



## JURIDICIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E A DESCONSTRUÇÃO CLASSIFICATÓRIA

## JURIDICITY OF CONSTITUTIONAL NORMS AND CLASSIFICATORY DECONSTRUCTION

<sup>1</sup>Bárbara Amelize Costa

<sup>2</sup>Adalberto Antonio Batista Arcelo

### RESUMO

Este artigo propõe-se à análise da juridicidade das normas constitucionais e ao seu alcance interpretativo dissociado da classificação meramente sintático-semântica. A não estereotipação das normas constitucionais advém de uma compreensão do Direito como um todo integrado que só adquire sentido no âmbito hermenêutico da interpretação, compreensão e aplicação, alcançável, tão somente, no enfrentamento de um caso concreto. O possível problema do ativismo judicial como barreira a esta compreensão, verificar-se-á, pode ser dirimido a partir da exaustiva fundamentação das decisões em atendimento ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

**Palavras-chave:** Direito como integridade, Hermenêutica filosófica, Ativismo judicial

### ABSTRACT

This article proposes to analyze the juridicity of constitutional norms and their interpretive scope disassociated from purely syntactic-semantic classification. The failure in stereotyping the constitutional norms comes from an understanding of Law as an integrated whole that acquires sense only in a hermeneutic framework of interpretation, understanding and application, which is attainable only in the face of a concrete case. The possible problem of judicial activism as a barrier to this understanding, as will be verified, can be settled by the exhaustive substantiation of the decisions in compliance to due legal process, equality of arms, and effective defence.

**Keywords:** Law as integrity, Philosophical hermeneutics, Judicial activism

<sup>1</sup> Graduanda em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG, Minas Gerais (Brasil). E-mail: [barbaraamelize@gmail.com](mailto:barbaraamelize@gmail.com)

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, Minas Gerais (Brasil). Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas - PUC/MG, Minas Gerais (Brasil). E-mail: [adalbertoarcelo@gmail.com](mailto:adalbertoarcelo@gmail.com)



## 1 INTRODUÇÃO

O estudo da juridicidade das normas constitucionais necessariamente perpassa pela célebre e tradicional classificação das normas - quanto à eficácia - em plenas, contidas e limitadas, dada pelo ilustre autor José Afonso da Silva.

Os sucessores de José Afonso da Silva, tais como Maria Helena Diniz, Celso Ribeiro Bastos, Carlos Ayres Britto, Jorge Miranda, dentre outros, apresentaram classificações alternativas à classificação tricotômica do mesmo sem, contudo, fugiram muito de sua perspectiva - apresentando ora meras alterações de nomenclatura, ora ângulos diferenciados, mas ainda próximos à percepção de eficácia jurídica dada pelo autor (o que releva uma atenção direcionada ao âmbito semântico-sintático das normas).

A elevada importância a questões de ordem meramente semântico-sintática transforma a Constituição em singelo documento declaratório de abstratos e meros valores, a serem, sempre futuristicamente, atingidos. Nas palavras de Moro:

O problema da concretização da Constituição não pode ser reduzido à questão semântica da classificação abstrata das normas constitucionais. A concretização demanda respostas interpretativas, ou seja, a respeito do significado do texto constitucional. Se ao resolver a „questão interpretativa“, o juiz reconhecer a existência de determinado direito em nossa Constituição, cumprirá concretizá-lo ou, mais propriamente, torná-lo realidade. É o que se exige da autoridade judiciária. A liberdade do legislador só se coloca caso a questão interpretativa seja resolvida negativamente, ou seja, caso o juiz conclua pela não existência do direito reclamado na Constituição. Os limites à concretização judicial são aqueles inerentes à atividade judicial, ou seja, através de argumentação jurídica, sendo esta limitada por princípios, tem o juiz o ônus de demonstrar o acerto de sua interpretação da Constituição. Superada com consistência essa barreira, a liberdade do legislador não tem lugar. (MORO, 2001, p. 101-107).

Não será objeto deste artigo a minuciosa análise quanto às contribuições científicas das classificações dos sucessores de José Afonso da Silva. Isto porque, conforme reverbera Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 216), nenhuma delas parecem ter sido utilizadas como critérios em decisões do Supremo Tribunal Federal prevalecendo, na maioria das vezes, a visão daquele.

Menciona-se, contudo, a crítica de Virgílio da Silva (2006, p. 23-51) no que se refere aos fundamentos que levaram José Afonso da Silva à distinção entre normas tidas como de eficácia plena e normas tidas como de eficácia contida. Nas palavras do autor:

A consolidação da classificação tríplice, sobretudo destacada de seu intento inovador inicial, acabou por gerar, com o passar do tempo, uma situação que impede um maior desenvolvimento da eficácia dos direitos fundamentais. Essa situação pode ser resumida da forma que se segue. De um lado, a crença na eficácia plena de algumas normas, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais, solidificou a ideia de que não é nem necessário nem possível agir, nesse âmbito, para desenvolver essa eficácia.



Se ela é plena, nada mais precisa ser feito. Quanto mais essa crença for mitigada, como é o caso das conclusões deste trabalho, tanto maior será o ganho em eficácia e efetividade. Para mencionar apenas um exemplo: se se imagina que a liberdade de imprensa é garantida por uma norma de eficácia plena, pode ser que a consequência dessa premissa seja a sensação de que já se atingiu o ápice da normatividade constitucional. Ao se mitigar essa ideia, torna-se possível exigir, por exemplo, ações que criem as condições não apenas de uma imprensa livre, mas de uma imprensa livre, plural e democrática. (SILVA, 2006, p. 50).

