada novo direito tem de coexistir com os demais, sem quebra de unidade.⁵¹⁷ É claro que, nesse

⁵¹⁶ Cf. Capítulo 3, seção 3.4.

⁵¹⁷ É a tese de Jorge Miranda, ao pontificar que “a abertura a novos direitos é sempre dentro do sistema constitucional, por mais aberto que este seja perante as transformações sociais, culturais, científicas e técnicas do nosso tempo”. MIRANDA, Jorge. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 564. Na p. 568, acrescenta o autor: “Por

contexto, uma perspectiva de fundamentação moral acaba por fazer parte da melhor interpretação do sistema de direitos. E esse é o primeiro ponto relevante na busca de um critério geral de reconhecimento de novos direitos, ou direitos fundamentais ainda não reconhecidos. Cuida-se de constatar que a fundamentação de um novo direito requer, sobretudo, a adoção de uma perspectiva própria ao discurso de justificação, na medida em que esta é a modalidade discursiva própria da fundamentação moral.

O *modus* de justificação dos direitos fundamentais tem como elemento importante a abertura do sistema constitucional ao sistema da moral. E isso é bem perceptível nos preceitos constitucionais básicos da dignidade, liberdade e igualdade, que são, ao mesmo tempo, conceitos básicos da filosofia prática. Como afirma Alexy, “com eles foram incorporados à constituição e, assim, ao direito positivo, os princípios mais importantes do direito racional moderno”.⁵¹⁸ Na interpretação do direito constitucional positivo, portanto, os juízos morais desempenham um papel importante, notadamente em face da exigência de fundamentar-se uma resposta normativamente correta para um caso especialmente problemático. É que a pretensão de correção da resposta manifesta, em outro nível, a própria pretensão de legitimidade da ordem jurídica:

“... a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito. Os julgamentos dos juízes, que decidem um caso atual, levando em conta também o horizonte de um futuro presente, pretende validade à luz de regras e princípios legítimos.”⁵¹⁹

natureza, não podem ser considerados direitos fundamentais todos os direitos, individuais ou institucionais, negativos ou positivos, materiais ou procedimentais, provenientes de fontes internas e internacionais. Apenas alguns desses direitos o podem ser: apenas aqueles que, pela sua finalidade ou pela sua *fundamentalidade*, pela conjugação com direitos fundamentais formais, pela natureza *análoga* à destes, ou pela sua decorrência imediata de princípios constitucionais, se situem a nível da Constituição material”. De igual modo, Ingo Sarlet chama a atenção para esse ponto, dizendo que “direitos fundamentais em sentido material somente poderão ser os que por sua substância (conteúdo) e importância possam ser equiparados aos constantes do catálogo”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 95.

⁵¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 525: “Con ellos han sido incorporados a la Constitución y, así, al derecho positivo, los principios más importantes del derecho racional moderno.”

⁵¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 246.

Com base nessas afirmações, a tese que aqui pode ser levantada é a de que o reconhecimento de novos direitos fundamentais se dá por meio de um procedimento no qual simultaneamente deve realizar-se a justificação da fundamentalidade da posição jurídica envolvida no discurso, o que torna necessário considerar o procedimento de aplicação dos direitos um procedimento em última instância aberto aos princípios que compõem a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Sendo assim, o reconhecimento de direitos fundamentais não enumerados ocorre quando se está frente a um caso problemático que se apresenta singularmente difícil e que, dessa forma, obriga a retomada de discursos de justificação, nos quais juízos de natureza moral desempenham um papel importante. Para a justificação e aplicação de um novo direito fundamental é preciso realizar, pois, uma correta justificação de sua fundamentalidade. E isso se dá demonstrando que ele é uma exigência do próprio sistema de direitos fundamentais como um todo, quando coerentemente reconstruído em face das circunstâncias do caso.

É certo que o reconhecimento de um novo direito fundamental geralmente se processa por meio de uma interpretação constitucional que busca resolver um problema. É o caso, então, de continuar falando de um contexto próprio ao discurso de aplicação. Como anotado, porém, o reconhecimento de um novo direito fundamental exige a prova de sua fundamentalidade. Se esses direitos não se encontram expressamente enumerados no catálogo constitucional, sua identificação somente pode ser feita mediante uma fundamentação correta de sua existência. A construção de princípios que justificam o sistema de direitos como um todo é que pode resultar na identificação de novos direitos fundamentais. Nesse passo, há sem dúvida uma retomada do discurso de justificação, mas essa mudança da perspectiva argumentativa empregada é algo plausível na teoria dos princípios. Não o é no modelo dedutivo de interpretação, em que não há concessão a um procedimento reconstrutivo e pelo qual o direito é visto como um ordenamento de regras previamente racionalizado, harmonizado, sistematizado e integralizado.

De acordo com o que se vem afirmando, a argumentação jurídica desenvolvida nos casos especialmente controversos não pode ser concebida exclusivamente como a

prática de um discurso de adequação.⁵²⁰ Os discursos de fundamentação e aplicação, e suas respectivas regras, constituem formas de argumentação cujas perspectivas podem ser assumidas em princípio por qualquer um, ao passo que as instituições que proferem decisões vinculantes podem perfeitamente, em certos momentos, exercer simultaneamente as duas formas de discurso. Não há contradição lógica em permitir que os tribunais, por exemplo, exerçam, em algum momento, a tarefa de fundamentar certas decisões recorrendo a uma perspectiva moral. Até mesmo Klaus Günther reconhece que, se por ocasião de um discurso de aplicação a pretensão de validade de uma norma se evidencia polêmica, ela pode ser aclarada num discurso de fundamentação.⁵²¹ Esse possivelmente é o caso, por exemplo, nos processos de controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos, em que o juízo de constitucionalidade pode ser exercido antes que a lei em questão seja objeto de qualquer aplicação a casos concretos, dando margem ao afastamento de sua validade.

Essa conclusão não pretende confundir discursos de justificação e de aplicação, regidos que são por regras específicas. Apenas reconhece que a reconstrução coerente do sistema de direitos exige uma tomada de partido do intérprete na construção de princípios justificadores, a ensejar a assunção de uma “perspectiva de fundamentação moral, capaz de apresentar o sistema jurídico como organizado a partir de princípios os quais podem ser aplicados aos casos difíceis”.⁵²² Se a existência de uma resposta correta é um pressuposto contrafactual que os participantes em discursos de adequação inevitavelmente assumem, a resposta somente pode ser alcançada através da reconstrução coerente do direito segundo princípios. Nesse eito, os juízos morais desempenham um importante papel. A aplicação dos direitos nos casos difíceis pode passar a exigir o exercício simultâneo do discurso de fundamentação moral.⁵²³

⁵²⁰ Cf. OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *Coerência e justificação: alguns problemas da teoria discursiva do direito*. Mimeo, s.d., p. 17.

⁵²¹ GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Apresentação e tradução espanhola de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, n. 17-18, Alicante, 1995, p. 293.

⁵²² OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *Coerência e justificação: alguns problemas da teoria discursiva do direito*. Mimeo, s.d., p. 23.

⁵²³ “Quando ocorre de novos fundamentos morais encontrarem situações jurídicas existentes à luz de outras circunstâncias históricas, os princípios constitucionais – até moralmente fundamentados – exigem que o direito siga as idéias morais”. HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Tradução de Karina Jannini. Revisão da tradução de Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 42 (final da nota 21).

O exemplo do direito a sigilo bancário, que, inversamente ao caso norte-americano de afirmação de um direito fundamental geral de proteção à privacidade, parte de um direito mais geral para um direito especial, também serve para ilustrar a tese encerrada nos parágrafos antecedentes, ainda que possa ser considerado um caso fácil de direito não enumerado.⁵²⁴ Talvez por isso não seja indicado pela teoria constitucional brasileira como um caso de direito não enumerado. De todo modo, os casos fáceis podem ajudar a fazer melhor teoria, especialmente quando se começa com eles. São fáceis porque há uma convergência entre análise e intuição. Construindo a análise a partir de casos fáceis, a teoria pode depois ser usada nos casos duvidosos. Nesse sentido, recorde-se que a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal brasileiro consolidou o entendimento de que o sigilo bancário é uma das expressões, ou uma das projeções realizadoras, do direito fundamental à privacidade ou intimidade. Em julgamento ocorrido ainda em 1992, o Supremo Tribunal expressou que o sigilo bancário é “espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (CF, art. 5º, X)”.⁵²⁵

Em decisão posterior, a Corte reafirmou peremptoriamente que o sigilo bancário, “ao dar expressão concreta a uma das dimensões em que se projeta, especificamente, a garantia constitucional da privacidade, protege a esfera de intimidade financeira das pessoas”. A ser assim, “o sigilo bancário reflete uma expressiva projeção da garantia fundamental da intimidade – da intimidade financeira das pessoas, em particular -, não se expondo, em consequência, enquanto valor constitucional que é (...), a intervenções estatais ou a intrusões do Poder Público desvestidas de causa provável ou destituídas de base jurídica idônea”.⁵²⁶ Nesta última decisão, consta ainda o argumento segundo o qual “a transposição arbitrária, para o domínio público, de questões meramente pessoais, sem

⁵²⁴ Randy Barnett chama de casos fáceis de direitos não enumerados aqueles direitos não enumerados já reconhecidos pelas cortes, ainda que sob rubricas constitucionais variadas. No caso do direito constitucional norte-americano, cita, entre outros, o direito a reter cidadania americana, o direito a associar-se com outros, o direito a viajar dentro dos Estados Unidos, o direito a casar ou não casar, o direito de escolher e seguir uma profissão e o direito a gozar de uma zona de privacidade. Cf. BARNETT, Randy E. The ninth amendment and constitutional legitimacy. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988, p. 58-59.

⁵²⁵ Supremo Tribunal Federal, Pet 577 QO/DF, 93/1992, Relator Ministro Carlos Velloso, *DJ* de 23.04.1993, p. 6918. Sobre a tese de que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, cf. ainda Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 219780/PE, 2ª Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, *DJ* de 10.09.1999, p. 23.

⁵²⁶ Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança n. 23.669-DF (medida liminar), Relator Ministro Celso de Mello, *DJ* de 17.04.2000, p. 04.

qualquer reflexo no plano dos interesses sociais, tem o significado de grave transgressão ao postulado constitucional que protege o direito à intimidade, pois este, na abrangência de seu alcance, representa o ‘direito de excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo ser da vida privada’”.

Ficou anotado, no capítulo 2, que os argumentos contidos em tais decisões do Supremo Tribunal são utilizados para sustentar uma interpretação renovada de dispositivo que desde o início está inscrito no texto constitucional, conquanto dele, em momento anterior à primeira decisão, não tivesse sido extraído um sentido que então passou a ser fundamentadamente apresentado.⁵²⁷ A fundamentação da existência de uma prerrogativa específica, na forma do direito ao sigilo bancário, tem como objetivo livrar os cidadãos de “intrusões do Poder Público desvestidas de causa provável ou destituídas de base jurídica idônea”. Essa prerrogativa resulta da correta justificação da fundamentalidade de uma norma, que pode ser tomada como norma que consagra um direito fundamental específico não enumerado expressamente no catálogo, na medida em que não resulta da simples referência ao texto da Constituição, como acontece quanto ao direito à inviolabilidade do domicílio. Neste último caso, a norma do direito fundamental já se encontra diretamente estatuída no Texto Constitucional, mais exatamente no seu artigo 5º, inciso XI.⁵²⁸

O direito à inviolabilidade do domicílio pode ser tomado como um direito que deriva do direito geral à inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Nesse sentido, é um direito especial, tanto quanto o direito ao sigilo bancário. No entanto, a norma que consagra o direito à inviolabilidade do domicílio já se encontra diretamente estatuída pela Constituição. Já a norma que consagra o direito ao sigilo bancário resulta da fundamentação de um princípio que se encaixa coerentemente no sistema de direitos. Como negar fundamentalidade à outorga de proteção aos dados bancários das pessoas, se a Constituição garante os direitos à inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência⁵²⁹, a par de garantir o próprio direito geral à inviolabilidade da intimidade e da vida privada? Entender que há uma norma consagrando o sigilo bancário como direito fundamental não só é logicamente necessário, como ajuda até

⁵²⁷ Cf. Capítulo 2, seção 1.2.

⁵²⁸ “A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”

⁵²⁹ Artigo 5º, inciso XII, da Constituição de 1988.

mesmo a compreender o que está protegido pela norma do direito geral à intimidade e à vida privada, que se encontra diretamente expressada por dispositivo constitucional específico.⁵³⁰

Tanto quanto os direitos da inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência, o direito ao sigilo bancário também serve para “excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo ser da vida privada”, impondo uma restrição ao raio de atuação do Estado. Sendo assim, o direito ao sigilo bancário também configura um direito fundamental, ainda que a norma que o consagre não esteja diretamente estatuída no Texto Constitucional, da maneira como estão as normas relativas aos direitos de inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência. Por isso, é um direito fundamental não expressamente enumerado, mas um direito resultante da construção de um princípio, para a correta interpretação do sistema de direitos fundamentais como um todo em face das circunstâncias de um caso.

Desse modo, é possível afirmar que o reconhecimento de novos direitos fundamentais tem como exigência mais geral a fundamentação adequada de princípios que devem ser levados em conta no discurso de aplicação dos direitos a casos controversos, a fim de tornar coerente o sistema de direitos como um todo. Há que se demonstrar que eles constituem exigências do próprio sistema de direitos, para a construção de uma resposta normativamente correta, baseada nas circunstâncias da situação. De maneira que a justificação e a aplicação de novos direitos fundamentais incluem a consideração do procedimento de aplicação dos direitos como um procedimento em última instância aberto aos princípios que compõem a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. E a reconstrução coerente do sistema de direitos por meio de princípios justificadores, os quais podem ser aplicados aos casos difíceis, torna possível a afirmação de novos direitos.

Por tudo isso é válido concluir que somente quando as normas constitucionais de direitos fundamentais são tomadas como princípios é que se pode tratar adequadamente a questão sobre direitos fundamentais não enumerados, do ponto de vista de uma

⁵³⁰ Por isso tudo, não parece correto o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no sentido de que o sigilo bancário só existe no Direito brasileiro por força de lei ordinária e que, portanto, não se cuida de garantia com *status* constitucional. Cf. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança n. 21.729/DF, Relator Ministro Marco Aurélio (vencido), Relator para o acórdão Ministro Néri da Silveira, *DJ* de 19.10.2001, p. 33. Se essa posição pretende ressaltar a possibilidade de restrição do direito, basta mencionar que em todos os julgados em que reconhece o sigilo bancário como projeção da garantia fundamental da vida privada, o Supremo Tribunal acrescenta que ele não tem caráter absoluto.

argumentação jurídica racional, sem rebaixar a constituição escrita a um escalão inferior. Apenas a teoria dos princípios possibilita o acesso ao processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento jurídicos dos direitos fundamentais. Em sendo assim, também se torna válido realçar que a fonte dos direitos fundamentais não enumerados é a própria tensão entre constituição formal e constituição material, tensão essa que a teoria dos princípios permite apreender.

CAPÍTULO 5

DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO ENUMERADOS DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Em primeiro lugar, defendeu-se a idéia de que o sistema de direitos é apenas enunciado no texto constitucional formal, não sendo o caso de ter o seu sentido exaurido de uma vez por todas no ato constituinte, pois a mais ampla e completa produção desse sentido torna-se dependente de contextos situacionais sempre renovados a partir dos quais os indivíduos podem perceber quais são seus outros interesses, impulsionando o contínuo estabelecimento de novos direitos (Capítulo 1). Em seguida, chegou-se à conclusão de que é necessário interpretar sim a constituição como um todo, para que se possa sustentar uma compreensão ampliada dos direitos fundamentais, a englobar inclusive direitos ainda não expressamente enumerados (Capítulo 2). Posteriormente, demonstrou-se que direitos fundamentais não enumerados têm o mesmo *modus* de justificação dos direitos fundamentais em geral, pois, a par de demandarem uma leitura apropriada da constituição, eles também dependem de razões de ordem moral para serem validados. Não é por outra razão que o núcleo do sistema de direitos pode ser apresentado como um conjunto de princípios moralmente justificados (Capítulo 3).

Passo seguinte, revelou-se que apenas quando as normas constitucionais de direitos fundamentais são tomadas como princípios é que se pode tratar adequadamente a questão dos novos direitos fundamentais, do ponto de vista de uma argumentação jurídica racional, porque imparcial, sem pagar o preço de rebaixar a constituição escrita a um escalão inferior. E após tudo isso, foi possível indicar como critério mais geral de reconhecimento de direitos fundamentais ainda não expressamente enumerados o da fundamentação adequada de princípios que devem ser levados em conta no discurso de aplicação dos direitos a casos controversos, tendo em vista a necessidade de reconstruir coerentemente o sistema de direitos. O critério é o de que a validade de novos direitos fundamentais resulta da demonstração de que eles constituem exigências principiológicas necessárias para a reconstrução coerente do sistema de direitos, a fim de que possa ser fundamentada uma resposta normativamente correta, em face das circunstâncias de um caso imprevisto especialmente problemático (Capítulo 4).

Enfrentados os pontos relativos à parte de fundamentação teórica básica do trabalho, cumpre agora aplicar a teoria a fim de verificar se ela é capaz de resolver o problema colocado inicialmente, tendo em vista o sistema constitucional brasileiro. A questão central pode então ser formulada nos seguintes termos: quais são os critérios para a correta identificação de novos direitos fundamentais, de acordo com a Constituição de 1988? A par dessa questão central, é necessário examinar ainda sobre a extensão que podem atingir novos direitos fundamentais, procurando saber se eles podem abranger os direitos de prestação, por exemplo; sua intangibilidade, o que exige esclarecer se eles passam a integrar o rol das cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, da Constituição de 1988); e sua força jurídica, pelo que deve ser respondido se eles passam a ser abrangidos pela regra da aplicabilidade imediata (artigo 5º, § 1º, da Constituição de 1988). As respostas a essas indagações têm de poder servir como elaboração de uma doutrina constitucionalmente adequada sobre direitos fundamentais não enumerados.⁵³¹

Assim, no seguimento do trabalho, inicialmente será formulada uma proposta de classificação, de acordo com a Constituição de 1988, obviamente levando em conta a temática da pesquisa, pois o que se pretende é justamente tornar possível o seu prosseguimento. Isso dará ensejo a que se distingam os direitos implícitos dos direitos decorrentes do regime e dos princípios constitucionais (5.1). Na seção subsequente, serão apresentados os critérios básicos para a identificação dos direitos fundamentais implícitos (5.2). Passo seguinte, será o caso de estudar os critérios pelos quais podem ser corretamente identificados direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios constitucionais (5.3). No final, examinar-se-á o regime jurídico que assumem os novos direitos fundamentais, especialmente quanto aos aspectos da abrangência, intangibilidade e força jurídica. Tudo isso pretende ser feito levando em conta a estrutura normativa da Constituição de 1988 e tendo em vista as bases teóricas alinhavadas nos capítulos anteriores.

⁵³¹ A noção de tratamento “constitucionalmente adequado” remete à lição de Canotilho, no sentido de que “a compreensão da constituição só ganha sentido teórico-prático quando referida a uma situação constitucional concreta, historicamente existente num determinado país”, onde atua decisivamente a constituição positiva. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 154.

5.1. Direitos fundamentais não enumerados

Tradicionalmente, a doutrina constitucional brasileira vem classificando os direitos não enumerados expressamente no texto constitucional como: 1) direitos implícitos e 2) direitos decorrentes do regime e dos princípios fundamentais. José Afonso da Silva define os direitos individuais implícitos como aqueles que estão subentendidos nas regras de garantias, enquanto os direitos decorrentes são definidos como aqueles que não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado.⁵³² Ingo Sarlet oferece uma classificação dos direitos fundamentais que se reporta a essa distinção, assim os dividindo: 1) *direitos fundamentais escritos*, os quais se subdividem em (a) direitos expressamente previstos no catálogo de direitos fundamentais ou em outras partes do texto constitucional e (b) direitos sediados em tratados internacionais; 2) *direitos fundamentais não-escritos*, os quais podem ser (a) direitos implícitos (posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais), ou (b) direitos decorrentes do regime e dos princípios.⁵³³

Os direitos implícitos se diferenciam dos direitos decorrentes do regime e dos princípios porque são mais bem entendidos como direitos que resultam da redefinição do campo de incidência dos direitos fundamentais específicos já expressamente enumerados no catálogo constitucional, ou de uma dedução deles. Há ainda direitos específicos que não se encontram expressamente enumerados no catálogo constitucional, mas que podem ser identificados como direitos fundamentais por uma simples referência ao texto constitucional. Eles são direitos expressamente previstos em outras partes da Constituição.

Esse é o caso dos princípios constitucionais que limitam o poder de tributar do Estado, que outorgam verdadeiros direitos fundamentais, apesar de não estarem

⁵³² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 193.

⁵³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 92. De maneira diferente, Flávia Piovesan classifica os direitos previstos pela Constituição em três grupos distintos: a) direitos expressos na Constituição; b) direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; c) direitos implícitos, aqui incluídos os direitos subentendidos nas regras de garantia, bem como os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. revista, ampliada e atualizada. Prefácio de Henry Steiner. Apresentação de Antônio Augusto Cançado Trindade. São Paulo: Max Limonada, 2002, p. 81.

formalmente inseridos em qualquer lista pertencente ao Título II da Constituição de 1988. No capítulo anterior, foi visto que o Supremo Tribunal Federal considerou o princípio da anterioridade tributária, previsto no artigo 150, III, *b*, da Constituição de 1988, como uma “garantia individual do contribuinte”, fazendo referência expressa, na decisão, à regra contida no artigo 5º, § 2º.⁵³⁴ A decisão é comumente citada como exemplo de decisão que adotou um conceito material de direito fundamental, reconhecendo a possibilidade de existir direito fora de qualquer das listas do Título II da Constituição. Ainda assim, não se pode dizer que seja um direito não enumerado. Cuida-se, na verdade, de um direito enumerado, cujo exame no capítulo anterior serviu como passo auxiliar na busca de um critério geral para a justificação da fundamentalidade de um direito.

Não será adotada a terminologia empregada por Ingo Sarlet, no sentido de os direitos se dividirem em “direitos escritos” e “direitos não escritos”. Antes de tudo, pela opção de manter a terminologia mais tradicional, que tem a ver com a própria origem da questão no âmbito do direito constitucional norte-americano. Na literatura e na jurisprudência norte-americana sempre se fez referência a “direitos enumerados” e “direitos não enumerados”. Além do mais, não se trata apenas de respeitar a tradição. O emprego dos termos *escritos* e *não escritos* pode passar uma idéia de vinculação interna do problema com a tese da constituição não escrita. No capítulo 2, concluiu-se que a tese da constituição não escrita não se presta nem para explicar o procedimento de aplicação dos direitos fundamentais não expressos e nem pode ser tomada como teoria adequada para sua justificação.⁵³⁵ Assim, para evitar qualquer tipo de confusão do tema com a tese da constituição não escrita, convém afastar a classificação dos direitos fundamentais que os divide em “direitos escritos” e “direitos não escritos”.

