O Estado neoconstitucional de Direito e a eficácia das normas constitucionais

Guilherme Sandoval Goés

Programa de Pós-Graduação em Ciências Aeroespaciais (PPGCA) da Universidade da Força Aérea (UNIFA) e Programa de Pós-Graduação em Segurança Internacional e Defesa (PPGSID) da ESG, Rio de Janeiro/RJ, País. E-mail: guilherme.sandoval@terra.com.br

Resumo

A teoria neoconstitucional do direito trouxe mudanças paradigmáticas na eficácia das normas constitucionais, seja pela capacidade científica de atribuir força normativa aos princípios jurídicos, seja pela superação do positivismo jurídico de aplicação mecânica do direito. Com efeito, o paradigma positivista não reconhecia o caráter normativo dos princípios constitucionais, considerando-os meras normas programáticas sem latitude normativa para assegurar direitos subjetivos. É por isso que o presente artigo propõe novas modalidades da eficácia constitucional a partir de uma “estrutura normativa tridimensional”, composta de uma área nuclear (área de conteúdo essencial da norma constitucional), uma área de ponderação de valores (zona de conflito com outras normas constitucionais de mesma hierarquia) e, finalmente, uma área metajurisdicional (domínio de eficácia meramente negativa, sem criação jurisprudencial do direito).

Palavras-chave

Estrutura normativa tridimensional; Área Nuclear de Princípios; Ponderação de valores; Área metajurisdicional. Ativismo judicial.

The neoconstitutional rule of law and the effectiveness of constitutional norms

Abstract

The neoconstitutional theory of law has brought paradigmatic changes in the effectiveness of constitutional norms, either by the scientific ability to attribute normative force to legal principles, or by overcoming legal positivism with the mechanical application of law. In fact, the positivist paradigm did not recognize the normative character of constitutional principles, considering them mere programmatic norms without normative latitude to guarantee subjective rights. This is why the present article proposes new modalities of constitutional effectiveness from a "three-dimensional normative structure", composed of a nuclear area (essential content area of the constitutional norm), a value-weighting area

(zone of conflict with other constitutional norms of the same hierarchy) and, finally, a metajurisdictional area (purely negative domain, without jurisprudential creation of law).

Keywords

Three-dimensional normative structure; Weighting of values; Metajurisdictional area; Judicial activism.

Sumário

Introdução; 1. A reconstrução neoconstitucionalistas do direito; 2. A estrutura normativa tridimensional da norma constitucional; 3. A tríade espectral normativa como base epistemológica da nova teoria da eficácia das normas constitucionais; Conclusão; Referências.

Introdução

O direito constitucional contemporâneo vem passando por transformações paradigmáticas, seja pelo declínio do positivismo jurídico, seja pela ascensão exegética dos princípios constitucionais, notadamente da dignidade da pessoa humana.

A cada dia que passa novos elementos hermenêuticos são incorporados à interpretação constitucional com o desiderato de reaproximar o direito da ética. Assim, em tempos de reconstrução neoconstitucionalista do direito, a efetividade ou eficácia social dos princípios constitucionais se consolida progressivamente pela harmonização entre o texto da lei e o sentimento constitucional de justiça.

Em consequência, o presente trabalho¹, tem a pretensão de examinar a eficácia constitucional a partir de uma nova estrutura normativa tridimensional, que contemple o conteúdo total das normas constitucionais.

É nesse diapasão que desponta a relevância da elaboração científica de uma nova teoria da eficácia constitucional, calcada no reconhecimento da dimensão retórica das decisões judiciais como fator integrante da normatividade do direito.

No dizer de Jane Reis Gonçalves Pereira

Como adverte Luís Rodolfo Vigo, outro aspecto que veio a precipitar o esgotamento do paradigma legalista foi a evolução da democracia e a consequente demanda da sociedade por decisões fundadas em argumentos, não mais sendo suficientes as justificações puramente estruturais ou formais. (...) Cabe elucidar de que maneira as abstratas decisões constituintes

¹ Este estudo foi desenvolvido dentro do programa produtividade da Universidade Estácio de Sá, cujo tema era “Diálogos epistemológicos entre o Controle de Convencionalidade e o Controle de Constitucionalidade: desafios do Estado Neoconstitucional de Direito”.

transformam-se em “direito constitucional concretizado” através da atividade decisória dos tribunais constitucionais.²

Contemporaneamente, a reconstrução neoconstitucionalista do direito vem sendo impulsionada pelo discurso axiológico-indutivo em cuja base se encontram o principialismo e a teoria da argumentação jurídica. Assim, com o objetivo de realizar a Constituição, o exegeta contemporâneo não pode mais ficar adstrito à norma-dado (*prius* da interpretação constitucional), mas, sim captar seu verdadeiro sentido e alcance a partir da incidência dos elementos fáticos do caso concreto.

Neste mister, haverá, então, de refletir acerca do melhor caminho hermenêutico a seguir, sabendo, no entanto, que sua norma-decisão já devidamente interpretada irá enfrentar o controle subjetivo da sociedade como um todo, aqui vislumbrada como a comunidade aberta de intérpretes da Constituição, tal qual concebida por Peter Häberle.³

Dessarte, a proposta acadêmico-científica deste artigo é inicialmente investigar a reconstrução neoconstitucionalista do direito, para em seguida examinar a concepção estrutural das normas constitucionais que se perfaz a partir de um núcleo essencial (parte central) e de um espectro normativo mais flexível submetido ao princípio da proporcionalidade (parte ponderável). Com rigor, nossa intenção é compor um conjunto metodológico-conceitual capaz de descrever o conteúdo total das normas constitucionais, o que significa dizer por outras palavras delinear uma estratégia de interpretação constitucional capaz de dar conta de todos esses novos elementos hermenêuticos que surgem a partir da reconstrução neoconstitucionalista do direito.

Partindo da ideia-força de que “texto” e “norma” são entidades jurídicas distintas, vamos apresentar uma reconfiguração pós-positivista da norma-decisão no plano *all things considered* de significação.⁴ Portanto, em linhas gerais, o presente trabalho acadêmico colima contribuir para a elaboração teórica de uma nova forma de pensar a eficácia constitucional, especialmente voltada para a eficácia social ou efetividade das normas constitucionais, independentemente de serem

² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23.

³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

⁴ Na verdade, o que se pretende mesmo é propor um modelo avançado de hermenêutica constitucional com latitude científica que assegure a força normativa dos princípios constitucionais, empregando constructos exegeticos da teoria argumentativa do direito. É nesse diapasão que a nova teoria da eficácia constitucional passa a incorporar elementos da dogmática pós-positivista, calcados na busca da eficácia social ou efetividade das normas constitucionais insculpidas sob a forma de princípios jurídicos. Não cabe mais aqui, portanto, aquela vetusta interpretação de que os princípios constitucionais não são normas jurídicas, mas, sim, comandos morais que vinculam apenas a atividade legiferante do poder constituinte derivado reformador.

classificadas como regras ou princípios, normas programáticas ou normas de aplicação, normas de eficácia limitada ou normas de eficácia plena.⁵

Para tanto, outro caminho epistemológico não há senão o de superar a visão autopoietica, axiomática, mecânica, formalista, legalista, dedutiva, silogística e fechada do paradigma positivista, substituindo-a por um novo olhar da interpretação constitucional, que vislumbra a Constituição como norma jurídica, logo capaz de gerar diretamente direitos e obrigações.⁶

Eis aqui o espírito científico que anima o presente artigo: demonstrar a necessidade de uma nova classificação das normas constitucionais, mais consentânea com a hodierna leitura axiológico-indutiva do direito, cuja logicidade envolve temas constitucionais abstrusos, tais como: (i) distinção entre “texto da norma” e “norma”, (ii) existência de um núcleo essencial intangível das normas constitucionais, (iii) colisão de normas constitucionais de mesma hierarquia, e (iv) imposição de limites à criação do direito pelo poder judiciário e controle intersubjetivo dos intérpretes da Constituição.

