

## QUADRO TEÓRICO REFERENCIAL PARA O ESTUDO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM FACE DO DIREITO PROCESSUAL

Willis Santiago Guerra Filho\*

Os direitos humanos podem ser estudados projetando-os em muitas dimensões. Essa multidimensionalidade seria uma característica já do próprio modelo epistemológico mais adequado para investigá-los, no âmbito do Direito, tal como propõe Robert Alexy, com apoio em seu mestre, Ralf Dreier. Esse modelo é dito tridimensional, e pode ser visto como uma tentativa de conciliar de modo produtivo as três principais correntes do pensamento jurídico, a saber, o positivismo normativista, o positivismo sociológico ou realismo, e o jusnaturalismo.

A primeira dimensão em que devem se realizar estudos em questão é dita “analítica”, sendo aquela onde se burila o aparato conceitual a ser empregado na investigação, num trabalho de distinção entre as diversas figuras e institutos jurídicos situados em nosso campo de estudo. Uma segunda dimensão é denominada “empírica”, por ser aquela em que se toma por objeto de estudo determinadas manifestações concretas do direito, tal como aparecem não apenas em leis e normas do gênero, mas também – e, principalmente –, na jurisprudência. Finalmente, a terceira dimensão é a “normativa”, enquanto aquela em que a teoria assume o papel prático e deontológico que lhe está reservado, no campo do Direito, tornando-se o que com maior propriedade se chamaria *doutrina*, por ser uma manifestação de poder, apoiada em um saber, com o compromisso de complementar e ampliar, de modo compatível com suas matrizes ideológicas, a ordem jurídica estudada.

Tomando inicialmente a dimensão analítica, em que se há de elaborar precisamentos conceituais, em trabalho verdadeiramente construtivista, defrontamos com a possibilidade – que logo se revela, igualmente, uma *necessidade teórica* – de situarmos os direitos humanos em várias dimensões, quando, então, assumem conotações e uma diversidade tal, que torna recomendável distingui-las, nomeado-as diferentemente.

Uma primeira dessas distinções é aquela entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. De um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos. Contudo, estabelecendo um corte epistemológico, para estudar sincronicamente os direitos fundamentais, devemos distingui-los, enquanto manifestações positivas do direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, o que de um modo geral é chamado de direitos humanos, enquanto pautas ético-políticas, situados em uma dimensão supra-positiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente aquelas de direito interno.

Já no âmbito do próprio direito interno, há que se distinguir direitos fundamentais dos “direitos de personalidade”, por serem esses direitos que se

---

\* Professor Titular de Direito Processual Constitucional e Livre-Docente em Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

manifestam em uma dimensão privatista, onde também se manifestam os direitos fundamentais, mas de forma indireta, reflexa, como mostra a doutrina alemã da eficácia perante terceiros (*Drittwirkung*) desses direitos. Já numa dimensão publicista, não há que se confundir direitos fundamentais com “direitos subjetivos públicos”, pois se os primeiros são direitos que os sujeitos gozam perante o Estado, sendo, portanto, nesse sentido, direitos subjetivos públicos, não há aí uma relação biunívoca, já que nem todo direito subjetivo público é direito com a estatura constitucional de um direito fundamental. Além disso – e o que é mais importante –, como aprendemos ao estudar o Direito Constitucional alemão (v., por todos, o manual de Konrad Hesse, em vias de publicação entre nós), os direitos fundamentais não têm apenas uma dimensão subjetiva, mas também, uma outra, *objetiva*, donde se falar em seu “duplo caráter”, preconizando-se a figura do *status* como mais adequada do que a do direito subjetivo para categorizá-los. A dimensão objetiva é aquela onde os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar. Enquanto situação jurídica subjetiva, o *status* seria a mais adequada dessas figuras, porque é aquela donde “brotam” as demais, condicionando-as. Adiante, essa noção será esclarecida, quando abordarmos um determinado direito fundamental de natureza processual que, aliás, é clássico: o direito de ação.

Um outro sentido em que se pode falar em dimensões dos direitos humanos e fundamentais é naquele em que se vem falando em “gerações” desses direitos, distinguindo-se a formação sucessiva de uma primeira, segunda, terceira e, para alguns, como nosso mestre Paulo Bonavides, também, já de uma quarta geração. A primeira geração é aquela em que aparecem as chamadas liberdades públicas, “direitos de liberdade” (*Freiheitsrechte*), que são direitos e garantias dos indivíduos e que o Estado omite-se de interferir em sua esfera juridicamente intangível. Com a segunda geração, surgem direitos sociais a prestações pelo Estado (*Leistungsrechte*) para suprir carências da coletividade. Já na terceira geração concebe-se direitos cujo sujeito não é mais o indivíduo nem a coletividade, mas sim o próprio gênero humano, como é o caso do direito à higidez do meio ambiente e do direito dos povos ao desenvolvimento.