Como reforço a essa conclusão, convém salientar que novos direitos fundamentais ou são resultantes da redefinição do campo de incidência dos direitos fundamentais já expressamente enumerados no catálogo constitucional, ou com base neles são deduzidos. Podem ainda ser justificados com base no regime ou nos princípios da Constituição. Em qualquer dos casos, os direitos não enumerados expressamente pela constituição mantêm uma relação estreita com o texto constitucional, a ser mais bem

⁵³⁴ Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939/DF, Relator Ministro Sydney Sanches, *DJ* de 18.03.94, p. 5165.

⁵³⁵ Cf. Capítulo 2, seções 2.1.2 e 2.1.3.

examinada adiante, não parecendo de todo pertinente a sua designação como direitos não escritos.

A bem da verdade, o que se deve elaborar é uma classificação formal dos direitos fundamentais, a fim de evitar confusões dessa natureza. Uma classificação formal dos direitos fundamentais também tem a vantagem de permitir o emprego de distintas teses sobre a fundamentalidade material dos direitos. Nesse sentido, acredita-se que uma classificação baseada no conceito de norma de direito fundamental pode se revelar bem sucedida, mormente porque leva em conta a forma de sua positivação no sistema constitucional vigente. Aliás, o que verdadeiramente passa a importar a partir de agora é saber quais normas do sistema constitucional brasileiro são normas de direito fundamental. Recorde-se que normas de direitos fundamentais são normas válidas que outorgam direitos fundamentais. Com efeito, os direitos fundamentais são sempre manifestados por meio de normas morais ou jurídicas.⁵³⁶ Quando se está frente a um sistema constitucional como o brasileiro, os direitos fundamentais são garantidos por normas constitucionais, por normas jurídicas plenamente válidas.

Uma norma pode ser definida como o significado de um enunciado normativo. Um enunciado normativo, por sua vez, caracteriza-se por poder ser transformado em um enunciado que utiliza as expressões deônticas básicas do mandato, da proibição e da permissão.⁵³⁷ Quando tais expressões deônticas básicas são reunidas no conceito de dever ser, pode-se dizer que com os enunciados normativos se expressa que algo deve ser o caso. O preceito que estabelece que “nenhum brasileiro será extraditado” (artigo 5º, inciso LI, da Constituição brasileira de 1988) constitui um enunciado normativo, na medida em que pode ser transformado em um enunciado deôntico com a seguinte estrutura: “está proibida a extradição de brasileiros”. Por isso mesmo, é um enunciado de dever ser que tem como significado uma norma que proíbe a extradição de brasileiro: “os brasileiros não devem ser extraditados”. Cuida-se de um enunciado normativo de

⁵³⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 47: “... siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho. Es dudoso que valga lo inverso. No vale cuando existen normas de derecho fundamental que no otorgan ningún derecho subjetivo”.

⁵³⁷ Sobre esses conceitos de norma, enunciado normativo e expressões deônticas, cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 50-55.

direito fundamental, ou disposição de direito fundamental. Normas de direitos fundamentais são significados de disposições de direitos fundamentais.

Levando em conta a forma da positivação no sistema constitucional brasileiro, podem ser consideradas disposições de direito fundamental todos os enunciados do Título II da Constituição de 1988, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, independentemente de sua estrutura e do conteúdo que veiculam. Outros dispositivos da Constituição de 1988 também expressam normas de direito fundamental, sendo esse o caso dos princípios constitucionais que limitam o poder de tributar do Estado. Apesar disso, não são disposições de direitos fundamentais inseridas no Título II da Constituição. Assim como não se insere no referido Título o artigo que estabelece que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (artigo 225, *caput*, da Constituição de 1988), não obstante ele também constituir uma disposição de direito fundamental.⁵³⁸ De um ponto de vista formal, portanto, disposições de direito fundamental são os enunciados formulados nos artigos do Título II da Constituição de 1988 e nos outros artigos que conferem direitos individuais ou coletivos. E normas de direito fundamental são as normas expressadas por estes enunciados.⁵³⁹

Normas de direito fundamental são normas expressadas por enunciados do texto constitucional. Nessas condições, alguns direitos fundamentais específicos são outorgados por normas diretamente expressadas pela Constituição. Por se encontrarem diretamente expressados por enunciados do texto constitucional, tais direitos específicos podem ser chamados de direitos fundamentais enumerados. No sistema constitucional brasileiro, os direitos fundamentais enumerados são aqueles outorgados por normas diretamente expressadas pelos artigos que compõem o Título II da Constituição e por outros artigos que conferem direitos individuais ou coletivos.⁵⁴⁰ Para catalogar como

⁵³⁸ Sobre o direito a integridade do meio ambiente como prerrogativa jurídica de titularidade coletiva que reflete o processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, consagrando o princípio da solidariedade, cf. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança n. 22.164/SP, Relator Ministro Celso de Mello, *DJ* de 17.11.1995, p. 39206.

⁵³⁹ Claramente se segue o que se encontra em ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 63-65.

⁵⁴⁰ Uma lista dos direitos fundamentais outorgados por normas diretamente expressadas por enunciados da Constituição de 1988, que não fazem parte do Título II, deve incluir, no mínimo: o direito de igual acesso aos cargos públicos (artigo 37, inciso I); os direitos de associação sindical e direito de greve dos servidores públicos (artigo 37, incisos VI e VII); o direito de legitimação ativa para a iniciativa popular legislativa (artigo 61, § 2º); a garantia da publicidade e fundamentação das decisões judiciais (artigo 93,

válida uma norma de direito fundamental diretamente estatuída, basta fazer referência a sua positivação.⁵⁴¹ É o caso de exemplificar novamente com a norma que outorga o direito fundamental a um brasileiro de não ser extraditado, pois ela se encontra diretamente formulada no artigo 5º, inciso LI, da Constituição. Para a identificação desse direito, basta uma referência ao texto constitucional.

Mas a questão dos direitos não se resume a textos. Direitos não enumerados podem ser entendidos como aqueles cujas normas decorrem de uma interpretação renovadora e atualizada que se faz do regime e dos princípios da Constituição. Isso exige ampliar o conceito de norma de direito fundamental. Para melhor compreensão, considere uma vez mais o direito ao sigilo bancário. Em todo o texto constitucional não há qualquer disposição de direito fundamental expressando diretamente uma norma que outorga o direito ao sigilo bancário, semelhante àquelas que se encontram formuladas no artigo 5º, incisos XI e XII, da Constituição: “a casa é asilo inviolável do indivíduo” e “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas”. Ainda assim, entender que há uma norma consagrando o sigilo bancário como direito fundamental não só é logicamente necessário, como até mesmo ajuda a compreender o que está protegido pela norma do direito geral à intimidade e à vida privada, veiculada por dispositivo constitucional (artigo 5º, inciso X, da Constituição). Tanto quanto os direitos da inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência, o direito ao sigilo bancário serve para “excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo de ser da vida privada”, impondo uma restrição ao raio de atuação do Estado.

inciso IX); as garantias tributárias (artigo 150); o direito ao ensino público fundamental obrigatório e gratuito (artigo 208, inciso I); a garantia do exercício dos direitos culturais (artigo 215); o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225); o direito à especial proteção da entidade familiar (artigo 226); a igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges (artigo 226, § 5º); o direito dos filhos a tratamento igualitário e não-discriminatório (artigo 227, § 6º); a liberdade de planejamento familiar (artigo 226, § 7º); o direito à proteção especial das crianças, adolescentes e idosos (artigos 227 e 230); o direito à inimizabilidade penal até os dezoito anos (artigo 228); o direito à utilização gratuita dos transportes públicos coletivos para pessoas com mais de 65 anos de idade (artigo 230, § 2º); o indigenato (artigo 231). Nesse sentido, Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 124-126; _____. O valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 33, n. 131, jul./set. 1996, p. 15-17.

⁵⁴¹ Sobre isso, cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 71.

Por isso, o direito ao sigilo bancário configura um direito fundamental, ainda que a norma que o consagre não esteja expressamente estatuída no texto constitucional, pelo menos não da maneira como estão as normas relativas aos direitos de inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência. A norma que consagra o direito ao sigilo bancário pode tomar a forma do seguinte enunciado: “é inviolável o sigilo dos dados bancários”. Sem dúvida que a norma expressada por esse enunciado não coincide com qualquer norma de direito fundamental diretamente estatuída pelo texto constitucional. Contudo, sua relação com as normas de direitos fundamentais diretamente expressadas através de enunciados da Constituição é possível por meio de uma correta justificação de sua fundamentalidade, segundo foi demonstrado na última seção do capítulo anterior. Alexy denomina uma norma assim justificada de *norma anexa*.⁵⁴² Ela consagra um direito fundamental não expressamente enumerado. De modo que agora se pode ampliadamente definir as normas de direitos fundamentais como todas as normas jurídicas que podem ter sua fundamentalidade justificada, estejam ou não diretamente estatuídas no texto constitucional.

Uma concepção formal dos direitos fundamentais enumerados e não enumerados vem ao encontro da exigência de que têm de ser considerados direitos materialmente fundamentais “apenas aqueles que, pela sua finalidade ou pela sua *fundamentalidade*, pela conjugação com direitos fundamentais formais, pela natureza *análoga* à destes, ou pela sua decorrência imediata de princípios constitucionais, se situem a nível da Constituição material”.⁵⁴³ Pode ser considerada norma anexa de direito fundamental somente aquela que por meio de uma correta justificação de sua fundamentalidade é relacionada às normas de direitos fundamentais diretamente expressadas por enunciados do texto constitucional, bem como às normas relativas ao regime e aos princípios da Constituição. Isso tudo consolida a rejeição dos termos “direitos escritos” e “direitos não escritos”, pois eles podem dar a entender que as normas que os concedem não

⁵⁴² Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 70-73. Na versão espanhola da obra, que ora é utilizada, a grafia é “norma adscripta”. O autor aponta como uma das vantagens desse conceito justamente o de permitir falar do descobrimento de novas normas de direitos fundamentais (nota 57 da p. 72 da citada obra do autor).

⁵⁴³ MIRANDA, Jorge. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 568.

mantêm relação com qualquer norma de direito fundamental diretamente expressada no texto constitucional, ou com o regime e princípios estipulados pela Constituição.

O certo é que isso vem ratificar a idéia de que são direitos fundamentais não somente aqueles expressamente outorgados por normas diretamente estatuídas no texto constitucional, mas também outros cujas normas podem ter sua fundamentalidade definida ou justificada. Certamente estas outras prerrogativas jurídicas demandam a prova de sua fundamentalidade, para que possam ser consideradas posições jurídicas fundamentais. O reconhecimento de um novo direito fundamental exige a prova de sua fundamentalidade. Se esses direitos não se encontram expressamente enumerados no catálogo constitucional, sua identificação somente pode ser feita mediante uma fundamentação correta de sua existência. Uma norma anexa de direito fundamental é plenamente justificada quando se demonstra que ela é uma exigência do próprio sistema de direitos fundamentais, quando coerentemente reconstruído em face das circunstâncias de um caso problemático.

5.2. Direitos fundamentais implícitos

Direitos fundamentais implícitos acabaram de ser definidos como direitos outorgados por normas que podem ser anexadas àquelas normas diretamente estatuídas pelo Título II da Constituição de 1988 ou àquelas normas diretamente estatuídas em outras partes do texto constitucional, que conferem direitos individuais ou coletivos. Mesmo com essa definição já devidamente apresentada, é necessário precisar um pouco mais o conceito de direitos fundamentais implícitos, para somente então examinar os critérios mediante os quais eles podem ser devidamente identificados.

Com esse objetivo, é imperioso recordar o grau de detalhamento e especificação dos direitos fundamentais na Carta que integra a Constituição brasileira. A enumeração dos direitos fundamentais no texto constitucional lembra uma coleção de selos, segundo imagem elaborada por Dworkin.⁵⁴⁴ Porque o seu conteúdo é acentuadamente analítico, organizado na forma de um aglomerado de regras muitas vezes minuciosas, sem dúvida a Constituição de 1988 parece ser uma constituição de detalhes. Não obstante, a par do

⁵⁴⁴ Cf. Capítulo 2, seção 2.3.

detalhamento dos direitos fundamentais no texto constitucional brasileiro, nele estão igualmente presentes grandes cláusulas abstratas de profundo conteúdo moral, na forma de princípios que podem ser tomados como fundamentos de todos os direitos. Com efeito, já foi dito que na Constituição de 1988 é possível encontrar a estrutura normativa mais geral de uma rede de princípios que definem o ideal político de uma sociedade de livres e iguais.⁵⁴⁵

Ao lado de uma extensa e minuciosa Carta de Direitos, a Constituição de 1988 explicita uma estrutura normativa básica que é o fundamento mesmo das prerrogativas da cidadania. Mesmo um conjunto aparentemente fechado de disposições altamente específicas de direitos não é exaustivo das faculdades que os indivíduos podem invocar em favor de sua dignidade. E se a maneira mais natural de ler a Declaração de Direitos é concebendo-a como uma rede de princípios que definem um ideal político, como um esqueleto constitucional de uma sociedade de cidadãos iguais e livres, torna-se possível falar que o sistema de direitos configura um *sistema compreensivo*. Assim como para Alexy e Habermas, também para Dworkin os preceitos da igual consideração e das liberdades básicas se tornam os maiores fundamentos, as maiores fontes dos direitos individuais.⁵⁴⁶ Por isso, para o autor americano os direitos individuais podem ser encontrados a partir das referidas cláusulas abstratas de conteúdo moral, sem necessariamente terem de estar desde o início detalhados em uma constituição. O núcleo dos direitos fundamentais se desdobra, por assim dizer, nos direitos gerais de liberdade e de igualdade.

Uma minuciosa Carta de Direitos é antes de tudo uma tentativa de concretizar as prerrogativas inerentes à liberdade e à igualdade. Todos os direitos outorgados por normas diretamente estatuídas pela Constituição brasileira representam, nesse sentido, a tentativa do legislador constituinte originário de detalhar as faculdades jurídicas que os indivíduos podem invocar em favor de sua dignidade. Sendo assim, os direitos

⁵⁴⁵ Além do próprio Título II (dos direitos e garantias fundamentais), no qual estão contidas as cláusulas gerais da liberdade e da igualdade, dentre outras, a Constituição de 1988 estabelece no Título I os seus princípios fundamentais, neles constando, dentre outros, os princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana, do pluralismo político, da soberania popular, o ideal político de uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicação da pobreza e da marginalização, de promoção do bem de todos, sem quaisquer preconceitos, de prevalência dos direitos humanos e de cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

⁵⁴⁶ DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled. In: STONE, Geoffrey R.; EPSTEIN, Richard A. & SUNSTEIN, Cass R. (ed.). *The Bill of Rights in the Modern State*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1992, p. 382.

detalhados na Carta Constitucional ou são precisões de conteúdo dos princípios gerais abstratos que compõem o núcleo do sistema de direitos, ou são disposições adicionais aos direitos gerais de liberdade e igualdade, por parte do legislador constituinte. Não há dúvida de que aos enunciados normativos que contêm os direitos gerais de liberdade e igualdade na Constituição de 1988 podem ser relacionados os mais diversos direitos especiais estatuídos pelo próprio constituinte originário.

Para mencionar apenas quatro exemplos dos mais significativos, a igualdade de homens e mulheres (artigo 5º, inciso I), a igualdade entre trabalhador com vínculo empregatício permanente e trabalhador avulso (artigo 7º, inciso XXXIV), o voto com valor igual para todos (artigo 14, *caput*) e a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (artigo 206, inciso I) são precisões de conteúdo do direito geral de igualdade, que por sua vez está consagrado no artigo 5º, *caput*, da Constituição. Já a liberdade de manifestação do pensamento (artigo 5º, inciso IV), a liberdade de locomoção (artigo 5º, inciso XV), a liberdade de associação (artigo 5º, inciso XVII) e todas as garantias penais e processuais penais, dentre outras prerrogativas jurídicas constitucionalmente estabelecidas, são precisões do direito geral de liberdade, que também está consagrado no artigo 5º, *caput*, da Constituição.

Não é de todo equivocado afirmar que a diversidade de conteúdo do catálogo dos direitos fundamentais “impede, em princípio, que se estabeleçam critérios abstratos e genéricos que possam demonstrar uma identidade de conteúdos, inclusive no sentido de uma construção baseada numa relação de generalidade e especialidade”.⁵⁴⁷ À luz dessa circunstância, pode até parecer estranho relacionar a grande quantidade de direitos enumerados no texto constitucional a um número menor de cláusulas gerais abstratas. Contudo, mesmo que não seja o caso de falar em um procedimento estritamente lógico de precisão de cláusulas gerais, o fato é que os mais diversos direitos enumerados na Carta Constitucional acabam sim por ser reações do constituinte a ameaças contra as liberdades iguais. Ameaças consideradas sérias, a ponto de justificar que as reações passassem a ser registradas numa Constituição. Por outro lado, se o sistema de direitos configura um *sistema compreensivo*, não o configura num sentido lógico-dedutivo. A compreensão de qualquer cláusula constitucional abstrata é sempre uma questão interpretativa, a significar algo mais que uma mera operação lógico-dedutiva.

⁵⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 77.

Todas essas colocações servem para sustentar a idéia de que há um núcleo normativo básico do sistema de direitos, constituído pelas cláusulas gerais abstratas relativas à liberdade e à igualdade, na Constituição de 1988. As prerrogativas jurídicas constitucionalmente estabelecidas na Carta de Direitos, de maneira detalhada e minuciosa, podem ser tomadas como sendo direitos especiais que especificam o sistema de direitos, obviamente de uma maneira que não é exaustiva de todas as faculdades jurídica que as pessoas podem invocar em favor da sua dignidade. Os direitos humanos são “caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”.⁵⁴⁸ Nesse contexto, quando se fala de direitos enumerados, na verdade se está fazendo referência em primeiro lugar aos direitos minuciosamente detalhados no catálogo constitucional, e não propriamente ao núcleo normativo básico do sistema. No caso da Constituição brasileira, o rol dos direitos fundamentais enumerados inclui posições jurídicas as mais diversas, localizadas tanto no Título II como em outras partes do texto constitucional.

Se isso é correto, importa tornar claro que os direitos implícitos são mais bem entendidos como os direitos cujas normas podem ser anexadas às normas dos direitos fundamentais já minuciosamente detalhados no texto constitucional. Antes de qualquer coisa, portanto, os direitos implícitos são direitos que podem ser anexados aos direitos enumerados, e não direitos imediatamente relacionados ao núcleo normativo básico do sistema. Nesse sentido é que se fala que eles constituem posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Essa restrição do que se deve entender por direitos fundamentais implícitos é absolutamente necessária quando se pretende diferenciá-los dos direitos decorrentes do regime constitucional e dos princípios fundamentais. A estes está reservado o acesso imediato ao núcleo normativo básico do sistema de direitos. Certamente os direitos implícitos têm sim de encaixar-se no sistema de direitos. Contudo, o procedimento de sua identificação inicia com a interpretação correta dos direitos já expressamente enumerados no conjunto aparentemente fechado de disposições altamente específicas do minucioso rol constitucional.

Assim, direitos implícitos resultam da justificação correta da fundamentalidade de novas normas jurídicas anexas às normas de direitos fundamentais diretamente

⁵⁴⁸ Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança n. 22.164/SP, Relator Ministro Celso de Mello, *DJ* de 17.11.1995, p. 39206.

expressadas por enunciados do texto constitucional. Como já se fez questão de ilustrar, no texto constitucional não há qualquer disposição de direito fundamental diretamente expressando uma norma que outorga o direito ao sigilo bancário. Ainda assim, concluir que há uma norma consagrando o sigilo bancário como direito fundamental não só é logicamente necessário, como até mesmo ajuda a compreender o que está protegido pela norma do direito geral à intimidade e à vida privada, diretamente formulada por dispositivo constitucional (artigo 5º, inciso X, da Constituição). Tanto quanto os direitos da inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência, o direito ao sigilo bancário serve para “excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo de ser da vida privada”, impondo ainda uma restrição ao raio de atuação do Estado.

A melhor interpretação da norma constitucional que expressa o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada inclui uma norma de direito fundamental que protege o sigilo bancário. É nesse sentido que a validade da norma que expressa o direito ao sigilo bancário ajuda a compreender o que está protegido pela norma do direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, esta última diretamente formulada por dispositivo constitucional. Do mero mandamento de que são invioláveis a intimidade e a vida privada das pessoas não se infere se estão protegidos os dados bancários. Quando esse mandamento tem de ser aplicado a casos concretos que envolvem a questão de saber se os dados bancários podem ser livremente exibidos, surge a necessidade de supor uma norma com o seguinte enunciado: “é inviolável o sigilo dos dados bancários”. Se não fosse possível supor tal norma, nunca se tornaria completamente claro o que a norma diretamente expressada pelo texto constitucional está de fato ordenando, proibindo ou permitindo, naquelas situações concretas.

Nesse sentido, a indicação da norma do direito ao sigilo bancário ajuda a preencher uma abertura estrutural da norma do direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada. A abertura estrutural acarreta uma indeterminação relativa da norma, podendo ser definida como a impossibilidade de saber o que sobre a base da norma diretamente expressada pelo texto constitucional está ordenado, proibido ou permitido. A abertura estrutural surge de imprecisões da norma, especialmente quando ela é

confrontada com casos concretos.⁵⁴⁹ Isso demanda a formulação de respostas, na forma de enunciados normativos distintos daquele enunciado que expressa a própria norma julgada imprecisa. A relação que se estabelece entre a norma suposta e o texto constitucional é chamada de “relação de precisão” por Alexy.⁵⁵⁰ Adicionalmente, é preciso supor uma norma como aquela que outorga o direito ao sigilo bancário, porque a própria Constituição contém o dispositivo que consagra o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada (artigo 5º, inciso X). Por essa razão, surge uma “relação de fundamentação” entre a norma que tem que ser precisada e a norma precisante.⁵⁵¹ De acordo com esse procedimento, não só podem, como devem ser anexadas normas àquelas normas de direitos fundamentais diretamente estatuídas pela Constituição, para a solução correta de um problema.

