PROPOSTA DE TEORIA FUNDAMENTAL DA CONSTITUIÇÃO (COM UMA INFLEXÃO PROCESSUAL)

PROPOSITION OF FUNDAMENTALS CONSTITUTION THEORY (WITH A PROCEDURAL INFLECTION)

Willis Santiago Guerra Filho*

Recebido para publicação em novembro de 2005

Resumo: A presente proposta de Teoria Fundamental da Constituição baseia-se na constatação de que os direitos fundamentais, no atual estágio de desenvolvimento do Estado Democrático de direito, representam a essência mesmo desta fórmula política, sendo em função deles que se passa a organizar o Estado e, mesmo as relações sociais, ou seja, superando a tradicional relação entre cidadão e Estado. Além de se apresentarem como parâmetros para a conduta política e social, os direitos e garantias fundamentais fornecem também critérios para o conhecimento jurídico mais adequado ao desenvolvimento daquela fórmula, o que se traduz em uma relevância prática também, no encaminhamento pela via processual de soluções para casos concretos. Em circunstâncias em que a aplicação de concepções tradicionais do Direito a tais casos concretos resulta em afronta aos princípios maiores da Constituição de um Estado democrático comprometido com a garantia dos direitos fundamentais em sua mais ampla configuração, verifica-se uma tensão entre princípios e direitos fundamentais associados à legitimação democrática, com outros que seriam mais vinculados à legalidade inerente a todo Estado de direito, na modernidade. Para a solução de tais conflitos, com vista à preservação do princípio maior da dignidade humana, incide o princípio da proporcionalidade, expressão da garantia que é de se esperar da cláusula do devido processo legal.
Palavras-chave: Estado Democrático. Direitos fundamentais. Princípio da proporcionalidade.

Abstract: The present proposal of a fundamental theory of Constitution is based upon the observation that constitutional rights, in the present stage of evolution of the democratic State, corresponds to the very essence of such a political formula. It is according to them that the State is organized and also social relationship, which means to overcome the traditional distinction between citizen and State. Those right are not only parameters do political and social behavior, but also to legal research more accurate to the development of that formula, which means also to have a practical relevance, when it comes to the point of legal settlements through judicial proceeding. In such a circumstance when the application of traditional conceptions of Law to those settlements turns out to be a contempt to the major constitutional principles of the democratic State, engaged in the defense of fundamental right in a most wide conception, we may verify a tension between those principles and rights which are connected with democratic legitimation, at one side, and at the other side the traditional principle linked to the rule of Law in modern State. It is to solve such cases that is needed the balancing principle embedded in the due process clause, in order to preserve the major principle of human dignity.
Key Words: Democratic State. Constitutional rights. Balancing principle.

---

* Professor Titular do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO – cedido para a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, UnB). Professor Titular de Filosofia do Centro de Ciências Humanas da Universidade Estadual do Ceará (UECE- licenciado). Professor de Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor de Filosofia Política do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Osasco, SP, e de Teoria da Ciência do Direito do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Candido Mendes (RJ).

A proposta aqui avançada, de que se deve reconhecer a existência de uma nova matéria jurídica, a "Teoria Fundamental da Constituição", advém de uma série de constatações, dentre as quais merecem destaque as seguintes:

1°) As situações jurídicas subjetivas que correspondem à matéria, da Teoria Fundamental da Constituição, no direito objetivo, a saber, os direitos fundamentais, apesar de sua natureza constitucional, transbordam os limites desse campo do Direito, irradiando seus efeitos e concretizando-se em todas as matérias jurídicas, sejam do direito público, sejam do direito privado, donde se poder afirmar que a Teoria Fundamental da Constituição trata de matéria que melhor se caracterizaria como pertencente àquele campo intermediário entre o direito público e o direito privado, que se vem denominando, recentemente, de *direito difuso*. O próprio Direito Constitucional, para realizar aquilo que tradicionalmente lhe é mais próprio, que é a organização jurídica do Estado, precisa pautar-se pelas determinações dos direitos fundamentais.

2°) O objeto da Teoria Fundamental da Constituição se situa, igualmente, para além da dicotomia entre o Direito Material e o Direito Processual, visto que nele se situam não somente os direitos fundamentais em um sentido estrito, como também as *garantias fundamentais*, direitos fundamentais em sentido amplo, em geral de natureza processual, tendo por escopo a imprescindível tutela e efetivação dos primeiros. É assim que, da perspectiva jusfundamental, ações, princípios processuais e garantias objetivas da jurisdição podem revelar uma dimensão subjetiva, justificando-se melhor enquanto projeções de situações jurídicas subjetivas de direitos fundamentais.