Enfim, este é o espectro temático do presente artigo.

1. A reconstrução neoconstitucionalistas do direito

O novo constitucionalismo, denominado de neoconstitucionalismo principialista ou neoconstitucionalismo pós-positivista, caracteriza-se pelo conjunto amplo de conceitos avançados trazidos pela novel dogmática pós-positivista, cuja linha epistêmica fundante é a reaproximação entre o direito e a ética.

Nesse sentido, delineando o conceito do neoconstitucionalismo pós-positivista, Luís Roberto Barroso destaca, com precisão, que:

A dogmática jurídica brasileira sofreu, nos últimos anos, o impacto de um conjunto novo e denso de ideias, identificadas sob o rotulo genérico de *pós-positivismo* ou principialismo. Trata-se de um esforço de superação do legalismo estrito, característico do positivismo normativista, sem recorrer às categorias metafísicas do jusnaturalismo. Nele se incluem a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sob a

⁵ Pretende-se, pois, superar a visão clássica de que as normas de eficácia limitada e as normas programáticas têm eficácia meramente “negativa”, vale definir, um tipo de eficácia que atua apenas no plano da validade jurídica, com efeitos paralisantes que impedem a ação legiferante contrária aos preceitos da Constituição.

⁶ Na feliz síntese de Luís Roberto Barroso temos que: “No plano jurídico, a doutrina atribuiu normatividade plena a Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações”. BARROSO, Luís Roberto. Doutrina brasileira da efetividade. In: **Temas de direito constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 77.

ideia de dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética.⁷

Com efeito, o advento do neoconstitucionalismo pós-positivista traz na sua esteira um processo de interpretação amplo de reconstrução da eficácia das normas constitucionais com base na revitalização dos princípios constitucionais. É o início de uma nova era que reconstrói a teoria eficaz da Constituição a partir da **leitura axiológico-indutiva do direito**, na qual o intérprete sopesará valores constitucionais em tensão de modo a identificar qual deles deve prevalecer (**dimensão axiológica**) em determinado caso concreto (**dimensão indutiva**).

Segundo Humberto Ávila: “pode-se afirmar que o intérprete não só *constrói*, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso”.⁸ É nessa perspectiva que a reconstrução neoconstitucionalista do direito tenta criar as condições de possibilidade que garantam a imperatividade das normas constitucionais, direta e imediatamente, sem depender de atos normativos supervenientes, ou seja, caberá ao exegeta constitucional, partindo da ponderação de núcleos de sentido legislados, garantir a força normativa dos princípios constitucionais.

Assim, pode-se dizer que a reconstrução neoconstitucionalista do direito erige suas bases epistemológicas no empoderamento normativo dos princípios jurídicos abertos, até então desconsiderados como verdadeiras normas jurídicas pelo paradigma positivista (leitura axiomático-dedutiva dentro de um sistema fechado de regras jurídicas), exatamente porque insuscetíveis de aplicação mecânica mediante subsunção silogística. No dizer da Professora Jane Reis Gonçalves Pereira:

Essa nova realidade promoveu um severo abalo na concepção formalista que via na justiça “um poder executivo secundário”, ao qual cabia aplicar a lei mediante um raciocínio puramente lógico, consistente em subsumir os casos concretos aos comandos abstratos veiculados pelos preceitos legais. Embora seja certo que, como pontifica Otto Bachoff,⁹ “o juiz nunca correspondeu à concepção de Montesquieu de um mecanismo de pura subsunção” (...) a noção de que o juiz atua com certa dose de criatividade só veio a ser aceita de forma mais ampla após o fracasso histórico do positivismo legalista. (...) outro aspecto que veio a precipitar o esgotamento do paradigma legalista foi a evolução da democracia e a

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio da obra de BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Para uma visão completa acerca da nova interpretação constitucional, v. BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: **Temas de Direito Constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004, p. 24.

⁹ BACHOFF, Otto. **Jueces y constitución**. Madrid: Civitas, 1985, p. 24.

consequente demanda da sociedade por decisões fundadas em argumentos, não mais sendo suficientes as justificações puramente estruturais ou formais.¹⁰

Isto significa dizer que o Estado Neoconstitucional de Direito incorporou a leitura axiológico-indutiva, forjada nas teses da argumentação jurídica, na qual o direito é vislumbrado como um sistema aberto de regras e princípios, dentro de um contexto de intersubjetividade de fundamentação.

Em termos simples, tanto as regras quanto os princípios são normas jurídicas e, com espreque nessa condição, são capazes de gerar direitos subjetivos para o cidadão comum por si sós, direta e independentemente de legislação superveniente.

Com isso, o Estado Neoconstitucional de Direito dá nova feição para a correção normativa do direito porque imprime força jurídica à dimensão ético-fática da norma-decisão construída pelos juízes e tribunais.¹¹

A conclusão trivial é a de que a reconstrução neoconstitucionalista do direito faz avançar a teoria da eficácia das normas constitucionais, na medida em que projeta a imagem de que a normatividade do direito não depende apenas do texto da norma legislada, mas, também, da aceitação da norma construída pelo hermenauta que lhe empresta a sociedade aberta de intérpretes da Constituição, tal qual vislumbrada por Peter Häberle, vale dizer, “todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”.^{12 13}

É nessa direção de concretização de valores axiológicos (dever ser) que importa dizer que a reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito vem oportunizando a substituição gradual dos paradigmas de racionalidade subsuntivo-silogística das regras jurídicas pelos paradigmas de

¹⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 22.

¹¹ Em termos metafóricos, pode-se dizer que a dimensão retórico-argumentativa, usada pelos magistrados na obtenção da norma-decisão, se transforma em míssil hermenêutico que transporta a ética e a faticidade para o mundo do direito, fazendo com que sua normatividade não fique atrelada tão somente ao conteúdo abstrato da norma legislada, mas, também, ao grau de aceitabilidade da norma-decisão pela consciência da comunidade aberta de princípios de inspiração häberleana. Por conseguinte, após longo processo hermenêutico evolutivo, a reconstrução neoconstitucionalista do direito mitiga, de certa forma, a hegemonia exegética da racionalidade silogístico-subsuntiva associada às regras jurídicas, em prol da racionalidade retórico-argumentativa atrelada aos princípios jurídicos constitucionais.

¹² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13.

¹³ À vista disso, é lícito dizer que o Estado Neoconstitucional de Direito não desconsiderou a viragem hermenêutica pós-positivista, que se projetou aberta aos demais fluxos epistemológicos, notadamente, a corrente linguístico-filosófica, base fundante da reaproximação entre o direito e a ética, bem como dos paradigmas de racionalidade dianoética (discursiva), verdadeiramente retórico-argumentativa, que viabilizam a concretização de valores axiológicos insculpidos nos princípios constitucionais, e.g., a dignidade da pessoa humana.

racionalidade argumentativa dos princípios jurídicos, cuja origem remonta ao “giro epistemológico” das formulações hermenêuticas pós-positivistas, como bem demonstra Écio Oto Ramos Duarte:

Para esse intento, é necessário um escorço das teorias básicas apresentadas pela Filosofia da Linguagem, especialmente as elaboradas por autores como Wittgenstein, Searle e Austin. Além dessas construções teóricas estruturarem os pressupostos de uma teoria filosófica da linguagem capaz de imprimir a razão linguística na reflexão dos fenômenos jurídicos, é salutar frisar que o próprio giro pragmático ocorrido na Filosofia da Linguagem provocará, por sua vez, um “giro epistemológico” no âmbito das investigações metodológico-jurídicas que, agora, desde um paradigma de racionalidade discursiva, deverá refletir-se em um novo condicionamento à elaboração da própria Teoria do Direito.¹⁴

