

6

Conclusão

A Constituição é o lócus hermenêutico do Direito; é o “lugar” a partir do qual se define a amplitude dos significados possíveis dos preceitos jurídicos infraconstitucionais. Isso não poderá ser de maneira diferente face à afirmação do Constitucionalismo moderno como modo de regulamentação da convivência política, bem como da consagração do princípio da supremacia constitucional.

O Constitucionalismo é a aposta da modernidade na possibilidade humana de uma vivência em conjunto que não seja fruto da submissão determinista, mas do reconhecimento racional, cuja criação mais importante é a idéia de Constituição como documento escrito disciplinador do poder e da autoridade e, por isso, garantidor do espaço de liberdade, tanto privada quanto pública.

Não é mais possível estabelecer diferenças entre o fazer hermenêutico em relação às leis infraconstitucionais e em relação aos preceitos constitucionais. Toda compreensão, interpretação e aplicação – que são momentos conexos de preceitos legais são simultaneamente compreensão, interpretação e aplicação de preceitos constitucionais, ainda que indiretamente. Convém, portanto, redefinir o relacionamento entre a chamada Hermenêutica Constitucional e a Hermenêutica Jurídica clássica, sabendo-se que as discussões originais quanto às peculiaridades daquela vieram a lume após a afirmação do referido princípio da supremacia como uma contribuição importantíssima e original do Direito Constitucional.

No âmbito do fazer hermenêutico, o desafio manifesta-se pela queda do mito da lei como único sinônimo de norma (em um sentido tradicional). Com as chamadas correntes pós-positivistas, os princípios, sobretudo constitucionais, atingem o patamar de juridicidade, figurando, ao lado das regras, como espécie de preceito jurídico dotado de um comando obrigatório de validade binária. A diferença essencial é que as regras disciplinam a sua situação de aplicação e os princípios não. Em verdade, toda aplicação no Direito demanda um juízo de adequabilidade a fim de definir qual o conjunto normativo que, respeitando o dever de coerência, deve regular o problema concreto.

O Constitucionalismo representa a transposição para o plano jurídico do projeto de emancipação da modernidade. As Constituições modernas têm o propósito de estabelecer e efetivar certos parâmetros de justiça, sendo os direitos fundamentais, nesse contexto, o instrumento por excelência de implementação dos valores Constitucionais.

Em função disso, é relevante a indagação de Canotilho citado por Guerra Filho:

A idéia de eficácia direta dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada continua, de certo modo, o projeto da modernidade: modelar a sociedade civil segundo os valores da razão, justiça e progresso do Iluminismo. Este código de leitura – pergunta-se não estará irremediavelmente comprometido pelas concepções múltiplas e débeis da pós-modernidade? (CANOTILHO *apud* GUERRA FILHO, 2001, p.108).

A pergunta colocada pelo mestre português é relevante, porque é intuitivo que a noção de eficácia dos direitos fundamentais apresenta-se, de certa forma, em descompasso com o paradigma emergente da pós-modernidade. Esta, representa a superação ou o questionamento de alguns dogmas fundamentais do pensamento moderno, tais como: a) o poder da razão; b) a capacidade de autodeterminação das pessoas; c) o caráter linear e progressivo da história; e d) a existência de padrões éticos universais. O paradigma pós-moderno - cuja identificação ainda é imprecisa e incipiente – prestigia a fragmentação e a diferença, mostrando-se, sob esse prisma, incompatível com a idéia de que certos parâmetros morais de conduta possam limitar a liberdade das pessoas na esfera privada.

A Concepção de restrição de um direito, a partir de uma teoria externa, adequada à concepção principiológica dos direitos fundamentais, sugere a suposição de que existem duas coisas distintas: o direito e suas restrições, estabelecendo-se entre estes dois elementos uma relação especial, qual seja, a da restrição. Esta relação não é indispensável à existência dos direitos fundamentais, mas decorre de uma necessidade externa ao direito, a de compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos, como também os direitos individuais e dos bens coletivos.