3°)Uma outra dicotomia, agora de natureza jusfilosófica, que vem a ser dialeticamente superada pela postulação da Teoria Fundamental da Constituição, é aquela entre Direito Natural, ou jusnaturalismo, e Direito Positivo, ou juspositivismo, uma vez que no Direito fundamental positivam-se e se tornam direito objetivo *pautas valorativas universalizáveis*, com as quais se busca fundamentar, do modo mais racional e justo possível, o Direito.

4°) Por fim, mas não menos importante – ao contrário -, merece reconhecimento da Teoria Fundamental da Constituição por haver uma *norma de direito fundamental*, identificada no âmbito de uma teoria dos direitos fundamentais, com características que a distinguem de normas jurídicas em geral, decorrentes basicamente de sua *natureza principiológica*. O tratamento metodologicamente adequado dos problemas atinentes à aplicação dessas normas de direito fundamental vem resultando em uma verdadeira revolução no campo da hermenêutica e da epistemologia jurídica – e, logo, no paradigma da ciência do direito.

Passemos ao desenvolvimento de cada uma desses pontos.

1. Os direitos humanos – e os direitos fundamentais, no plano do direito posto, positivo – vêm adquirindo uma configuração cada vez mais consentânea com os ideais projetados pelas revoluções políticas da modernidade, tão bem representados pela tríade "liberdade, igualdade e fraternidade". Atualmente, já se pode perceber com clareza a interdependência destes valores fundamentais: sem a redução de desigualdades, não há liberdade possível para o conjunto dos seres humanos, e sem fraternidade – ou melhor, "solidariedade", para sermos mais, "realistas", visto que a fraternidade às vezes não existe sequer entre verdadeiros irmãos -, sem o reconhecimento de nossa mútua dependência, não só como indivíduos, mas como nações e

espécies naturais – também dependemos do ambiente natural -, não atinamos para o sentido da busca de liberdade e igualdade. Daí que, como defendem Morin & Kern,[1] temos de nos assumir como partícipes de uma "comunidade de destino", que envolve todo o planeta que habitamos, se aspiramos não só à correção ética, mas à própria salvação, individual e coletiva, não podendo haver uma sem a outra.

Pode-se dizer que o Direito, nessa conjuntura, há de assentar-se em uma ordem constitucional que, em sendo aquela própria de um Estado Democrático, impõe deveres de *solidariedade* aos que compõem uma comunidade política, a fim de minorar os efeitos nefastos da desigualdade entre eles em relação à sua liberdade e ao respeito à dignidade humana. A dignidade humana é ofendida, por exemplo, quando um sujeito é tratado como objeto por outro sujeito. A dignidade humana implica em tratar desigualmente os desiguais (isonomia comutativa) assim como também implica na igualdade de todos perante a lei (isonomia distributiva).

Considerando a ordem constitucional do tipo antes mencionado como formada, substancialmente, por princípios, tem-se que o princípio fundamental do Estado de Direito decorre da dignidade humana, assim como dele decorre o princípio da legalidade. Tal princípio consubstancia uma garantia fundamental, promovendo a *certeza* nas relações jurídicas e, com isso, a *paz social*. Também o princípio fundamental do Estado Democrático decorre da dignidade humana, sendo de se considerar um princípio de legitimidade. O respeito à dignidade humana requer, por fim, o respeito do ser humano enquanto indivíduo, partícipe de diversas coletividades, inclusive aquela maior, enquanto espécie planetária, natural e social.

Para resolver o grande dilema que aflige os que operam com o Direito no âmbito do Estado Democrático contemporâneo, representado pela atualidade de conflitos entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, é que se preconiza o recurso a um "princípio dos princípios", que representa algo assim como "a principialidade dos princípios", enquanto sua relatividade mútua. Trata-se do princípio da proporcionalidade,[2] tal como concebido no campo jurídico na tradição germânica, como um princípio, também, de "relatividade" (verhältnismäβig), o qual determina a busca de uma "solução de compromisso", respeitando-se mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, e procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), sem jamais lhe(s) faltar minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhes o "núcleo essencial", onde se encontra entronizado o valor da dignidade humana, princípio fundamental e "axial" do contemporâneo Estado Democrático. O princípio da proporcionalidade, embora não esteja explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento jurídico, assim como o da dignidade da pessoa humana (art. 1º., inc. III, CR), 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, o que nos remete ao Princípio Constitucional da Proporcionalidade.