Foi com base nesta viragem hermenêutica pós-positivista que a teoria da eficácia constitucional avançou na garantia da efetividade dos princípios jurídicos, na medida em que, agora, a normatividade do direito não se encontra apenas na literalidade do “texto da norma”, no plano abstrato de significação, mas, também, na argumentação jurídica usada pelo exegeta constitucional para criar a “norma propriamente dita”, no plano concreto de significação. Com precisão, Humberto Ávila mostra que:

É preciso distinguir o plano preliminar de análise abstrata das normas, comumente chamado de plano *prima facie* de significação, do plano conclusivo de análise concreta das normas, comumente denominado de nível *all things considered* de significação. [Nomenclatura dada pelo autor Aleksander Peczenik].¹⁵ Essa distinção ajuda a verificar por que alguns critérios são importantes para o primeiro plano mas inadequado para o segundo, ou vice-versa.¹⁶

Com efeito, com a devida acuidade acadêmica, o leitor haverá de concordar que existem dois planos que não se confundem e que são:

- a) plano abstrato de significação, também conhecido como plano preliminar de análise abstrata ou plano *prima facie* de significação, é o plano do “texto da norma” que não considera os fatos do caso concreto e nem a ponderação de valores axiológicos com outros dispositivos constitucionais;¹⁷ e
- b) plano concreto de significação, também denominado de plano *all things considered* ou plano conclusivo de significância, é o plano da “norma propriamente dita” com todas as coisas já

¹⁴ DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso & correção normativa do direito**: aproximação à metodologia discursiva do direito. São Paulo: Landy, 2004, p. 35.

¹⁵ PECZENIK, Aleksander. **On law and reasons**. The Netherlands: Kluwer academic publishers, 1989, p. 76.

¹⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004, p. 57.

¹⁷ No **plano abstrato de significação**, encontram-se os textos dos diferentes artigos, parágrafos, incisos e alíneas da Constituição de 1988. Representam, portanto, o primeiro momento do ciclo hermenêutico e, logicamente, foram criados, na sua grande maioria, pelo legislador democrático.

consideradas, isto é, os fatos do caso concreto que portam juridicidade (fatos portadores de juridicidade) e o sopesamento com outras normas constitucionais em conflito no caso decidendo.¹⁸

Dessa maneira, a reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito deve ser vislumbrada menos como um fetiche acadêmico e mais como uma realidade normativa vinculante, na qual a “norma propriamente dita”, no plano *all things considered*, representa o último estágio do ciclo hermenêutico. Tendo como ponto de partida a própria “pré-compreensão”, o juiz decisor do caso concreto fará incidir sobre o “texto da norma”, no plano preliminar de significação, os fatos da vida real de modo a desvelar a norma jurídica a aplicar.

Isto quer dizer que, à proporção que os elementos fáticos do caso concreto (fatos portadores de juridicidade que transitam no mundo real)¹⁹ vão, paulatinamente, incidindo sobre os demais textos dos dispositivos constitucionais que se apresentam em tensão no referido caso decidendo, o intérprete passa então a reconstruir diferentes núcleos de sentidos desses dispositivos, com o desiderato de encontrar a solução constitucionalmente adequada. Como bem destaca Giorgio Agamben:

No caso da norma jurídica, a referência ao caso concreto supõe um “processo” que envolve sempre uma pluralidade de sujeitos e culmina, em última instância, na emissão de uma sentença, ou seja, de um enunciado cuja referência operativa à realidade é garantida pelos poderes institucionais.²⁰

Desnecessário dizer, portanto, que será a incidência dos fatos portadores de juridicidade sobre o texto constitucional como um todo que irá fixar a eficácia positiva ou simétrica de uma determinada norma da Constituição, daí a relevância desse tipo de incursão científica no âmbito da teoria da eficácia constitucional.

¹⁸ No **plano conclusivo de significância**, encontram-se as “normas propriamente ditas”, isto é, as “normas-decisão”, as “normas interpretadas/concretizadas”, as “normas-resultado”, enfim, as normas que são construídas a partir da argumentação usada pelo exegeta constitucional com todas as coisas já consideradas (nível *all things considered* de significação ou plano concreto de significação).

¹⁹ Os **fatos portadores de juridicidade** são os elementos fáticos do caso concreto, que logicamente são externos ao texto da norma, mas, que, no entanto, são juridicamente relevantes para a construção da norma-decisão (solução do caso concreto), já no plano conclusivo de significância. Em outras palavras, os fatos portadores de juridicidade são todos os aspectos do mundo dos fatos que incidem sobre o texto constitucional como um todo, viabilizando a ponderação de valores nas hipóteses de conflito de normas constitucionais de mesma dignidade normativa (discurso axiológico-indutivo do direito). Assim, é importante destacar que a solução do *caso decidendo* perpassa necessariamente pela correta seleção dos fatos portadores de juridicidade, na medida em que eles possibilitam aferir qual das normas constitucionais em colisão terá maior dimensão de peso relativo no caso concreto. Para uma ampliação do conceito de *fatos portadores de juridicidade*, v. GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: BARROSO, Luiz Roberto (Org). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 118-123.

²⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2.ed., São Paulo: Boitempo, 2004, p. 62.

Em vista disso, pode-se afirmar que a eficácia de uma norma constitucional não pode ser aferida pela simples revelação do sentido prévio do texto da norma no plano preliminar de significação, ao revés, é fruto de um complexo processo de interpretação/concretização, que considera a ocorrência de todos os elementos de faticidade do caso decidendo necessários para gerar a norma jurídica a ser aplicada no plano concreto de significação.²¹

Destarte, a conjuntura neoconstitucional de onde emerge a “norma propriamente dita” se relaciona com o sopesamento de valores axiológicos acoplados à um caso concreto específico, cujo resultado será a aplicação daquele valor consoante com o sentimento constitucional de justiça, sendo certo afirmar, com Susanna Pozzolo, que “a doutrina neoconstitucionalista, em definitivo, é também, senão sobretudo, uma política constitucional: que indica não como o direito é, mas, como o direito deve ser”.²²

Com efeito, sob a égide do Estado Neoconstitucional de Direito, que não deixa de ser um *Estado Principiológico de Direito*, a eficácia de uma norma constitucional não pode ser aferida sem levar em consideração estes elementos axiológicos em tensão que circunscrevem os textos constitucionais e cuja resposta constitucionalmente adequada (mundo do dever ser) somente será encontrada pelo juiz após a incidência dos fatos do caso concreto que portam ou carregam intrinsecamente fontes de juridicidade (mundo real do ser), possibilitando dessarte a construção da “norma propriamente dita”, no plano concreto de significância.

É por tudo isso que se advoga a tese de que a teoria da eficácia das normas constitucionais traz ínsita aquela imagem wittgensteiniana do “jogo de linguagem” se transformando em “jogo de interpretação”, imagem esta que, em última instância, serve também como substrato jusfilosófico do olhar contemporâneo de que texto e norma são conceitos diferentes, mas, acoplados à ideia de ciclo hermenêutico.²³

Portanto, o elemento decisivo da nova teoria da eficácia constitucional é a cosmovisão normativa que parte da não identidade entre norma (solução do caso concreto como resposta constitucionalmente adequada) e enunciado normativo (texto constitucional escrito ou não), o que

²¹ Eis aqui muito bem delineada a distinção entre a previsão constitucional (textos das normas constitucionais no plano preliminar de significação) e o direito constitucional concretizado (normas já no plano concreto *all things considered* obtidas a partir da argumentação jurídica feita com base nos fatos portadores de juridicidade do mundo real e nas possibilidades jurídicas do caso decidendo).

²² DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 78.

²³ Com maestria reflexiva, Jane Reis Gonçalves Pereira destaca que: “Essa interação entre caso e norma - o intérprete parte do caso e regressa a ele - dá origem a um movimento circular (ou de recondução bipolar), que é traduzido na conhecida metáfora do *círculo hermenêutico*. Texto e contexto, norma e caso interagem intensamente, num processo em que o intérprete oscila entre os dois”. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 48.

evidentemente reforça aquela intelecção de que a norma-decisão, no plano concreto *all things considered*, não compreende apenas a literalidade do texto escrito, mas, incorpora também, como ensina Canotilho, um 'pedaço de realidade social' que o programa normativo só parcialmente contempla.²⁴

Em outras palavras, a eficácia das normas constitucionais somente pode ser aferida no plano *all things considered* de significação. Não faz sentido analisar a eficácia de uma norma constitucional ainda no plano abstrato de significação. Em consequência, pode-se afirmar que a tradicional classificação de José Afonso da Silva (normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada) não é plenamente compatível com o modelo pós-positivista.

25

Com efeito, é perfeitamente possível que uma norma de eficácia plena seja afastada em caso de colisão com outra norma constitucional, que, por ocasião do processo de ponderação de valores, tenha obtido maior dimensão de peso relativo dentro de um caso concreto específico. Da mesma forma, é factível que uma norma de eficácia limitada seja aplicada diretamente, sem necessidade de lei regulamentadora, desde que tenha obtido maior peso relativo na ponderação de valores realizada pelo intérprete.

Em conclusão dessa segmentação temática, deixa-se para a reflexão do leitor a superação de um paradigma exegético inflexível de um sistema fechado de regras jurídicas e operado pelo discurso axiomático-dedutivo do direito (positivismo normativo-legalista), em prol de um paradigma exegético flexível de um sistema aberto de regras e princípios e operado pelo discurso axiológico-indutivo do direito (neoconstitucionalismo pós-positivista).

2. A estrutura normativa tridimensional da norma constitucional

Como já amplamente visto, a cada dia que passa novos constructos exegéticos baseados na força jurígena das decisões judiciais são incorporados à interpretação constitucional com o objetivo de garantir a força normativa das normas constitucionais, independentemente de serem classificadas

²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 1087.

²⁵ Isto não significa dizer que a tradicional classificação do Professor José Afonso da Silva tenha caído em desuetude, muito ao revés, continua relevante na análise da eficácia constitucional, uma vez que afere a densidade normativa do texto constitucional *in abstracto*, ou seja, indica previamente se há ou não submissão do texto normativo a reservas legais, qualificadas ou não. Destarte, no plano hermenêutico, uma norma de eficácia plena projeta intrinsecamente maior densidade normativa do que uma norma de eficácia limitada, que fica submetida *prima facie* ao talante do legislador.

como regras ou princípios, normas programáticas ou normas de aplicação, normas de eficácia limitada, normas de eficácia contida ou normas de eficácia plena.²⁶

É por isso que a teoria da eficácia das normas constitucionais não tem outro caminho epistemológico a percorrer senão o de investigar a **estrutura das normas constitucionais**, aqui vislumbrada como o arquétipo das concepções espaciais do conteúdo total das normas constitucionais. Trata-se, pois, de desenvolver uma teorização compatível com as noções de núcleo essencial, zona de ponderação de valores e espaço normativo submetido à discricionariedade do legislador democrático. Tais abordagens são os temas momentosos do direito constitucional contemporâneo.²⁷

Portanto, a progressiva aceitabilidade científica desse “admirável mundo novo da dogmática constitucional” perpassa, necessariamente, pela construção de arquétipos hermenêuticos com aptidão para descrever o conteúdo total das normas constitucionais.

É nesse diapasão que um bom começo para atingir tal objetivo é a análise da já **tradicional estrutura normativa dual** das normas constitucionais, cuja composição comporta um núcleo essencial (parte central inflexível) e uma zona de ponderação de valores, submetida ao princípio da proporcionalidade (parte não-essencial flexível).

De fato, a identificação de um **núcleo essencial das normas constitucionais** e, em especial, dos direitos fundamentais, já é tema consagrado e diversas Constituições estrangeiras o reconheceram expressamente, como, por exemplo, a Lei Fundamental de Bonn (1949), a Constituição de Portugal (1976) e a Constituição da Espanha (1978).²⁸

A teorização do núcleo essencial é feita a partir da formulação de duas teorias principais, a saber: a teoria absoluta e a teoria relativa. Pela primeira, o núcleo essencial de um determinado direito corresponde a um conteúdo normativo inexpugnável, que não pode sofrer nenhum tipo de restrição, o que significa dizer que independe de um processo de ponderação. Já a teoria relativa

²⁶ O que importa aqui é garantir a máxima efetividade da Constituição, ainda que se reconheça que tal efetividade ou eficácia social, em determinadas hipóteses, fique restrita ao conteúdo jurídico mínimo (núcleo essencial) das normas constitucionais principiológicas.

²⁷ Aqui é importante observar que esse tipo de abordagem acerca da estrutura normativa das normas constitucionais não afasta a relevância científica da visão amplamente consolidada que destaca que as normas de direito constitucional estruturam-se sob a forma regras e princípios. Como bem destaca Jane Reis; “a caracterização dos direitos fundamentais como princípios ou regras traz ínsito um posicionamento sobre a possibilidade de estes serem objeto de restrições, sobre os métodos hermenêuticos a serem empregados para determinar sua esfera de proteção e sobre o papel que os tribunais desempenham ao interpretar a Constituição”. PEREIRA, Jane Reis G. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**, p. 89.

²⁸ Na doutrina pátria, Ana Paula de Barcellos destaca que, para além da Constituição Alemã (art. 19, II), Constituição Portuguesa (art.18º, nº. 3) e da Constituição Espanhola (art. 53, nº 1), já citadas anteriormente, uma série de outros ordenamentos estrangeiros que vai desde a Declaração de Direitos da África do Sul até a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, perpassando pela Constituição do Timor Leste, em nítida demonstração de que a ideia de núcleo essencial já é reconhecida não só no âmbito doutrinário e jurisprudencial, mas também no direito constitucional positivo de vários países do mundo. BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**, p.140.

advoga a tese de que o conteúdo essencial de um determinado direito constitucional é flexível, que somente pode ser delineado a partir de um processo de ponderação de valores feito dentro de um caso concreto.

Já no dizer de Juan Cianiardo, “O **conteúdo essencial** é apenas uma parte do direito fundamental, o seu núcleo duro. Cada direito fundamental tem um setor aferível pelo legislador e outro imune a sua atuação. Há, portanto, um conteúdo essencial e outro não-essencial”. Na visão do autor, o **conteúdo total** de um direito fundamental seria integrado por dois círculos concêntricos, compostos por diferentes faculdades e posições jurídicas que, em relação à própria identificação do direito fundamental, ganham intensidade, particularidade e relevância, na medida em que se aproximam do centro.²⁹

É bem de ver, pois, que a **estrutura dual das normas constitucionais** projeta a imagem de dois círculos concêntricos: um círculo interno em conexão direta com o “princípio da proteção do núcleo essencial” e um círculo externo interligado ao “princípio da proporcionalidade”.³⁰ Assim, desde o ponto de vista da corrente doutrinária que admite a existência de tais círculos concêntricos, vale destacar a lição de Jane Reis quando afirma que:

No plano dogmático, algumas teorias sobre os limites imanentes destacam-se por sua singularidade. Peter Häberle, como se viu anteriormente, busca conciliar o método de ponderação de interesses com a noção de que os direitos fundamentais são irrestringíveis. (...) Na visão de Häberle,³¹ os *limites imanentes* demarcam o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Dessa junção dos conceitos de *conteúdo essencial* e *limites imanentes* deflui a categoria por ele denominada de “limites dos direitos fundamentais conforme à essência”.³²

Tais círculos compõem conjuntamente o conteúdo total das normas constitucionais. Ou seja, uma norma constitucional, em sua totalidade, é composta de um círculo central garantidor do seu conteúdo jurídico essencial e de um círculo externo de conteúdo não-essencial (denominado de círculo de conteúdo inicialmente protegido), cuja garantia fica na dependência do princípio da proporcionalidade (*teste del principio de proporcionalidad*). Nesse mesmo sentido, o

²⁹ CIANCIARDO, Juan. **El conflictivismo en los derechos fundamentales**, Pamplona, Eunsa, 2000, p. 258-259.