A desconstrução crítica realizada pelo autor a partir desta e de outras análises são, ao contrário das realizadas pelos demais autores, de significativa relevância para este artigo. Todavia, sua conclusão difere da que aqui se propõe, uma vez que ela determina que todas as normas têm alguma limitação em sua eficácia: “tomado como âmbito o dos direitos fundamentais, todas as normas constitucionais são, pois, de eficácia limitada” (SILVA, 2009), e, neste artigo, sustenta-se que não há meios possíveis de se classificar uma norma senão em confronto ao caso concreto.

## 2 JURIDICIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: as regras e os princípios

No contexto histórico das Revoluções Francesa e Industrial – fruto do rompimento com o Antigo Regime, a sociedade projeta a racionalização e a razão como meios para a saída do homem da sua própria menoridade. Na visão kantiana (KANT, 2005), o conjunto de acontecimentos e processos históricos que incluem elementos de transformações sociais, instituições políticas, formas de saber e de racionalização dos conhecimentos, das práticas e mutações tecnológicas, se identificam com o fenômeno da *Aufklärung* – projeto moderno de sociedade perseguido até os dias atuais.

O Direito passa, também, por esta busca de racionalização. A busca pela razão jurídica - desde estes tempos até os atuais - provoca um processo de compreensão hermenêutica consubstanciado na premissa de que todo texto traz a expectativa de um sentido imediato – o que, historicamente, culmina em marcos paradigmáticos do entendimento e compreensão do próprio Direito e da juridicidade de suas normas.

Não há, contudo, meios possíveis de compreender os marcos paradigmáticos da compreensão da juridicidade das normas jurídicas sem, antes, abordarmos as reviravoltas do processo hermenêutico-pragmático da filosofia - para além da apreensão da transformação interpretativa - que culminaram na compreensão do processo hermenêutico jurídico dos princípios constitucionais.

Hermenêutica jurídica e interpretação jurídica aqui não se confundem. Trata, a primeira, de uma acepção mais abrangente que a segunda. Nas palavras de José Emílio Medauar



Ommati (2015, p. 95), é a partir dos trabalhos fundamentais de Hans-Georg Gadamer que se sabe que o trabalho interpretativo é apenas uma parte de todo o trabalho de leitura e interpretação de textos, isto é, o trabalho de leitura de um texto não leva apenas ao trabalho mecânico de interpretação do mesmo, mas, antes, a uma relação de circularidade entre compreensão, interpretação e aplicação, abrangida, ainda, por uma relação de envolvimento entre o texto e o leitor - o que, necessariamente, conduz ao impedimento de uma interpretação asséptica e neutra.

A questão sobre o que significa uma coisa foi colocada, segundo José Emílio Medauar Ommati (2015, p. 98), por Platão em sua teoria das essências e esta compreensão de que todas as coisas carregam em si suas próprias ideias permaneceu defendida, na hermenêutica moderna, por Schleiermacher. Para Schleiermacher, ainda segundo José Emílio Medauar Ommati no entendimento da compreensão de Gadamer, a interpretação e a compreensão se interpretariam tão intimamente como a palavra exterior e interior e todos os problemas da interpretação seriam, na realidade, problemas de compreensão (GADAMER, 2003, p.288 apud OMMATI, 2015, p. 98).

O que se extrai de positivo desta visão é que há um reconhecimento de que o conceito antecipado do intérprete influencia sua forma de interpretação, contudo, numa tentativa paradoxal e na contramão das próprias compreensões dela advindas, busca-se um modelo cientificista e positivista de tentativa de eliminação deste preconceito interpretativo por meio da criação de uma linguagem calculada, formalmente perfeita e completamente racional.

Heidegger mostrará que esta ideia de criação de uma linguagem matemática destituída de subjetividade, capaz de fornecer a essência (ou espírito) do que é lido é inadequada e inconsistente porque a essência do homem – isto é, aquilo que no homem não é mudado – é a própria mudança. Nesta perspectiva, a essência do homem em Heidegger (chamada de *Dasein*) está vinculada à própria noção de mutabilidade (HEIDEGGER, 2010, p.52).

Heidegger (2010) encontrou três coisas no homem que seriam imutáveis: a mudança, a relação do homem com o tempo e a relação dele com a linguagem - e, por meio deste giro hermenêutico, propõe a compreensão de que a linguagem não pode ser tida como cálculo, mas como meio universal da essência que sempre se apresentará precária, em constante alteração e vinculada à percepção, posição ou compreensão prévia daquele que a utiliza sem possibilidade de isenção de pressuposições ou neutralidade. Assim, não haveria a essência das coisas, nos termos de Platão, mas um entendimento do mundo e de todas as coisas a partir de



uma tradição, de uma história, de uma compreensão prévia (OMMATI, 2015, p. 106) – entendimento este que se encontra em Gadamer - sob a concepção de tradição - e, em Thomas Khun, sob a concepção de paradigma.

A luz do entendimento de José Emílio Medauar Ommati (2015, p. 108), Gadamer, partindo do entendimento de Heidegger, demonstra que somos seres históricos e que interpretamos todos os eventos do mundo, isto é, todo o nosso mundo é um mundo de textos e das interpretações que fazemos destes textos, resgatando assim a dimensão positiva do preconceito e a perspectiva de que nossa historicidade não é limitação, mas condição de possibilidade de nossa compreensão.

A compreensão da teoria gadameriana aduz a apreensão da fluidez da linguagem, da evolução dela em consônancia com a própria evolução da história humana e da percepção de que qualquer ato de interpretação já é, também, um ato de aplicação. Esta compreensão vem também à Ludwing Wittgenstein - após sua mal sucedida tentativa de criar uma teoria que fosse possível dominar a linguagem e torná-la objetiva e científica, fruto dos resultados da primeira fase de sua obra – concebendo, todavia, na segunda fase, a importante conceituação de jogos de linguagem para a filosofia. (OMMATI, 2015, p. 118).