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

Os direitos humanos e fundamentais possuem, ainda, uma dimensão processual. Com isso, quer-se introduzir uma distinção que, como sempre, tem dois lados. Em um dos lados situa-se aquilo que há de processual nesses direitos, que são



o seu aspecto garantístico, onde se tem direitos, de natureza processual, que são direitos, material ou formalmente, fundamentais.

De outro lado, tem-se aspectos menos explorados teoricamente, mas que se tornam sempre mais evidentes, em virtude do caráter fundamental do processo para que se tenha direitos, e uma ordem jurídica digna desse nome. Essa vertente torna-se especialmente saliente no período histórico que atravessamos, o qual vem sendo chamado de “pós-moderno”, pois faltando ainda uma denominação própria, utiliza-se termo caudatário do período imediatamente anterior.

Em vista disto, tem-se salientado bastante, ultimamente, a distinção entre normas jurídicas que são formuladas como *regras* e aquelas que assumem a forma de um *princípio*. As primeiras possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou “tipificação”) de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como “fato permitido”). Já os princípios fundamentais, igualmente dotados de validade positiva e, de um modo geral, estabelecidos na Constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraíndo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados que, em determinado caso concreto, podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto*, antinômicos entre si.

Os princípios jurídicos fundamentais, dotados também de dimensão ética e política, apontam a direção que se deve seguir para tratar de qualquer ocorrência de acordo com o Direito em vigor, caso ele não contenha uma regra que a refira ou que a discipline suficientemente. A aplicação desses princípios, contudo, envolve um esforço muito maior do que a aplicação de regras onde, uma vez verificada a identidade do fato ocorrido com aquele previsto por alguma delas, não resta mais o que fazer para se saber o tratamento que lhe é dispensado pelo direito. Já para aplicar as regras, é preciso haver um *procedimento*, para que se comprove a ocorrência dos fatos sob os quais elas haverão de incidir. A necessidade de se ter um procedimento torna-se ainda mais aguda quando se trata da aplicação de princípios, pois aí a discussão gira menos em torno de fatos do que de valores, o que requer um cuidado muito maior para se chegar a uma decisão fundamentada objetivamente.

Em sendo assim, é de se esperar que, na medida em que aumenta a frequência com que se recorre a princípios para solução de problemas jurídicos, cresce também a importância daquele ramo do direito ocupado em disciplinar os procedimentos, sem os quais não se chega a um resultado aceitável, ao utilizar um meio tão pouco preciso e vago de ordenação da conduta, como são os princípios. Isso significa também que a determinação do que é conforme o Direito passa a depender cada vez mais da situação concreta em que aparece esse problema, o que beneficia formas de pensamento pragmáticas, voltadas para orientar a ação daqueles envolvidos na tomada de uma decisão. Procedimentos são séries de atos ordenados com a finalidade de propiciar a solução de questões cuja dificuldade e/ou

importância requer uma extensão do lapso temporal, para que se considerem aspectos e implicações possíveis.

Dentre os procedimentos regulados pelo Direito, pode-se destacar aqueles que envolvem a participação e a influência de vários sujeitos na formação do ato final decisório, reservando-lhes a denominação técnica de “processo”.

Há relativamente pouco tempo é que os estudiosos do Direito passaram a dedicar maior atenção ao seu aspecto procedimental, antes considerado como possuidor de uma função subsidiária em relação às normas ditas materiais, portadoras das valorações e modelos da conduta, restando para as normas procedimentais o problema meramente técnico da sua realização. Autores da fase tardia do pandectismo alemão, quando já se inicia a ilação do Direito Civil de base romana de uma teoria geral do direito, proclamam no último quartel do século passado a autonomia da ciência processual e de sua categoria fundamental, o processo, entendido como relação jurídica de caráter público, caracterizada pela circunstância de se desenvolver numa extensão temporal com a concorrência de um representante do Estado (o juiz) e dos sujeitos interessados na decisão que afinal se deveria obter como resultado (as partes). A importância do procedimento para o Direito é enfatizada na influente doutrina “pura” de Kelsen, quando propõe que se estude não só a estática jurídica, cujo objeto são as normas, mas também a teoria dinâmica, ocupada com a conduta regulada por essas normas, responsável pelo processo de aplicação e concomitante (auto)produção do Direito. Na mesma época, primeiras décadas do século em curso, o processualista James Goldschmidt realiza uma “crítica do pensamento processual”, em sua conhecida obra “O Processo como Situação Jurídica”, propondo a consideração do processo como momento regido pela dinâmica inerente a essa noção mesma, cujo resultado pode perfeitamente vir a estar em desacordo com aquilo que estática e abstratamente prevê o direito material. Semelhante é a formulação de Niklas Luhmann, da legitimidade obtida através do procedimento, que há duas décadas chamou a atenção para a dimensão filosófica e política do fenômeno, numa investigação de caráter sociológico tendo-o como objeto.