³⁰ Na mesma direção dogmática, Medida Guerrero: (...) o conteúdo total (o conteúdo constitucionalmente protegido) de um direito fundamental se estrutura em duas zonas: uma central, absolutamente intangível para o legislador (o conteúdo essencial); e outra externa, que denominamos “conteúdo inicialmente protegido”, dado que seus integrantes com caráter claudicante podem ser sacrificados pelo legislador com o objetivo de preservar outros direitos e bens constitucionais sempre que o limite seja considerado proporcional. (tradução e negritos nossos). GUERRERO, M. Medina. **La vinculación negativa a los derechos fundamentales**. Madrid: McGraw-Hill, 1996, pp. 168-169.

³¹ HÄBERLE Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales em La ley fundamental de bonn**: uma contribución a La concepción institucional de los derechos fundamentales y a La teoría de La reserva de La ley. Madrid: Dykinson, 2003, p. 51 et seq.

³² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 187.

pensamento de Ana Paula de Barcellos que também traz a ideia de estrutura normativa dual, composta de dois círculos concêntricos, sendo o círculo interior ocupado por condutas mínimas e diretamente sindicáveis perante o Poder Judiciário e o círculo exterior a ser preenchido pela deliberação democrática.

Em decorrência, pode-se afirmar que a **estrutura normativa dual das normas constitucionais** já é uma realidade vinculante da ciência jurídica, cuja linha dominante consagra dois grandes espectros normativos relacionados ao conteúdo total das normas constitucionais, a saber: uma parte nuclear de conteúdo essencial e uma parte ponderável de conteúdo variável.

Portanto, não se pode negar a ideia de que existem dois grandes espaços normativos que conformam o conteúdo total das normas constitucionais: um círculo interno sob a égide do princípio da proteção do núcleo essencial, que demarca seu conteúdo jurídico mínimo e, uma zona externa de ponderabilidade, que fixa a possibilidade de colisão com outras normas constitucionais de mesma hierarquia.

No entanto, firme nossa convicção de que essa estrutura dual ainda não representa, com total fidelidade, o conteúdo total das normas constitucionais sob a égide da dogmática pós-positivista.

É necessário ainda criar um terceiro espectro normativo que represente a esfera de discricionariedade absoluta do legislador democrático, no qual se impõe limites exegéticos intransponíveis ao ativismo judicial, impedindo dessarte a criação jurisprudencial do direito. Isto significa dizer que, dentro desse terceiro espaço normativo, a atuação do juiz como legislador positivo viola a separação de poderes e os ditames do Estado Democrático de Direito.

É por isso que se propõe a divisão tridimensional da estrutura normativa das normas constitucionais, acrescentando-se uma terceira região normativa, que talvez seja apropriado intitular de **área metajurisdicional**.

Trata-se de um espaço normativo que não reconhece a criação de direito por parte de juízes e tribunais em nome do princípio da separação de poderes, ou seja, cuida-se de um espaço normativo espectral dentro do qual o intérprete da Constituição reconhece, seja o poder discricionário próprio do Estado-legislador na feitura dos enunciados normativos da ordem jurídica, seja o poder contramajoritário próprio do Estado-juiz, que se apresenta como óbice à inovação da ordem jurídica por parte de juízes e tribunais. É nesse diapasão que a área metajurisdicional das normas constitucionais se projeta apenas no campo da validade jurídica e nunca na esfera da efetividade ou eficácia social, daí sua natureza meramente declaratória.

Com rigor, o que o espaço normativo metajurisdicional projeta é a intelecção de que o juiz deve reconhecer sua inaptidão democrática para criar direitos de acordo com sua própria pré-compreensão, respeitando os limites exegéticos intransponíveis que lhe são impostos pelo

sentimento constitucional de justiça. É por isso que o domínio eficaz metajurisdicional fica situado no plano da validade jurídica e, não, no plano da efetividade ou eficácia social (eficácia positiva ou simétrica).

Em essência, o espectro normativo metajurisdicional não consegue superar o déficit democrático do Poder Judiciário no que tange à criação de direitos no lugar do legislador democrático, ou seja, o Poder Judiciário não pode atuar como legislador positivo sob pena de violar a separação de poderes³³ e o Estado Democrático de Direito. Observe-se, com a devida acuidade científica, que não se contesta aqui o valor do poder contramajoritário de juízes e tribunais como garantia fundamental do cidadão comum nos processos criminais, seja contra as pressões diretas da opinião pública, seja pelas pressões indiretas da mídia ou outra fonte qualquer.

Isto significa dizer que a área metajurisdicional traz ínsita a imagem de que a norma-decisão mantém o direito constitucional “inconcretizado”, muito embora já se encontre no plano *all things considered* de significação. Ou seja, levando em consideração todas as circunstâncias fáticas do caso concreto (fatos portadores de juridicidade), o magistrado levou sua decisão para o espectro normativo metajurisdicional, atribuindo valor meramente declaratório à sua norma-decisão, sem penetrar na esfera de discricionariedade do Legislativo democrático.

É bem de ver que a área metajurisdicional das normas constitucionais é tema de crucial importância para a depuração técnica da reconstrução neoconstitucionalista do direito. Sem dúvida, tal construção científica tem potencial para induzir a autocontenção judicial, instrumento fundante da separação de poderes. É a falta de autocontrole do Poder Judiciário que abre espaço para o excesso de ativismo do Estado-juiz, que descambando para o decisionismo solipsista, apresenta-se como um desserviço ao Estado Democrático de Direito, na medida em que faz com que um poder contramajoritário formule políticas públicas no lugar do legislador democrático.³⁴

Com isso, a formulação de políticas públicas pelo Estado-juiz é obrigada a suplantar sua própria dificuldade contramajoritária bickeliana, bem como seu típico déficit democrático, o que evidentemente torna a concretização judicial do direito *in concreto* um fenômeno mais próximo da legitimação democrática advinda da comunidade aberta de intérpretes da Constituição.

³³ Em nome do princípio da separação de poderes, a norma-decisão se limita a declarar a inconstitucionalidade por omissão nas hipóteses de inação do legislador ordinário, ou, então, declarar a inconstitucionalidade dos atos normativos comissivos. Note-se, portanto, que ao optar pela norma de eficácia metajurisdicional como produto final do seu processo de exegese, o juiz reconheceu a impossibilidade de superar a dificuldade contramajoritária, tal qual formulada por Alexander Bickel. **The least dangerous branch**. 2. ed. New Haven, Yale University Press, 1986.

³⁴ A ideia que fica é a de que a área metajurisdicional das normas constitucionais impõe limites exegéticos ao ativismo judicial, impedindo-o de se transformar em mero decisionismo judicial violador do Estado Democrático de Direito. Em síntese, a dinâmica hermenêutica do espectro normativo metajurisdicional impede o juiz de intrometer-se na esfera do processo político democrático, evitando que suas convicções políticas pessoais suplantem as do legislador e/ou do administrador democráticos.