A exata compreensão do significado do princípio da proporcionalidade requer uma transformação do próprio modo de se conceber a tarefa da ciência jurídica, como diversa da mera interpretação e aplicação de normas jurídicas com a estrutura de regras.[3] As regras trazem a descrição de dada situação, formada por um fato ou uma

espécie (a fattispecie a que se referem os italianos) deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores. Daí se dizer que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso da intermediação de uma (ou mais) regra(s) concretizadora(s). Princípios, portanto, têm um grau incomensuravelmente mais alto de generalidade (referente à classe de indivíduos à que a norma se aplica) e abstração (referente à espécie de fato a que a norma se aplica) do que a mais geral e abstrata das regras. Por isso, também, poder-se dizer com maior facilidade, diante de um acontecimento, ao qual uma regra se reporta, se essa regra foi observada ou se foi infringida, e, nesse caso, como se poderia ter evitado sua violação. Já os princípios trazem ínsitas "determinações de otimização" (Optimierungsgebote, na expressão de ROBERT ALEXY),[4] isto é, um mandamento de que sejam cumpridos na medida das possibilidades, fáticas e jurídicas, que se oferecem concretamente - o que já nos remete, de imediato, ao princípio da proporcionalidade, por ele ser a própria expressão deste mandamento e contemplar tal idéia de gradação no cumprimento de um princípio, aí incluindo-se o próprio princípio da proporcionalidade, que também não se pode acatar em termos definitivos, de "tudo ou nada", como as regras.

E, finalmente, enquanto o conflito de regras resulta em uma antinomia, a ser resolvida pela perda de validade de uma das regras em conflito, ainda que em um determinado caso concreto, deixando-se de cumpri-la para cumprir a outra, que se entende ser a correta, as colisões entre princípios resultam apenas em que se privilegie o acatamento de um, sem que isso implique no desrespeito completo do outro. Já na hipótese de choque entre regra e princípio, é evidente que o princípio deva prevalecer, embora aí, na verdade, ele prevalece, em determinada situação concreta, sobre o princípio em que a regra se baseia - a rigor, portanto, não há colisão direta entre regra(s) e princípio(s).

O traço distintivo entre regras e princípios, por último referido, aponta para uma característica desses, já mencionada, que é de se destacar: sua *relatividade*. Não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa - digamos, individual - termina por infringir uma outra - por exemplo, coletiva. Daí se dizer que há uma necessidade lógica e, até, axiológica, de se postular um "princípio de relatividade" (Verhältnismäβigkeitsprinzip), que é o princípio da proporcionalidade, para que se possa respeitar normas, como os princípios, tendentes a colidir, quando se opera concretamente com o Direito.[5]

A marca distintiva do pensamento jurídico contemporâneo, que se faz notar em autores como JOSEF ESSER e RONALD DWORKIN, antes do já referido ROBERT ALEXY, repousa precisamente na ênfase dada ao emprego de princípios jurídicos, positivados no ordenamento jurídico, quer explicitamente - em geral, na constituição -, quer através de normas onde se manifestam de forma implícita, quando do tratamento dos problemas jurídicos. Com isso, dá-se por superado um resquício de legalismo que permaneceu no positivismo normativista de KELSEN, HART e outros, para quem as normas do direito positivo se reduziriam ao que hoje se chama "regras" (rules, Regeln) na teoria jurídica anglo-saxônica e germânica, isto é, normas que permitem realizar uma subsunção dos fatos por elas regulados (operative facts, Sachverhalte), imputan-

do-lhes ou cometendo-lhes a sanção cabível. Princípios, por sua vez, se encontram em um nível superior de abstração, sendo igualmente hierarquicamente superiores, dentro da compreensão do ordenamento jurídico como uma "pirâmide normativa" (Stufenbau), e se eles não permitem uma subsunção direta de fatos, isso se dá indiretamente, colocando regras sob o seu "raio de abrangência". Ao contrário dessas, também, se verifica que os princípios podem se contradizer, sem que isso faça qualquer um deles perder a sua validade jurídica e ser derrogado. É exatamente numa situação em que há conflito entre princípios, ou entre eles e regras, que o princípio da proporcionalidade (em sentido estrito ou próprio) mostra sua grande significação, pois pode ser usado como critério para solucionar da melhor forma o conflito, otimizando a medida em que se acata um e desatende o outro. Esse papel lhe cai muito bem pela circunstância peculiaríssima de se tratar de um princípio extremamente formal e, a diferença dos demais, não haver um outro que seja o seu oposto em vigor, em um ordenamento jurídico digno desse nome, ou seja, democraticamente legitimado.[6]

Para bem atinar no alcance do princípio da proporcionalidade faz-se necessário referir o seu conteúdo - e ele, à diferença dos princípios que se situam em seu mesmo nível, de mais alta abstração, não é tão-somente formal, revelando-se plenamente apenas quando se há de decidir sobre a constitucionalidade de alguma situação jurídica ou ato normativo, no âmbito próprio do processo constitucional. Esse seu aspecto concretizador, inclusive, já fez com que se referisse a ele como uma proposição jurídica, à qual, como ocorre com normas que são regras, se pode subsumir fatos jurídicos diretamente. Não se confunda, porém, a proposição jurídica com a norma de que ela é a representação, como já KELSEN, na segunda (e definitiva) edição de sua *Teoria Pura do Direito*, registrara, reservando para a proposição um lugar no campo das idéias, da ciência, e para a norma um lugar no campo da ação, da política, enquanto sentido de um ato de vontade conformadora de outra(s), por associada a uma sanção.