O final dos anos sessenta e princípio da década de setenta marcam o advento de uma virtual renovação dos estudos do direito processual, quando se passa a enfatizar a consideração da origem constitucional dos institutos processuais básicos. Proliferam, então, as análises da conexão do processo com a Constituição, ao ponto de se tomar o direito processual por uma espécie de “Direito Constitucional aplicado”, como certa feita formulou a Corte Constitucional alemã. Até o momento, porém, essas análises se limitaram a ensejar esforços no sentido de realizar adaptações da dogmática processual às exigências de compatibilidade aos ditames de nível constitucional, relacionados diretamente com o processo, isto é, aquelas garantias do chamado “devido processo legal”: a independência do órgão julgador, o direito de os interessados terem acesso ao juízo e serem tratados com igualdade, etc. Inexplorada permanece, ainda, a via que pode levar a uma completa reformulação do modo de conceber o processo ao se tentar estruturá-lo de acordo com os imperativos de um Estado de direito social e democrático, como atualmente se configuram as sociedades políticas ditas mais desenvolvidas, já que ele se forma modernamente



sob o influxo das ideologias de cunho liberal, a partir do século passado, passando depois pela influência do autoritarismo predominante no segundo quartel em curso.

O que se pretende realizar, a seguir, não diz respeito tanto ao aprofundamento da relação do processo com a Constituição, tocando mais de perto o exame da “outra face da moeda”, quer dizer, da estreita associação entre Constituição e processo hoje em dia, quando esse se torna um instrumento imprescindível na consecução daquela. Colocamo-nos, assim, diante de um duplo movimento em sentidos opostos, nomeadamente, uma materialização do Direito Processual, ao condicioná-lo às determinações constitucionais, e, ao mesmo tempo, uma procedimentalização ou “desmaterialização” do Direito Constitucional, na medida em que o processo se mostre indispensável para a realização da “Lei Maior” – logo, também das “menores” ou ordinárias. É ao esclarecimento desse último aspecto que se endereçam as considerações que se passa agora a apresentar.

A proposta que se tem em mente sustentar aqui é a de que a Constituição possui a natureza (também) de uma lei processual, assim como institutos fundamentais do Direito Processual possuem *status* constitucional e, logo, são (também) de natureza material. Isso pressupõe, de imediato, que se firme a distinção entre esses dois aspectos ou *dimensões* do direito, o material e o processual, tendo presente que não se trata propriamente de diferenciar ramos da matéria jurídica ou de uma divisão como a que separa direito público e privado. Estamos, na verdade, diante de noções relacionais, que se conceituam uma em função da outra, e se exigem mutuamente. Materiais são as normas quando fornecem parâmetros para se realizar o controle e ordenação da conduta intersubjetiva pelo Direito, enquanto normas processuais se ocupam diretamente dessa realização, ou seja, da determinação das condições para que esses parâmetros venham a ser aplicados concretamente.

Assim sendo, tem-se que, de uma perspectiva formalista, segundo a qual o que é próprio de uma Constituição seria o estabelecimento de normas para a elaboração e identificação de outras normas da ordem jurídica nela baseada, podemos perfeitamente classificar as normas “por natureza constitucionais” como processuais. De fato, todo o aspecto organizatório, a distribuição de competências e de poderes entre as diversas esferas estatais, se reveste de um caráter processual, ao tratar de matéria diversa daquela que se considera, aqui, de direito material, já que não impõe diretamente nenhum padrão de comportamento a ser assumido pelos integrantes da sociedade política. Por outro lado, não se pode deixar de considerar tipicamente constitucional a fixação de certos modelos de conduta, pela atribuição de direitos, deveres e garantias fundamentais, onde se vai encontrar a orientação para saber o que se objetiva atingir com a organização delineada nas normas de procedimento.