Enfim, tudo isso parece contribuir para a convicção da relevância científica da **estrutura normativa tridimensional**, na qual o conteúdo total das normas constitucionais se perfaz por meio de três grandes espectros normativos (domínios eficaciais): uma área nuclear de conteúdo jurídico mínimo da norma constitucional em apreço, uma área de ponderação de valores com outras normas constitucionais em tensão e uma área metajurisdicional de autocontenção judicial, que reconhece o poder discricionário do legislador democrático.

Com tais considerações feitas, apresenta-se a figura abaixo que mostra, em visão panorâmica, o **paradigma da tríade espectral**, cuja composição contempla todos os três grandes domínios eficaciais das normas constitucionais.

ESTRUTURA TRIDIMENSIONAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Com a firme convicção de que o grande desafio do jurista do século XXI é exatamente o de fixar estratégias de interpretação constitucional que sirvam de supedâneo ao processo de tomada da decisão judicial, pretende-se, em seguida, examinar as bases teoréticas de uma teoria pós-positivista da eficácia da Constituição.

3. A tríade espectral normativa como base epistemológica da

nova teoria da eficácia das normas constitucionais

Antes de tudo, impende ressaltar que a proposta que ora se apresenta é apenas uma possível **estratégia de interpretação constitucional pós-positivista** - dentre muitas outras - mas, que, no entanto, tem o mérito de agrupar, sob uma única estrutura tridimensional, todo o conteúdo das normas constitucionais, ou seja, seu núcleo essencial, sua parte ponderável e agora sua área metajurisdicional.

Com isso, é possível iluminar todos os três grandes caminhos hermenêuticos que se colocam à disposição do decisor (intérprete ou juiz) na solução dos problemas constitucionais contemporâneos. Trata-se, pois, de uma construção hermenêutica com idoneidade epistemológica para representar, agora, sim, o conteúdo total de uma norma constitucional e sua divisão tripartite.

Com efeito, esse tipo de teorização de domínios eficaciais bem característicos e abertos às principais correntes da hodierna teoria argumentativa do direito pode contribuir sobremaneira para o avanço da teoria da eficácia constitucional.

E mais: do ponto de vista exegético, uma das características mais marcantes deste arquétipo tridimensional é a visibilidade que empresta para o controle intersubjetivo das decisões judiciais por parte da comunidade aberta häberliana de intérpretes da Constituição. No plano do Estado Democrático de Direito, o grande dilema do juiz neoconstitucionalista será sempre o enquadramento de sua norma-decisão, a saber: núcleo essencial, zona de ponderação ou área metajurisdicional.³⁵³⁶

O Direito Constitucional hodierno (neoconstitucionalismo) caracteriza-se exatamente pela aptidão científica de aplicar diretamente qualquer tipo de norma constitucional: regra de texto fechado ou princípio de texto aberto; norma de eficácia plena ou norma de eficácia limitada, normas de aplicação ou normas programáticas (instituidoras de programas, metas e fins a serem atingidos no futuro).

³⁵ Em essência, a consciência epistemológica da sociedade aberta de intérpretes da Constituição é a base dessa nova estratégia hermenêutica, uma vez que serve como elemento de legitimidade democrática das decisões judiciais aditivas no plano concreto de significação. Isto significar dizer por outras palavras que não existem normas constitucionais com sentido inequívoco, absolutas, válidas para todas as situações do mundo dos fatos. Ao revés, é o decisor judicial que a partir de uma determinada estratégia de interpretação constitucional e com base nos fatos portadores de juridicidade vai captar o sentido e o alcance das normas abstratamente postas pelo legislador democrático.

³⁶ Em consequência, ao decisor judicial já não lhe é mais dado aplicar mecanicamente o texto da lei, uma vez que plenamente consciente de que a sociedade aberta de intérpretes da Constituição restará sempre vigilante no que tange ao enquadramento da sua norma-decisão feito no plano concreto de significação, emprestando-lhe repúdio ou aceitação de acordo com sua própria consciência epistemológica e na medida exata da conexão que faz entre ética e direito.

Sem desqualificar a teoria tradicional da aplicabilidade das normas constitucionais formulada por José Afonso da Silva (normas de eficácia plena, contida e limitada), que ainda continua perfeitamente válida no campo científico, é necessário, entretanto, expandir as fronteiras exegéticas da teoria da eficácia das normas constitucionais com esboço na estrutura normativa tridimensional.

Isto significa dizer que as tradicionais classificações das normas constitucionais feitas por José Afonso da Silva e outros brilhantes doutrinadores não são obsoletas, mas, apenas, que se encontram em campos de análise diferentes, mais, precisamente elas não levam em consideração a distinção entre o *dever ser* do texto da norma constitucional (plano abstrato de significação) e o *ser* da sua realidade fática (plano concreto de significação). Da mesma forma que não levam em conta o domínio eficaz que perfaz o conteúdo total de uma norma constitucional tridimensional.³⁷

No âmbito do Estado Neoconstitucional de Direito, a eficácia social de uma norma constitucional deve ser aferida a partir das teorias da argumentação jurídica, onde a normatividade do Direito não se encontra apenas no “texto da norma”, no plano preliminar de significação, mas, também, na racionalidade argumentativa das decisões judiciais aditivas ou não, no plano concreto de significação.

Logo, a eficácia social de uma norma constitucional não vem simplesmente da revelação do sentido prévio do enunciado normativo *in abstracto* (texto da norma), no plano abstrato de significação, sendo, com rigor, fruto de um processo de interpretação/concretização, que considera a incidência de todos os elementos fáticos do caso concreto, gerando a norma propriamente dita, no plano concreto de significação.³⁸

Luis Roberto Barroso define a efetividade ou eficácia social como um quarto plano para além dos três planos distintos: o da existência (ou vigência), o da validade e o da eficácia. Para o

³⁷ Além disso, não contemplam o ativismo judicial como elemento garantidor da eficácia social ou efetividade de toda e qualquer norma constitucional, ainda que submetida a uma reserva legal ou reserva de jurisdição. Em consequência, não vislumbram que os problemas constitucionais do tempo presente demandam a criação de direito pelo juiz (ativismo judicial proporcional), mormente quando se tem em conta a omissão inconstitucional do legislador democrático no seu dever de concretizar as normas de eficácia limitada.

³⁸ É nesse sentido que surge a ideia de eficácia social ou efetividade na ciência jurídica, que, não se confunde com a eficácia jurídica, já compreendida como a aptidão para gerar seus efeitos pretendidos de forma abstrata. Por **eficácia social**, entende-se não apenas tal aptidão para gerar seus efeitos pretendidos de forma abstrata, mas, também, a capacidade de ser efetivamente aplicada a casos concretos nos termos por ela regulados. Ou seja, a eficácia social ou efetividade ou eficácia sociológica é a realização concreta daquilo que se encontra no texto constitucional; é a realização do direito na vida social do mundo fático, daí a expressão efetividade. Em linhas gerais, a eficácia social materializa o “dever ser” constitucional, transformando-o em “ser” constitucional. Norma constitucional sem eficácia social é norma que não se realiza, porque não habita o mundo dos fatos sociais.

eminente autor, a ideia de efetividade expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade do seu conteúdo.³⁹

É a eficácia social que garante a realização do sentimento constitucional de justiça e nesse sentido é importante salientar que o direito brasileiro não ficou de fora da viragem hermenêutica neoconstitucional. Ou seja, tal viragem se projeta aberta na edificação de uma nova teoria da eficácia constitucional, que busca superar o positivismo jurídico e seu discurso silogístico-subsuntivo-dedutivista, no qual somente as regras jurídicas são dotadas de efetividade ou eficácia social.⁴⁰

Portanto, o estudioso da eficácia das normas constitucionais do tempo presente deve ser capaz de captar a essência dessa nova teoria, calcada na busca da efetividade ou eficácia social das normas constitucionais, independentemente da sua categorização, vale dizer, regra ou princípio, norma de eficácia plena ou limitada, normas de aplicação ou normas programáticas.

Aqui o leitor deve observar, com a devida agudeza de espírito, que a teoria da eficácia constitucional não pode abrir mão da reconstrução neoconstitucionalista do direito, cuja tematização abarca conteúdos hermenêuticos densos que se projetam sobre toda a extensão da norma constitucional tridimensional.⁴¹ Lembre-se, aqui, do conceito de norma de eficácia limitada que só tem efetividade após a edição da lei infraconstitucional,⁴² ou, da norma de eficácia contida, que autoriza o encurtamento normativo constitucional por meio de legislação inferior.

De fato, as normas de eficácia limitada são aquelas que não receberam do legislador constitucional a normatividade suficiente para sua aplicação imediata, deixando-se, pois, como tarefa do legislador ordinário a regulamentação das matérias contidas na norma constitucional. No entanto, sem embargo da sua indiscutível importância, Virgílio Afonso da Silva, em fundamentada

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 220.

⁴⁰ Nesse sentido, precisa a lição de Lenio Luiz Streck, *verbis*: 'A viragem hermenêutico-ontológica, provocada por *Sein Und Zeit* (HEIDEGGER, 1993), em 1927, e a publicação, anos depois, de *Wahrheit Und Methode* (GADAMER, 1993), em 1960, foram fundamentais para um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica. A partir desse *ontologische Wendung* (giro ontológico), inicia-se o processo de superação dos paradigmas metafísicos objetivista aristotélico-tomista e subjetivista (filosofia da consciência), os quais, de um modo ou de outro, até hoje têm sustentado as teses exegético-dedutivistas-subsuntivas dominantes naquilo que vem sendo denominado de hermenêutica jurídica". STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. In: **Revista Sequência**, n.º 54, p. 29-46, jul. 2007, p. 30.

⁴¹ Com efeito, a teoria da tríade espectral mostra que a teoria tradicional da eficácia constitucional navega em campo exegético muito restrito, que acaba desaguando na mitigação da força normativa da Constituição, posto que opera estrutura hierárquica, na qual a ênfase fica com a lei infraconstitucional superveniente em detrimento do conteúdo normativo guardado pela própria norma constitucional.

⁴² Como visto, as normas de eficácia limitada, aí incluídas as normas de cunho institutivo e de cunho programático, muito embora desempenhem papel relevante no âmbito do direito hodierno, não são capazes de garantir a força normativa da Constituição, uma vez que não produzem a eficácia social ou efetividade das normas constitucionais, notadamente dos direitos sociais de segunda dimensão.

crítica da teoria de José Afonso da Silva, rejeita a classificação feita por seu pai, nos seguintes termos, *verbis*:

Como será esclarecido no tópico seis, essa forma de classificar as normas constitucionais é incompatível com o modelo e os pressupostos aqui defendidos. Em linhas gerais, isso ocorre porque essa classificação é baseada em duas dicotomias que são rejeitadas nesta tese: (1) A primeira delas é aquela entre as normas que não podem e as que podem ser restringidas (*normas de eficácia plena vs. normas de eficácia contida*); (2) A segunda é a distinção entre as normas que não necessitam e as que necessitam de regulamentação ou desenvolvimento infraconstitucional (*normas de eficácia plena vs. normas de eficácia limitada*).⁴³

A nosso juízo, acreditamos que está correta a inteligência de Virgílio Afonso da Silva, notadamente quando destaca que a distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida foi colocada em xeque porque se baseia justamente na possibilidade ou impossibilidade de restrições.⁴⁴ Ora é de sabença geral que não existe norma constitucional absoluta, sendo certo afirmar que a tentativa de otimização dos princípios de mesma dignidade constitucional levará para um processo de ponderação de valores, que relativiza as normas constitucionais em geral.

É por tudo isso que surge a necessidade de uma nova teorização acerca da eficácia constitucional, mais consentânea com a leitura axiológico-indutiva da Constituição e dentro de um campo mais amplo que envolve aquela imagem wittgensteiniana do “jogo de linguagem” se transformando em “jogo de interpretação”, imagem esta que, em última instância, serve também como substrato jusfilosófico do olhar contemporâneo de que texto e norma são conceitos distintos. Nesse sentido, com a força acadêmica das palavras de Canotilho, tem-se que:

Elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria hermenêutica da norma jurídica que arranca da não identidade entre norma e texto normativo; (...) o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (F. Müller), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); (...) mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um 'domínio normativo', isto é, um 'pedaço de realidade social' que o programa normativo só parcialmente contempla.⁴⁵

Desta teoria hermenêutica da norma jurídica de Canotilho, importa extrair a noção de que a norma-decisão do juiz representa a “norma propriamente dita”, ou seja, é a norma já interpretada após a consideração dos fatos reais coletados no caso concreto. Isto significa dizer

⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: **Revista de direito do estado**, RDE nº 4 (outubro/dezembro 2006). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 26.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 49.

⁴⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 1087.

que a eficácia social ou efetividade das normas constitucionais somente pode ser aferida no plano *all things considered* de significação.

Não faz nenhum sentido analisar a eficácia social de uma norma constitucional ainda no plano abstrato de significação.

Em consequência, pode-se afirmar que a tradicional classificação de José Afonso da Silva (normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada) não é totalmente compatível com o modelo que ora se desenvolve. O leitor haverá de concordar que a eficácia de uma determinada norma constitucional só aparece depois da sua interpretação/concretização.

Com efeito, é perfeitamente possível que uma norma de eficácia plena seja afastada em caso de colisão com outra norma constitucional qualquer, desde que, depois da ponderação de valores, o decisor da norma-resultado constate seu menor peso relativo no caso concreto.

Da mesma forma, é plenamente factível que uma norma de eficácia limitada seja aplicada diretamente, sem necessidade de lei regulamentadora, desde que haja necessidade de realizar seu núcleo essencial, isto é, seu conteúdo jurídico mínimo, sem o qual o direito deixaria de existir.⁴⁶

Em consequência, pode-se afirmar que uma determinada norma de eficácia limitada, teoricamente dependente de legislação superveniente, pode ser aplicada diretamente em determinado caso concreto, gerando por ela mesma um direito subjetivo individual ligado ao conteúdo jurídico mínimo do direito em tela.

Assim sendo, de tudo o que se analisou até aqui, importa compreender que a uma nova teoria da eficácia constitucional, apenas uma dentre muitas outras, deve ser capaz de disponibilizar ao dador da norma-decisão a solução dos problemas constitucionais contemporâneos.

Por outras palavras, qualquer que seja a situação real vivenciada pelo dador da norma-decisão (juiz ou intérprete), três soluções hermenêuticas possíveis se lhe apresentam no plano concreto de significação:

a) aplicar o domínio eficaz do **núcleo essencial**, garantindo uma posição jusfundamental individual em sua essencialidade mínima, independentemente de qualquer processo de ponderação de valores ou de interposição legislativa superveniente, fazendo uso da subsunção silogística;

b) aplicar o domínio eficaz da **zona de ponderação de valores**, identificando as normas constitucionais em colisão, de modo a identificar seus pesos relativos a partir da incidência dos

⁴⁶ Nesse sentido, parece que não há conexão entre a classificação tradicional de José Afonso da Silva (normas de eficácia plena, contida e limitada), feita no plano abstrato do texto da norma, e a garantia ou não de sua eficácia social ou efetividade, feita no plano da norma (plano *all things considered* de significação).

elementos fáticos do caso concreto (fatos portadores de juridicidade), fazendo uso do princípio da concordância prática ou do princípio da proporcionalidade;

c) aplicar o domínio eficaz da **área metajurisdicional**, de valor meramente declaratório, reconhecendo o espaço de deliberação do legislador democrático em nome do princípio da separação de poderes e mantendo o direito “inconcretizado” já no plano concreto de significância.