Não obstante, para que as novas normas jurídicas possam ser consideradas normas de direito fundamental, é preciso ainda uma correta justificação de sua fundamentalidade. Uma norma anexa tem a sua fundamentalidade plenamente justificada quando se demonstra que ela constitui uma exigência do próprio sistema de direitos fundamentais, quando coerentemente reconstruído em face das circunstâncias de um caso concreto. Tanto quanto os direitos da inviolabilidade do domicílio e do

⁵⁴⁹ É correta a tese de que a formulação de normas é incapaz de prever todas as possíveis combinações de circunstâncias que podem aparecer no âmbito da aplicação concreta futura. Sobre isso já se falou no Capítulo 4, ao discutir-se a caracterização das normas como princípios a partir da distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação de normas. Ali também se fez questão de mencionar a transcrição feita por Josef Esser de trecho de decisão do Tribunal Supremo alemão, de 2.2.1889, reconhecendo a impossibilidade de serem justificadas normas para todos os casos do mundo da vida. Vale repetir o excerto, dada sua pertinência para o ponto que se discute nesta seção: "No puede exigirse del legislador que exponga todos los principios generales en artículos de tal claridad, que de ellos puedan derivarse, por una simple deducción, las consecuencias aplicables a todos los casos especiales que caigan bajo los principios en cuestión. Además, no es tampoco misión del legislador sentar una norma especial para todos y cada uno de los supuestos concretos que la vida va presentando". Segundo esse raciocínio, é válida uma atividade judicial que compreenda princípios não positivados expressamente nas leis e os aplique a casos a que a lei não menciona expressamente, mas que vêm dados pela vida e caem sob aqueles princípios. ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução espanhola de E. Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961, p. 05-06. Em certo sentido, portanto, uma norma é indeterminada se há mais de uma maneira de cumprir suas exigências, o que não só é inevitável, mas necessário e desejável. A ausência de latitude na satisfação das exigências de normas morais, por exemplo, seria um defeito em uma teoria moral: “um defeito porque estaria baseada em uma concepção inadequada da pessoa, das capacidades cognitivas e psicológicas humanas e da natureza da razão prática”. COLEMAN, Jules S. & LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei (org.). *Direito e interpretação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 318.

⁵⁵⁰ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 69.

⁵⁵¹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 70.

sigilo da correspondência, o direito ao sigilo bancário serve para “excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo de ser da vida privada”. Segundo esse argumento, a norma anexa do direito ao sigilo bancário é uma exigência do sistema de direitos, o qual já protege de maneira explícita a inviolabilidade da casa do indivíduo e a inviolabilidade do sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

Ora, como negar fundamentalidade à de proteção dos dados bancários das pessoas, se a Constituição explicitamente garante os direitos à inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência⁵⁵², a par de garantir o próprio direito geral à inviolabilidade da intimidade e da vida privada? Não sendo o caso de negar, o direito ao sigilo bancário passa a ser identificado como um direito fundamental implícito, pois está subentendido na norma que consagra o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Cuida-se de um direito fundamental implícito devidamente outorgado por norma anexada a uma norma diretamente estatuída pelo Título II da Constituição (artigo 5º, inciso X). É claro que não está excluída a hipótese de existirem direitos fundamentais implícitos outorgados por normas que podem ser anexadas a normas estatuídas apenas em outras partes do texto constitucional.

Considere então a existência de um direito fundamental ao conhecimento e ao estabelecimento da paternidade, a par da garantia legal do reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, nos termos do artigo 27 da Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Jorge Miranda informa que a jurisprudência constitucional portuguesa já aditou um direito fundamental dessa ordem, por meio do acórdão n. 99/88 do Tribunal Constitucional.⁵⁵³ No sistema constitucional brasileiro, podem ser apontados como direitos fundamentais o direito da criança e do adolescente à dignidade, ao respeito e à convivência familiar (artigo 227, *caput*, da Constituição: “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar”) e o direito dos filhos menores de serem assistidos, criados e educados pelos pais (artigo 229 da Constituição: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”), constando ainda expressamente no texto constitucional o

⁵⁵² Artigo 5º, inciso XII, da Constituição de 1988.

⁵⁵³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV: direitos fundamentais. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 159.

princípio da paternidade responsável (artigo 226, § 7º, da Constituição: “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal”).

Esses direitos constituem direitos outorgados por normas diretamente estatuídas no texto constitucional. E não se pode negar a fundamentalidade das referidas normas, muito embora elas não estejam estatuídas no Título II da Constituição. A própria Constituição literalmente reconhece que a família é base da sociedade, tendo por isso mesmo especial proteção do Estado (artigo 226, *caput*). Já se sabe que aquilo que diz respeito à estrutura básica da sociedade e do Estado é sempre uma questão de justiça, no sentido propriamente moral da expressão. Aliás, na literatura filosófica especializada também se admite que, de certa forma, a família faz parte da estrutura básica da sociedade.⁵⁵⁴ Sem maiores esforços argumentativos, pode-se dizer que o direito da criança e do adolescente à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, o direito dos filhos menores de serem assistidos, criados e educados pelos pais e a liberdade de planejamento familiar fundada no princípio da paternidade responsável constituem direitos fundamentais. São direitos fundamentais outorgados por normas diretamente estatuídas em outras partes do texto constitucional.

As normas do direito da criança e do adolescente à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, do direito dos filhos menores de serem assistidos, criados e educados pelos pais e da liberdade de planejamento familiar fundada no princípio da paternidade responsável são normas com alguma abertura estrutural. Elas são manifestadas pelos seguintes enunciados normativos constantes do texto constitucional: “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar” (artigo 227, *caput*, da Constituição); “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores” (artigo 229 da Constituição); “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal” (artigo 226, § 7º, da Constituição).

Desses enunciados não se infere se as posições jurídicas diretamente outorgadas pressupõem ou não o direito subjetivo ao reconhecimento do estado de filiação.

⁵⁵⁴ RAWLS, John. *Justiça como equidade*: uma reformulação. Organizado por Erin Kelly. Tradução de Cláudia Berliner. Revisão técnica e da tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 13-14 e 230-238.

Inicialmente é afirmado o direito à convivência familiar. Mas, essa convivência deve dar-se somente no seio da família natural, ou pode ser completamente realizada por meio da adoção? Do mesmo modo, o direito dos filhos menores de serem assistidos, criados e educados pelos pais resta integralmente observado mediante a adoção? Melhor dizendo, desaparece a obrigação do pai natural nesses e naqueles casos em que outra pessoa voluntariamente assumiu a paternidade? Por outro lado, os direitos fundamentais outorgados pelas normas em exame valem apenas quando há uma situação de pleno reconhecimento do estado de filiação, liberando aquele que se furtou a assumir o filho como seu? Então o direito ao reconhecimento do estado de filiação é apenas um direito legal, conforme estabelece o artigo 27 da Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), mas não configura um direito fundamental porque não está diretamente estatuído por qualquer norma constitucional?

Uma resposta a essas questões geralmente é formulada nos seguintes termos: “as pessoas têm um direito ao reconhecimento e ao estabelecimento da paternidade”. Este enunciado expressa uma norma que não coincide com qualquer das normas diretamente formuladas pelos artigos 226, *caput*, 227, *caput*, e 229, todos da Constituição. Contudo, para eventualmente decidir-se um caso no qual esteja sendo posto em dúvida o próprio direito ao reconhecimento do estado de filiação, a norma assim formulada se torna necessária. A norma assim suposta ajuda a tornar claro o que está ordenado, proibido ou permitido pelas normas diretamente expressadas pelo texto constitucional. Sendo assim, há uma relação de precisão da nova norma com o texto constitucional. E também há uma relação de fundamentação porque a norma apresentada deve ser suposta justamente por causa do conteúdo dos artigos 226, *caput*, 227, *caput*, e 229, todos da Constituição.

A norma apresentada é então uma norma anexada a normas de direitos fundamentais já diretamente estatuídas pela Constituição. Também se pode afirmar que a norma anexa do direito ao reconhecimento e ao estabelecimento da paternidade é uma exigência do sistema de direitos, que garante o direito da criança e do adolescente à dignidade e à convivência familiar, o direito dos filhos menores de serem assistidos, criados e educados pelos pais, concretizando ainda no caso o princípio da paternidade responsável. Aliás, os laços familiares não se extinguem com a chegada dos filhos à maioridade. Há muitas outras implicações jurídicas importantes a serem consideradas: o direito a alimentos (artigo 229 da Constituição de 1988 e lei civil), o direito a herança

(artigo 5º, inciso XXX, da Constituição de 1988) e o mandamento de equiparação dos filhos havidos ou não da relação do casamento (artigo 227, § 6º, da Constituição de 1988). A relação familiar continua sempre gozando de especial proteção do Estado. Inclusive por isso, não é coerente negar fundamentalidade à norma que outorga às pessoas um direito ao reconhecimento e ao estabelecimento da paternidade. Ela tem a sua fundamentalidade plenamente justificada porque constitui uma exigência do próprio sistema de direitos fundamentais.

De maneira que o direito ao reconhecimento e ao estabelecimento da paternidade é um direito fundamental subentendido nas normas que consagram o direito da criança e do adolescente à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, o direito dos filhos menores de serem assistidos, criados e educados pelos pais e a liberdade de planejamento familiar fundada no princípio da paternidade responsável. No caso, cuida-se de um direito fundamental outorgado por norma anexada a outras normas diretamente estatuídas em outras partes do texto constitucional, que não o Título II.

Raciocínio semelhante pode ser realizado para sustentar um direito fundamental de iniciativa popular para propor emendas à Constituição.⁵⁵⁵ Acima, já ficou registrado em nota que uma lista dos direitos fundamentais outorgados por normas diretamente expressadas por enunciados da Constituição de 1988, que não fazem parte do Título II, deve incluir, também, o direito de iniciativa legislativa popular.⁵⁵⁶ A norma desse direito está formulada nos seguintes enunciados normativos constantes do texto constitucional: “a iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe ... aos cidadãos, na forma e casos previstos nesta Constituição” (artigo 61, *caput*); “a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”.

Na verdade, a norma do direito de iniciativa legislativa popular já é uma precisão de outra norma de direito fundamental diretamente estatuída no Título II da Constituição. O artigo 14, inciso III, da Constituição de 1988, estabelece que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com

⁵⁵⁵ José Afonso da Silva é um dos que defendem a validade da iniciativa popular para propor emenda à Constituição, invocando ainda a incidência da regra prevista no seu artigo 61, § 2º. Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 64.

⁵⁵⁶ Cf. nota n. 11.

valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante ... iniciativa popular”. Sendo especificação do direito de iniciativa popular, que por sua vez concretiza o direito de participação política, a iniciativa popular legislativa também deve ser tomada como um autêntico direito de participação política.⁵⁵⁷ Ora, são direitos fundamentais todos os direitos à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais se pode exercitar a autonomia política e através dos quais é possível criar direito legítimo. Pelo exercício dos direitos de participação política os destinatários podem passar a autores de direitos, perspectiva esta que se expressa muito bem na elocução segundo a qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (artigo 1º, parágrafo único, da Constituição de 1988).

Apenas pelo fato de estarem inseridos no Título II da Constituição, os direitos de participação política já têm de ser considerados autênticos direitos fundamentais. Quando se acrescenta a observação de que eles integram a estrutura básica da sociedade, pois dizem respeito à maneira como as principais instituições políticas distribuem direitos e deveres básicos, a fim de tornar possível o próprio processo de criação legítima do direito, então a fundamentalidade dos direitos de participação política encontra respaldo também em argumento de ordem moral. Sendo fundamentais as normas dos direitos de participação política, igualmente devem sê-lo as normas que outorgam direitos dessa espécie, ainda que não se encontrem estatuídas diretamente no Título II da Constituição. Por ser assim, é legítimo afirmar que o direito de iniciativa legislativa popular constitui um verdadeiro direito fundamental. Na verdade, é um direito fundamental outorgado por normas diretamente estatuídas pelo texto constitucional, ainda que elas não integrem o Título II da Constituição.

Pelas mesmas razões, é o caso de perguntar se é possível justificar a validade de uma norma outorgando um direito fundamental de iniciativa popular para propor emendas à Constituição? A Constituição não estatui expressamente qualquer norma nesse sentido, pois prevê apenas que seu texto poderá ser emendado mediante proposta: I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II – do Presidente da República; III – de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federal, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria

⁵⁵⁷ Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 124.

relativa de seus membros (artigo 60, incisos I a III, da Constituição de 1988). Todavia, quando em um caso surgir a dúvida sobre o que verdadeiramente está determinado pela norma diretamente expressada no texto constitucional (“a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante ... iniciativa popular”), uma resposta bastante plausível é supor que está sim assegurado o direito de iniciativa popular para propor emendas à Constituição, tanto quanto está expressamente assegurado o direito de iniciativa legislativa popular. E é necessário supor aquele direito exatamente porque a Constituição contém o artigo 14, inciso III, e o artigo 61, § 2º.

Como todo direito pressupõe uma norma jurídica válida, então é o caso de formular uma norma com o seguinte enunciado: “a iniciativa das emendas à Constituição cabe aos cidadãos, na forma prevista para o exercício do direito de iniciativa legislativa popular”. Essa norma pode ser considerada uma norma anexa àquela que garante o direito político de iniciativa popular (esta última se encontra diretamente estatuída no Título II da Constituição). E é uma norma de direito fundamental porque é possível justificar corretamente sua fundamentalidade, já que pode ser apresentada como uma exigência do sistema de direitos, quando coerentemente reconstruído. O direito outorgado por essa norma desenvolve mais plenamente os direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais se pode exercitar a autonomia política e através dos quais é possível criar direito legítimo.

Com efeito, não é coerente argumentar a favor do direito de iniciativa legislativa popular, afirmando que ele melhor assegura os direitos de participação política, mas ao mesmo tempo rejeitar a iniciativa popular para propor emendas à Constituição, notadamente porque o processo de emenda pode acarretar uma interferência na própria estrutura básica da sociedade de um modo tal que lei ordinária alguma poderá fazê-lo. Nesse sentido, é um processo que exige, até mais que o processo legislativo ordinário, a mais ampla participação popular, se pretende produzir resultados legítimos. Uma forma de garantir a participação democrática no processo de emendas à Constituição é justamente reconhecer a existência de um direito fundamental de iniciativa popular para propô-las. Esse é um direito subentendido na norma que consagra o direito político de iniciativa popular (artigo 14, inciso III, da Constituição), interpretada com o auxílio da

norma que assegura o direito de iniciativa legislativa popular (artigo 61, § 2º, da Constituição). Sendo assim, é um direito fundamental outorgado por norma anexada a outras normas diretamente estatuídas no texto constitucional.

Os exemplos que se acabaram de ver realmente demonstram que, regra geral, os direitos implícitos são direitos identificados a partir dos direitos já enumerados expressamente no texto constitucional. No procedimento, o que se realiza é a justificação da fundamentalidade de uma nova exigência normativa. Isso atende ao critério geral para reconhecimento de novos direitos, que exige a fundamentação adequada de princípios que devem ser levados em conta no discurso de aplicação dos direitos a casos controversos, a fim de tornar coerente o sistema de direitos como um todo. Os novos princípios formulados constituem exigências do próprio sistema de direitos, para a construção de uma resposta normativamente correta, baseada nas circunstâncias da situação.

Também não é o caso de dizer que se está legislando retroativamente, quando tem lugar uma argumentação para justificar a fundamentalidade de um novo direito. Antes, é respeitada a exigência de que se deve interpretar o sistema de direitos como um conjunto coerente de princípios, para achar normas implícitas entre e sob as normas explícitas. Deste esquema de princípios surgem direitos que nunca tinham sido identificados ou declarados formalmente, em momento anterior, como se observa nos casos examinados. Mas, se por meio de um ato constituinte originário foi adotado tal esquema de princípios, os indivíduos acabam por aceitar que as governam princípios comuns e não apenas regras específicas estabelecidas pelas instituições políticas. Certamente o texto jurídico é relevante para determinar qual direito o indivíduo tem em um caso, mas não é a fonte exaustiva de todos os direitos que os indivíduos podem ter.

Uma interpretação constitucional baseada nos direitos tem que estruturar e aplicar um princípio que, sendo compatível com as normas de direitos fundamentais diretamente estatuídas na Constituição, resolva o problema de maneira correta, de acordo com as questões levantadas pelo caso. A regra da coerência normativa tem justamente a função de compatibilizar o princípio construído com as normas de direitos fundamentais já estatuídas pelo texto constitucional, no seguinte sentido: “o princípio não deve estar em conflito com os outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras

regras”.⁵⁵⁸ Por isso não se deve decidir um caso recorrendo a qualquer princípio que seja incompatível com o repertório dos direitos fundamentais já estabelecidos na Constituição.

Também por isso, uma nova norma que não se encaixa no catálogo formal dos direitos deve ser rejeitada, pois assim ela se revela incompatível com o próprio sistema de direitos como um todo. O exemplo clássico de um princípio incompatível tem a forma do seguinte enunciado radical: “cada cidadão possui o direito de ter para si todo o excedente dos que possuem mais riqueza que ele”. Alguém poderia sugerir que esse é um dos significados possíveis do princípio estabelecido no artigo 3º, III, da Constituição de 1988. Ele constituiria, portanto, uma norma anexa ao princípio estatuído no texto constitucional. Não há dúvida, porém, de que a referida norma anexa é claramente incompatível com o conjunto das demais normas jurídica, especialmente com o conjunto das próprias normas de direitos fundamentais diretamente estatuídas pelo texto constitucional. O princípio da capacidade econômica do contribuinte (artigo 145, § 1º, da Constituição de 1988) e o princípio do imposto sobre grandes fortunas (artigo 153, *caput*, inciso VII, da Constituição de 1988) é que se afiguram compatíveis com o princípio da erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades sociais.⁵⁵⁹

Em conclusão, a identificação de direitos fundamentais implícitos nas normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas na Constituição de 1988 tem lugar na própria argumentação desenvolvida para sustentar a correção de uma decisão jurídica. O procedimento dessa argumentação pode ser desdobrado nos seguintes passos metódicos:

⁵⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 15.

⁵⁵⁹ Uma norma anexa ao princípio da erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades sociais poderia ser assim formulada: “Todos têm direito a uma renda básica ou mínima”. Até poderia ser oferecida uma fundamentação adequada de um direito assim enunciado, com base nos princípios fundamentais da Constituição de 1988. Seu problema seria o da dificuldade de aplicação judicial compulsória, na falta de um sistema estruturado de prestação que resolvesse as seguintes questões: o direito seria universal ou destinado apenas àqueles que não tenham renda mínima? Qual o valor da prestação? Por quem e como seria ela paga? Cf. MORO, Sérgio Fernando. *O Judiciário e os direitos sociais fundamentais*. Mimeo, 2005, p. 14. Sobre a defesa sistemática e aprofundada de uma renda básica universal como questão de justiça, cf. VAN PARIJS, Philippe. *O que é um sociedade justa?* Introdução à prática da filosofia política. Tradução de Cíntia Ávila de Carvalho. Revisão técnica da tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Ática, 1997.

1. Suposição de uma nova norma como resposta à abertura estrutural de uma norma de direito fundamental já diretamente estatuída pelo texto constitucional. A abertura estrutural decorre da imprecisão da norma diretamente estatuída em lidar com as circunstâncias da situação. Não se sabe o que a norma já estatuída prescreve para um caso imprevisto enquanto não se supõe uma nova norma que preenche a abertura estrutural. Há uma relação de precisão entre a norma estatuída e a norma suposta. Aquela deve ser precisada por esta.

2. Elaboração de uma relação de fundamentação entre a norma que tem de ser precisada e a norma precisante. Apenas se pode supor validamente uma nova norma quando há uma outra norma diretamente estatuída que a sustente.

3. Demonstração de que aquilo que a norma precisante exige é compatível com todo o sistema de direitos. Não pode haver conflito com outras normas pressupostas para justificar aquela que está sendo aplicada, ou com qualquer outra. A regra da coerência normativa exige a compatibilidade de uma norma com a aplicação de todas as outras normas em uma situação.⁵⁶⁰ A nova norma deve servir para a reconstrução coerente do sistema de direitos em face de um caso imprevisto, especialmente problemático. A justificação da fundamentalidade da nova posição jurídica, levantada no contexto da argumentação desenvolvida para sustentar a correção da resposta, resulta em um novo direito fundamental específica para as partes, no caso imprevisto.

Todos esses passos metódicos se tornam realizáveis quando se tomam os direitos fundamentais como princípios. A tematização de diferentes interpretações da situação e a comparação dos interesses concorrentes e conflitantes e expectativas normativas à luz de princípios e regras moralmente legítimos não combina com a noção de norma fechada, aplicável à maneira das regras. Quando as normas são tomadas como expressando um programa fechado, que estabelece uma conexão condicional de pressuposição e consequência, apenas as circunstâncias fixadas na pressuposição contam. Isso é próprio de um modelo dedutivo de interpretação e aplicação que de fato

⁵⁶⁰ Cf. Capítulo 4, seções 4.1 e 4.4.

toma as normas jurídicas como preceitos fechados, inflexíveis, os quais devem ser inapelavelmente aplicados se seus programas condicionais (extensões semânticas) apresentam alguma relação com as circunstâncias da situação. Contudo, em uma argumentação que assim se desenvolve, nem todas as circunstâncias da situação são consideradas relevantes.⁵⁶¹ A não consideração de interpretações diferentes da situação e a não comparação dos interesses concorrentes e conflitantes e das expectativas normativas implicam violar a exigência de imparcialidade do juízo de aplicação.

Já quando se considera que as normas de um sistema são aplicáveis apenas *prima facie*, passa a ser necessário levar em conta as circunstâncias que são diferentes em todos os casos de aplicação, para uma decisão correta. É que os princípios se diferenciam das regras também pela maior indeterminação quanto às condições de sua aplicação. Considerar todas as normas *prima facie* aplicáveis ao caso, e, de acordo com as suas exigências, descrever o mais completamente possível a situação de aplicação, permite encontrar a norma que resolve corretamente o caso. O caráter *prima facie* das normas advém de uma exigência do discurso de aplicação imparcial. A aplicação imparcial tem de relacionar uma norma justificada universalmente a contextos modificados e exaurir todas as suas variações semânticas, bem como as variações semânticas das demais normas *prima facie* aplicáveis. Em razão disso, os direitos fundamentais como princípios permitem os dois primeiros passos metódicos do procedimento de identificação de direitos fundamentais implícitos. O terceiro passo é simplesmente uma aplicação da regra de coerência normativa.

Também pode ser tentada uma fundamentação assim para a chamada garantia do duplo grau de jurisdição. Em várias oportunidades, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela “inexistência, no ordenamento brasileiro, da garantia do duplo grau de jurisdição”.⁵⁶² O Tribunal chega a essa conclusão argumentando que em alguns dos seus dispositivos a Constituição de 1988 menciona a existência de grau único de jurisdição para certas causas, como o artigo 102, inciso III, que fala em “única instância”. A orientação do Supremo Tribunal não se modificou nem mesmo com a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto

⁵⁶¹ GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Tradução americana de John Farrell. New York: State University of New York, 1993, p. 269-270.