O vínculo ligando constituição e processo, que na época atual – como dissemos, já apelidada de “pós-moderna” – se mostra tão pronunciado, é uma decorrência natural do *novum* histórico instaurado pela modernidade, no terreno jurídico-social: a consagração da vitória na luta para revolucionar a organização política pela redação de um texto constitucional, i.e. “constitutivo” de uma nova ordem jurídica, um fenômeno bicentenário. O movimento histórico de positivação

do direito, desencadeado pela falência da autoridade baseada no divino, coenvolve a formação de um aparato burocrático cada vez maior para implementação da ordem jurídica. Tanto a legislação, como a administração da *res publica* e de justiça, necessitam de formas procedimentais, dentro das quais possam atuar atendendo aos novos padrões legitimadores do direito, baseados na racionalidade e no respeito ao sujeito, portador dessa faculdade.

À Constituição cabe, portanto, fornecer o fundamento último do ordenamento jurídico, uma vez desaparecida a crença na fundamentação “sobrenatural” de um direito de origem divina, e também a confiança na “naturalidade” do direito, que não se precisa tornar objetivo pela positivação, por auto-evidente ao sujeito dotado de racionalidade. Os valores fundamentais, sob os quais se erige aquele ordenamento, passam a integrar esse mesmo ordenamento, ao serem inscritos no texto constitucional. A consecução desses valores, por sua vez, requer a intermediação de procedimentos, para que se tome decisões de acordo com eles, sendo esses procedimentos, igualmente, estabelecidos com respeito àqueles valores. O processo aparece, então, como resposta à exigência de racionalidade, que caracteriza o direito moderno.

O quadro que se tem de esboçar revela a feição atual, eminentemente “autopoética”, do Direito, como um sistema que regula a sua própria (re)produção, por meio de procedimentos que ele mesmo instaura. Dentro desse quadro, não causa surpresa a ênfase dada à dimensão processual do ordenamento jurídico em recentes abordagens teóricas, já que diante da qualidade dos problemas com que se defronta a sociedade contemporânea, não se pode pretender encontrar naquele ordenamento pré-(e)scritas as soluções, que só se encontra realmente *ex post*. Da mesma forma, não se mostra satisfatória a dogmática jurídica tradicionalmente praticada, onde se volta a atenção predominantemente para os textos legais, para, a partir deles, reconstruir autorizadamente o sentido normativo. O objeto da ciência jurídica não seria propriamente normas, mas sim os problemas que a elas cabe viabilizar a solução. E, para isso, importa acima de tudo examinar as situações concretas em que os interesses envolvidos se manifestam e (eventualmente) entram em conflito. Daí a importância de normas procedimentais, que regulam o modo de atender esses interesses, sem pretender determinar de antemão a solução a ser dada.

A concepção da ordem constitucional como um processo, no qual se inserem os defensores de interpretações diversas no momento de concretizá-la, e não como ordem já estabelecida, mostra-se condizente com aquela nova orientação em teoria do direito. Um outro aspecto dessa “procedimentalização” do Direito, ou melhor, da forma de concebê-lo, seria a sua crescente “desjurisdeficação” (*Entrechlichung*), conseqüência paradoxal da imensa “jurisdeficação” (*Verrechlichung*) acarretada pela modernização da sociedade, e que hoje se torna inócua e contraproducente. A nova Constituição brasileira revela muito bem, por exemplo, o ânimo do legislador constituinte de regulamentar os mais diversos setores da vida social, no que, aliás, procurou atender expectativas daqueles que o investiram no poder para elaborar o texto constitucional. Cabe, ainda, ao legislador ordinário viabilizar o cumprimento de uma série de mandamentos constitucionais por meio de leis complementares. Não se espere, porém, do inchamento da



legislação as soluções para a complexa problemática nacional, pois decisivo permanecerá sempre o processo em que se interpreta e aplica o Direito constitucional, às vezes, no limite, *contra legem*.