Em suma, a teorização desta estrutura normativa tridimensional das normas constitucionais tem o condão de abarcar todos os grandes caminhos hermenêuticos que se apresentam para a solução dos problemas constitucionais hodiernos.

É dentro deste espírito científico, portanto, que o **arquétipo da tríade espectral** constrói um arcabouço conceitual que permite ao intérprete justificar racionalmente sua norma-decisão, aproximando-se dessarte da comunidade aberta de intérpretes da Constituição. Sem denegar a dogmática jurídica tradicional, a estrutura normativa tridimensional fixa posições dogmáticas claras que orientam o decisor no ato de transformar texto da norma (plano abstrato preliminar) em norma concretizada (plano concreto de significação).⁴⁷

E o que é mais importante: qualquer que seja o problema constitucional a resolver, inclusive os chamados casos difíceis (*hard cases*), sua solução será sempre encontrada a partir do simples enquadramento da norma-decisão dentro de um desses três grandes espectros normativos (núcleo essencial, zona de ponderação de valores ou área metajurisdicional).

Conclusão

O presente artigo procurou *ab initio* demonstrar que a nova teoria da eficácia constitucional desenvolveu novas modalidades de eficácia, que se apresentam compatíveis com os temas mais sensíveis do constitucionalismo contemporâneo, a saber: a complexa teorização do núcleo essencial (teorias absoluta e relativa), as técnicas de ponderação de valores de normas constitucionais de mesma hierarquia (princípios da concordância prática e proporcionalidade) e a temática da separação de poderes e seu entorno hermenêutico focado na invasão do Poder Judiciário sobre a esfera discricionária do legislador democrático na formulação de políticas públicas.

⁴⁷ Com rigor, a teorização da norma constitucional tridimensional nada mais significa do que uma estratégia hermenêutica para escolha de domínios eficazes, cuja composição projeta a imagem de que a efetividade ou eficácia social de uma norma constitucional aumenta à medida que o exegeta se desloca das fímbrias (bordas) da área metajurisdicional para o centro do modelo, isto é, a área nuclear de conteúdo jurídico essencial das normas constitucionais.

Com a devida agudeza de espírito científico, constatou-se que a teoria pós-positivista da eficácia constitucional é capaz de representar o conteúdo total das normas constitucionais, desde sua área nuclear de conteúdo jurídico mínimo, perpassando-se pela sua área de ponderação de valores nas hipóteses de colisão de direitos de mesma dignidade constitucional até, finalmente, chegar-se à sua área metajurisdicional de eficácia negativa/declarativa, na qual o juiz do caso concreto reconhece sua inaptidão de legislar positivamente, inovando a ordem jurídica como um todo.

Sem dúvida, o mérito maior do arquétipo da tríade espectral é apresentar cosmovisão ampla que abarca as três grandes modalidades de eficácia constitucional no plano concreto de significação.

Ou seja, partindo-se do núcleo essencial, espectro normativo garantidor do cerne constitucional intangível, perpassa-se a área de ponderação de valores, na qual o exegeta constitucional tentará aferir o peso relativo de bens jurídicos constitucionais em tensão, para alcançar, finalmente, a área metajurisdicional e seu eixo hermenêutico focado na imposição de limites exegéticos ao ativismo judicial sem base científica, vedando-o nas hipóteses de conteúdo não essencial.

É indubitoso, portanto, que a teoria pós-positivista da eficácia constitucional se apresenta como poderoso instrumento de racionalidade argumentativa, na qual juízes e tribunais podem evitar o solipsismo judicial violador do Estado Democrático de Direito.

E assim é que, para “realizar a Constituição”, a nova teoria prevê:

a) a **eficácia nuclear** para garantir a eficácia social ou efetividade do conteúdo jurídico mínimo da norma constitucional em tela, com base no seu próprio texto normativo e sem necessidade de ponderação de valores ou interposição legislativa superveniente;

b) a **eficácia de harmonização** para conciliar as normas em tensão a partir da aplicação do princípio da concordância prática, a fim de garantir a eficácia social ou efetividade de todas as normas em tensão;

c) a **eficácia de exclusão** para garantir a eficácia social ou efetividade da norma com maior peso relativo no caso concreto, realizando no mundo dos fatos sociais a norma constitucional vencedora, sem que a norma perdedora deixe de ser válida e eficaz.

Já na tarefa de “guardar a supremacia da Constituição”, tem-se:

- a) a **eficácia negativa nuclear** contra atos normativos que atentem contra o conteúdo jurídico mínimo das normas constitucionais (seu núcleo essencial intangível);
- b) a **eficácia metajurisdicional**, que reconhece a dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário, admitindo sua inaptidão de concretizar o direito, no plano concreto de significação, mesmo que diante da mora inconstitucional do legislador democrático.

Nesta era de hegemonia axiológica dos princípios constitucionais, onde a dignidade da pessoa humana se projeta como vetor exegético da ordem jurídica como um todo, urge, pois, conceber novos arquétipos eficaciais, com latitude científica suficiente para lidar com a complexidade dos problemas constitucionais hodiernos, notadamente nos casos difíceis (*hard cases*), nos quais desponta a colisão de normas constitucionais de mesma hierarquia.

Em tempos de reconstrução neoconstitucionalista do direito, a teoria da tríade normativa tem a virtude de permitir o controle intersubjetivo das decisões judiciais pela sociedade háberliana de intérpretes da Constituição, na medida em que se pauta na retitude material das normas já concretizadas no plano concreto de significação.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2.ed., São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004.

BACHOFF, Otto. **Jueces y constitución**. Madrid: Civitas, 1985.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: **Temas de Direito Constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____ (Org.). **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Doutrina brasileira da efetividade. In: _____. **Temas de direito constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**, 2ª ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CIANCIARDO, Juan. **El conflictivismo en los derechos fundamentales**. Pamplona: Eunsa, 2000.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo**. Teoria e casos práticos. São Paulo: Madras, 2004.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso & correção normativa do direito**: aproximação à metodologia discursiva do direito. São Paulo, Editora Landy, 2ª ed., 2004.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006.

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

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 118-123.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GUERRERO, M. Medina. **La vinculación negativa a los derechos fundamentales**. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HÄBERLE Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales em La ley fundamental de bonn**: uma contribución a La concepción institucional de los derechos fundamentales y a La teoría de La reserva de La ley. Madrid: Dykinson, 2003

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1968.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Edição especial comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 1999.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PECZENIK, Aleksander. **On law and reasons**. The Netherlands: Kluwer academic publishers, 1989.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequência**, n. 54, p. 29-46, jul. 2007.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

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

.....

Minibiografia do Autor - Guilherme Sandoval Goés

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Emérito da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME). Pesquisador do Programa Produtividade da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Professor da Escola de

Revista Publicum

Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 111-136, 2019.

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: 10.12957/publicum.2019.41893

Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), UNESA e Universidade Candido Mendes (UCAM). Chefe da Divisão Geopolítica da Escola Superior de Guerra (ESG). Docente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Aeroespaciais (PPGCA) da Universidade da Força Aérea (UNIFA) e do Programa de Pós-Graduação em Segurança Internacional e Defesa (PPGSID) da ESG.

.....

Enviado em: 10 de abril de 2019.

Aprovado em: 26 de agosto de 2019.