Para Wittgenstein (1996, p. 26), é o próprio uso das palavras nos diversos contextos linguísticos e extralinguísticos nos quais as palavras são empregadas que determinam o significado delas. Assim, a compreensão estaria vinculada à situação histórica em que a frase é usada e não, apenas, ao ato de significação prévia e rígida que ela possa ter no indivíduo - isto é, o significado é retirado do uso real e não somente da apreensão interpretativa previamete concebida, culminando na compreensão da aceção do contexto.

A noção de que é possível conceber uma ciência neutra, com métodos puros com vistas ao atingimento de uma verdade universal é desmistificada, conforme se demonstrou, tanto em Gadamer, quanto em Wittgenstein e, Thomas Kuhn é herdeiro destas concepções que mostram a importância do preconceito, da tradição e das práticas sociais (OMMATI, 2015, p. 128). Todavia, Kuhn (1997, p. 143) vai além, ao formular a concepção de que a linearidade evolutiva das ciências não é factível, já que o que ocorre de fato são saltos e rupturas designadas como revoluções paradigmáticas que rompem com o passado de forma significativa - mas, não completa - porque a visão anterior não mais apresenta soluções aos anseios da comunidade científica. Neste ponto, destaca José Emílio:

Essa relação entre o paradigma novo e o paradigma anterior é uma relação hermenêutica, já que, como mostrado, o novo paradigma incorpora o anterior em sua narrativa do desenvolvimento da ciência, reinterpreta-o à luz do que agora é tido como

verdade, solucionando, nos diversos contextos, ou nos jogos de linguagem os mais diversos, para dizer com Wittgenstein, mais e mais problemas, até que esse novo paradigma se esgote e seja suplantado por um novo, que reinicia toda a história, reinterpretando os paradigmas anteriores e incorporando-os à sua descrição, trazendo cada vez mais complexidade. (OMMATI, 2015, p. 133).

Em que pese o Direito sempre ter se valido da expressão paradigma para designar seus modelos de desenvolvimento históricos, nos termos de Kuhn, esta utilização não é propriamente adequada. Durante muito tempo o Direito se prendeu à discussão se o intérprete, no ato da aplicação da lei, deveria buscar a vontade do legislador ou a vontade da lei – o que não representa ruptura significativa ou salto revolucionário da compreensão acadêmica.

Obviamente a hermenêutica jurídica, muito aquém da compreensão da hermenêutica filosófica, ignorava, nesta discussão, que o processo hermenêutico, para além da busca de um espírito das coisas, ou até da tradição de compreensão linear dela, reverbera numa necessária noção de que a atribuição de sentido ao texto envolve processos subjetivos ligados à experiência prévia, às práticas sociais e a não linearidade.

A discussão acerca da juridicidade dos princípios e as fases distintas da compreensão das normas passam a pulsionar uma renovação do modelo hermenêutico jurídico, aproximando-o à apreensão hermenêutica filosófica. É a compreensão acerca da juridicidade dos princípios que permite ao Direito apreender verdadeiras revoluções paradigmáticas, na concepção terminológica e significativa de Kuhn.

Passa-se, então, a analisar as consequências dos modelos jurídico-hermenêuticos nos paradigmas do Estado Liberal, Estado do Bem Estar Social e Estado Democrático de Direito na compreensão dos princípios. Paulo Bonavides (1994, p. 265), elenca que as normas jurídicas atravessaram três fases distintas: a) a *jusnaturalista*, b) a *juspositivista* e a c) pós-positivista.

No modelo *jusnaturalista* – próprio do paradigma do Estado Liberal - os princípios se alojam numa esfera abstrata e sua normatividade é considerada nula ou duvidosa. Neste modelo, consubstanciado no Código Civil Francês de Napoleão, o legislador é tido como cientista racional capaz de produzir leis claras, objetivas que prescindem de qualquer atividade interpretativa. (OMMATI, 2015, p. 140). Nas palavras do historiador italiano Paolo Grossi, destacadas por José Emilio:

O Código revela plenamente a sua filiação ao Iluminismo. O Príncipe, indivíduo modelo, modelo do novo sujeito liberto e fortificado pelo humanismo secularizador, tem condições de ler a natureza das coisas, decifrá-la e reproduzi-la em normas que podem ser legitimamente pensadas como universais e eternas, como se fossem a tradução em regras sociais daquela harmonia geométrica que rege o mundo. Aqui se manifesta a fundamentação jusnaturalista, que reveste de eticidade a certeza de que o Código se faz portador, já que, quando se torna possível ler a natureza das coisas, a



veia ética passa a ser a certa, mesmo se no fundo não existe mais o Deus-pessoa da tradição cristã, mas, no seu lugar, uma vaga divindade panteisticamente vislumbrada; desse modo, passa a ser certa a mitificação. Não é errado falar de catecismo, do Código como catecismo. (OMMATI, 2015, p. 140).

No entanto, as previsões encontradas nos dispositivos legais não conseguiam abarcar a diversidade dos casos concretos. Surge, então, o modelo *juspositivista* - próprio do paradigma do Estado do Bem Estar Social - referenciada pelo entendimento kelseniano da interpretação do direito (KELSEN, 1999). A segurança jurídica passa a ser a norteadora da juridicidade, posto que a forma passa a ser mais relevante que matéria factual.