O princípio da proporcionalidade, entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico e faticamente possível, tem um conteúdo que, na doutrina e jurisprudência alemãs,[7] é repartido em três "princípios ou proposições parciais" (Teilgrundsätze): "princípio da proporcionalidade em sentido estrito" ou "máxima do sopesamento" (*Abwägungsgebot*), "princípio da adequação" e "princípio da exigibilidade" ou "máxima do meio mais suave" (Gebot des mildesten Mittels).

O "princípio da proporcionalidade em sentido estrito" determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja *juridicamente* a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o "conteúdo essencial" (Wesensgehalt) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.

Os demais "subprincípios", como se pode denominar as proposições normativas derivadas do princípio da proporcionalidade (em sentido amplo), são ditos da adequação e da exigibilidade ou indispensabilidade (Erforderlichkeit). O

primeiro determina que, dentro do *faticamente* possível, se preste o meio escolhido para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, "adequado". Além disso, pelo segundo, esse meio deve se mostrar "exigível", o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais.

Dessa circunstância, de ter seu conteúdo formado por subprincípios, passível de subsumirem fato e questões jurídicas, não se pode, contudo, vir a considerar o princípio da proporcionalidade mera regra, ao invés de verdadeiro princípio, como recentemente se afirmou entre nós,[8] pois não poderia ser uma regra o princípio que é a própria expressão da peculiaridade maior deste último tipo de norma em relação à primeira, o tipo mais comum de normas jurídicas, peculiaridade esta que RONALD DWORKIN refere como a "dimensão de peso" (*dimension of weight*) dos princípios,[9] e ALEXY como a ponderação (*Abwägung*) – justamente o que se contrapõe à subsunção nas regras.[10] E também, pragmaticamente, caso a norma que consagra o princípio da proporcionalidade não fosse verdadeiramente um princípio, mas sim uma regra, não poderíamos considerá-la inerente ao regime e princípios adotados na Constituição brasileira de 1988, deduzindo-a do sistema constitucional vigente aqui, como em várias outras nações, da idéia de Estado democrático de Direito, posto que não há regra jurídica que seja implícita, mas tão-somente os direitos (e garantias) fundamentais, consagrados em princípios igualmente fundamentais – ou, mesmo, "fundantes" –, a exemplo deste princípio de proporcionalidade, objeto da presente exposição.

Quanto a saber donde se deriva o princípio da proporcionalidade, se do princípio estruturante do Estado de Direito, ou daquele da dignidade da pessoa humana, que se vincula ao outro princípio estruturante de nossa ordem constitucional – e, logo, de toda a ordem jurídica - , que é o Princípio Democrático, adotamos o posicionamento que vincula o princípio da proporcionalidade à Cláusula do Devido Processo Legal (Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º., inc. LIV), com o que se evita este falso dilema, pois para se ter um Estado de Direito com respeito à dignidade humana, isto é, que seja também *democrático*, pressupõe-se uma compatibilização de legalidade (Estado de Direito) com legitimidade (Democracia), obtida, em última instância, pela aplicação, no âmbito de processos judiciais, administrativos e outros, precisamente, do princípio da proporcionalidade. É certo que a idéia subjacente à "proporcionalidade", Verhältnissmäßigkeit, noção dotada atualmente de um sentido técnico no direito público e teoria do direito germânicos, ou seja, a de uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados, confunde-se em sua origem, como é fácil perceber com o nascimento do moderno Estado de direito, respaldado em uma constituição, em um documento formalizador do propósito de se manter o equilíbrio entre os diversos poderes que formam o Estado e o respeito mútuo entre este e aquele indivíduos a ele submetidos, a quem são reconhecidos certos direitos fundamentais inalienáveis.[11]

A questão que assim se coloca, 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, inerentes a este Estado, enquanto Estado *Democrático* de Direito, assume relevância mais doutrinária, já que na prática, como evidencia reiterada jurisprudência do Tribunal Constitucional, na Alemanha, 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 maior 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 eqüitativamente 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 derrogar (Estado de Direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para se 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 chamada assim.[12]

Essas considerações permitem concluir claramente pela existência de um conteúdo intangível dos direitos fundamentais, que não pode ceder sob forma alguma. Esse núcleo vem a ser o denominado mínimo existencial, ou seja, aquele conjunto de situações que caracterizam o ponto limite a partir do qual não se pode avançar sem ofender a dignidade do homem, sem reduzi-lo a meio.

A dignidade da pessoa humana, por conseguinte, presta-se ao mesmo tempo para limitar direitos fundamentais – na medida em que é buscando sua maior efetivação que, no caso concreto, um princípio que os veicule pode ter sua aplicação restringida em favor de outro – como para coibir restrições excessivas,[13] por meio da configuração do mínimo existencial.