⁵⁶² Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 71.124/RJ, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 23.09.1994, p. 25314.

de San José da Costa Rica, de 22.11.69), por meio do Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. O artigo 8º, item 1, letra *h*, da referida Convenção, estabelece o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. Em acórdão publicado em 2002, o Tribunal expôs a suma geral da sua doutrina quanto à questão:

"I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, *h*, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior". 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. 1. Quando a questão - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional. 2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem

a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). 3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. 4. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir. III. Competência originária dos Tribunais e duplo grau de jurisdição. 1. Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu. 2. Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, seja lei ordinária seja convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho - que não estão em causa - e da Justiça Militar - na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais -, assim como as do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais Tribunais e Juízos do País, também as competências recursais dos outros Tribunais Superiores - o STJ e o TSE - estão enumeradas taxativamente na Constituição, e só a emenda constitucional poderia ampliar. 3. À falta de órgãos jurisdicionais ad quem, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada." ⁵⁶³

⁵⁶³ Supremo Tribunal Federal, Recurso em Habeas Corpus n. 79.785/RJ, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ* de 22.11.2002, p. 57.

Deixando de lado a questão relativa à incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos de que o Brasil seja parte,⁵⁶⁴ a discussão sobre a existência de um direito fundamental de recurso ou de segundo grau de jurisdição pode passar a inquirir sobre a sua fundamentalidade material em face de direitos e garantias já enumerados pela Constituição de 1988⁵⁶⁵. Certamente a problematização levada a efeito pelo Supremo Tribunal já é um exemplo de argumentação sobre a eventual fundamentalidade de uma garantia reconhecida como existente, mas com uma conclusão que é negativa. O que permanece em aberto é a correção do raciocínio que conduz a tal conclusão. Nesse sentido, é curioso que o Tribunal, em julgado posterior, apesar de reafirmar que “no ordenamento jurídico brasileiro não existe a garantia do duplo grau de jurisdição”, admita que “só de forma implícita a Constituição Federal o consagra, na medida em que estrutura a Justiça Brasileira em graus de jurisdição”.⁵⁶⁶ A pergunta é: a consagração “só” implícita constitui circunstância a impedir o reconhecimento da fundamentalidade da garantia?

Ingo Sarlet opina que o direito ao duplo grau de jurisdição pode ser considerado abrangido pelo âmbito de proteção do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Quando se conjuga essa norma com aquelas estatuídas pelos incisos LIV (devido processo) e LV (ampla defesa) do artigo 5º da Constituição, o autor então pontua que, de modo especial, “este último já poderia isoladamente, quanto mais em conjugação com o inciso XXXV, abarcar a garantia da possibilidade (ao menos como regra geral)

⁵⁶⁴ Sobre esse ângulo, consultar PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. revista, ampliada e atualizada. Prefácio de Henry Steiner. Apresentação de Antônio Augusto Cançado Trindade. São Paulo: Max Limonada, 2002, p. 67-120. Cf. também SARLET, Ingo Wolfgang. O valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 33, n. 131, jul./set. 1996, p. 24-25. De resto, esse parece ser um problema superado, a partir de agora, com o acréscimo de um § 3º ao artigo 5º da Constituição, por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

⁵⁶⁵ Jorge Miranda noticia que a jurisprudência constitucional portuguesa tem contribuído para o aditamento de novos direitos ou decorrências de direitos, enumerando entre outros exatamente o direito de recurso ou de 2º grau de jurisdição (acórdão n. 31/87). Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo IV (direitos fundamentais), 1993, p. 159.

⁵⁶⁶ Supremo Tribunal Federal, Recurso em Habeas Corpus n. 80.919/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Nelson Jobim, DJ de 14.09.2001, p. 64. O trecho citado se refere a parte do voto do Ministro Relator, que se vale da doutrina de Ada Pellegrini Grinover (*Recursos no processo penal*), em citação assim reproduzida: “...a garantia do duplo grau de jurisdição, só implicitamente assegurada pela Constituição Brasileira, é princípio constitucional autônomo, decorrente da própria Lei Maior, que estrutura os órgãos da chamada jurisdição superior”.

de acesso a uma segunda instância e de recorrer das decisões judiciais”, aduzindo, ainda, que “há como sustentar o entendimento de que a possibilidade de se ter reexaminada uma decisão parcial ou totalmente desfavorável harmoniza-se com as exigências do princípio da ampla defesa, bem como com a eficácia (no sentido de maior certeza, confiabilidade e segurança) dos julgamentos e também do acesso à Justiça”.⁵⁶⁷ Segundo essa opinião, o duplo grau de jurisdição não está consagrado só de forma implícita na Constituição, na medida em que estrutura a Justiça Brasileira em graus de jurisdição, mas sobretudo porque essa é uma exigência dos princípios relativos ao acesso à jurisdição, ao devido processo e à ampla defesa.

Com efeito, o artigo 5º, inciso LIV, estabelece o princípio segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Essa norma não veicula apenas uma garantia processual formal, mas sim um instrumento jurídico de controle do arbítrio e da discricionariedade governamental, da razoabilidade e racionalidade das normas jurídicas e dos atos em geral do poder público.⁵⁶⁸ Já por isso, o devido processo legal constitui princípio que ao mesmo tempo alberga o direito de contraditório e o direito de ampla defesa às partes que estejam litigando em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, com os meios e recursos inerentes. Sendo assim, a disposição de direito fundamental diretamente estatuída pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição, encontra sustentação no próprio princípio do devido processo legal. Assim como o direito de defesa pode ser fundamentado no princípio do devido processo, outros direitos podem por sua vez encontrar fundamento no direito de ampla defesa.

Já decidiu o Supremo Tribunal Federal que o direito de defesa “foi ampliado com a Constituição de 1988, não se resumindo a um simples direito de manifestação no processo”. Na verdade, ele constitui uma “pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus

⁵⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 33, n. 131, jul./set. 1996, p. 24.

⁵⁶⁸ KARAM DE CHUEIRI, Vera. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997, p. 166-167, citando texto de Carlos Roberto de Siqueira Castro.

argumentos contemplados pelo órgão julgador”.⁵⁶⁹ No voto do Ministro Gilmar Mendes se esclarece ainda que o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, que corresponde ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferirem atenção, envolve não só o dever de tomar conhecimento, como também o dever de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas. Aliás, é da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões, já diretamente estatuído pela Constituição (artigo 93, inciso IX).

Nesse contexto, quando as razões apresentadas não são devidamente consideradas pelo próprio órgão judiciário, quem irá rever a decisão viciada? Diante dos princípios do devido processo legal, da jurisdição e da coisa julgada, se é necessária a revisão de uma decisão judicial, ela tem de ser realizada pelo próprio órgão judiciário. A estruturação da Justiça Brasileira em graus de jurisdição atende a essa necessidade. Se da estruturação mesma não é possível formular uma norma anexa relativa ao direito do duplo grau de jurisdição, isso se dá porque a própria organização em graus de jurisdição concretiza um princípio anterior e mais profundo. É claro que a parte vencida em um processo possivelmente permanecerá inconformada com a resposta judicial, se for negado provimento ao seu recurso pelo órgão de segundo grau. Isso vem a demonstrar que a garantia do duplo grau de jurisdição não pode ser fundamentada no sentimento de frustração do vencido. Antes, deve ser apresentada como uma prerrogativa inerente ao princípio da ampla defesa que, por sua vez, especifica o princípio do devido processo legal.

Se isso é correto, o instrumento jurídico de controle do arbítrio e da discricionariedade governamental, da razoabilidade e racionalidade das normas jurídicas e dos atos em geral do poder público evidencia a necessidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado a órgão diverso e de hierarquia superior. Um processo legal corretamente estruturado há de prever a possibilidade do reexame da decisão, como forma de garantir que as razões apresentadas pelas partes sejam de fato séria e detidamente consideradas pelo órgão judiciário. Pelo que até aqui foi dito, já se tem como fundamentada uma norma anexa aos princípios do devido processo e da ampla defesa, que pode ser expressa através do seguinte enunciado: “Aos litigantes em processo judicial e aos acusados em geral é

⁵⁶⁹ Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança n. 24.268-0/MG, Relatora Ministra Ellen Gracie (vencida), Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, *DJ* de 17.09.2004, p. 53.

assegurado o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. Ela constitui uma resposta juridicamente possível, quando surge a dúvida sobre o que dizem aqueles princípios para os casos em que não há previsão expressa de órgão jurisdicional revisor, aparentemente inviabilizando a aplicação do duplo grau.

Por outro lado, essa não é uma norma incompatível com o sistema de direitos. Pelo contrário, pode ser entendida como exigida pelo próprio sistema de direitos. Uma das razões para que seja assim diz respeito à própria exigência de razoabilidade e racionalidade dos atos em geral do poder público, ínsita ao devido processo e ao princípio da jurisdição. Por esses preceitos, nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles, nem mesmo os jurisdicionais. “Tanto o Poder Legislativo quanto o Executivo e o Judiciário devem ter seus mecanismos de controle para que a democracia e a legalidade sejam respeitadas”.⁵⁷⁰ Nesse sentido, a aplicação do duplo grau de jurisdição garante o controle interno do Poder Judiciário em relação à legalidade e à justiça de suas decisões. Além disso, viola o princípio da igualdade por um lado admitir a existência do duplo grau de jurisdição nas causas de competência originária dos Tribunais, quando a Constituição previu expressamente o recurso ordinário de sua decisão, e por outro lado entender que a Constituição proibiu o duplo grau, quando não estabeleceu diretamente o recurso.

5.3. Direitos decorrentes do regime e dos princípios

Quando os direitos fundamentais implícitos foram precisados como aqueles cujas normas podem anexadas às normas de direitos fundamentais já diretamente estatuídas pelo texto constitucional, teve-se o cuidado de destacar que estas dizem respeito àquelas normas dos direitos fundamentais minuciosamente detalhados no texto constitucional. Direitos fundamentais implícitos não são aqueles imediatamente relacionados ao núcleo normativo básico do sistema de direitos, mas sim ao conjunto de disposições altamente específicas de direitos que compõem o Título II da Constituição

⁵⁷⁰ LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. Barueri: Manole, 2004, p. 85. Interessante no trabalho é a parte que traz “propostas e sugestões para a incorporação do princípio do duplo grau de jurisdição nos processos de competência originária dos Tribunais por prerrogativa de função”, além de outros aspectos práticos que tornam possível o amplo e irrestrito exercício do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição na ordem jurídica brasileira.

ou que se localizam em outras partes do texto constitucional. É claro que também os direitos implícitos têm que ser compatíveis com a base normativa do sistema de direitos. Mas, em primeiro plano eles constituem posições jurídicas subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais já especificados. Nisso eles se diferenciam dos direitos decorrentes do regime e dos princípios fundamentais, pois estes podem ser entendidos como os direitos diretamente justificados a partir da estrutura normativa mais geral do sistema de direitos.

Já se escreveu que a maneira mais natural de ler a Declaração de Direitos é concebendo-a como uma rede de princípios que definem um ideal político, como um esqueleto constitucional de uma sociedade de cidadãos iguais e livres. Isso permite falar que o sistema de direitos configura um *sistema compreensivo*, em que os preceitos da igual consideração e das liberdades básicas se tornam os maiores fundamentos, as maiores fontes dos direitos individuais.⁵⁷¹ Sendo assim, direitos fundamentais também podem ser encontrados de maneira imediata a partir das referidas cláusulas abstratas de acentuado teor moral, sem necessariamente terem de estar desde o início detalhados em uma constituição. Regra geral, o núcleo básico dos direitos fundamentais se desdobra, por assim dizer, nos direitos gerais de liberdade e de igualdade. Nessa medida, um conjunto aparentemente fechado de disposições altamente específicas de direitos constitui, antes de qualquer outra coisa, uma tentativa de decifrar as prerrogativas jurídicas, decorrentes das cláusulas gerais da liberdade e da igualdade, que os indivíduos podem invocar em favor de sua dignidade.

Restou demonstrado, em momento anterior, que a legitimidade da constituição repousa, em última instância, em princípios de invidiosa qualidade moral. E na medida em que o conjunto de princípios básicos tem um conteúdo normativo insaturado, outros direitos particulares podem surgir de dito esquema, apesar de tais direitos nunca terem sido explicitamente enumerados no documento escrito. Nesse sentido, portanto, direitos não enumerados também são aqueles direitos que resultam do conteúdo normativo inesgotável do esquema de direitos inevitavelmente assumido por uma prática constituinte originária, ainda que não tenham sido inicialmente enunciados de maneira expressa na constituição escrita. A constituição escrita originária de uma

⁵⁷¹ DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled. In: STONE, Geoffrey R.; EPSTEIN, Richard A. & SUNSTEIN, Cass R. (ed.). *The Bill of Rights in the Modern State*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1992, p. 382.

comunidade política de livres e iguais captura os direitos de uma maneira incompleta. Em um caso controverso imprevisto, surge a necessidade de atualizar o sentido dos princípios que compõem o núcleo do sistema de direitos fundamentais.⁵⁷²

Não é novidade indicar os princípios gerais da dignidade, liberdade e igualdade como a base normativa mais abstrata dos direitos humanos fundamentais, pois isso de há muito tempo já é feito, até mesmo para apresentar o próprio conceito desses direitos. Luis Prieto Sanchis, por exemplo, é da opinião que tais exigências abstratas configuram o próprio núcleo de certeza ou conteúdo mínimo geralmente reconhecido na comunidade lingüística que permite julgar os usos arbitrários do conceito de direitos humanos. Aliás, para o autor espanhol os direitos se identificam exatamente como a tradução normativa dos princípios da dignidade, da liberdade e da igualdade, “como o veículo que nos últimos séculos pretende conduzir determinadas aspirações das pessoas desde o mundo da moralidade para a órbita da legalidade”.⁵⁷³ Outro autor espanhol muito referenciado, Antonio Enrique Pérez-Luño, externa opinião semelhante, ao definir os direitos humanos como o “conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional”.⁵⁷⁴

É possível identificar expressamente, na vigente Constituição brasileira, grandes cláusulas abstratas de profundo significado moral que definem o ideal político de uma sociedade de livres e iguais. A rede de princípios da Constituição de 1988 inclui, além das cláusulas gerais da liberdade e da igualdade, contidas no próprio Título II, os princípios fundamentais estabelecidos no Título I, neles constando, dentre outros, os princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana, do pluralismo político, da soberania popular, de uma sociedade livre, justa e solidária, da erradicação da pobreza e da marginalização, da promoção do bem de todos, sem quaisquer preconceitos, da prevalência dos direitos humanos e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Por ser assim, ao lado de um conjunto aparentemente fechado de

⁵⁷² Cf. Capítulo 3, seção 3.4.

⁵⁷³ PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. 1. ed. 1. reimp. Madrid: Editorial Debate, 1994, p. 20.

⁵⁷⁴ PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho e Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1994, p. 48: “...conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional y internacional”.

disposições altamente específicas de direitos, a Constituição de 1988 explicita ainda uma estrutura normativa básica que pode ser tomada como o fundamento mesmo das prerrogativas específicas da cidadania.

Quando se fala de direitos fundamentais não enumerados decorrentes do regime e dos princípios está falando-se nos direitos fundamentais que podem ser justificados a partir da estrutura normativa básica delineada por esses princípios. É correta a idéia de que os direitos que podem ser diretamente justificados a partir do esquema normativo básico são direitos decorrentes do regime e dos princípios da Constituição. Nesse sentido, a rede de princípios fundamentais é compreensiva. É claro que os direitos decorrentes do regime e dos princípios demandam um maior esforço argumentativo, se comparados aos direitos implícitos. Mesmo assim, a Constituição é sempre a estrutura normativa a partir da qual se pode trabalhar o problema, até porque o regime e os princípios que servem como base para a identificação dos novos direitos são aqueles “por ela adotados”. O que quer dizer que o procedimento metódico de identificação dos direitos decorrentes é semelhante àquele utilizado para identificação dos direitos implícitos. Tanto lá como aqui, a Constituição tem que continuar a ser entendida como uma estrutura normativa principiológica que permite uma prática interpretativa de caráter construtivo.

5.3.1. O regime e os princípios da Constituição de 1988

A melhor maneira de entender o papel dessas categorias para a identificação de direitos fundamentais decorrentes é entrelaçando-as. Não existem direitos decorrentes do regime, por um lado, e direitos decorrentes dos princípios, por outro. Há simplesmente direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios da Constituição. Não poderia ser diferente. Os princípios da Constituição delineiam um regime próprio, que é o regime democrático. Na medida em que esse regime é instituído pela própria Constituição, pode ser mais bem chamado de regime democrático constitucional. O preâmbulo e o artigo 1º da Constituição proclamam a instituição de um Estado Democrático. Quando se examina o significado correto que tem o Estado Democrático de Direito, também chamado de Estado Constitucional Democrático,

percebe-se então mais nitidamente o entrelaçamento do regime com os princípios fundamentais.

O Estado Democrático de Direito é antes de tudo uma forma paradigmática de interpretar a ordem constitucional e, desse modo, também o sistema de direitos fundamentais. Os paradigmas podem ser entendidos como esquemas “em que exceções empíricas, concepções da vida boa, normas válidas e descrições situacionais mais ou menos padronizadas são coerentemente vinculadas entre si”.⁵⁷⁵ Eles são grandes esquemas gerais de pré-compreensões que consubstanciam um pano de fundo interpretativo, uma visão de mundo. É possível identificar a existência de vários paradigmas, ao longo da história do constitucionalismo, a implicar diferentes maneiras de ler o sistema de direitos. Como corretamente aponta Menelick de Carvalho Netto, com base em Habermas, podem ser apontados três grandes paradigmas jurídicos modernos: o do Estado de Direito, o do Estado de Bem-Estar Social e o do Estado Democrático de Direito, que se sucedem, em um processo de superação e subsunção.⁵⁷⁶

O paradigma do Estado de Direito é aquele inicialmente implantado pelo movimento constitucionalista. Nele o direito é visto como um sistema normativo de regras gerais e abstratas essencialmente negativas, válidas universalmente para todos os membros da sociedade, limitando o Estado à legalidade, consagrando os direitos individuais típicos e, dessa forma, instituindo uma ordem jurídica liberal clássica. Nesse contexto, “a questão da atividade hermenêutica do juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação é algo a ser evitado até mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados”.⁵⁷⁷ Em face das limitações da ordem liberal, surge o paradigma constitucional do Estado Social, que pressupõe a materialização dos direitos anteriormente formais, com a ampliação das tarefas estatais a novas finalidades econômicas e sociais mais complexas. Por ser assim, “a hermenêutica jurídica reclama métodos mais sofisticados como as análises

⁵⁷⁵ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004, p. 358.

⁵⁷⁶ CARVALHO NETO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, v. 3, maio 1999, p. 476.

⁵⁷⁷ CARVALHO NETO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, v. 3, maio 1999, p. 479.

teleológica, sistêmica e histórica capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei, profundamente inserida nas diretrizes de materialização do Direito que a mesma prefigura, mergulhada na dinâmica das necessidades dos programas e tarefas sociais”.⁵⁷⁸

A crise do modelo do Estado Social abre espaço para a conformação de um novo paradigma, o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, que sustenta a idéia de um direito participativo, pluralista e aberto. Nesse paradigma, são requeridas decisões que, “ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto”.⁵⁷⁹ A consideração de que o ordenamento jurídico é composto por princípios, além de regras, é também uma exigência do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, permitindo a abertura para a complexidade de toda situação de aplicação e a tomada a sério dos direitos das partes. “Não levar a sério os direitos, ou seja, simplificar uma situação de aplicação de modo a simplesmente desconhecer direitos dos envolvidos por se focar a questão do ângulo de um único princípio aplicado ao modo do tudo ou nada, típico das regras, termina por subverter o próprio valor da segurança jurídica que se pretendia assegurar”.⁵⁸⁰

O regime constitucional democrático, assim como explicado pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, reafirma uma teoria constitucional baseada nos direitos. A democracia impõe o direito de cada pessoa a ser respeitado e a ser considerado como indivíduo. Se é inevitável a prática da democracia contemporânea conter uma técnica de decisão das questões fundamentais por meio da regra da maioria, para que a maioria não viole o direito ao respeito e consideração de cada um é necessário um esquema de direitos básicos cujo efeito é identificar as decisões políticas que são antecipadamente propensas a refletir fortes preferências externas e retirar inteiramente essas decisões das

⁵⁷⁸ CARVALHO NETO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, v. 3, maio 1999, p. 481.

⁵⁷⁹ CARVALHO NETO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, v. 3, maio 1999, p. 482.

⁵⁸⁰ CARVALHO NETO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, v. 3, maio 1999, p. 486.

instituições políticas. Na democracia, os direitos permanecem como trunfos para proteger o igual interesse e respeito de cada um. São, pois, questões insensíveis à escolha, pois são questões de princípios retiradas do cálculo político, pela sua importância.⁵⁸¹ O paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito é partidário de um Estado “centrado nos direitos”, mediante o qual se afirma que os indivíduos têm direitos e cabe à constituição protegê-los, antes de qualquer outra coisa. E é um paradigma que reconhece que a melhor forma de proteger os direitos é tomá-los como princípios.

A teoria do discurso também sustenta a tese de que a melhor leitura do regime constitucional democrático é aquela fornecida por uma teoria constitucional baseada nos direitos. Mesmo o argumento da democracia, levado em conta na fundamentação dos direitos humanos pela teoria do discurso, tem como premissa a de que sua realização aproximada somente é possível se os direitos políticos fundamentais e os direitos humanos valem e podem ser exercitados com suficiente igualdade de oportunidades. Aliás, a teoria do discurso acrescenta que o exercício dos direitos políticos fundamentais e dos direitos humanos com suficiente igualdade de oportunidades pressupõe o cumprimento de alguns direitos fundamentais e direitos humanos não políticos. Não é por outro motivo que a teoria assume explicitamente que a idéia do discurso só pode realizar-se no modelo de Estado constitucional democrático.⁵⁸²

Em primeira linha, portanto, verifica-se que os direitos decorrentes são posições jurídicas justificadas a partir dos princípios da Constituição e de acordo com a melhor leitura do regime constitucional democrático, que é aquela que resulta do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito. Melhor dizendo, a maneira correta de ler os princípios da Constituição é fazê-lo de acordo com as exigências do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito. Quando assim se procede, torna-se possível anexar validamente normas de direitos aos princípios fundamentais e justificar a sua fundamentalidade. Esse procedimento já foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao reconhecer a validade do direito de desobediência civil.

⁵⁸¹ Sobre isso, cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 293-294; _____. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge, Massachusetts: London: Harvard University Press, 2000, p. 01-07.