Ou seja, *prima facie* os direitos fundamentais são dotados de cláusula de maximização, não lhe sendo intrínseca a possibilidade restritiva, a qual somente

ocorrerá a posteriori, quando da compatibilização concreta dos diferentes direitos individuais e coletivos agasalhados pela Constituição.

As restrições aos direitos fundamentais encontram adequada solução no âmbito de uma teoria dos princípios. A possibilidade teórica das restrições é inafastável, uma vez que os direitos convivem entre si numa sociedade democrática, estabelecendo limitações que têm por objetivo a harmonização das posições jurídicas. A solução de conflitos entre princípios resolve-se no campo do peso, ou seja, no caso concreto deve prevalecer o princípio que melhor resolve o problema proposto, a partir da regra da ponderação. A escolha de um princípio em detrimento de outro não implica decretar-se a invalidade do princípio preterido, mas importa a conclusão de que um princípio, naquelas situações, resolve melhor o conflito, sendo que outra pode ser a solução em se alterando as condicionantes concretas. O conflito entre regras jurídicas somente pode ser resolvido no campo da validade: ou a regra jurídica vale e deve ser aplicada, ou não possui validade e deve ser afastada, resolvendo-se a questão a partir das regras de solução de antinomias jurídicas.

A partir do estudo de diversos precedentes judiciais, exarados em diversas áreas do Direito, pôde-se concluir que o Supremo Tribunal Federal utiliza amplamente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como cláusulas de controle das atividades restritivas aos direitos fundamentais. Não se conseguiu perceber nas decisões pesquisadas uma precisão conceitual da Suprema Corte no que se refere a esses dois princípios, sendo possível concluir que ambos os conceitos são utilizados como sendo detentores do mesmo conteúdo teórico.

Para finalizar, podemos ainda dizer que ter consciência das diversas dificuldades que implicam lutar por uma arejada interpretação Constitucional aliada a implementação dos Direitos Fundamentais na nova ordem mundial, e em especial no Brasil, é um grande primeiro passo para que os operadores do direito consigam superar as barreiras políticas, culturais e jurídicas que se põem, historicamente, em sua formação profissional, para que consigam depreender, da significação e finalidades destes direitos, a inteligência de que a garantia de sua vigência não pode limitar-se à possibilidade do exercício de pretensões por parte, exclusivamente da cidadania, mas que é fundamental que seja assumida, também e primordialmente, pelo Estado, de forma ativa e interveniente como prega Canotilho.

Por conseguinte, partindo do pressuposto de que todos os Poderes Estatais se submetem à Constituição, podemos concluir que é papel dos novos operadores do direito fazer com que se observem normas e direitos constitucionais e internacionais que requerem, ora por suas ambigüidades de formulação, ora por insuficiência de indicação de responsabilidades, uma reflexão e revisão dos seus significados e sentidos.

Desta maneira, não podem os operadores do Direito furtarem-se à persecução da efetividade dos Direitos Fundamentais, obrigando-se a decidir, no caso concreto, a favor destes direitos, ainda que inexista a requisitada mediação do legislador ou da Administração Pública; ainda que se trate de norma dita programática ou não-exeqüível, do ponto de vista dogmático e conservador da sua aplicabilidade, sob pena de sua ineficiência conduzir a um agravamento ainda maior da crise de legitimidade em que se encontram as instituições públicas.

Assim, resgatar e atualizar a idéia revolucionária do Constitucionalismo, em especial da Constituição Dirigente de Gomes Canotilho, enquanto conquistas civilizatórias universais, é fundamental para podermos reflexiva e criticamente nos apropriar das especificidades de nossa própria história institucional e contribuirmos efetiva e reconstrutivamente para o processo de consolidação da cidadania do povo brasileiro e do cidadão universal.