2. À mudança de função das constituições e do próprio Estado, que afinal de contas é por elas instaurado, na época contemporânea, resultante da forma como historicamente se desenvolveram as sociedades em que aparecem, correspondem também, como não podia deixar de ser, modificações radicais no plano jurídico. As normas jurídicas que passam a ser necessárias não possuem mais o mesmo caráter condicional de antes, com um sentido retrospectivo, quando destinavam-se basicamente a estabelecer uma certa conduta, de acordo com um padrão, em geral fixado antes essas normas e não, a partir delas, propriamente. A isso era acrescentado o sancionamento, em princípio negativo — i.e., uma conseqüência desagradável — a ser inflingido pelo Estado, na hipótese de haver um descumprimento da prescrição normativa. A regulação que no presente é requisitada ao Direito assume um caráter finalístico, e um sentido prospectivo, pois, para enfrentar a imprevisibilidade das situações a serem reguladas ao que não se presta o esquema simples de subsunção de fatos a uma previsão legal abstrata anterior, precisa-se de normas que determinem objetivos a serem alcançados futuramente, sob as circunstâncias que então se apresentem.

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, extraindo a conseqüência 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 tornar-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 freqüência 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 ao 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, podem-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".

3. De uma perspectiva estrutural, partindo daquela distinção, já corriqueira, entre normas jurídicas que são *regras* daquelas que são *princípios*, distinção essa elaborada em sede de teoria do direito a partir de trabalhos de autores contemporâneos como KARL LARENZ, JOSEF ESSER, RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXY, pode-se, então, afirmar, que normas substancialmente constitucionais têm a estrutura de princípios, com a qual se consagra, explícita ou implicitamente, valores, no plano positivo do direito, conferindo-lhes, assim, natureza deôntica diferenciada daquela que possuem enquanto determinações absolutas, como o são, em uma ordem ética, religiosa ou ideológica qualquer, os valores. Assim, no modelo mais sofisticado de figuração da ordem jurídica, proposto por ALEXY em sua "Teoria dos Direitos Fundamentais", distingui-se três níveis, a saber, o dos princípios, o das regras e o dos procedimentos.

É neste último nível em que os interesses e bens da vida, traduzidos em *valores*, vêm a ser consagrados positivamente enquanto princípios, e qualificadores, ainda que em graus diversos de generalidade e abstração, dos *fatos* previstos normativamente pelas regras, resultam vertidos em novas *normas*, aptas a incidirem em determinadas situações concretas, conformando-as juridicamente.

Assim sendo, considerando serem os *direitos fundamentais* o conteúdo essencial de uma Constituição como, a exemplo da que temos atualmente, as que se apresentam para fundar um Estado Democrático de Direito, conteúdo este ao qual se agrega a condizente *organização institucional do Estado* e da sociedade civil, para que se tenha, tudo somado, a Constituição em sentido substancial, então tem-se que as *garantias constitucionais* integrariam a Constituição em sentido processual. São essas garantias tanto aquelas ditas *garantias fundamentais*, por garantirem direitos igualmente fundamentais, seja do ponto de vista formal, seja daquele substancial, como também as chamadas *garantias institucionais,* aquelas denominadas na doutrina alemã, em uma terminologia que remonta a CARL SCHMITT, Einrichtungsgarantien, as de ordem pública (institutionelle Garantien), e as *garantias de instituições* (Institutsgarantien), da ordem privada, a exemplo da família, do ensino, da imprensa etc.

Nossa compreensão do quanto o Estado Democrático de Direito depende de procedimentos, não só legislativos e eleitorais, mas especialmente aqueles judiciais, para que se dê sua realização, aumenta na medida em que precisemos melhor o conteúdo dessa fórmula política.

Historicamente, poder-se-ia localizar o seu surgimento nas sociedades européias recém-saídas da catástrofe da II Guerra Mundial, que representou a falência tanto do modelo liberal de Estado de Direito, como também das fórmulas políticas autoritárias que se apresentaram como alternativa. Se em um primeiro momento observou-se um prestígio de um modelo social e, mesmo, socialista de Estado, a fórmula do Estado Democrático se firma a partir de uma revalorização dos clássicos direitos individuais de liberdade, que se entende não poderem jamais ser demasiadamente sacrificados, em nome da realização de direitos sociais. O Estado Democrático de Direito, então, representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado. Nessa perspectiva, tem-se a influente obra de ELÍAZ DÍAZ, *"Estado de Derecho y sociedad democrática"*, bem como a monografia, bem anterior, já clássica na literatura política e constitucional em nosso País, de Mestre PAULO BONAVIDES, "*Do Estado Liberal ao Estado Social*".

Em sendo assim, tem-se o compromisso básico do Estado Democrático de Direito na harmonização de interesses que se situam em três esferas fundamentais: a *esfera pública*, ocupada pelo Estado, a *esfera privada*, em que se situa o indivíduo, e um segmento intermediário, a *esfera coletiva*, em que se tem os interesses de indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais ou outros.