⁵⁸² ALEXY, Robert. La fundamentación de los derechos humanos. In: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução e introdução colombiana de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 129-131.

Com efeito, decidiu o STJ que “movimento popular visando a implantar a reforma agrária não caracteriza crime contra o patrimônio. Configura direito coletivo, expressão da cidadania, visando a implantar programa constante da Constituição da República. A pressão popular é própria do Estado de Direito Democrático”.⁵⁸³ Concluiu-se então que a invasão de terras por movimento popular visando à implantação do programa constitucional de reforma agrária não constitui crime, restando justificada a prática de desobediência à legislação penal vigente, nas circunstâncias indicadas. Nos termos do julgado, tal prática constitui o exercício de um direito coletivo próprio do Estado Democrático de Direito e expressão da cidadania, que é um dos princípios fundamentais estabelecidos pela Constituição (artigo 1º, inciso II). No caso, portanto, o direito de desobediência foi identificado base em princípio fundamental e de acordo com o regime adotado pela Constituição de 1998, conduzindo à concessão de ordem de *habeas corpus* em favor de integrantes da direção do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – MST, presos por invadirem imóveis alheios.

É comum na literatura jurídica brasileira identificar a desobediência como um direito fundamental justificado a partir dos princípios da Constituição. Maria Garcia, por exemplo, publicou obra sobre o tema, em que inicialmente apresenta comentários preliminares sobre o regime republicano de governo, o princípio democrático e o princípio da cidadania, para concluir que deles decorre um feixe de privilégios ao cidadão. Esse plexo de direitos e garantias deverá conter por definição o direito de desobediência civil, definido como a possibilidade do cidadão, titular do poder político, “promover a alteração ou a revogação da lei ou deixar de atender à lei ou a qualquer ato – que atentem contra a ordem constitucional ou os direitos e garantias fundamentais”.⁵⁸⁴ Dessa forma, o direito de desobediência civil é doutrinariamente apresentado como um direito fundamental decorrente do regime e dos princípios, conforme a regra de interpretação estatuída no artigo 5º, 2º, da Constituição.

⁵⁸³ Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n. 5574/SP, 6ª Turma, Relator para o acórdão Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, *DJ* de 18.08.97, p. 37916. Essa posição do STJ se afinou com a opinião tornada pública de Dworkin, para quem, até que mudasse a atitude do governo, os atos não violentos do MST se incluíam na honrada tradição da desobediência civil. DWORKIN, Ronald. *Os sem-terra vistos de fora*. O Estado de São Paulo, 24/05/1997, A2, p. 14.

⁵⁸⁴ GARCIA, Maria. *Desobediência civil: direito fundamental*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 297.

Já José Carlos Buzanello, definindo o direito de resistência como “a capacidade de as pessoas ou grupos sociais se recusarem a cumprir determinada obrigação jurídica, fundada em razões jurídicas, políticas ou morais”,⁵⁸⁵ defende que tal direito também se manifesta implicitamente na Constituição. Isso ocorre pela materialidade dos princípios do regime democrático, que se combina com elementos constitucionais formais, como os princípios da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político, fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, incisos III e V, da Constituição). Nesse sentido, a regra exegética prevista no artigo 5º, § 2º, da Constituição, revela a intenção do constituinte de não tornar *numerus clausus* a enumeração dos direitos e garantias fundamentais. “Essa cláusula aberta é um comando normativo integrado ao sistema positivo, para que se absorvam outros direitos e garantias não declarados no texto constitucional. Esse ‘novo’ rol exige matérias a serem interpretadas e estatuídas, que passam a ser reveladas em sua especificidade pela hermenêutica constitucional”.⁵⁸⁶ Para o autor, é isso tudo que permite o reconhecimento do direito fundamental de resistência e, como modalidade sua, o direito constitucional de desobediência civil.

Convém tentar sistematizar esses argumentos de acordo com o procedimento metódico delineado na seção anterior. Considere em primeiro lugar que o princípio da cidadania se encontra diretamente estatuído no texto constitucional, por meio do artigo 1º, inciso II. Sem dúvida que essa é uma norma bastante imprecisa, pois é aberta tanto do ponto de vista semântico como estrutural. Em uma perspectiva clássica, a cidadania é tomada como o conteúdo da pertença igualitária a uma dada comunidade política e afere-se pelos direitos e deveres que o constituem e pelas instituições a que dá azo para ser social e politicamente eficaz.⁵⁸⁷ Essa noção, entretanto, está demasiadamente vinculada a uma matriz política liberal, bem como à sua correspondente idéia de democracia representativa. Por sua vez, é próprio do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito um direito participativo, pluralista e aberto, como anotado acima. Nele, o conceito de cidadania “trabalha com uma redefinição da idéia de

⁵⁸⁵ BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência constitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 113.

⁵⁸⁶ BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência constitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 209.

⁵⁸⁷ MARSHALL, T. H. Cidadania e classe social. In: *Cidadania, classe social e status*. Introdução de Phillip C. Schmitter. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 57-114.

direitos, cujo ponto de partida é a concepção de um direito a ter direitos”.⁵⁸⁸ E nessa perspectiva, “a idéia-mestra da nova cidadania consiste em fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção social: é a idéia de participação”.⁵⁸⁹

A imprecisão do termo usado na norma exige, portanto, esclarecimento conceitual. O próprio julgado do STJ oferece uma regra semântica tributária da última concepção, ao dizer que “movimento popular... pressão popular... visando a implementar programa constante na Constituição da República... configura expressão da cidadania. A pressão popular é própria do Estado de Direito Democrático”. Essa regra semântica pode mais bem ser formulada nos seguintes termos: “A pressão de movimento social popular organizado para a execução de uma política pública constitucionalmente estabelecida configura expressão da cidadania, no Estado Democrático de Direito”. Dessa regra e do princípio que estabelece a cidadania como fundamento constitucional (artigo 1º, inciso II, da Constituição) pode ser formulado um enunciado que serve para eliminar a indeterminação estrutural do princípio, quando se procura decidir um caso como aquele da invasão de terras pelo MST: “Sob certas circunstâncias, movimento social popular que pressiona o Governo para a execução de uma política pública constitucionalmente estabelecida pode deixar de atender à lei”.

A norma assim expressada pode ser apresentada como uma precisão realizada pelo STJ da norma constitucional que estabelece a cidadania como fundamento da República. Como o que interessava no julgado era sobretudo a questão da responsabilidade dos indivíduos que fazem parte do movimento, a norma pode passar a ter a seguinte forma: “Todo aquele que participa de movimento social popular que pressiona o Governo para a execução de uma política pública constitucionalmente estabelecida tem direito a não sofrer punição, mesmo que, sob determinadas circunstâncias, não tenha respeitado o que determina a lei”. Esta última norma pode ser fundamentada naquela outra já diretamente estatuída que estabelece a cidadania como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso II, da Constituição). Isso porque, repita-se, no Estado Democrático de Direito a pressão de movimento social

⁵⁸⁸ DAGNINO, Evelina. Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania. In: *Anos 90: política e sociedade no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 107.

⁵⁸⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A nova cidadania*. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 28/29. São Paulo: CEDEC, 1993, p. 92.

popular organizado para a execução de uma política pública constitucionalmente estabelecida configura expressão da cidadania.

Estabelece-se assim uma relação de fundamentação entre a última norma precisante e a norma precisada. A demonstração de que aquilo que a norma precisante demanda é compatível com todo o sistema de direitos, por sua vez, vai exigir o esclarecimento da cláusula “sob certas circunstâncias”. No exemplo da invasão de terras pelo MST, desde logo convém dizer que não há incompatibilidade no exercício do direito outorgado pela norma precisante com o exercício do direito de propriedade, quando se constata a não observância da função social da propriedade. Todavia, importa que o fato seja praticado sem violência. Quando se pratica o fato com violência não é possível outorgar legitimidade à invasão das terras, até porque o sistema de direitos da Constituição de 1988 expressamente exige o caráter pacífico das reuniões,⁵⁹⁰ veda a associação de caráter paramilitar⁵⁹¹ e tem como ideal a solução pacífica dos conflitos.⁵⁹² A violência é incompatível com os próprios direitos que se buscam executar por meio da desobediência civil. O princípio da cidadania só pode figurar validamente como fundamento do direito de desobediência civil se os atos praticados visam à própria proteção dos direitos constitucionais, como consignou o STJ.

Quanto a esse ponto e fazendo referência ainda ao caso do MST, Dworkin primeiramente anota que o movimento brasileiro parece realmente oferecer justificativa moral para que se quebre a lei, ao almejar o assentamento de agricultores pobres, ou sem-terra, em propriedades rurais ociosas, sem o consentimento dos donos. Depois, aduz o argumento de que a desobediência civil não é necessariamente errada quando o Governo falha em corrigir injustiça profunda e manifesta contra um grupo. Finalmente, arremata que quando há evidências “para demonstrar que um grupo não é tratado como participante, em igualdade de condições, na aventura política de uma nação, a democracia falhou e, nessa medida, até que mude a atitude do governo, atos não violentos se incluirão na honrada tradição da desobediência civil”.⁵⁹³ É claro que esses argumentos evidenciam uma fundamentação de ordem moral para justificar o princípio relativo à desobediência civil como uma exigência do próprio sistema de direitos, a fim

⁵⁹⁰ Constituição de 1988, artigo 5º, inciso XVI.

⁵⁹¹ Constituição de 1988, artigo 5º, inciso XVII.

⁵⁹² Constituição de 1988, artigo 4º, inciso VII.

⁵⁹³ DWORKIN, Ronald. *Os sem-terra vistos de fora*. O Estado de São Paulo, 24/05/1997, A2, p. 14.

de que possa ser tomada uma decisão normativamente correta baseada nas circunstâncias de determinada situação.

Como os direitos decorrentes do regime e dos princípios fundamentais não estão subentendidos em normas de direitos fundamentais já diretamente estatuídas pelo texto constitucional, pois se este fosse o caso se estaria tratando na verdade de direitos implícitos, certamente vale a regra de que aqueles primeiros devem ser equiparados por seu conteúdo e importância a estes últimos. Ingo Sarlet toma essa exigência como o conteúdo daquilo que chama de “princípio implícito da equivalência”, pelo qual toda e qualquer posição jurídica, para que se possa considerar autêntico direito fundamental, deverá equivaler – em seu conteúdo e dignidade – aos direitos fundamentais do catálogo.⁵⁹⁴ Quando o autor acrescenta que “não se cuida de efetuar análise de um ou outro preceito do catálogo, mas, sim, de lançar um pouco de luz sobre os elementos comuns, em princípio, ao conteúdo de todos os direitos fundamentais do Título II de nossa Carta Magna e que, portanto, pode ser considerado como matéria dos direitos fundamentais, e não de um ou outro dispositivo isolado”,⁵⁹⁵ percebe-se que o conteúdo da regra da equivalência se encontra compreendido na regra da coerência normativa, pela qual se demonstra a fundamentalidade da nova posição jurídica.

O direito de desobediência civil é o melhor exemplo de direito decorrente do regime e dos princípios fundamentais da Constituição, quando estes são entendidos de maneira entrelaçada. Os princípios da Constituição definem o ideal político de uma sociedade de livres e iguais. Eles explicitam a estrutura normativa básica do sistema de direitos fundamentais, juntamente com os direitos gerais de liberdade e igualdade. Esse ideal político pode ser compreendido como expressando um regime determinado, que é o regime democrático constitucional. A maneira correta de ler o regime democrático constitucional é por meio do paradigma do Estado Democrático de Direito. Regime constitucional democrático e princípios fundamentais se implicam mutuamente, de maneira circular. Os princípios fundamentais conduzem ao regime democrático constitucional e este remete ao sistema de direitos, cujo núcleo básico é espelhado pelos

⁵⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 95.

⁵⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 97.

princípios fundamentais, dos quais fazem parte as cláusulas gerais de liberdade e igualdade.

5.3.2. *Dignidade, liberdade e igualdade*

Já se adiantou não ser novidade indicar os princípios gerais da dignidade, da liberdade e da igualdade como a base normativa mais abstrata dos direitos humanos fundamentais. A Constituição de 1988 expressamente estatuiu esses princípios, a começar do que denomina de dignidade da pessoa humana como fundamento da República (artigo 1º, inciso III). Na cabeça do artigo 5º, por sua vez, constam os direitos gerais de liberdade e igualdade. Na literatura constitucional, costuma-se indicar o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos critérios centrais para a identificação de novos direitos fundamentais.⁵⁹⁶ Não é diferente na jurisprudência nacional, que ultimamente tem tomado o referido princípio, na sua qualidade de valor constitucional supremo, como “o epicentro em torno do qual gravita o conteúdo de todos os direitos fundamentais e intangíveis do ser humano. Enquanto teorema-mestre da principiologia constitucional, suas virtudes se irradiam para todo o resto do ordenamento jurídico, impregnando e balizando a atividade exegética dos juristas”.⁵⁹⁷

É claro que também já se deixou assentado que os direitos fundamentais são mais bem entendidos como prerrogativas jurídicas que os indivíduos podem invocar em favor da sua dignidade. Para a proteção da integridade moral das pessoas é que servem os direitos fundamentais. Nisto inclusive se exprime a crença moderna nos ideais de igualdade e liberdade: a vida humana tem sempre um fim em si mesmo, está acima de

⁵⁹⁶ Sobre isso, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 99-118; _____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

⁵⁹⁷ Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *INFOJUR*: Informativo de Jurisprudência, n. 53. Rio de Janeiro: 16 a 30 de abril de 2004. Edição especial dedicada à temática da dignidade do ser humano, em que são analisados diversos acórdãos do Tribunal sobre o tema, sobressaindo-se, dentre outras, a decisão em que ficou firmado o entendimento de que a proteção da garantia fundamental à higidez da dignidade da pessoa humana é “arrostada pela exigência de identificação datiloscópica dos alunos do ensino superior como condição para a prestação do Exame Nacional de Cursos instituído pela Lei n. 9.131, de 24.11.1995, independentemente de apresentação, pelos examinados, dos respectivos documentos de identidade”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível n. 2002.02.01.030961-9, 6ª Turma, Relator Desembargador Federal Sérgio Schwaitzer, *DJ* de 24.02.2003, p. 270.

qualquer preço. “Considerar que as pessoas estão investidas de direitos é uma forma de afirmar sua humanidade como fim em si mesmo”.⁵⁹⁸ Uma teoria da constituição baseada em direitos, então, há de ter como suposição básica uma concepção moral de pessoa, que é um conceito de pessoa estabelecido como princípio normativo: ser racional, livre, igual, autônomo e digno. Como escreveu Tugendhat, em trecho já citado no Capítulo 1, “cada um é um ser próprio que não devemos instrumentalizar e isto significa que devemos respeitá-lo, que devemos tê-lo como uma fonte de direitos, que ele tem um direito à nossa consideração. Esta idéia de respeito pode ser entendida como a obrigação fundamental que temos uns com os outros e que está na base de todas as outras obrigações mútuas”.⁵⁹⁹

Apesar da nuclear importância do princípio da dignidade humana para o tema dos direitos fundamentais, cumpre delimitar com precisão o seu sentido, para evitar que aquilo que tudo parece ser em nada acabe resultando. Se os direitos fundamentais são uma tentativa de concretizar e fazer valer a dignidade de cada um, nem por isso se pode apontar este princípio como o “núcleo do ovo jurídico do mundo”.⁶⁰⁰ Uma maneira produtiva de evitar a saturação do discurso jurídico fundado no princípio da dignidade humana, mantendo intacta a sua importância, é relacioná-lo aos direitos gerais de liberdade e igualdade, aos quais, inclusive, podem ser anexadas diversas normas de direitos fundamentais, como já indicou a melhor doutrina e como sustentam julgados que serão mencionados mais adiante. Por isso, é possível continuar falando de direitos decorrentes do regime e dos princípios fundamentais examinando as normas de direitos fundamentais que podem ser anexadas às normas dos direitos gerais de liberdade e igualdade, a fim de ser mais bem protegida a dignidade das pessoas. Nesse sentido, já se adianta que a norma da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da

⁵⁹⁸ VITA, Álvaro de. O lugar dos direitos na moralidade política. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 30, 1993, p. 09.

⁵⁹⁹ TUGENDHAT, Ernst. Ética e justificação. *Veritas*, vol. 44, n. 1, mar. 1999, p. 11.

⁶⁰⁰ Enfrentando o problema da sobreconstitucionalização, Alexy menciona que se a Constituição efetivamente já contivesse em si toda a ordem jurídica, ela seria o que Forsthoff sarcasticamente denominou de “ovo jurídico do mundo”. ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista dos Tribunais / Fascículo Cível*. Ano 91, v. 799, maio 2002, p. 37. É nesse sentido que se diz que se o princípio da dignidade humana é o teorema-mestre da principiologia constitucional, isso deve ser interpretado de maneira a impedir considerá-lo o próprio “núcleo do ovo jurídico do mundo”, em uma hiper-sobreconstitucionalização a determinar completamente o lado normativo de toda e qualquer decisão jurídica. Isso conduziria a um comportamento auto-destrutivo da prática jurídica e estaria absolutamente incorreto, do ponto de vista de uma dogmática jurídica constitucional que trabalha com prioridades apenas *prima facie*.

Constituição) começa a ser precisada no estabelecimento mesmo das normas dos direitos gerais de liberdade e igualdade.

Que existe um direito geral de liberdade é fora de dúvida, na medida em que há uma norma diretamente estatuída pela Constituição outorgando esse direito (artigo 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito... à liberdade”). Muito menos claro é saber exatamente o que significa um direito geral de liberdade. Alexy desenvolve uma análise aprofundada desse direito, afirmando que “o direito geral de liberdade tem o caráter de um direito que protege direta e indiretamente (através da proteção de situações e posições jurídicas) a liberdade geral de ação”.⁶⁰¹ Em primeiro lugar, portanto, é a ação em geral que está protegida pelo âmbito do direito. Em segundo lugar, cuida-se de principalmente estabelecer o princípio da liberdade negativa, que tem o sentido mais imediato de que tudo que não está proibido ou obrigado por lei está permitido (liberdade jurídica). Assim entendida, a liberdade negativa é uma das condições asseguradoras da dignidade da pessoa através do direito, ainda que não seja suficiente.

De fato, por meio da incidência do princípio da liberdade negativa o indivíduo não é impedido de eleger com autonomia entre diversas alternativas de decisão. E a autonomia certamente é uma das manifestações da dignidade humana. Por outro lado, o exercício das liberdades somente se dá em um ambiente comunitário, razão pela qual surge a necessidade de ordenação que assegure “a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros”.⁶⁰² Levando em conta esse argumento, o conteúdo do princípio da liberdade negativa diz, de maneira mais precisa, que “cada qual pode fazer ou omitir o que quer na medida em que razões suficientes (direitos de terceiros e interesses coletivos) não justifiquem uma restrição da liberdade negativa. Com isso, o princípio da liberdade negativa pode tomar em conta,

⁶⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 334: “el derecho general de libertad tiene el carácter de un derecho que protege directa e indirectamente (a través de la protección de situaciones y posiciones jurídicas) la libertad general de acción”.

⁶⁰² Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança n. 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, *DJ* de 12.05.2000, p. 20.

em toda sua amplitude, a vinculação do indivíduo com a comunidade”.⁶⁰³ De toda sorte, ainda que o princípio da liberdade negativa necessariamente formule uma das condições para a garantia da dignidade da pessoa, ele permanece sendo uma razão independente para a proteção jurídica especial, já que constitui um valor em si.

O enunciado normativo constitucional que contém o direito geral de liberdade pode ser interpretado como uma fonte escrita de direitos de liberdade tácitos, entendidos como “reações da jurisprudência constitucional a ameaças da liberdade consideradas como especialmente acentuadas”,⁶⁰⁴ ao passo que os direitos de liberdade expressos são reações do constituinte às ameaças da liberdade consideradas como especialmente acentuadas. Há direitos de liberdade tácitos referidos à ação que compõem uma ampla tábua de posições que pode ser vinculada ao direito geral de liberdade. Para que não seja o caso de admitir infinitos direitos de liberdade, um para cada ação humana, o que seria sem sentido, Alexy aponta uma solução composta de dois argumentos: a) “só nas descrições de ações relativamente gerais há que se supor direitos de liberdade tácitos”; e b) “ações que estão proibidas por normas com respeito a cuja constitucionalidade não exista dúvida devem ser excluídas do círculo dos direitos de liberdade *prima facie* tácitos”.⁶⁰⁵ Os direitos de liberdade tácitos não são qualitativamente diferentes do direito geral de liberdade, mas formas qualificadas deste quanto a uma descrição mais precisa do suporte fático (são especiais) e porque resultam de uma conformação e reforço jurisprudencial.

Esses conceitos apontam para a possibilidade de identificação de direitos de liberdade especiais com base no princípio da liberdade geral, não obstante a amplitude deste último. Aliás, o princípio da liberdade negativa já confere precisão ao princípio da dignidade humana, na medida em que formula um aspecto seu. “Uma relação deste tipo

⁶⁰³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 347: “cada cual puede hacer u omitir lo que quiera en la medida en que razones suficientes (derechos de terceros e intereses colectivos) no justifiquen una restricción de la libertad negativa. Con ello, el principio de la libertad negativa puede tomar en cuenta, en toda su amplitud, la vinculación del individuo con la comunidad”.

⁶⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 358: “reacciones de la jurisprudencia constitucional a amenazas de la libertad consideradas como especialmente acuciantes”.

⁶⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 355: “sólo en descripciones de acción relativamente generales hay que suponer derechos de libertad tácitos” e “acciones que está prohibidas por normas con respecto a cuya constitucionalidad no existe ninguna duda deben ser excluidas del círculo de los derechos de libertad *prima facie* tácitos”.

é sempre, ao mesmo tempo, uma relação de fundamentação já que um ponto de vista amplo pode ser apresentado como fundamentação de um aspecto parcial”.⁶⁰⁶ Já a relação entre o direito geral de liberdade e os direitos especiais de liberdade é uma relação de inclusão, no sentido de que a proteção dos direitos especiais também está nos direitos gerais. Ainda assim, os direitos especiais de liberdade obtêm determinações adicionais de proteção se comparados ao direito geral de liberdade. Com efeito, faz muita diferença estatuir a inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, inciso XI, da Constituição), ao invés de apenas constar na Constituição o direito geral de liberdade.

Seja como for, “a existência do direito geral de liberdade mantém aberta a possibilidade de novos direitos definitivos, assim como também de novos direitos tácitos”.⁶⁰⁷ Se esses novos direitos não estão diretamente estatuídos nas disposições altamente específicas que compõem o Título II da Constituição ou nas disposições que se localizam em outras partes do texto constitucional, então eles podem ser chamados de direitos decorrentes dos princípios fundamentais. No caso, são direitos que podem ser fundamentados diretamente no princípio da liberdade geral, tendo em vista o respeito à dignidade do indivíduo. Esse parece ser o caso no reconhecimento de um direito constitucional de interromper a gestação de feto anencefálico, que tem causado profunda discussão moral, no seio da sociedade brasileira, desde que o Supremo Tribunal Federal temporariamente decidiu pela existência de tal direito.

Com efeito, em decisão monocrática da lavra do Ministro Marco Aurélio, foi acolhido pedido liminar formulado em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, para o fim de reconhecer o “direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo medido atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto”.⁶⁰⁸ A ação foi ajuizada

⁶⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 362: “Una relación de este tipo es siempre, al mismo tiempo, una relación de fundamentación ya que un punto de vista amplio puede ser presentado como fundamentación de un aspecto parcial”.

⁶⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 365: “la existencia del derecho general de libertad mantiene abierta la posibilidad de nuevos derechos definitivos, como así también de nuevos derechos tácitos”.

⁶⁰⁸ Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 02.08.2004, p. 64. Em 20.10.2004, porém, o Tribunal, por maioria, revogou a decisão justamente na parte em que se reconhecia o direito constitucional de interromper a gestação de feto anencefálico. O processo se encontra pendente de julgamento final, tendo sido determinada pelo Senhor Ministro Relator a realização de audiências

pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, que na petição inicial alertou para o fato de que “a literatura médica aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência de, no máximo, algumas horas após o parto”. Salientou ainda que “a permanência do feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante”. Por isso, justificou que a ação pretendida não podia ser chamada de aborto, mas “antecipação terapêutica do parto”. É que o aborto pressupõe a potencialidade de vida extra-uterina do feto.

A autora da arguição argumentou que uma interpretação do arcabouço normativo com base em visão positivista pura tornava possível responsabilizar penalmente os profissionais de saúde e a gestante que pretendessem realizar o procedimento médico-cirúrgico que leva à interrupção da gravidez, quando atestada por médico habilitado a ocorrência da anomalia. Ocorre que o Código Penal Brasileiro criminaliza a prática do aborto, fazendo exceção apenas nos casos de gravidez resultante de estupro ou de gravidez que ponha em risco a vida da mulher (Código Penal, artigos 124, 125, *caput*, e 128, incisos I e II). Entende a autora que “impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana – a física, a moral e a psicológica – e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde”.

A decisão monocrática admitiu os argumentos de ordem técnica, reconhecendo que no caso de anencefalia a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Reconhece ainda a validade dos argumentos jurídicos, dizendo que o caso a um só tempo envolve o direito à vida, o direito à liberdade “em seu sentido maior”, o direito à preservação da autonomia da vontade, o princípio da legalidade e, “acima de tudo, a dignidade da pessoa humana”. É certo que o Supremo Tribunal quase teve a oportunidade de pronunciar-se sobre o tema, em ocasião anterior, quando foi apresentada ação por uma gestante que solicitava autorização para realizar a interrupção da gravidez de feto comprovadamente anencefálico. Cuidou-se de uma ação de habeas corpus ajuizada em face de decisão do Superior Tribunal de Justiça negando a

públicas, com a participação de diversas organizações da sociedade civil, a fim de ser mais bem discutido o problema.

autorização pretendida. O processo não foi efetivamente julgado no mérito porque se decidiu que a superveniência do parto tornou prejudicada a impetração.⁶⁰⁹ No dia em que foi levado à apreciação do Plenário do Tribunal, o parto já havia sido realizado, pelo transcurso de oito meses da gravidez, tendo sido registrada morte biológica sete minutos depois.

Ainda assim, o Ministro Relator fez questão de juntar aos autos do processo voto em que criticou o positivismo utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça para negar a ordem de habeas corpus solicitada pela gestante,⁶¹⁰ ao tempo em que alinhavou argumentos que bem fundamentam a existência de um direito constitucional de interromper a gestação de feto anencefálico, por meio de um complexo juízo de coerência. O Ministro anotou que a comprovação da inviabilidade do feto anencefálico, embora biologicamente vivo, faz com que ele deixe de ser amparado pelo artigo 124 do Código Penal. É que a Lei n. 9.434/1997 (Lei de Transplantes de Órgãos) fixa como momento da morte do ser humano o da morte encefálica (artigo 3º). Sendo assim, a conduta que a gestante pretendia ver autorizada era atípica, não se tratando de ilícito penal ou exceção ao rol do artigo 28 do Código Penal. Por outro lado, e como um contraponto à posição do Superior Tribunal, foi dito que no tempo de elaboração do Código Penal não havia tecnologia médica apta a diagnosticar, com certeza, a inviabilidade do desenvolvimento do nascituro. Aliás, os estudos referentes à medicina fetal e terapia neonatal datam da década de 1950.

Do ponto de vista da fundamentação propriamente normativa, o voto registrou que a autodeterminação da gestante é manifestação da liberdade individual, considerando “a autonomia como componente primordial da liberdade”. Se a autodeterminação da gestante é manifestação da liberdade individual, quando surge o problema de saber o que diz essa autodeterminação para o caso em que se comprova a deformidade irreversível do feto, é possível formular a seguinte resposta: “a mulher é livre para interromper a gravidez de feto irreversivelmente deformado”. A resposta pode

⁶⁰⁹ Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 84.025-6/RJ, Relator Ministro Joaquim Barbosa, *DJ* de 25.06.2004, p. 04.

⁶¹⁰ Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n. 32.159/RJ, 5ª Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, *DJ* de 22.03.2004, p. 339: “A legislação penal e a própria Constituição Federal tutelam a vida como bem maior, a ser preservado. Exceções legais devem ser interpretadas de modo restrito. Não se admite extensão *in mala partem*. Prevalência do princípio da reserva legal. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, art. 128 do CP, o caso descrito. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador”.

assumir a forma de um enunciado que diz que a mulher *pode*, ou *tem direito*, a interromper a gravidez de feto irreversivelmente deformado. Ele expressa uma norma de direito que se fundamenta no princípio geral da liberdade e em uma de suas manifestações, que é o princípio da autonomia individual. Por ser assim, “impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, (...resulta) em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde”.⁶¹¹ Aquela é uma norma de direito fundamental plenamente justificada, podendo ainda ser adicionados outros argumentos para o fim de comprovar essa fundamentalidade.

Trata-se de norma de direito que concretiza o princípio da dignidade humana, com toda clareza. No voto do Ministro Joaquim Barbosa, consta que “estudos multidisciplinares relatam as reações emocionais dos pais após o diagnóstico da malformação fetal: ambivalência, culpa, impotência, perda do objeto amado, choque, raiva, tristeza e frustração”. Já na decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio consta o argumento de que “diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar”. Esse é o reconhecimento da dor, angústia e frustração por que pode passar uma mulher obrigada a carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá. E “evitar a dor é um princípio moral universal e base da compaixão humana. (E) se o feto anencefálico, portanto com morte cerebral, pode vir a causar dores físicas ou psicológicas lancinantes à mãe, não deveríamos ter dúvidas em relação à escolha moral adequada, preservando-se, neste caso, a mãe”.⁶¹² O princípio de evitar a dor não se aplica ao feto anencefálico porque ele não é e não pode ser senciante, já que não tem cérebro.

Evitar a dor é algo que concretiza o princípio da dignidade humana. Constitui uma exigência do princípio da dignidade permitir que a gestante possa aliviar suas dores físicas ou psicológicas lancinantes provocadas por um feto com morte cerebral. Por isso mesmo, em argumentação regida pela regra da coerência normativa, o Ministro Joaquim

⁶¹¹ Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 02.08.2004, p. 64, com argumentos coletados da petição inicial da arguição.

⁶¹² PRADO, Antônio. Sobre a interrupção da gestação de fetos anencefálicos. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 12, n. 145, dez. 2004, p. 02.

Barbosa afirma ainda que não é razoável obrigar a mulher a manter a gestação de feto anencefálico, “em comparação com as hipóteses já elencadas na legislação como excludentes de ilicitude do aborto, especialmente porque estas se referem à interrupção da gestação de feto cuja vida extra-uterina é plenamente viável”. É incoerente chancelar a liberdade e a autonomia privada no caso do aborto sentimental (em face de gestação resultante de estupro) e vedar no caso de má formação gravíssima do feto.

Também por isso, transparece incorreta a decisão do Superior Tribunal de Justiça ao fixar que, tendo o legislador excluído de forma propositada a situação como hipótese autorizadora do aborto, cabe apenas lamentar a omissão. Afora o fato de que, no tempo da legislação penal, não havia condições técnicas de detectar a anomalia, o Superior Tribunal assumidamente se nega a examinar a validade das premissas do discurso jurídico que empreende, adotando uma postura de aplicação dura de regras, própria do positivismo jurídico. A ser assim, acaba por violar o princípio da imparcialidade na aplicação, por não levar em conta todas as circunstâncias relevantes da situação. O discurso da decisão externa ainda a suposição de que, se o legislador tivesse previsto a interrupção da gravidez de feto anencefálico como hipótese autorizada de aborto, a conduta seria aceitável. Seria aceitável, então, apenas porque veiculada formalmente por lei? Ora, a norma suposta que se vem examinando não é de maneira alguma daquelas que “nem sequer o legislador poderia ordenar”.⁶¹³ Pelo contrário, é norma exigida pelo sistema de direitos, que nem sequer o legislador pode confrontar.

Como sustenta Antônio Prado, indubitavelmente as abordagens religiosas nesse tema são complexas e sensíveis.

“Mas o Estado brasileiro é laico, sendo importante ressaltar que uma possível decisão no Plenário do STF não será uma imposição da prática de interrupção da gestação dos fetos anencefálicos, mas sim uma autorização para que o procedimento médico, desde que autorizado pela mãe ou pela família, seja realizado sem a criminalização do ato. As pessoas, que por motivos de fé religiosa não quiserem realizar a interrupção dessa gestação, têm toda a liberdade garantida pela Constituição Brasileira. (...) O argumento da sacralidade da vida é significativo. De certo, matar está errado, sejam seres sencientes da nossa espécie ou não, já que todos sofrem ou podem causar sofrimento ao

⁶¹³ ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista dos Tribunais / Fascículo Cível*. Ano 91, v. 799, maio 2002, p. 36.

morrer. E matar seres que têm alma, mais errado ainda, pois a vida nesse caso tem origem e sentido transcendental. Há que se respeitar os que defendem esses dogmas e, se não forem prejudiciais a terceiros, garantir seu exercício pleno. Porém, não se pode admitir que dogmas religiosos sejam impostos através do Estado laico, a cidadãos com outras convicções.”⁶¹⁴

Uma decisão reconhecendo o direito de interromper a gestação de feto anencefálico de fato tem o sentido de outorgar uma permissão aos destinatários do direito. Não se trata de ordenar que a interrupção deva ocorrer, mas de cancelar a liberdade de optar ou não por isso. Nesse sentido ele configura um direito fundamentado diretamente no direito geral de liberdade. Ele concretiza a liberdade de poder fazer o que se quer na medida em que razões suficientes (direitos de terceiros e interesses coletivos) não estão justificando uma restrição dessa liberdade. Mediante a sua incidência, garante-se ao indivíduo que ele não seja impedido de eleger com autonomia entre diversas alternativas de decisão, jurídica e moralmente legítimas. Ao mesmo tempo, a norma que o assegura realiza uma descrição relativamente geral de ação, que definitivamente não está proibida por qualquer outra norma constitucional. O direito a interromper a gestação de feto anencefálico pode, em suma, ser apresentado como um direito decorrente dos princípios fundamentais, pois fundamentadamente se insere no direito geral de liberdade.

Para concluir esta seção, é preciso ainda discorrer sobre o direito geral de igualdade, assim como se encontra diretamente estatuído no artigo 5º, *caput*, da Constituição de 1988, de maneira reforçada: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito... à igualdade”. Segundo entendimento doutrinário avalizado, o direito geral de igualdade compreende o mandamento da igualdade na aplicação do direito e o mandamento da igualdade na formulação do direito.⁶¹⁵ A jurisprudência constitucional brasileira também agasalha esses dois aspectos do direito geral de igualdade, denominando-os:

⁶¹⁴ PRADO, Antônio. Sobre a interrupção da gestação de fetos anencefálicos. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 12, n. 145, dez. 2004, p. 02.

⁶¹⁵ Sobre isso, cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 383 e ss.

“(a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade.”⁶¹⁶

No que diz com a estrutura do mandamento de igualdade na formulação do direito, é claro que nem todos devem ser tratados exatamente da mesma maneira e tampouco todos devem ser iguais em todos os aspectos. Há que se tratar igual ao igual e desigual ao desigual. A primeira interpretação da fórmula, entretanto, é aquela segundo a qual ela se limita ao postulado de uma prática de decisão universalista: as normas ditadas pelo legislador “têm que ter a forma de normas universais condicionais”,⁶¹⁷ sendo esse um postulado básico da racionalidade prática. Quando se leva em conta o mandamento de tratar igual ao igual e desigual ao desigual é que se pode elaborar uma fórmula segundo a qual “estão proibidos os tratamentos arbitrariamente desiguais”.⁶¹⁸ Esta, por sua vez, pode ser precisada na seguinte norma de tratamento igual: “se não há nenhum razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual”.⁶¹⁹ Desde já, a máxima geral de igualdade estabelece a carga de argumentação para os tratamentos desiguais. Em seguida, pode ser elaborada uma norma de tratamento desigual, pela qual “se há uma razão suficiente para ordenar

⁶¹⁶ Supremo Tribunal Federal, Mandado de Injunção n. 58, Relator Ministro Carlos Velloso (vencido), Relator para o acorado Ministro Celso de Mello, *DJ* de 19.04.1991, p. 4580.

⁶¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 385: “tienen que tener la forma de normas universales condicionadas”.

⁶¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 394: “están prohibidos los tratamientos arbitrariamente desiguales”.

⁶¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 395: “si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual”.

um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual”.⁶²⁰ Como resultado das normas de tratamento igual e desigual, “a máxima geral de igualdade pode ser interpretada no sentido de um *principio de igualdad* que, *prima facie*, exige um tratamento igual e só permite um tratamento desigual se pode ser justificado com razões opostas”.⁶²¹

Essa precisão conceitual auxilia o exame de mais um caso judicial no qual se verifica a justificação de um novo direito fundamental, cuja fundamentalidade pode ser provada a partir do direito geral de igualdade e do princípio fundamental da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, inciso IV, da Constituição de 1988). Por sinal, apenas para abrir um parêntesis, a máxima geral da igualdade não pode ser considerada como tendo somente natureza negativa. Há efetivamente direitos de igualdade *prima facie*, como o direito *prima facie* à igualdade *de iure*, que pode ser formulado como direito *prima facie* à omissão de tratamentos desiguais.⁶²²

Nos últimos anos, o Judiciário brasileiro vem reconhecendo o direito à união civil dos homossexuais, não obstante a inexistência de qualquer norma expressa nesse sentido, seja na Constituição, seja em qualquer outra lei infraconstitucional. O reconhecimento desse direito tem sido feito no contexto de casos nos quais geralmente são tratadas questões previdenciárias ou de sucessão. Recentemente, por exemplo, a 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, confirmou, por unanimidade, sentença que obriga o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a considerar os companheiros ou companheiras homossexuais como dependentes preferenciais dos segurados ou seguradas do Regime Geral de Previdência Social, segundo notícia veiculada no site do referido Tribunal, no dia 27.07.2005⁶²³. Ainda de acordo com a notícia, “a decisão é válida para todo o Brasil e determina que o INSS dê aos casais que vivem em união estável homoafetiva tratamento idêntico ao que é dado aos casais

⁶²⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 397: “si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual”.

⁶²¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 398: “la máxima general de igualdad puede ser interpretada en el sentido de un *principio de igualdad* que, *prima facie*, exige un tratamiento igual y sólo permite un tratamiento desigual si puede ser justificado con razones opuestas”.

⁶²² Conforme, mais uma vez, ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 415-418.

⁶²³ www.trf4.gov.br. Consulta realizada em 28.07.2005.

heterossexuais, impondo exigências exatamente iguais para todos nos casos de concessão de benefícios previdenciários”.

Segundo consta, o Magistrado Relator decretou que a legislação infraconstitucional, ao proibir aos companheiros de mesmo sexo o acesso aos benefícios devidos aos dependentes dos segurados, “desrespeitou os princípios da dignidade da pessoa humana e do direito à igualdade”. E que a exclusão dos benefícios previdenciários em razão da orientação sexual, “além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas”. Destacou ainda que a orientação sexual do indivíduo – seja voltada para a hetero, homo ou bissexualidade – não lhe confere status excepcional que enseje tratamento diferente daquele dispensado à generalidade dos cidadãos. Finalmente, aduziu que as uniões homossexuais também se constituem em entidades familiares, sendo irracional não reconhecer que, nas circunstâncias atuais, as relações entre indivíduos do mesmo sexo estão abrangidas pela noção de entidade familiar, que “se constitui por laços de afetividade e necessidades mútuas, não por imperativos de ordem sexual”. Por isso mesmo, “o amor e a convivência homossexual são uma realidade que não pode mais ficar à margem da devida tutela jurídica”.

Como explica corretamente Fernanda Duarte, “o reconhecimento das relações homossexuais exige a mudança nas concepções de família, casamento e união estável, substituindo-se os elementos tradicionais – heterossexualidade e reprodução – pelos elementos que compõem a família contemporânea: afeto, mútua ajuda e desenvolvimento pessoal de seus membros”.⁶²⁴ Noutro passo, o princípio da dignidade humana é apresentado como a “via de exercício legítimo da sexualidade, exigindo-se o respeito ao que cada pessoa entende como sexual ou afetivamente desejável”.⁶²⁵ Novamente ressurge a idéia de autonomia própria ao princípio da dignidade humana. Nesse contexto, o discurso em favor do reconhecimento das relações homossexuais tem como argumentos, pelo menos, a valorização da dignidade humana, o reconhecimento da diversidade, o princípio da liberdade (autonomia) e igualdade, além do direito à

⁶²⁴ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Síntese das idéias desenvolvidas em uma questão de direito: a homossexualidade e o universo jurídico. *Direito Federal / Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil*. Ano 23, n. 1, 1º sem./2005, p. 190.

⁶²⁵ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Síntese das idéias desenvolvidas em uma questão de direito: a homossexualidade e o universo jurídico. *Direito Federal / Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil*. Ano 23, n. 1, 1º sem./2005, p. 191.

intimidade. Sendo assim, a igualdade representa, no campo das uniões homoafetivas, a impossibilidade de se dar tratamento desigual em decorrência de orientação sexual.

Se o princípio da igualdade exige um tratamento igual e só permite um tratamento desigual que pode ser justificado com razões opostas, isso outorga um direito *prima facie* à omissão de tratamentos desiguais. A orientação sexual do indivíduo – seja voltada para a hetero, homo ou bissexualidade – não pode ser considerada uma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, quanto ao reconhecimento da união civil, motivo pelo qual está ordenado um tratamento igual nessa matéria. E não é razão suficiente porque a orientação sexual do indivíduo advém da própria liberdade de escolher uma decisão que não prejudica terceiros. Tanto quanto aquele que dirige seu interesse sexual para pessoa do sexo oposto, aquele que se dirige a pessoa do mesmo sexo está livremente optando. Destarte, “o fato de direcionar sua atenção a uma pessoa do mesmo ou de distinto sexo que o seu, não pode ser alvo de tratamento discriminatório. Decorre exclusivamente do sexo da pessoa que faz a escolha, a qual dispõe da liberdade de optar. O tratamento diferenciado por alguém orientar-se em direção a um ou outro sexo evidencia uma clara discriminação à própria pessoa em função de sua identidade sexual”.⁶²⁶

Ordinariamente, aqueles que negam a proteção jurídica especial à união de pessoas do mesmo sexo se baseiam no argumento de que, a despeito desse tipo de convivência ser uma realidade social, não está ela ainda regulamentada. Aliás, indicam a letra do artigo 226, § 3º, da Constituição de 1988, para afirmar que o ordenamento jurídico constitucional em momento algum previu a hipótese de união de pessoas do mesmo sexo para fins de proteção estatal. Referido dispositivo contém o seguinte enunciado normativo: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Todavia, esse argumento é confrontado com a observação de que o dispositivo constitucional não é taxativo, sendo, na verdade, e como bem afirmado pelos

⁶²⁶ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 91. Citação extraída do voto da Juíza Hind Ghassan Kayath, do Tribunal Regional Eleitoral do Pará, no Recurso Eleitoral Ordinário n. 993, no qual aquele Tribunal, vencida a Juíza, reformou sentença de primeiro grau que declarou inelegível candidata a prefeita municipal que mantinha relação homoafetiva estável com prefeita já reeleita. Posteriormente, o Tribunal Superior Eleitoral reformou a decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Pará, na linha do voto da Juíza Hind Ghassan, declarando inelegível a candidata. No Tribunal Superior Eleitoral, o Recurso Especial Eleitoral n. 24564 foi relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, tendo sido julgado em 01.10.2004, com publicação do acórdão na própria sessão.

próprios opositores, omisso quanto à união estável entre pessoas do mesmo sexo. Sendo omisso, não veda expressamente, permitindo uma compreensão aberta e flexível da noção de entidade familiar, calcada no reconhecimento de uma esfera íntima que deve ser neutra perante o Direito.⁶²⁷

Seja como for, pode ser anexado um direito de proteção da união civil estável entre pessoas do mesmo sexo à disposição constitucional do direito geral de igualdade, cuja fundamentalidade resulta da sua própria inclusão na máxima geral da igualdade. Não é possível justificar com razões suficientes um tratamento desigual para a questão. Não havendo nenhuma razão suficiente sequer para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual, pelo qual o Estado deve oferecer proteção especial às pessoas que mantêm relacionamento homoafetivo estável, tanto quanto oferece para as pessoas de sexos diferentes que mantêm relacionamento afetivo estável. Não há qualquer razão suficiente para permitir um tratamento desigual, quanto mais para ordenar um tratamento desigual. Recorde-se que a máxima geral da igualdade estabelece a carga de argumentação para os tratamentos desiguais. Já se uma oposição é feita com base em argumento religioso, vale aquilo que se anotou antes: não se pode admitir que dogmas religiosos sejam impostos através do Estado laico, a cidadãos com outras convicções.