Kelsen, em sua teoria normativista e puritanista do escalonamento normativo, concebe o direito como uma estrutura normativa, já que traduz que a validade de qualquer norma jurídica é a validade de outra norma superior até o alcance da norma fundamental, conforme abaixo se aduz:

O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior (KELSEN, 1999, p. 35).

Segundo Kelsen, (1999, p. 250), a interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. A interpretação, então, seria uma moldura que contém as várias interpretações possíveis e, nesta via, é papel do juiz na sua interpretação autêntica escolher uma dentre elas para que haja validade na aplicação do direito. A escolha fora da moldura, se não contestada, estaria no campo da eficácia. Nesta via, a noção de justo e injusto não é abarcada pelo autor, posto tratar-se de juízos valorativos incompatíveis com o processo puritanista de interpretação. Os princípios jurídicos, em tal panorama, nada mais seriam que normas generalíssimas que compõem os códigos, funcionando como norma supletiva ou subsidiária (BONAVIDES, 1994, p. 265). Exatamente neste ponto, nos termos de José Emílio Medauar Ommati (2015, p. 143), encontra-se a falência do modelo kelseniano, na medida em que o próprio ato interpretativo fica sem sentido já que o intérprete autêntico poderá dizer qualquer coisa e o que disser será considerado Direito.

Nas palavras de José Emílio Medauar Ommati (2015, p. 143), o modelo kelseniano de interpretação do Direito, como modelo de interpretação do Direito do paradigma do Estado Social, é todo ele semântico-sintático, revelando o problema da ambiguidade e vaguidade dos termos e expressões jurídicas, cabendo ao intérprete determinar o quadro semântico das aplicações juridicamente corretas, contudo, a delimitação deste quadro é intermediada por operações lógico-sintáticas.



É no paradigma do Estado de Bem Estar Social que é possível notar uma supervalorização do público em detrimento do privado e a utilização das técnicas clássicas de interpretação da Constituição, tais como os métodos gramatical, histórico, lógico sistemático e teleológico.

Conforme já abordado, todavia, a hermêutica filosófica nos mostra que não há interpretação neutra e asséptica, nascida de operações lógico-sintáticas, como pretendiam os *juspositivistas* - já que as variáveis pessoais e os valores do intérprete influenciam sobremaneira na interpretação por ele realizada. Na concepção de Alexy, citada por José Emílio Medauar Ommati, e dentro da acepção de Dworkin, o grande equívoco dos positivistas seria o de terem concebido o ordenamento jurídico apenas como um conjunto de regras, quando, na verdade, o ordenamento jurídico é bem mais complexo e seria formado por regras e princípios – base da compreensão do modelo pós-positivista, próprio do Estado Democrático de Direito. (ALEXY, 1997, apud OMMATI, 2015, p.154).

No modelo pós-positivista a juridicidade é norteadada pela noção de justiça - que só pode ser retirada da verificação do caso concreto. As noções de justo e injusto, nesta monta, são relevantes, ainda que causem soluções jurídicas diversas nos casos concretos e, os princípios jurídicos, passam a ser alçados ao patamar de normas, ao lado das regras, conforme palavras de Bonavides: “[...] (o paradigma) pós-positivista corresponde às duas últimas décadas do século XX, em que os princípios se convertem no fundamento de toda a ordem jurídica como princípios constitucionais.” (BONAVIDES, 1994, p. 265).

Em relação às características referentes à mudança de compreensão em relação aos princípios como normas nas visões paradigmáticas, destaca Carvalho:

1) a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito; 2) a transição crucial da ordem jusprivatista para a órbita juspublicística; 3) a suspensão da clássica distinção entre princípios e normas; 4) o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; 5) a proclamação da sua normatividade; 6) a perda de seu caráter de normas programáticas; 7) o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições atuais; 8) a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma; 9) a total hegemonia e preeminência dos princípios. (CARVALHO, 2015, p.370).

A doutrina contemporânea, então, debate-se sobre o estabelecimento da diferença entre princípios e regras. A maior parte dos autores atribui a diferença à generalidade, à necessidade ou não de positivação e ao seu papel na estrutura hierárquica.

Nas definições de Felipe Alensi (2014, p. 58), por exemplo, os princípios não precisam estar presentes na norma, enquanto as regras são, necessariamente, escritas; as regras





seriam concretas e os princípios, abstratos, já que possuiriam maior possibilidade de serem aplicados em diversas áreas; os princípios estariam no mesmo patamar hierárquico (relação topográfica) e as regras estão em patamares diferentes dependendo do grau de hierarquia que elas têm no ordenamento (relação não-topográfica).

Nos termos de Alexy (1997, apud OMMATI, 2015, p. 155), contudo, a principal diferença entre normas e princípios não reside na generalidade de suas normas, ou sua posição na estrutura hierárquica, ou, ainda, à sua positivação ou não. Para ele, a principal diferença reside na forma de resolução de conflitos. No conflito entre regras, os modelos clássicos de interpretação (gramatical, teleológico, etc) são suficientes para determinar uma solução jurídica. Nos conflitos entre princípios, todavia, novos métodos de interpretação são criados com vistas a determinar uma solução jurídica, como a ponderação.

Ronald Dworkin, por sua vez, nas palavras de José Emílio Medauar Ommati (DWORKIN, 1993 apud OMMATI, 2015, p. 165), vai mais além e entende que o Direito pode ser visto em uma perspectiva mais rica e complexa, ou seja, como um conjunto coerente de princípios que visam garantir o igual respeito e consideração por todos – consolidando a concepção de integridade do direito. As dimensões da integridade do Direito são assim definidas pelo autor:

Em primeiro lugar, insiste em que a decisão judicial deve ser uma questão de princípio, não de conciliação, estratégia ou acordo político (...). Em segundo lugar, (...), a integridade se afirma verticalmente: ao afirmar que uma determinada liberdade é fundamental, o juiz deve mostrar que sua afirmação é compatível com princípios embutidos em precedentes do Supremo Tribunal e com as estruturas principais de nossa disposição constitucional. Em terceiro lugar, a integridade se afirma horizontalmente: um juiz q/ue adota um princípio em um caso deve atribuir-lhe importância integral nos outros casos que decide ou endossa, mesmo em esferas do direito aparentemente não análogas. (DWORKIN, 2003, p. 204).