Há quem veja na projeção atual desses grupos, no campo político e social, como um dos traços característicos da pós-modernidade, quando então as ações mais significativas se deveriam a esses novos sujeitos coletivos, e não a sujeitos individuais ou àqueles integrados na organização política estatal. Indubitavelmente, o problema básico a ser solucionado por qualquer constituição política contempo-

rânea não pode mais ser captado em toda sua extensão por aquela formulação clássica, onde se tinha um problema de delimitação do poder estatal frente ao cidadão individualmente considerado. Hoje entidades coletivas demandam igualmente um disciplinamento de sua atividade política e econômica, de modo a que possam satisfazer o interesse coletivo que as anima, compatibilizando-o com interesses de natureza individual e pública, com base em um "princípio de proporcionalidade", que se procurou indicar aqui propriedades teóricas - e práticas – capazes de torná-lo uma espécie de ponto de Arquimedes para alavancar o Estado Democrático de Direito. Nos estudos que realizamos anteriormente, evidenciou-se, por exemplo, que aquele princípio pode ser considerado algo assim como o "princípio dos princípios", de husserliana memória, uma vez que é a ele, em última instância, que se recorre para resolver, em "casos difíceis" (hard cases), o conflito entre diversos valores e interesses, expressos em outros princípios fundamentais da ordem jurídica. Isso porque o princípio da proporcionalidade é capaz de dar um "salto hierárquico" (hierarchical loop), ao ser extraído do ponto mais alto da "pirâmide" normativa para ir até a sua "base", onde se verificam os conflitos concretos, validando as normas individuais ali produzidas, na forma de decisões administrativas, judiciais etc. Essa forma de validação é tópica, permitindo atribuir um significado diferente a um mesmo conjunto de normas, a depender da situação a que são aplicadas. É esse o tipo de validação requerida nas sociedades hipercomplexas da pós-modernidade – ou, se preferirmos, para evitar o desgaste desse significante, o "pós-moderno", podemos falar em "sociedades hipermodernas", ou em uma só sociedade hipermoderna, a sociedade mundial, a sociedade da comunicação em rede. Nela se misturam criação (legislação) e aplicação (jurisdição e administração) do Direito, tornando a linearidade do esquema de validação kelseneano pela referência à estrutura hierarquicamente escalonada do ordenamento jurídico em circularidade, com o embricamento de diversas hierarquias normativas, as "*tangled hierarchies*" da teoria sistêmica. Concretamente, isso significa que assim como uma norma ao ser aplicada mostra-se válida pela remissão a princípios superiores, esculpidos na Constituição, esses princípios validam-se por serem referidos na aplicação daquelas normas. É o princípio da proporcionalidade, portanto, que permite realizar o que os norte-americanos chamam "*balancing*" de interesses e bens. A mesma idéia de sopesamento, ponderação, é expressa pela *"Abwägung*" dos alemães. E isso porque, para solucionar as colisões entre interesses diversos de certas coletividades entre si e com interesses individuais ou estatais, tão variadas e imprevisíveis em sua ocorrência, não há como se amparar em uma regulamentação prévia exaustiva, donde a dependência incontornável de procedimentos para fazer incidir o princípio da proporcionalidade, regulando o conflito de princípios, para atingir, assim, as soluções esperadas.

Compreende-se, então, como o centro de decisões politicamente relevantes, no Estado Democrático contemporâneo, sofre um sensível deslocamento do Legislativo e Executivo em direção ao Judiciário. O processo judicial que se instaura mediante a propositura de determinadas ações, especialmente aquelas de natureza coletiva e/ou de dimensão constitucional - ação popular, ação civil pública, mandado de injunção etc. - torna-se um instrumento privilegiado de *participação política e exercício permanente da cidadania, com vista à necessária transformação social*

emancipatória. A Teoria Fundamental da Constituição aqui proposta levanta a pretensão de servir como instrumento cognitivo para essa transformação, enquanto Teoria jurídica emanada do Direito Constitucional do Estado Democrático que, enquanto fundamental, é de todo o Direito, desde que adequado a esta fórmula política de vigência insuperável: donde ser "fundamental", ao invés de "geral", pois se, por um lado, uma teoria ou é geral ou não é teoria propriamente, de outro lado, não é possível uma teoria do Direito "em geral", de todo e qualquer um.

4. A constituição é vista por PETER HÄBERLE, em estudo já clássico, como processo, aberto para a participação pluralística dos representantes das mais diversas interpretações. 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, vem se mostrando como uma nova orientação em filosofia do direito, mais consentânea com o modo atual de se conceber o próprio conhecimento, de bases científicas. É que estas bases foram abaladas e substituídas pelas revoluções que superaram na matemática e na física o modo tradicional de figuração do espaço, remontando à geometria euclidiana, refinada pela analítica cartesiana e corroborada pelos resultados obtidos de sua aplicação no estudo da natureza, desde COPÉRNICO até culminar em NEWTON, passando por GALILEU, o que suscitou a conhecida formulação de THOMAS KUHN, sobre a substituição de paradigmas científicos.