De maneira acentuadamente mais complexa, os dois últimos casos analisados revelam a estrutura de uma argumentação que tem como nota relevante a grande indeterminação estrutural das normas dos direitos gerais de liberdade e igualdade. Todavia, o que sempre se quer saber é o que diz a disposição constitucional do direito geral de igualdade e o que diz a disposição constitucional do direito geral de liberdade, para a proteção da dignidade dos indivíduos. Não há outra maneira de fazer avançar o discurso jurídico se não se procurar obter a melhor interpretação dos dispositivos constitucionais que outorgam direitos fundamentais, sejam aquelas disposições altamente específicas que fazem parte do Título II da Constituição, sejam aquelas também específicas que consagram direitos localizados em outras partes do texto constitucional, sejam, finalmente, aquelas disposições que estabelecem o regime e os princípios fundamentais. Sem a pressuposição de novas normas, para as quais deve ser

⁶²⁷ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Síntese das idéias desenvolvidas em uma questão de direito: a homossexualidade e o universo jurídico. *Direito Federal / Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. Ano 23, n. 1, 1º sem./2005, p. 198.

construída uma fundamentação coerente, não será possível saber o que o sistema de direitos diz para os casos imprevistos. Não se trata de legislar ou usurpar a função legisladora do órgão constitucional próprio, mas de resolver problemas que surgem, construindo princípios que mostram o direito vigente à sua melhor luz.

5.4. Notas finais

No final do trabalho, parece dispensável examinar questões como as de saber se novos direitos fundamentais estão protegidos pela cláusula de intangibilidade prevista no artigo 60, § 4º, da Constituição de 1988, ou se estão abrangidos pela regra da aplicabilidade imediata estabelecida no artigo 5º, § 1º, da Constituição. Esta última questão chega mesmo a ser sem sentido, pois normalmente se identifica um novo direito fundamental justamente a partir de um discurso de aplicação. A questão da intangibilidade também não apresenta maior complexidade. Se novos direitos são, ou subentendidos nas normas garantidoras de direitos fundamentais expressos, ou justificados diretamente a partir do regime e dos princípios fundamentais da Constituição, isso quer dizer que eles são exigências do próprio sistema dos direitos. Por essa razão, direitos fundamentais não enumerados devem gozar de proteção especial. Por ser assim, quando uma posição jurídica tem reconhecida a sua fundamentalidade, nenhuma lei ordinária ou constitucional poderá confrontá-la.⁶²⁸

Por outro lado, o que parece interessante indagar é se uma legislação ordinária outorgando uma nova posição jurídica, que eventualmente pode ter sua fundamentalidade justificada mediante discurso apropriado, é passível de revogação posterior por nova legislação ordinária. Considere o caso da Lei n. 10.792/2003, que modificou a sistemática do interrogatório do acusado no processo criminal. A partir da Lei, o artigo 185 do Código de Processo Penal passou a ter a seguinte redação: “O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal,

⁶²⁸ Ingo Sarlet escreve que os direitos implícitos e os direitos decorrentes do regime e dos princípios “se revestem da mesma força jurídica dos direitos fundamentais do catálogo da Constituição, constituindo direito imediatamente aplicável (art. 5º, § 1º, da CF) e passando a integrar o rol das ‘cláusulas pétreas’ (art. 60, § 4º, inc. IV, da CF), o que se aplica igualmente aos direitos expressamente positivados na Constituição, mas fora do catálogo, consoante, aliás, já decidiu o nosso Supremo Tribunal Federal no já referido aresto envolvendo a constitucionalidade do IMPF”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 139.

será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado”. O § 2º do referido artigo do Código dispõe ainda que “antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor”. Além disso, o artigo 188 do Código estabelece que “após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante”.

Antes da edição da nova legislação, a redação do Código de Processo Penal não exigia a presença do defensor do acusado, no ato do interrogatório judicial. Por isso, a jurisprudência era uníssona em afirmar que “o interrogatório judicial constitui-se ato personalíssimo do magistrado, não estando sujeito ao contraditório, o que obsta a intervenção da acusação ou da defesa. Sendo assim, a simples ausência de defensor no interrogatório judicial não caracteriza a existência de qualquer nulidade”.⁶²⁹ Apesar disso, também antes da edição da legislação que modificou os dispositivos do Código de Processo Penal, garantindo o direito do acusado de ser assistido por defensor no interrogatório judicial, as partes costumavam apresentar pedido de nulidade do processo por ausência de defensor na audiência, alegando prejuízo ao exercício das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, inciso LV, da Constituição de 1988). Nessas reclamações, normalmente alegavam que é no ato do interrogatório que tem o acusado a oportunidade de exercer, por si próprio, o direito de defesa, indicando, inclusive, eventualmente, as provas que pretende produzir, sendo ainda o momento em que o juiz obtém a impressão pessoal do réu.

O pedido de nulidade do processo normalmente oferecia ainda o argumento de que o Código de Processo Penal, na própria redação anterior, já continha o mandamento segundo o qual “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor” (artigo 261). Pelo dispositivo, se entendia que o legislador ordinário já havia traduzido a dimensão e o alcance das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Nesse sentido, Frederico Marques lecionava que a “assistência técnica e profissional de advogado, para a defesa do réu, durante o processo e julgamento da acusação contra ele articulada, é assim uma injunção legal, como o diz a Exposição de Motivos (...) e desatendido esse imperativo da lei, ocorre nulidade nos

⁶²⁹ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 478.395, 5ª Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, *DJ* de 23.06.2003, p. 422. No mesmo sentido, Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Habeas Corpus n. 11.772, Relator Ministro Edson Vidigal, *DJ* de 04.02.2002, p. 419.

termos do que preceitua o artigo 564, III, letra *c* do Código de Processo Penal”.⁶³⁰ Adicionalmente, o argumento da imprescindibilidade da assistência técnica do defensor no interrogatório era reforçada com a invocação da regra contida no artigo 265, parágrafo único, do mesmo Código de Processo Penal, que prevê a substituição circunstancial do advogado em caso de audiência, mesmo que motivada. Com esses argumentos, os acusados entendiam constituir verdadeiro absurdo admitir que as garantias da ampla defesa e do contraditório só vigorariam na sua plenitude depois do interrogatório judicial, verdadeiro ato de instrução do processo.

Essa argumentação justifica o direito de ser assistido por advogado no interrogatório judicial não como um simples direito legal, mas como uma dimensão básica do direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório, que pode ser complementada com a lembrança de que o direito a ser assistido por advogado também está garantido expressamente em nível constitucional (artigo 5º, inciso LXIII, parte final). Nesse sentido, não se trata exatamente da previsão de um direito materialmente fundamental na legislação infraconstitucional, acarretando o problema de saber se o seu núcleo essencial, assim como estatuído pela legislação ordinária, é imutável. Certamente que os dispositivos da Lei n. 10.792/2003, que introduziram o direito de ser assistido por advogado no âmbito do Código de Processo Penal, podem ser revogados por outra legislação ordinária, de acordo com o sistema jurídico brasileiro. Mas isso não acarreta prejuízo total à caracterização do direito de ser assistido por advogado no interrogatório judicial como direito materialmente fundamental, pois ele efetivamente se caracteriza como tal na medida em que pode ser corretamente expresso por norma anexada ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório e à disposição que assegura a assistência de advogado.

Evidente que essa fundamentação independe do estabelecimento do direito por meio da legislação ordinária, ainda que se deva reconhecer a importância da determinação adicional que os direitos normalmente obtêm das leis reguladoras, já que isso reforça a carga da argumentação em seu favor. É o que acontece no caso que se examina. O direito de ser assistido por advogado no interrogatório judicial tem facilitada a sua aplicação, na medida em que a legislação diminui a indeterminação estrutural das normas dos direitos fundamentais da ampla defesa e do contraditório e da

⁶³⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. II. São Paulo: Bookseller, 1997, p. 71.

norma de direito fundamental que assegura a assistência de advogado. Não obstante, eventual revogação da legislação não tem o condão de revogar o direito mesmo, pois ele decorre da melhor interpretação de normas constitucionais asseguradoras de direitos fundamentais. Inclusive por isso, pode encontrar-se vedação constitucional não para o caso de ser editada legislação revogando a legislação anterior, mas para o caso de ser editada uma lei expressamente proibindo a assistência de advogado no interrogatório judicial. Uma lei assim seria flagrantemente inconstitucional, sendo isso uma prova robusta da existência de um direito fundamental de ser assistido por advogado no interrogatório judicial, independentemente do que estatui a legislação ordinária.

Torna-se também sem sentido indagar se um direito materialmente fundamental pode alterar o regime dos direitos formalmente fundamentais. Se os direitos fundamentais não enumerados têm de se encaixar no sistema de direitos, eles não podem alterar o regime do sistema dos direitos como um todo. Na verdade, precisam ser compatíveis com todos os direitos, de acordo com a regra da coerência. A teoria dos direitos fundamentais não enumerados esclarece que eles de fato são direitos fundamentados a partir da própria Constituição e não com base em alguma outra fonte autoritativa suplementar, mesmo que essa fonte autoritativa suplementar seja a legislação jurídica ordinária.

Para finalizar, resta apenas anuir com a tese de que se podem encontrar “tanto direitos materialmente fundamentais de cunho negativo (direitos de liberdade, igualdade e as correspondentes garantias), quando direitos prestacionais, sem excluir aqui os direitos e liberdades de participação política”.⁶³¹ Aliás, o direito de iniciativa popular de emenda à Constituição comprova bem a existência de direitos não enumerados mais além dos direitos de defesa. É claro que a dificuldade maior reside na identificação de direitos não enumerados a ações positivas do Estado. Diferentemente dos direitos de defesa, que geralmente impõem limites negativos ao Estado, os direitos a ações positivas do Estado impõem ao Estado a persecução de determinados objetivos.⁶³² A dificuldade é ainda maior com os chamados direitos a prestações em sentido estrito, ou direitos sociais fundamentais, definidos como direitos do indivíduo frente ao Estado a

⁶³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 119.

⁶³² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 429-430.

algo que – se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e encontrasse no mercado uma oferta suficiente – poderia obtê-lo também de particulares.⁶³³ São arrolados como direitos fundamentais sociais, na Constituição de 1988, os direitos a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência ao desamparado (artigo 6º).

Já há algum tempo, a jurisprudência brasileira, inclusive a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal, vem garantindo um direito social que não está expressamente estatuído no texto constitucional, mas a uma disposição sua pode ser anexado. Cuida-se do direito a medicamento ou direito a remédio, obviamente fundamentado no direito à saúde e no direito à vida. Em uma oportunidade, o Supremo Tribunal tratou de expressar:

“Paciente com HIV/AIDS – Pessoa destituída de recursos financeiros – Direito à vida e à saúde – Fornecimento gratuito de medicamentos – Dever constitucional do Poder Público (CF, arts. 5º, *caput*, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de Agravo improvido. O direito à saúde representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. (...) Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.”⁶³⁴

A ser assim, diretamente se está precisando as normas constitucionais do direito à saúde (artigos 6º e 196 da Constituição), formulando-se o enunciado segundo o qual é dever do Estado fornecer medicamento a pessoas carentes. Sendo dever de o Estado fornecer medicamentos excepcionais e indispensáveis à sobrevivência, quando não se puder prover o sustento próprio sem privações, aparece então o direito do cidadão carente receber do Estado a prestação correspondente. Portanto, à responsabilidade do

⁶³³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 482.

⁶³⁴ Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286/RS, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, *DJ* de 24.11.2000, p. 101.

Estado em fornecer medicamento a paciente, comprovada a sua hipossuficiência financeira para a aquisição, corresponde o direito do cidadão de receber o medicamento. A formulação da norma do direito a medicamento encontra de fato fundamento em norma constitucional, quando o Supremo Tribunal repete que “o preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde”.⁶³⁵

O Superior Tribunal de Justiça também está a decidir no mesmo sentido, ao reconhecer que “diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado”.⁶³⁶ Este julgado, por sua vez, oferece um tipo de argumento para justificar a fundamentalidade do direito a medicamento, quando anota que se faz “imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida”. Afora os termos imprecisos, é importante observar que a decisão de reconhecer o direito a medicamento tem como base a preocupação de preservar a vida. O julgado do Supremo Tribunal contém argumento semelhante, acrescentando ainda o apreço à vida e à saúde das pessoas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua humanidade e dignidade.

O direito a medicamento pode ser assim entendido como um direito implícito na norma do direito fundamental à saúde, cuja fundamentalidade decorre dele constituir uma exigência do próprio sistema de direitos. Na verdade, ele constitui um princípio para a reconstrução coerente do sistema de direitos, em face das circunstâncias de uma situação imprevista.⁶³⁷ Quando se precisa resolver um problema concreto, percebe-se a necessidade de interpretar a norma do direito fundamental à saúde como incluindo o direito a medicamento. De maneira que direitos não enumerados também podem ser

⁶³⁵ Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 238.328-0/RS, 2ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 18.02.2000, p. 59.

⁶³⁶ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 1999/0083884-0, 1ª Turma, Relator Ministro José Delgado, *DJ* de 04.09.2000, p. 121.

⁶³⁷ Sobre a existência do direito constitucional a um remédio, em níveis estaduais, nos Estados Unidos da América, cf. PHILLIPS, Thomas R. The constitutional right to a remedy. *New York University Law Review*, v. 78, out. 2003, p. 1.309/1.345. O autor é o Chief Justice da Suprema Corte do Texas. No texto, ele noticia que em constituições de quarenta Estados é garantido o direito a um remédio, a despeito da omissão do *Bill of Rights* federal.

daqueles que exigem prestações em sentido estrito, ou seja, também podem ser direitos fundamentais sociais não enumerados.

CONCLUSÃO

1. Buscando uma abordagem inicial produtiva do tema central da pesquisa, no primeiro capítulo foi realizada uma revisão do conceito de constituição material, na medida em que se costuma afirmar que direitos não enumerados são aqueles direitos apenas materialmente fundamentais, mas não formalmente fundamentais. Por direitos fundamentais em sentido formal se entende os direitos expressamente outorgados por uma constituição escrita. Em face disso, a busca por um sentido teoricamente consistente de constituição material, nos complexos contextos da vida social e política contemporânea, resultou na tese de que o termo *constituição material* permanece apenas como uma forma estilizada de fazer referência ao esquema de direitos que legitima o Estado e a própria constituição. Acontece que um sistema de direitos é o sentido performativo da prática de elaborar uma constituição escrita. Os indivíduos que iniciam uma prática constitucional para instituir uma comunidade de livres e iguais inevitavelmente devem pressupor que todos têm direitos asseguradores de sua dignidade, cabendo à constituição protegê-los. A prática constituinte concreta tem no documento escrito a objetivação do sentido dessa ação.

O sentido performativo de uma prática constituinte originária é apenas enunciado no texto, razão pela qual o sistema de direitos se encontra incorporado no documento constitucional escrito de maneira incompleta. Não se consegue exaurir definitivamente os sentidos da liberdade, pois isso depende dos contextos situacionais a partir dos quais os indivíduos podem perceber quais ameaças são consideradas especialmente acentuadas, a justificar a reação na forma de novos direitos. Se a constituição material faz referência à idealidade do direito constitucional, enquanto a constituição formal faz referência à ordem constitucional positiva, assumir a tensão entre ambas é tornar possível uma compreensão adequada, porque integral, do fenômeno constitucional, permitindo uma noção plausível de direitos fundamentais em sentido material. Direitos fundamentais não enumerados são atualizações do *sentido integral de constituição*, não se desconhecendo que constituição formal e constituição material estão em permanente tensão. Apenas uma teoria que dá conta dessa tensão captura o fenômeno constitucional em toda a sua inteireza.

2. Constituição formal e constituição material estão em um mesmo patamar de dignidade conceitual, conduzindo a que tenham de ser avaliadas e interpretadas a partir da tensão que entre si mantêm. A idealidade do direito constitucional já está enunciada no texto da constituição, ainda que nele não se esgote. O conteúdo normativo insaturado do sistema de direitos é continuamente interpretado e reinterpretado, em face do surgimento de problemas sempre novos que afetam a estrutura básica da comunidade política de liberdade e igualdade. Na medida em que esses problemas devem ser resolvidos, novos direitos fundamentais são reconhecidos como respostas à questão sobre o verdadeiro sentido da constituição como um todo. Nesse eito, aparece o tema da interpretação e aplicação da constituição, pois o problema da produção dos sentidos de uma ordem constitucional faz parte desse tema. A questão sobre direitos fundamentais não enumerados é sempre uma questão relativa à interpretação constitucional correta.

O exame do tema no direito constitucional norte-americano ajudou a consolidar essa assertiva. A reconstrução do debate sobre a existência de uma constituição não escrita permitiu demonstrar que se o conteúdo normativo do sistema de direitos enunciado por uma constituição em vigor exige ser continuamente interpretado, em face de novos problemas, essa interpretação envolve necessariamente a constituição como um todo, assim bem o documento que contém os dispositivos constitucionais escritos. Afinal, é o documento escrito que enuncia o sistema de direitos. E se a constituição formal enuncia um conteúdo normativo idealizado, a construção dos sentidos ainda não revelados desse conteúdo insaturado passa necessariamente pelo registro da enunciação. Sem o ato de criação de uma constituição formal não há pressuposição de qualquer idealidade. Por essa razão, é mais adequada a estrutura da cláusula de abertura da Constituição brasileira de 1988, se comparada com a cláusula de abertura da Constituição norte-americana. A cláusula constitucional brasileira acertadamente estabelece que os direitos não expressos são decorrentes do regime e dos princípios da própria Constituição.

O amplo detalhamento dos direitos fundamentais expressos na Constituição de 1988 não prejudica a idéia de direitos não enumerados. Mesmo longa, a enumeração dos direitos individuais e coletivos não exaure definitivamente todas as faculdades que as pessoas podem invocar em favor de sua dignidade. Há sempre questões novas, problemas inusitados, cujas soluções corretas podem não ser alcançadas com a

aplicação de um direito específico já expresso na Constituição. A distinção entre direitos fundamentais enumerados e não enumerados serve para destacar, em um sistema constitucional com detalhamento minucioso dos direitos fundamentais, que os direitos já expressos não exaurem as prerrogativas de cidadania que decorrem da melhor interpretação do sistema de direitos. Não faz sentido pensar que se conseguiu elaborar uma enumeração absolutamente completa de todos os direitos fundamentais possíveis no horizonte da ação humana. Constituições não são meros textos, mas a compreensão que se faz dos direitos que as pessoas reciprocamente se atribuem.

Por outro lado, que se tenha de interpretar toda a constituição para identificar novos direitos, revela a própria desnecessidade das cláusulas de abertura. Com ou sem dispositivos da espécie, é necessário interpretar a constituição como um todo para verificar se ela fornece um conjunto de princípios que podem apropriadamente servir como diretrizes para uma interpretação ampla dos direitos, inclusive para reconhecer novos direitos. As cláusulas não facilitam uma interpretação desse tipo. Elas não constituem fontes independentes de direitos protegidos constitucionalmente, pois apenas reconhecem a existência de direitos não especificados no texto, sem indicar qualquer critério para sua identificação. Nesse sentido, determinar sua melhor interpretação depende completamente daquilo que produz a melhor interpretação da constituição como um todo, o que inevitavelmente envolve a dimensão normativa do empreendimento constitucional.

3. Se o conteúdo normativo do sistema de direitos aparece como o critério de legitimação da ordem constitucional, é preciso dizer que esse conteúdo também tem valor moral. Isso em nada prejudica a qualidade jurídica dos direitos fundamentais, no sentido de que eles são veiculados por meio de normas cuja estrutura os qualifica como direitos subjetivos que podem ser vindicados judicialmente. Como prerrogativas jurídicas, as liberdades iguais fundamentais não perdem em valor moral, mas adquirem a qualidade de se tornarem impositivas, do ponto de vista do direito positivo. A justificação das normas de direitos fundamentais revela que o sistema constitucional é um sistema aberto frente à moral, principalmente por meio dos preceitos constitucionais básicos da dignidade, liberdade e igualdade, que são, ao mesmo tempo, conceitos

básicos da filosofia prática. O núcleo dos direitos fundamentais se fundamenta exatamente com o direito de liberdade e o direito de igualdade.

4. A teoria dos princípios resolve adequadamente o problema da aplicação racional dos direitos fundamentais. Os princípios são definidos como normas cujas condições de aplicação não são pré-determinadas. São diferentes das regras, que são normas cujas condições de aplicação são pré-determinadas, havendo, na verdade, uma deliberação antecipada quanto às suas condições de aplicação. Os princípios são razões *prima facie*; as regras, razões definitivas, ainda que possam se submeter às mesmas exigências do discurso de aplicação. São razões definitivas para um juízo normativo particular, que sustenta uma decisão. Tanto os princípios como as regras demandam discursos de aplicação. Essa modalidade de discurso possibilita a aplicação imparcial dos direitos fundamentais, ao requerer um procedimento em que todas as características de uma situação são consideradas. A descrição completa de um caso concreto exige uma interpretação coerente de todas as normas válidas que são *prima facie* aplicáveis. Todas as normas válidas constituem, em última instância, um sistema ideal coerente que dá a cada problema exatamente uma resposta correta.

Isso abre o sistema de direitos fundamentais a novas experiências históricas e a novas alegações, a fim de ser atualizada a sua substância normativa. Por esse motivo, a teoria dos princípios é uma teoria competente para resolver a questão dos direitos não enumerados. A reconstrução coerente do sistema de direitos por meio de princípios revela o caráter propriamente moral do empreendimento de interpretação e aplicação das normas constitucionais de direitos fundamentais. O núcleo dos direitos fundamentais é constituído por princípios que também valem moralmente e que formam parte definitiva da constituição e do direito de uma comunidade de livres e iguais. Os princípios sobre os quais se apóiam a constituição e o direito como um todo são princípios que compõem o núcleo normativo básico do sistema de direitos. Nesse contexto, argumentos de ordem moral acabam por fazer parte da melhor interpretação do sistema de direitos. É esse o caminho para a identificação de novos direitos.

O reconhecimento de novos direitos fundamentais se dá por meio de um discurso no qual simultaneamente deve realizar-se a justificação da fundamentalidade da posição jurídica envolvida. Isso ocorre quando se está frente a um caso problemático

que se apresenta singularmente difícil e que, dessa forma, obriga a retomada de discursos de justificação, nos quais juízos de natureza moral desempenham um papel importante. Para a justificação e aplicação de um novo direito fundamental é preciso realizar uma correta justificação de sua fundamentalidade, demonstrando-se que a nova posição jurídica constitui uma exigência do sistema de direitos fundamentais como um todo, quando coerentemente reconstruído em face das circunstâncias do caso. Na medida em que direitos fundamentais não enumerados não se encontram expressamente positivados no catálogo constitucional, o reconhecimento de sua existência exige a prova de sua fundamentalidade.

A reconstrução coerente do sistema de direitos exige uma tomada de partido do intérprete na construção de princípios justificadores, a ensejar a assunção de uma perspectiva de fundamentação moral, capaz de apresentar o sistema jurídico como organizado a partir de princípios que podem ser aplicados aos casos difíceis. A existência de uma resposta correta é um pressuposto contrafactual que os participantes em discursos de adequação inevitavelmente assumem. Por isso, a resposta somente pode ser alcançada através da reconstrução coerente do direito segundo princípios. Por essa razão, a aplicação dos direitos nos casos difíceis passa a exigir a consideração de argumentos de ordem moral. Esse é o caso no reconhecimento de um novo direito fundamental. A construção de princípios que justificam o sistema de direitos como um todo em face de um caso resulta na identificação de novos direitos fundamentais.

Assim, o reconhecimento de novos direitos fundamentais tem como critério mais geral a fundamentação adequada de princípios que devem ser levados em conta no discurso de aplicação dos direitos a casos controversos, a fim de tornar coerente o sistema de direitos como um todo. Eles constituem exigências do próprio sistema de direitos, para a construção de uma resposta normativamente correta, baseada nas circunstâncias da situação. De maneira que a justificação e a aplicação de novos direitos fundamentais incluem a consideração do procedimento de aplicação dos direitos como um procedimento em última instância aberto aos princípios que compõem a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.

Somente quando as normas constitucionais de direitos fundamentais são tomadas como princípios é que se pode tratar adequadamente a questão dos direitos fundamentais não enumerados, do ponto de vista de uma argumentação jurídica

racional, sem rebaixar a constituição escrita a um escalão inferior. Apenas a teoria dos princípios possibilita o acesso ao processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento jurídicos de novos direitos fundamentais. Em sendo assim, a fonte de novos direitos fundamentais é a própria tensão entre constituição formal e constituição material, tensão essa que a teoria dos princípios permite apreender.

5. O exame dos direitos implícitos revelou que eles são mais bem entendidos como os direitos cujas normas podem ser anexadas às normas dos direitos fundamentais específicos já expressamente detalhados no texto constitucional. Concluiu-se que a identificação de direitos fundamentais implícitos nas normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas na Constituição de 1988 tem lugar na própria argumentação desenvolvida para sustentar a correção de uma decisão jurídica em um caso complexo. O procedimento dessa argumentação apresenta os seguintes passos metódicos, acessíveis quando se tomam os direitos fundamentais como princípios:

1. Suposição de uma nova norma como resposta à abertura estrutural de uma norma de direito fundamental já diretamente estatuída pelo texto constitucional. A abertura estrutural decorre da imprecisão da norma diretamente estatuída em lidar com as circunstâncias da situação. Não se sabe o que a norma já estatuída prescreve para um caso imprevisto enquanto não se supõe uma nova norma que preenche a abertura estrutural. Há uma relação de precisão entre a norma estatuída e a norma suposta. Aquela deve ser precisada por esta.

2. Elaboração de uma relação de fundamentação entre a norma que tem de ser precisada e a norma precisante. Apenas se pode supor validamente uma nova norma quando há uma outra norma diretamente estatuída que a sustente.

3. Demonstração de que aquilo que a norma precisante exige é compatível com todo o sistema de direitos. Não pode haver conflito com outras normas pressupostas para justificar aquela que está sendo aplicada, ou com qualquer outra. A regra da coerência normativa exige a compatibilidade de uma norma com a aplicação de todas as outras normas em uma situação. A nova norma deve

servir para a reconstrução coerente do sistema de direitos em face de um caso imprevisto, especialmente problemático. A justificação da fundamentalidade da nova posição jurídica, levantada no contexto da argumentação desenvolvida para sustentar a correção da resposta, estabelece um novo direito fundamental para as partes, no caso imprevisto.

Já quando se fala em direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios está falando-se em direitos fundamentais que podem ser justificados a partir da estrutura normativa básica delineada pelas grandes cláusulas abstratas de profundo significado moral que definem o ideal político de uma sociedade de livres e iguais. Na Constituição de 1988, isso inclui, além das cláusulas gerais da liberdade e da igualdade, contidas no próprio Título II, todos os princípios constitucionais, especialmente os princípios fundamentais estabelecidos no Título I, neles constando, dentre outros, os princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana, do pluralismo político, da soberania popular, de uma sociedade livre, justa e solidária, da erradicação da pobreza e da marginalização, da promoção do bem de todos, sem quaisquer preconceitos, da prevalência dos direitos humanos e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Por sua vez, o ideal político de uma sociedade de livres e iguais é a expressão do regime democrático constitucional. A maneira correta de ler o regime democrático constitucional é por meio do paradigma do Estado Democrático de Direito, que compreende o Estado de Direito como um Estado baseado nos direitos. Dessa forma, regime constitucional democrático e princípios constitucionais se implicam mutuamente, de maneira circular. Os princípios constitucionais fundamentais conduzem ao regime democrático constitucional e este remete ao sistema de direitos, cujo núcleo básico é mais bem espelhado pelos próprios princípios fundamentais, dos quais fazem parte as cláusulas gerais de liberdade e igualdade.

Uma maneira produtiva de evitar a saturação do discurso jurídico fundado no princípio da dignidade humana, mantendo intacta a sua importância, é relacioná-lo aos direitos gerais de liberdade e igualdade, aos quais, inclusive, podem ser anexadas diversas normas de direitos fundamentais. É possível continuar a falar de direitos decorrentes do regime e dos princípios fundamentais examinando as normas de direitos

fundamentais que podem ser anexadas às normas dos direitos gerais de liberdade e igualdade, a fim de ser mais bem protegida a dignidade das pessoas. Nesse sentido, a norma da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição) é precisada no estabelecimento mesmo das normas dos direitos gerais de liberdade e igualdade.

A questão de saber se os direitos não enumerados estão abrangidos pela regra da aplicabilidade imediata estabelecida no artigo 5º, § 1º, da Constituição foi considerada sem sentido, pois normalmente se identifica um novo direito fundamental justamente no contexto de um discurso de aplicação.

Quanto à questão da intangibilidade, ficou claro que se direitos não enumerados são, ou subentendidos nas normas garantidoras dos direitos fundamentais expressos, ou justificados diretamente a partir do regime e dos princípios da Constituição, eles são verdadeiramente exigências do próprio sistema constitucional de direitos. Por ser assim, direitos fundamentais não enumerados devem gozar de proteção especial, razão pela qual, quando uma posição jurídica tem reconhecida a sua fundamentalidade, nenhuma lei ordinária, ou mesmo norma proveniente de emenda constitucional, pode confrontá-la.

Finalmente, por meio de um caso jurisprudencial, comprovou-se que direitos não enumerados também podem ser direitos que exigem prestações em sentido estrito. Portanto, é possível o reconhecimento de direitos fundamentais sociais não enumerados.

BIBLIOGRAFIA

Livros, capítulos e artigos

AARNIO, Aulis. *Derecho, racionalidad y comunicación social: ensayos sobre filosofía del derecho*. Tradução mexicana de Pablo Larrañaga. México: Distribuciones Fontamara, 1995.

ACKERMAN, Bruce & ROSENKRANTZ, Carlos F. Tres concepciones de la democracia constitucional. In: *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ACKERMAN, Bruce. *We the people*. Vol. 1: Foundations. 1. ed. 4. reimp. Cambridge: London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1995.

ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*. Oxford: Malden: Blackwell, v. 16, n. 2, jun. 2003, p. 131-140.

ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista dos Tribunais / Fascículo Cível*. Ano 91, v. 799, maio 2002.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luiz Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, jul./set. 1999.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução espanhola de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, ano 22, n. 66, set./dez. 2002, p. 13-64.

ALEXY, Robert. Interpretación jurídica y discurso racional. In: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução e introdução colombiana de Luis Villar Borda. 2. reimpressão. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

ALEXY, Robert. La fundamentación de los derechos humanos. In: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução e introdução colombiana de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

ALEXY, Robert. La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica. In: *Derecho y razón práctica*. Cuidado da edição mexicana de Wistano Orozco. México: Distribuciones Fontamara, 1993.

ALEXY, Robert. La institucionalización de la razón. Tradução de José Antonio Seoane. *Persona y Derecho*, n. 43, Pamplona, 2000.

ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*. Oxford: Malden: Blackwell, v. 16, n. 4, dez. 2003, p. 433-439.

ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*. Oxford: Malden: Blackwell, v. 13, n. 3, set. 2000.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução espanhola de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. Teoría del discurso y derechos humanos. In: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução colombiana e introdução de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Moral, direito e política: sobre a teoria do discurso de Habermas. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; SILVA SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e (orgs.). *Filosofia política contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica* (Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros). Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BARNETT, Randy E. The ninth amendment and constitutional legitimacy. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988.

BARRETO, Vicente. Ética e direitos humanos: aporias preliminares. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* (promulgada em 5 de outubro de 1988). 2º volume. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Revisão técnica de Cláudio de Cicco. 5. ed. Brasília: UnB, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1999.

BORGES, Maria de Lourdes et alii. *Ética*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, ano 20, n. 59, maio/ago. 2000, p. 29-56.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico do STF (Habeas Corpus n. 82.424/RS)*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *INFOJUR: Informativo de Jurisprudência*, n. 53. Rio de Janeiro, 16 a 30 de abril de 2004.

BROWN, Wendy & WILLIAMS, Patricia. *La crítica de los derechos*. Tradução colombiana e estudo preliminar de Isabel Cristina Jaramillo Sierra. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Instituto Pensar, Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2003.

BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência constitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CARPIO MARCOS, Edgar. El significado de la cláusula de los derechos no enumerados. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 3, jul.-dez./2000.

CARVALHO NETO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, v. 3, maio 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COLEMAN, Jules S. & LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei (org.). *Direito e interpretação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 28/29. São Paulo: CEDEC, 1993.

CORTINA, Adela. *O fazer ético: guia para a educação moral*. Tradução de Cristina Antunes. São Paulo: Moderna, 2003.

CRUZ PACERO, Juan. A. Derechos morales: concepto y relevancia. *Isonomia*, n. 15, out./2001.

DAGNINO, Evelina. Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania. In: *Anos 90: política e sociedade no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DREIER, Ralf. *Derecho y justicia*. Tradução colombiana de Oswaldo Quijano. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1994.

DUTRA, Delamar José Volpato. *A democratização do direito*. Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, como requisito parcial para obtenção do Bacharelado em Direito. Florianópolis: UFSC, 2001.

DUTRA, Delamar José Volpato. A legalidade como forma do Estado de direito. *Kriterion - Revista de Filosofia*, v. XLV, n. 109. Belo Horizonte: Departamento de Filosofia da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, janeiro a junho 2004.

DUTRA, Delamar José Volpato. *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

DWORKIN, Ronald. De que maneira o direito se assemelha à literatura. In: *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

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

DWORKIN, Ronald. O drama constitucional. In: *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. Os sem-terra vistos de fora. *O Estado de São Paulo*, 24/05/1997, A2, p. 14.

DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge, Massachusetts: London: Harvard University Press, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled. In: STONE, Geoffrey R.; EPSTEIN, Richard A. & SUNSTEIN, Cass R. (ed.). *The Bill of Rights in the Modern State*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1992.

EICHENBERGER, Kurt. El Estado de derecho como sistema garante de los derechos humanos. In: THESING, Josef (comp.). *Estado de derecho y democracia*. Buenos Aires: Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, 1997.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: London: Harvard University Press, 1980.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução espanhola de E. Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira: Emenda Constituição n. 1 de 17 de outubro de 1969. 3º volume (artigos 130 a 200)*. São Paulo: Saraiva, 1975.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. Princípios de justiça e avaliação de políticas. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 39, 1997.

FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. Oxford: Clarendon Press, 1980.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GALUPPO, Marcelo. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 36, n. 143, jul./set. 1999.

GARCIA, Maria. *Desobediência civil: direito fundamental*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GREY, Thomas C. Do we have an unwritten Constitution? *Stanford Law Review*, v. 27, fev./1975.

GREY, Thomas C. The uses of an unwritten constitution. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Tradução americana de John Farrell. New York: State University of New York, 1993.

GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 6, 2000.

GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Apresentação e tradução espanhola de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, n. 17-18, Alicante, 1995, p. 271-302.

HABERMAS, Jürgen. A idéia kantiana de paz perpétua – à distância histórica de 200 anos. In: *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Acerca da legitimação com base nos direitos humanos. In: *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido. A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Tradução de Flavio Bieho Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

- HABERMAS, Jürgen. Motivos de pensamento pós-metafísico. In: *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.
- HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Trad. de Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. O estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: *Era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Tradução de Karina Jannini. Revisão da tradução de Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, 2 vol. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 2. ed. Madrid: Taurus, 2001.
- HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *El federalista*. Tradução de Gustavo R. Velasco. 2. ed. em espanhol. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- HART, H. L. A. Are there any natural rights? In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calousten Gulbenkian, 1986.
- HART, H. L. A. Postscriptum. In: HART, H. L. A. & DWORKIN, Ronald. *La decisión judicial*. Estudo preliminar de César Rodríguez. Tradução colombiana de Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo de Hombre Editores: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- HENKIN, Louis. A new birth of constitutionalism. In: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy: theoretical perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1994.
- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Introdução e tradução espanhola de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Tradução espanhola de Pedro Cruz Vilallón. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. Introducción. In: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Introdução e tradução espanhola, sobre a 4. ed. revista, de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995.

KARAM DE CHUEIRI, Vera. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997, p. 151-195.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Introdução e revisão técnica de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges; revisão técnica de Péricles Prade. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KOZICKI, Katya. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997, p. 127-149.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 1. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

LEFORT, Claude. Direitos do homem e política. In: *A invenção democrática: os limites da dominação totalitária*. Tradução de Isabel Marva Loureiro. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

LEVINSON, Sanford. Constitutional rhetoric and the ninth amendment. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988.

LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. Barueri: Manole, 2004.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo* (Coleção os Pensadores).

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 42, 1997.

MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude*. Tradução de Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001.

MACKIE, J. L. Can there be a right-based moral theory? In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. II. São Paulo: Bookseller, 1997.

MARSHALL, T. H. Cidadania e classe social. In: *Cidadania, classe social e status*. Introdução de Phillip C. Schmitter. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 57-114.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

McAFFEE, Thomas B. Prolegomena to a meaningful debate of the “unwritten constitution” thesis. *Cincinnati Law Review*, v. 61, 1992, p. 107-169.

McCARTHY, Thomas. *Ideales e ilusiones: reconstrucción y deconstrucción en la teoría crítica contemporánea*. Tradução espanhola de Ángel Rivero Rodríguez. Madrid: Editorial Tecnos, 1992.

McCARTHY, Thomas. *La teoría crítica de Jürgen Habermas*. Tradução espanhola de Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

McCONNELL, Michael W. A moral realist defense of constitutional democracy. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988.

MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. *Curso de direito constitucional*. Org. e atual. por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

MIRANDA, Jorge. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra, 2001.

MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa. *Revista de Direito Público*, n. 82, São Paulo, 1987.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV: direitos fundamentais. 3. ed. revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação jurídica e nova retórica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MOORE, Michael S. Do we have an unwritten constitution? *Southern California Law Review*, v. 63, 1989.

MOREIRA, Vital. O futuro da constituição. In: GRAU, Eros Roberto & GUERRA FILHO Willis Santiago (organizadores). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORESO, Juan José. Derechos y justicia procesal imperfecta. *Discusiones*, n. 1, 2000.

MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORO, Sérgio Fernando. *O Judiciário e os direitos sociais fundamentais*. Mimeo, 2005.

MOSER, Antônio. *Biotecnologia e bioética: para onde vamos?* Petrópolis: Vozes, 2004.

NASCIMENTO, Rogério Soares do. A ética do discurso como justificação dos direitos fundamentais na obra de Jürgen Habermas. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2002.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *Coerência e justificação*: alguns problemas da teoria discursiva do direito. Mimeo, s.d.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Filosofia política enquanto teoria normativo-material das instituições em Vittorio Hösle. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; SILVA SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e (orgs.). *Filosofia política contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

PARDO, David Wilson de Abreu. *Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PECEZ-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Fundamental rights: between morals and politics. *Ratio Juris*, vol. 14, n. 1, mar. 2001.

PECZENIK, Aleksander. *Derecho y razón*. Versão castelhana de Ernesto Garzón Valdés. México: Distribuciones Fontamara, 2000.

PEREIRA, Francisco Valdez. Uma leitura constitucional da proteção ao sigilo bancário. *Revista dos Tribunais – Fascículo Cível*, ano 91, v. 804, outubro 2002.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho e Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1994.

PHILLIPS, Thomas R. The constitutional right to a remedy. *New York University Law Review*, v. 78, out. 2003, p. 1.309/1.345.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. revista, ampliada e atualizada. Prefácio de Henry Steiner. Apresentação de Antônio Augusto Cançado Trindade. São Paulo: Max Limonada, 2002.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

PRADO, Antônio. Sobre a interrupção da gestação de fetos anencefálicos. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 12, n. 145, dez. 2004.

PRIETO SANCHIS, Luís. *Estudios sobre derechos fundamentales*. 1. ed. 1. reimpressão. Madrid: Editorial Debate, 1994.

QUEIRÓZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RAPACZYNSKI, Andrzej. The ninth amendment and the unwritten constitution: the problems of constitutional interpretation. *Chicago-Kent Law Review*, n. 64, 1988.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Organizado por Erin Kelly. Tradução de Claudia Berliner. Revisão técnica e da tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Revisão da tradução de Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAZ, Joseph. Right-based moralities. In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2. ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 82. Belo Horizonte: UFMG, janeiro 1996.

SANTIAGO NINO, Carlos. Sobre los derechos morales. *Doxa*, n. 7, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. O valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 33, n. 131, jul./set. 1996.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica*. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradução mexicana de Francisco Ayala. México: Editora Nacional, 1970.

SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitución*. Prólogo de Luis López Guerra. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SEARLE, John. *Prima facie* obligations. In: RAZ, Joseph (ed.). *Practical reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 81-90.

SHERRY, Suzanna. The founders' unwritten constitution. *The University of Chicago Law Review*, n. 54, 1987.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: que é o terceiro estado?* Organização e introdução de Aurélio Wander Bastos; prefácio de José Ribas Vieira; tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Síntese das idéias desenvolvidas em uma questão de direito: a homossexualidade e o universo jurídico. *Direito Federal / Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil*. Ano 23, n. 1, 1º sem./2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. A fossilised constitution? *Ratio Juris*, vol. 17, n. 4, dezembro 2004.

SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Tradução espanhola de José M^a Beneyeto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Racionalidade das decisões judiciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

TUGENDHAT, Ernst. A controvérsia sobre os direitos humanos. Tradução de Sérgio Borja. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 17, 1999.

TUGENDHAT, Ernst. Ética e justificação. *Veritas*, vol. 44, n. 1, mar. 1999.

TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Tradução grupo de doutorandos no curso de pós-graduação em Filosofia da UFRGS; revisão e organização da tradução Ernildo Stein e Ronai Rocha. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

VAN PARIJS, Philippe. *O que é uma sociedade justa?* Introdução à prática da filosofia política. Tradução de Cíntia Ávila de Carvalho. Revisão técnica da tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Ática, 1997.

VELASCO, Marina. *Ética do discurso: Apel ou Habermas?* Rio de Janeiro: FAPERJ: Mauad, 2001.

VIEIRA, Luiz Vicente. A moral contratualista de Ernst Tugendhat. *Veritas*, vol. 44, n. 2, jun. 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. São Paulo: UNESP, 2000.

VITA, Álvaro de. O lugar dos direitos na moralidade política. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 30, 1993.

WALDRON, Jeremy. Introduction. In: *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

WHITE, Stephen K. *Razão, justiça e modernidade*: a obra recente de Jürgen Habermas. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

Jurisprudência pátria

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGA n. 138901/GO, 1ª Turma, Relator Ministro José Delgado, *DJ* de 17.11.1997, p. 59456.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 5574/SP, 6ª Turma, Relator para o acórdão Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, *DJ* de 18.08.97, p. 37916.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 32.159/RJ, 5ª Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, *DJ* de 22.03.2004, p. 339.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n. 11.772, Relator Ministro Edson Vidigal, *DJ* de 04.02.2002, p. 419.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 478.395, 5ª Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, *DJ* de 23.06.2003, p. 422.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 1999/0083884-0, 1ª Turma, Relator Ministro José Delgado, *DJ* de 04.09.2000, p. 121.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 815/DF, Relator Ministro Moreira Alves, *DJ* de 10.05.1996, p. 15131.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939/DF, Relator Ministro Sydney Sanches, *DJ* de 18.03.1994, p. 5165.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 238.328-0/RS, 2ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 18.02.2000, p. 59.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286/RS, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, *DJ* de 24.11.2000, p. 101.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 71.124/RJ, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ* de 23.09.1994, p. 25314.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.025-6/RJ, Relator Ministro Joaquim Barbosa, *DJ* de 25.06.2004, p. 04.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 58, Relator Ministro Carlos Velloso (vencido), Relator para o acórdão Ministro Celso de Mello, *DJ* de 19.04.1991, p. 4580.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 21.729/DF, Relator Ministro Marco Aurélio (vencido), Relator para o acórdão Ministro Néri da Silveira, *DJ* de 10.10.2001, p. 33.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22.164/SP, Relator Ministro Celso de Mello, *DJ* de 17.11.1995, p. 39206.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, *DJ* de 12.05.2000, p. 20.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23.669-DF (medida liminar), Relator Ministro Celso de Mello, *DJ* de 17.04.2000, p. 04.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24.268-0/MG, Relatora Ministra Ellen Gracie (vencida), Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, *DJ* de 17.09.2004, p. 53.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939/DF, Relator Ministro Sydney Sanches, *DJ* de 17.12.1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 02.08.2004, p. 64.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 577 QO/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, *DJ* de 23.04.1993, p. 6918.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus n. 79.785/RJ, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ* de 22.11.2002, p. 57.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus n. 80.919/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Nelson Jobim, *DJ* de 14.09.2001, p. 64.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 172058-1/SC, Relator Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 13.10.1995, p. 34282.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 219780/PE, 2ª Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, *DJ* de 10.09.1999, p. 23.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível n. 1999.01.00.068900-9/AC, 2ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Assusete Magalhães, *DJ* de 14.06.2000, p. 39.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Seção Judiciária do Acre / 1ª Vara. Processo de Ação Civil Pública n. 2003.30.00.002600-0.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível n. 2002.02.01.030961-9, 6ª Turma, Relator Desembargador Federal Sérgio Schwaitzer, *DJ* de 24.02.2003, p. 270.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Eleitoral n. 24.564/PA, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento e publicação do acórdão em sessão de 01.10.2004.

Casos da Suprema Corte dos Estados Unidos da América

Brown v. Board Education. 347 U.S. (1954).

Fletcher v. Peck. 6 Cranch (U.S.) 87 (1810).

Griswold v. Connecticut. 381 U.S. 479 (1965).

Plessy v. Ferguson. 163 U.S. 537 (1896).

Roe v. Wade. 410 U.S. 113 (1973).