Assim, tanto o jusnaturalismo, como também aquela outra via que tradicionalmente se lhe contrapõe, por privilegiar a análise do Direito tal como se apresenta enquanto dado positivo, i.e., o chamado positivismo lógico, terminam então por se consagrar, atualmente, os problemas em torno da argumentação jurídica, já que é aí onde se define tanto a questão da justiça – enfatizada pelos defensores daquela primeira vertente –, como igualmente a questão da racionalidade – a que mais interessa aos positivistas – dos atos praticados para cumprir o Direito. Os estudiosos de tendência analítica passam então a ocupar-se não só com as normas jurídicas que se enquadram no esquema “previsão normativa consequência jurídica”, as chamadas “regras”, mas também com aquelas outras sobre as quais se erige o ordenamento jurídico em seu todo – sem por isso deixar de integrá-lo, – que são seus princípios fundamentais. É nesse contexto que se coloca a recente doutrina de Robert Alexy, com seu modelo de argumentação jurídica e interpretação constitucional baseado na distinção entre regras, princípios e procedimento (*Regel/Prinzipien/Prozedur – Modell*).

Ao nos encaminharmos para a conclusão do presente estudo, em que se procurou indicar uma nova forma processual de conceber a Constituição e os direitos humanos nela consagrados, enquanto direitos fundamentais, parece oportuno aludir à concepção, desenvolvida recentemente pelo jusfilósofo frankfurtiano Rudolf Wiethölter, segundo a qual o Direito, em seu estágio presente de desenvolvimento nas chamadas sociedades pós-industriais, ou seja, na pós-modernidade, ingressa numa fase caracterizada por uma necessidade de procedimentalização (*Prozeduralisierung*) em seu modo de manifestar-se. Nela se consumaria a superação dialética (*Aufhebung*) dos dois períodos imediatamente anteriores e iniciais da sociedade civil moderna, os quais foram definidos, na teoria sociológica de Max Weber, pela tendência à formalização do primeiro, e materialização do segundo, que predomina no Direito moderno. Isso significa que, no momento em que se tratava de pôr um fim a formas de dominação feudais e absolutistas, tem-se como função jurídica principal a garantia formal do respeito à posição social dos indivíduos e sua possibilidade de livre atuação. Em seguida, dá-se a falência desse modelo político, pela sua incapacidade de suprir reclamos básicos da coletividade, o que leva ao uso do Direito para materializar certas exigências sociais, realizando concretamente a igualdade básica de posições dos indivíduos, antes apenas (pressu)posta formalmente em lei. Porém, assim como o controle realizado naquele momento inicial através de uma intervenção jurídica pontual, mínima, acarretou danos sociais insuportáveis, também a administração constante e ubíqua dos diversos setores da vida em sociedade, levada a cabo para cumprir o programa político que se oferecia como alternativa, termina custando um sacrifício abominável de prerrogativas dos indivíduos, antes garantidas, ainda que mínima e formalmente. Transpondo os termos do lema com que, então, nos deparamos, para o plano do Direito Constitucional, tem-se como resultado o aparecimento de uma tensão entre aqueles direitos fundamentais que se pode chamar tradicionais, voltados para a

proteção de uma esfera de liberdades civis dos indivíduos e, de outro lado, os direitos fundamentais previstos para assegurar a concretização dos objetivos da coletividade. A decisão sobre qual dos dois haverá de prevalecer não é possível ser tomada antes de verificadas as situações em que se conflitam, do que decorre a inadequação de normas gerais e abstratas para regulá-las. O que se precisa – e se pode –, então, fazer, é estabelecer procedimentos para que se chegue a essas decisões, procedimentos esses que, naturalmente, deverão ser dotados de determinadas características para cumprir a função sócio-política que assumem nesse contexto. A adoção de um procedimento para tomar decisões favorece o acatamento e aceitação do decidido tanto daqueles que dele participam, segundo a conhecida tese luhmanniana da “legitimidade pelo procedimento”, como pelos outros ausentes, desde que não se “feche” a questão, deixando-a em aberto para ser decidida diferentemente no futuro ou em situações diversas. É, portanto, de fundamental importância, ao se estruturar um procedimento, que ele permita a integração do maior número possível de pontos de vistas da questão a ser decidida, e também que a decisão alcançada possa vir a sofrer modificações, diante da experiência adquirida ao aplicá-la.

Vale, também, ressaltar que a idéia de procedimentalização do Direito se encontra situada no âmbito de uma teoria crítica (= filosofia) da sociedade, com a feição que essa assume no pensamento de seu mais lúcido representante atual, Jürgen Habermas. Trata-se de um “caminho do meio”, uma via mais discreta, que se oferece como alternativa aos projetos grandiosos, com suas promessas de terem a fórmula de resolução de todos os problemas. Diante da complexidade do mundo (pós)moderno, as soluções melhores só aparecem quando se procura colocar as opiniões divergentes em comunicação, partindo de um consenso em torno da possibilidade de se chegar a um entendimento mútuo. Para isso, contudo, não se pode partir de idéias preconcebidas, que se devem impor aos outros. O melhor a fazer é deixar que a solução se mostre, pragmaticamente, na situação comunicativa; e de, antemão, se pode refletir sobre o procedimento a ser adotado, para chegar a soluções que harmonizem direitos individuais e coletivos, bem como os interesses públicos, com base em um princípio de proporcionalidade.