Aqui, vem referida uma noção de importância capital na epistemologia contemporânea: aquela de "paradigma", cunhada por THOMAS S. KUHN, em sua obra "*A Estrutura das Revoluções Científicas*", de 1962. O paradigma de uma ciência pode ser definido, primeiramente, como o conjunto de valores expressos em regras, tácita ou explicitamente acordadas entre os membros da comunidade científica, para serem seguidas por aqueles que esperam ver os resultados de suas pesquisas - e eles próprios - levados em conta por essa comunidade, como contribuição ao desenvolvimento científico. Além disso, integra o paradigma uma determinada concepção geral sobre a natureza dos fenômenos estudados por dada ciência, bem como sobre os métodos e conceitos mais adequados para estudá-los - em suma: uma teoria científica aplicada com sucesso, paradigmaticamente. Por essa caracterização, percebe-se a conotação normativa que tem a noção de paradigma, donde se explica o fato, apontado por Kuhn, de que os paradigmas, tal como outras ordens normativas, entrem em crise, rompam-se por meio de "revoluções", quando não se consegue, a partir deles, explicar certas anomalias, o que ocasiona sua substituição por algum outro. O exemplo típico é o da substituição, na física, no paradigma mecanicista de COPÉRNICO, GALILEU, GIORDANO BRUNO, NEWTON etc., por aquele relativista de ALBERT EINSTEIN, MAX PLANCK, NIELS BOHR, WERNER HEISENBERG etc.

Daí ter EDMUND HUSSERL, de sua perspectiva fenomenológica, alertado para o caráter restritivo do conhecimento obtido pelo formalismo científico, apesar de sua indubitável eficácia, consubstanciando-se em ameaça ao "mundo comum da vida (Lebenswelt), assim como BACHELARD, ao mesmo tempo em que, refletindo sobre a nova cientificidade oriunda dos avanços da física relativística e quântica, apontava o seu caráter aproximativo, em um *processo* inesgotável de acercamento das descobertas, alertando, também, para a necessidade de se complementar os rigores do método científico com a liberdade criativa

da imaginação poética. É essa nova ciência, processual e, por isso também, aberta, que se nos afigura homóloga à concepção aqui esposada, sobre a importância de se reconhecer um sentido também processual à constituição, para que assim ela se preste, cada vez mais, a ser o fundamento adequado, por dinâmico ao invés de estático, para uma ordem jurídica que se faz e refaz a cada dia, com a possibilidade de ir-se aperfeiçoando enquanto instrumento de inclusão dos que a ela se sujeitam, permanecendo sujeitos dotados da dignidade de seres autoconscientes.

É de todo conveniente o emprego de novas categorias em estudos que levam em conta a complexidade da realidade estudada, considerando que a mesma não existe para nós independentemente de nossa observação dela. Só assim poderemos, igualmente, enfrentar melhor as questões éticas e jurídicas com que nos defrontamos em um mundo que a ciência vem, ao mesmo tempo, revelando e tornando mais complexo. Isso quer dizer, em termos sucintos, que se postula dever ser este um instrumento de promoção do aperfeiçoamento democrático do poder e do saber. Há, portanto, desta perspectiva aqui defendida, uma epistemologia que favorece a adoção de valores mais condizentes com o pluralismo democrático, fórmula política mais respeitosa à dignidade dos seres humanos, tendo tal epistemologia sua adoção favorecida, no campo jurídico, por uma concepção teórico-fundamental da Constituição – e, logo, também do Direito que nela se baseia -, assim como o desenvolvimento deste Direito é fomentado por semelhante teoria de ciência jurídica.

NOTAS

[1] *Terra-Pátria*. 3ª ed., trad.: PAULO NEVES, Porto Alegre, Sulina, 2000, p. 186, *passim.*

[2] O tema do princípio da proporcionalidade vem sendo objeto de elaborações sucessivas, que são também em parte coincidentes, em WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, *Ensaios de Teoria Constitucional*, Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1989, pp. 47 ss.; id., *Teoria Processual da Constituição*, 2ª. ed., São Paulo: IBDC/Celso Bastos Ed., 2002, pp. 75 ss., 185 ss., passim; id., *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 3ª. ed., São Paulo: IBDC/Celso Bastos Ed., 2003, pp. 63 ss., e em diversos artigos, publicados no Brasil e no exterior. De último, WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, "O princípio da proporcionalidade em Direito constitucional e em Direito privado no Brasil", *in*: Aspectos Controvertidos do novo Código Civil. Escritos em homenagem ao Min. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, ARRUDA ALVIM, JOAQUIM PORTES DE CERQUEIRA CÉSAR e ROBERTO ROSAS (orgs.), São Paulo: RT, 2003, pp. 583/596; "*Sobre o princípio da proporcionalidade*", in: *Dos Princípios Constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, GEORGE SALOMÃO LEITE (org.), São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 237/253.

[3] Nesse sentido, MANFRED STELZER, *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäβigkeit*, Wien/New York: Springer, 1991, p. 22.

[4] *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos, 1985, pp. 75 e s.

[5] Cf. ALEXY, ob. cit., p. 100, 143 e s., passim*;* WILLIS S. GUERRA FILHO, *Ensaios de Teoria Constitucional*, Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1989, pp. 47, 69 e s., passim; id., *Teoria Processual da Constituição*, 2ª. ed., São Paulo: IBDC/Celso Bastos Ed., 2002, pp. 75 ss., 185 ss. e id., *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 3ª. ed., São Paulo: IBDC/Celso Bastos Ed., 2003, pp. 63 ss.

[6] Sobre a função legitimadora do princípio da proporcionalidade cf. RICARDO LOBO TORRES, *"A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade"*, in: Id. (Org.), *A Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 397 ss., esp. pp. 432 ss.

[7] Cf. BVerfGE 23, 133 (= *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 23, p. 133).

Em decisão anterior, o Verhältnissmäßigkeits-prinzip já fora apresentado como resultante "no fundo, da essência dos próprios direitos fundamentais", acrescentando, de forma assimilável à referida formulação clássica de SVAREZ, que se teria aí uma "expressão do anseio geral de liberdade dos cidadãos frente ao Estado, em face do poder público, que só pode vir a ser limitada se isso for exigido para proteção de interesses públicos. BVerfGE 19, 348/349.Uma reconstrução detalhada do caminho percorrido na doutrina pelo princípio ora estudado encontra-se na monografia de LOTHAR HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhaltnismäβigkeit*, Göttingen: Tese, 1981.

[8] Cf. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, "*O Proporcional e o Razoável"*, in: *Revista dos Tribunais*, vol. 798, 2002, p. 26. Irretorquível, por outro lado, neste trabalho, é a distinção entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, a qual constitui seu objeto central.

[9] Cf. *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1978, p. 26 ss.

[10] O fato de ALEXY, na famosa "página 100" da edição original da *Theorie der Grundrechte*, com apoio o professor de Direito Constitucional na Universidade de Heidelberg, HAVERKATE, referir à possibilidade dos "subprincípios da proporcionalidade" permitirem, tal como regras jurídicas, a subsunção, não implica, ipso facto, como pretende VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, loc. ult. cit., ser o princípio da proporcionalidade uma regra, pois o conteúdo de uma regra é a descrição (e previsão) de um fato, acompanhada da prescrição de sua conseqüência jurídica, e não *outra* regra. Também, pelo princípio lógico da "navalha de OCKHAM", pelo qual não se deve multiplicar desnecessariamente os termos, sem que haja entes diversos a serem nomeados por eles, também não pensamos que deixe de haver sinonímia entre o princípio da proporcionalidade em sentido estrito e a proibição de excesso "de ação", por implicar o princípio também em uma "proibição de (excesso) de omissão" (Untermaβverbot). Em apoio de nossos posicionamentos veio, recentemente, FRANCISCO FERNANDES DE ARAÚJO, em *Princípio da Proporcionalidade: significado e aplicação prática*, Campinas: Copola, 2002.

[11] Daí se referir ao princípio PAULO BONAVIDES como "antiqüíssimo". Cf. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª. Ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 362.

[12] Na constituição alemã, tendo em vista esse fato, consagra o art. 19, 2ª parte, o princípio segundo o qual os direitos fundamentais jamais devem ser ofendidos em sua essência *(*Wesensgehaltsgarantie*)*. Exatamente dessa norma é que autores como LERCHE e DÜRIG deduzem, a contrario sensu*,* a consagração do princípio da proporcionalidade pelo direito constitucional, pois ela implica na aceitação de ofensa a direito fundamental "até um certo ponto", donde a necessidade de um princípio para estabelecer o limite que não se deve ultrapassar. Cf. BVerfGE 34, 238; DÜRIG, em "*Der Grundsatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1, Abs. I, in Verbindung mit Art. 19. Abs. II, des Grundgesetzes*, in: *Archiv für öffentliches Recht*, n. 81, 1956, pp. 117 ss., PETER LERCHE, *Übermaβ- und Verfassungsrecht — Zur Bindung des Gesetzqebers an die Grundsätze der Verhältnissmäßigkeit und Erforderlichkeit*, Heidelberg: Müller, 1961.

[13] Nesse sentido, INGO SARLET menciona a dupla função da dignidade da pessoa humana, em *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 119-120.