Nas palavras de José Emílio Medauar Ommati (2015, p. 188), a concepção de Dworkin mostra o texto constitucional intimamente associado à história jurídica e social de uma comunidade e sua interpretação aproxima-se de uma interpretação literária, de modo que, em cada momento histórico, deve a comunidade rever o que foi feito no passado, de modo a melhor construir o capítulo atual, abrindo possibilidades para capítulos melhores no futuro. A aplicação das chamadas regras, por outros autores, são também, na perspectiva de Dworkin, normas abstratas que concorrem para a solução de casos concretos e, neste ponto, também principiológicas em relação à Constituição.

Importante destacar onde os conceitos de Alexy e Dworkin se separam. Alexy, partindo da percepção de peso e importância presente nos princípios jurídicos, indica que, no conflito, usar-se-ia a ponderação. Para Dworkin, o Direito é todo eminentemente



interpretativo e, nesta via, uma questão de princípios que não entram em colisão, já que podem ser harmonizados em uma interpretação coerente. (OMMATI, 2015, p. 162-188).

Assim, neste artigo mais que partir da premissa basilar da força cogente e normativa dos princípios, depreende-se que a diferenciação entre eles e as regras não se mostra relevante. No entendimento mais acertado da concepção de Dworkin, aqui adotado, o Direito não é formado por princípios e regras, sendo formado por princípios, unicamente, com vistas a uma integridade do todo, que concorre para regular as partes no caso concreto. (OMMATI, 2015, p. 167-168).

### 3 A NECESSÁRIA DESCONSTRUÇÃO CLASSIFICATÓRIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A classificação triparte de José Afonso da Silva (1998, p. 86) prima pela análise das normas constitucionais sob o aspecto da eficácia jurídica. Considerar as normas constitucionais essencialmente sob seu aspecto semântico - como é comum no Poder Judiciário brasileiro, inclusive dentro do próprio Supremo Tribunal Federal, valendo-se desta classificação - é negligenciar a realidade social, minimizar o papel da Constituição no Estado Democrático de Direito e reduzi-la, no que tange aos princípios e às normas programáticas, ao papel de Constituição Simbólica. Nas palavras de Carvalho:

A classificação tradicional das normas constitucionais, segundo a aplicabilidade, envolve uma linguagem que pode ser denominada semântica (define-se a *priori* o sentido linguístico da norma, a expressão verbal da norma), o que, de certo modo, acaba por dificultar a concretização da Constituição. (CARVALHO, 2015, p. 345).

As chamadas normas que instituem programas finalísticos não podem ser destituídas da concretização da realidade social, haja vista que a própria nomenclatura programática pressupõe uma contínua realização. Equivalente a afirmar que tais normas não podem e nem devem ser encaradas sob o prisma da aplicabilidade mediata, sob pena de dilatar-se, infinitamente, a efetividade das proposições constitucionais. Nas palavras de Dworkin (2007, p. 465) “O objetivo da decisão judicial constitucional não é meramente nomear direitos, mas assegurá-los, e fazer isso no interesse daqueles que têm direitos”.

A análise crítica empreendida por Virgílio Afonso da Silva (2009) à teoria de José Afonso da Silva, embora consistente em pontos cruciais, não confere efetividade e nem alento aos impactos da classificação daquele, uma vez concluir pela limitação de todas as normas da Constituição. Embora a intenção desta conclusão seja, de fato, motivadora por querer representar o sentido de que todas as normas não estão consolidadas e, por isso, carecem sempre



de revisitação e reconstrução de juridicidade, a consolidação da percepção prática da inexecutoriedade natural das normas abrangidas por este tipo de eficácia fornecem ainda mais subsídios para inoperatividade do Poder Público.

Para a propositura de uma desconstrução classificatória - objetivo, pois, deste artigo - faz-se mister delimitar as premissas das quais ela, aqui, se embasa.

Numa primeira acepção, depreende-se que o papel da Constituição é o da concretização social e, neste íterim, o Estado Democrático de Direito é uma busca contínua de realização de direitos direcionada a todos, cumprindo ao Estado, o papel de garante desta concretização.

Numa segunda acepção, não se faz aqui distinção entre eficácia (eficácia jurídica) e eficácia social (efetividade). É que, na esfera da concretização social, a própria noção de normas que instituem programas implicam na realizabilidade destes programas, sob pena de utilizarmos da Constituição como mero álibi para a não concretização dos anseios sociais;

Numa terceira acepção, depreende-se a compreensão da integridade do Direito, sendo a mesma formada integralmente por princípios que concorrem para regular as situações dos casos concretos.

Numa quarta acepção, compreende-se que classificar todas as normas constitucionais em eficácia plena buscando, no que tange à nomenclatura, atender a eficácia jurídica e, no que tange à extensão atender a eficácia social, também seria inviável. Permaneceria atendendo tão somente a eficácia jurídica. Senão vejamos: na perspectiva de José Afonso da Silva, as normas constitucionais de eficácia contida nada mais são que normas constitucionais de eficácia plena enquanto não sofrerem restrições infraconstitucionais que restrinjam sua aplicabilidade. Passariam, então, a efetivamente ser consideradas contidas somente quando da atuação legiferante positiva restritiva do direito pleno.

Alegar-se-ia, então, que se houvesse norma infraconstitucional restringindo direito constitucional com a permissividade obrigatória da Constituição, a própria restrição infraconstitucional seria plenamente eficaz e a sua aplicabilidade tornar-se-ia imediata.

A norma constitucional restringida, se fosse plenamente eficaz e aplicável na ausência de atuação legislativa, manter-se-ia plenamente eficaz na presença dela, dentro da percepção de que a restrição seria válida, eficaz e aplicável. A norma infraconstitucional restritiva eficaz e aplicável tornaria a norma constitucional, por autorização da própria Constituição, plenamente aplicável dentro das suas restrições.

O atendimento à eficácia jurídica na perspectiva de todas as normas tendo eficácia plena traria como escopo a ideia de que a norma infraconstitucional estaria contida no universo de permissividade da norma constitucional, já que esta não pode ser contrária àquela



- em obediência ao pressuposto geral da soberania da Constituição. Se a norma infraconstitucional já se encontra no universo de permissividade da Constituição, as restrições que, por ventura, ela possa trazer também estariam contidas neste mesmo universo - não modificando em síntese o universo predefinido pela norma superior. Se não haveria modificação do universo da norma constitucional, ela não diferiria em grau de aplicabilidade e, sim, tão somente na forma de aplicabilidade: o direito seria aplicado antes sem restrição e, agora, com restrição – contudo, sua aplicação seria plena e a aplicabilidade imediata.

Tomar-se-ia como exemplo, para possibilitar o alcance desta ideia, o mesmo artigo citado no item 2.2: Art. 5º, VIII, “ninguém será privado dos seus direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei” (BRASIL, 1998). Se não houvesse prestação alternativa fixada em lei, não haveria meios legais para privar alguém de seus direitos por motivo de crença ou convicção filosófica ou política, ainda que as mesmas fossem invocadas para eximir-se de obrigação legal a todos imposta – eficácia plena e aplicabilidade imediata. Isto porque, pelos princípios da Constituição, não haveria meios de reduzir o direito se não houvesse prestações alternativas definidas em lei. De todo modo, havendo-as, elas se tornariam plenamente eficazes e de aplicação imediata, de forma que passar-se-ia a não poder invocar a crença filosófica ou convicção filosófica ou política para eximir-se de obrigação legal a todos impostas, embora fato é que o direito de não ser privado por estes motivos permaneceriam intactos. Afinal, não seria porque uma forma de exercer a liberdade fosse restringida por lei que a liberdade deixaria de existir. O grau imputado ao exercício da liberdade seria o mesmo – até porque dificilmente poder-se-ia conceber graus do que é libertário - a mudança estaria, tão somente, na forma de exercê-la.

As normas programáticas, na concepção de José Afonso da Silva, por tutelarem situações subjetivas acerca de princípios e terem sentidos abstratos e incompletos, dependeriam de atuação legislativa positiva. No tocante a elas, alegar-se-ia dentro desta proposta que, sendo os princípios normas cogentes, teriam eficácia plena e imediata em qualquer decisão judicial. E, neste ponto, não se aceitaria que houvesse conflito entre eles, já que seriam valores harmônicos a partir de um todo consistente, isto é, que o Direito deveria ser interpretado em sua integralidade.

As declaratórias de princípio institutivos impositivas seriam de aplicabilidade imediata, independentemente de Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão, cabendo ao juiz, se impedissem ou inabilitassem direitos fundamentais, defini-las, em abrangência *inter partes*, nos casos concretos. As facultativas – que deixariam larga margem ao poder discricionário do



legislador e não impõem uma obrigação, mas uma possibilidade de instituir e regular as situações nela delineadas – também deveriam ser tomadas pelo judiciário se condizentes com os interesses sociais e, pela não existência no panorama legal, impedissem fruição dos direitos e garantias. Tomar-se-ia como exemplo o Art. 195, 4 que estatui que os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (...) (BRASIL, 1998) – evidenciando que, se a não existência das regiões impedisse a fruição de direitos e garantias, caberia ao Judiciário, nos limites da relação *inter partes*, impor e aferir os danos causados pelo Estado.

Todavia, testando a compatibilidade desta aceção - de considerar todas as normas como de eficácia plena - com o olhar hermenêutico da eficácia social, da realizabilidade e da percepção da integridade do Direito, conclui-se pela sua **inviabilidade**.

Isto porque, a classificação de todas as normas em normas de eficácia plena incorreria no mesmo erro que a própria classificação de José Afonso da Silva e de todos os seus críticos, já que permaneceria confundindo texto de norma com a própria norma, conforme Teoria Estruturante de Friedrich Muller que, nas palavras de José Emílio Medauar Ommati:

(...) baseia-se no pressuposto, devidamente fundamentado pelo autor, de que existe uma diferença fundamental entre texto da norma e norma jurídica. O texto da norma, para utilizarmos uma expressão do próprio autor, é apenas a ponta de um *iceberg*, representado pela norma jurídica. (...) a norma jurídica é formada pelo programa da norma e pelo âmbito da norma e a norma jurídica somente existe após todo este trabalho concretizador e, não simplesmente interpretativo. Assim, a norma jurídica somente existe em concreto, após todo um labor do jurista ou do aplicador do Direito para encontrar essa norma jurídica. (OMMATI, 2015, p. 199).

Ater-se apenas ao programa da norma, isto é, ao seu alcance semântico é negligenciar o âmbito destas normas e, valer-se também exclusivamente deste, é negligenciar que o que ele traz é mero referencial e não a totalidade da realidade. E é na correlação entre programa e âmbito que o intérprete, por meio de trabalho reflexivo e aberto aos casos concretos, se faz capaz de criar uma norma de decisão que pode ser efetiva. (OMMATI, 2015, p. 202).

O âmbito das normas só pode ser alcançado pelo intérprete a partir de uma busca histórica e social capaz de concretizá-la no âmbito factual. Não se trata, portanto, de mero trabalho interpretativo, mas de entendimento de que toda a hermenêutica, inclusive a jurídica, é um trabalho unitário envolvendo interpretação, compreensão e aplicação (OMMATI, 2015, p. 200). Nas palavras de Georges Abboud sobre a teoria estruturante de Muller:



Tanto o programa normativo quanto o âmbito normativo são entidades jurídicas. O programa normativo constitui os elementos linguísticos do processo concretizador, o teor literal. Enquanto o âmbito normativo constitui os elementos não linguísticos, consistindo no recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma criou para si como seu âmbito de regulamentação. (ABBOUD, 2011, p. 63).

Neste sentido, Muller brilhantemente critica a doutrina de valores principiológicos, amplamente utilizado pela doutrina, principalmente no âmbito das normas programáticas da classificação de José Afonso da Silva, explicitando que valores são ditames controvertidos e incompatíveis com a compreensão de direitos fundamentais e humanos:

Por trás deles [dos direitos humanos e fundamentais], encontram-se representações axiológicas de dignidade, liberdade e igualdade de todos os homens. Mas, a partir do momento em que uma Constituição os tenha positivado em seu texto, tornam-se direito vigente. Quem deseja rotulá-los como “valores”, paradoxalmente os desvaloriza. (MULLER, 2007, p. 160-161).

Em suma, a quarta acepção, então, inclui a ideia de que os princípios, quando tratados como meros valores ou objetivos a serem atingidos, permitem que sua aplicabilidade seja medida em graus num eventual conflito. Nestes termos, a ponderação ou proporcionalidade como forma de solução de conflitos entre eles, traria a referência pessoal do magistrado, esvaziando a força normativa das normas, em atenção aos ensinamentos de Dworkin.

Frente a estas premissas, propõem-se a inexistência classificatória e o completo abandono da classificação tripartite de José Afonso da Silva na seara doutrinária e judicial. Tratar-se-ia, então, de propor que todas as normas constitucionais não fossem estereotipadas com nomenclaturas que subsidiassem sua inaplicabilidade.

O desenvolvimento da hermenêutica jurídica constitucional, nas palavras de Jose Emílio Medauar Ommati (2015, p. 207), com a assunção dos princípios jurídicos e a com a descoberta do caráter textual e aberto do Direito não pode ser compatibilizada com a existência de graus diferentes entre textos normativos.

Toda norma constitucional, como fruto de um princípio integrativo do próprio Direito, só pode ser alcançada na interpretação, compreensão e aplicação, como um todo sistematizado. Equivalente a afirmar que toda norma constitucional dispense um trabalho minucioso reflexivo do intérprete a fim de torná-la concreta nas ambiguidades de cada caso concreto. Ao juiz cabe, portanto, uma fundamentação profunda de sua decisão, com esforço argumentativo a fim de informar o porquê que determinada decisão é razoável e não atentatória ao todo integrado do Direito.

Não seria correto, então, aprioristicamente afirmar que existem gradações entre textos normativos apenas pela leitura dos mesmos e nem classifica-las sob nenhum aporte



interpretativo. Isto porque, a interpretação da Constituição só se faz efetiva no momento da concretização, descabendo um modelo de interpretação apriorístico, apenas focado no aspecto semântico, como primeiro se pretendeu.

Nestes termos, torna-se inadmissível que o aplicador do direito valha-se do argumento genérico de que determinadas normas não são aplicáveis porque não encerram em si uma possibilidade de aplicabilidade, assim como é inadmissível tentar atribuir a todas as normas a eficácia plena. A própria Constituição já traz consigo a obrigatoriedade de uma efetivação social que só pode ser verificada nos casos concretos. Cabe aos aplicadores assumir este papel.

#### **4 POSSÍVEIS PROBLEMAS DA DESCONSTRUÇÃO CLASSIFICATÓRIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

A compreensão hermenêutica que proporciona uma maior realizabilidade social - a partir da apreensão principiológica de todas as normas e do todo integrado do direito concretizado frente a um caso concreto – culmina na propugnação da perspectiva ativa do intérprete da norma frente ao caso concreto.

Equivalente a afirmar que o juiz passa a ser o meio instrumental mais direto – seja pela atividade cognitiva que permitirá a fundamentação de sua decisão, seja pela hermênica jurídica pautada na interpretação, compreensão e aplicação – da concretização das normas constitucionais.

Há quem compreenda que este intenso papel judicial culmina no fenômeno denominado ativismo judicial que afrontaria, mais diretamente, a função típica legislativa. Nas palavras de Barroso, o ativismo judicial não é peculiaridade brasileira:

Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade. (BARROSO, 2010, p. 17).

Tratar-se-ia o ativismo, ainda no entendimento do autor, de uma postura proativa e expansiva do intérprete na interpretação da Constituição que poderia culminar em riscos para legitimidade democrática, risco de politização da Justiça se não houver atenção aos limites da capacidade institucional do Judiciário:



A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2010, p. 6).

Nos riscos da legitimidade democrática chama atenção para a não elegibilidade dos agentes do poder judiciário culminando numa elevada importância do judiciário suprimindo a política, o poder da maioria e o papel do Legislativo – todos previstos também na Constituição. Nos riscos de politização da Justiça alerta que uma decisão jamais deve ser política no sentido da livre escolha e discricionariedade plena, ainda que suas decisões possam reverberar de formas impopulares. Nos limites da capacidade institucional do Judiciário, o autor informa que o Poder Judiciário nem sempre é o habilitado a produzir a melhor decisão referente a uma dada matéria, sendo necessário o entendimento de que, ainda que ele possa agir, nem sempre ele deve agir. (BARROSO, 2010, p. 10-17).

Não se nega aqui que a Constituição não pode ser ubíqua, no entendimento de Daniel Sarmiento<sup>1</sup> citado por Barroso (2010, p. 12) e nem que ela elege funções típicas a cada um de seus poderes. Todavia, nos termos da própria, o Judiciário é poder incubido de ser o guardião da Constituição e, ao juiz, caberá a decisão e a obrigatoriedade de sua fundamentação.

Se é certo que a tipicidade das funções dos poderes obrigam a atuação positiva de todos eles, torna-se ainda mais correto entender-se que, na falta de atuação dos mesmos e, existindo ofensa constitucional, será o judiciário o poder chamado para dirimir os conflitos e garantir a aplicação dos direitos fundamentais.

Nestes termos, entende-se aqui que satisfeitas as obrigações fundamentais do intérprete – a fundamentação exaustiva e a concretização social dos preceitos elencados – o limite de atuação do Judiciário não estaria violado incorrendo, portanto, desarmonias e dependências entre os poderes.

---

<sup>1</sup> Daniel Sarmiento, Ubiquidade constituicional: os dois lados da moeda, Revista de Direito do Estado 2:83, 2006. Embora ela se irradie por todo o sistema, e deva sempre estar presente em alguma medida, ela não deve ser invocada para asfixiar a atuação do legislador.





Ademais, acresce-se que toda norma emanada do legislador - originário ou derivado, com status constitucional ou infra - abarca situações meramente abstratas ou gerais, impassíveis de serem consubstanciadas ou tornadas pautáveis sem a ocorrência do fato concreto. Equivalente a afirmar que, ainda que a norma pareça versar sobre a mais concreta situação, a compreensão hermenêutica de interpretação, compreensão e aplicação da norma será necessária. Se a norma é eminentemente clara, objetiva, que parece prescindir de qualquer atividade interpretativa, já houve um trabalho hermenêutico para entender a obviedade de sua clareza – desmistificando a possibilidade de sua existência.

Nestes termos, não se nega que, havendo disposições legais reguladoras da matéria, as mesmas deverão ser necessariamente observadas pelo magistrado. Contudo, a observação da norma confluenciada pelas variáveis da situação concreta é que darão concretização e aplicabilidade normativa.

Neste ponto, importante destacar que, invariavelmente, o papel do juiz deverá ser revisto, nos termos material e processual atuais. A exaustiva fundamentação, com vistas à construção sólida do nexo causal entre situação factual e norma decisória é a que garantirá o fortalecimento da Constituição, a não violabilidade das funções típicas dos poderes e a construção de uma concretização normativa no contexto social capaz de dar ao elemento mais relevante da formação do Estado – o povo – a satisfação dos seus direitos.

## 7 CONCLUSÃO

Com vistas a uma tratativa de todas as normas como princípios e, destes desvinculados da noção meramente valorativa, apresentou-se aqui, argumentos para consolidação da desconstrução classificatória das normas constitucionais, principalmente em abandono à classificação de José Afonso da Silva.

Numa perspectiva de realizabilidade social e, com vistas a uma compreensão hermenêutico-filosófica da juridicidade, do direito como um todo integrado e da força normativa cogente das normas constitucionais - em especial, dos princípios que devem estar desvinculados da mera noção valorativa - as classificações que fortalecem alcance meramente sintático-semântico não devem ser reproduzidas.

O ativismo judicial, como possível problema advindo desta percepção, não deve ser considerado um obstáculo, na medida em que a Constituição atribui ao juiz - aplicador e intérprete de suas normas - a necessária atuação na solução dos casos concretos, na medida em que todas as normas – constitucionais ou infra - só são capazes de atingir situações abstratas,



exigindo necessariamente uma compreensão hermenêutica, mesmo quando aparentemente parecem versar sobre situações suficientemente claras. Evidente que tal atuação deve ser permeada, necessariamente, por um intenso trabalho cognitivo de fundamentação.

Esclarece-se, por fim, que na concretização da constitucionalização democrática e na perspectiva da realizabilidade social a ela afeta, cabe importante papel aos cursos de Direito e à doutrina jurídica de excluir, terminantemente, a adoção da classificação tripartite de José Afonso da Silva e de cientizar os futuros juristas da relevância da fundamentação exaustiva das decisões judiciais, a fim de construir um fluxo cognitivo capaz de criar um nexo causal entre situação de fato e norma decisória com vistas a uma teoria historicamente situada sob a orientação da principiologia constitucional.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. 1ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ASENSI, Felipe Dutra. **Hermenêutica e Argumentação Jurídica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista da Escola de Magistratura Regional Federal. 1. vol. 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 21. ed. 1. vol. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Ética Privada e Igualitarismo Político**. Barcelona: Paidós, 1993.

DWORKIN, Ronald. **O Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.



GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução: Benedito Nunes. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 2010

KANT, Immanuel. **Resposta à pergunta: O que é o esclarecimento?**. Tradução: Luiz Paulo Rouanet. Crítica, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

MORO, Sérgio Fernando. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, nº 37, 2001.

MULLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito: Introdução à Teoria e Metodologia Estruturantes do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Estado, v. 1, n. 4, out./dez. 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica: Arte e Técnica da Interpretação**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.