A questão que então se coloca é de como melhor fundamentar a inscrição de um princípio de proporcionalidade no plano constitucional: se deduzindo-o da opção por um Estado de direito ou, então, dos próprios direitos fundamentais, assume relevância mais doutrinária, já que na prática não resta dúvida quanto à sua inserção na “base” do ordenamento jurídico, como se pode referir de maneira figurada à Constituição. Além disso, nosso princípio aparece relacionado àquele que se pode considerar o problema principal a ser resolvido com a adoção de um regime constitucional pelo Estado, nomeadamente, o do relacionamento entre ele, a comunidade a ele submetida e os indivíduos que a compõem, a ser regulado de forma equitativamente vantajosa para todas as partes. Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessário não só a existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derogar (Estado de Direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um



princípio regulativo para ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes (princípio da proporcionalidade), o que também não pode ir além de um certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser assim chamada.

Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é *adequada* se atinge o fim almejado; exigível, por causar o menor prejuízo possível; e, finalmente, *proporcional em sentido estrito*, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.

Para haver adequação, o que importa é a conformidade com o objetivo (*Zielkonformität*) e a “prestabilidade” para atingir o fim (*Zwecktauglichkeit*) da medida. O BVerfG reconhece, porém, que o estabelecimento de objetivos e de meios para alcançá-los é um problema de política legislativa (ou administrativa) que a ele não cabe resolver, em substituição das autoridades constitucionalmente competentes, reservando-se para interferir só em casos excepcionais e raros, nos quais é patente sua inadequação e objetivamente imprestável a medida, sendo a avaliação feita para torná-la claramente errônea e refutável. A exigibilidade costuma ser associada à busca do “meio mais suave” (*Milderes Mittel*) dentre vários possíveis, para atingir o fim buscado, no que se reconhece haver grande margem de ação (*Handlungsspielraum*) e campo para realização (*Gestaltungsbereich*) ao legislador (e, logo, também à Administração Pública). A proporcionalidade em sentido estrito importa na correspondência (*Angemessenheit*) entre meio e fim, o que requer o exame de como se estabeleceu a relação entre um e outro, com o “sopesamento” (*Abwägung*) de sua recíproca apropriação, colocando, de um lado, o interesse no bem-estar da comunidade, e de outro, as garantias dos indivíduos que a integram, a fim de evitar o beneficiamento excessivo de um em detrimento do outro.

Para finalizar, é preciso que se refira ao emprego de uma hermenêutica diferenciada para interpretar e aplicar nossa Constituição como um fator (intelectual) de fundamental importância, para que ela venha a ser concretizada, tal como anseia a nação, sendo esse o melhor caminho para se verem respeitados entre nós os direitos humanos.

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

É a natureza diferenciada de normas jurídicas que são princípios daquelas que são regras o principal motivo para se desenvolver uma hermenêutica constitucional igualmente diferenciada, diante da hermenêutica tradicional. Especialmente a circunstância de que os princípios encontram-se em estado latente

de colisão uns com os outros, requer o emprego dos *princípios da interpretação constitucional*, dentre os quais avulta o *princípio da concordância prática ou da harmonização*. De acordo com este princípio – que é um princípio de inteligência, de natureza heurística, não sendo de se confundir com os princípios que são normas jurídicas, de natureza prescritiva –, o que se deve buscar, no problema a ser solucionado em face da Constituição, é confrontar os bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando, de modo a que, no caso concreto sob exame, se estabeleça qual ou quais dos valores em conflito deverá(ão) prevalecer, preocupando-se, contudo, em otimizar a preservação, igualmente, dos demais, evitando o sacrifício total de uns em benefício dos outros. Nesse ponto, tocamos o problema crucial de toda hermenêutica constitucional, que nos reconduz ao *topo* argumentativo da *proporcionalidade*.

Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso ao “princípio dos princípios”, que é o *princípio da proporcionalidade*, o qual determina a busca de uma “solução de compromisso”, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu “núcleo essencial”. Esse princípio, embora não esteja explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento jurídico, é uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do “Estado Democrático de Direito” pois, sem a sua utilização, não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos.