

4

Teoria das margens de ação

4.1

Gizando os contornos do debate

Grande parte da tensão apontada no capítulo primeiro da presente pesquisa decorre do conflito entre democracia e direitos fundamentais. A idéia prevalente acerca desses direitos é a de que eles atuam como limite, positivo ou negativo, ao processo de deliberação democrática. Exercem função negativa ou restritiva quando proíbem que particulares ou mesmo o Estado pratiquem determinada conduta, ao passo que desempenham função positiva ou diretiva na medida em que impõem, precipuamente ao Estado, a prática de outras condutas.

Percebe-se, pois, que o Estado é o destinatário primordial dos direitos fundamentais. Em um regime democrático, no qual a criação legítima do Direito é tarefa do Legislativo, certos conteúdos são excluídos do poder de disposição legislativa da população. A limitação do sistema democrático por meio de direitos rígidos parece, à primeira vista, chocar-se com o cerne do regime democrático.

Decerto, os direitos fundamentais representam um pré-comprometimento estabelecido pela própria soberania popular, no exercício do poder constituinte originário, oponíveis, sobremaneira, aos órgãos governamentais. A consagração dos mesmos em sede constitucional significa também que, ao menos em parte, já foi tomada a decisão acerca de seu conteúdo, eficácia e extensão, de modo a retirá-los da livre disposição dos órgãos de direção política do Estado.

O *locus* constitucional denota também uma diferença em relação aos direitos subjetivos clássicos. Estes se encontram sitos no nível da legislação ordinária, como categorias jurídicas instituídas pelo próprio legislador, voltados, de um lado, aos juízes que devem decidir relações jurídicas nas quais estejam em jogo tais interesses e, de outro, às pessoas que eventualmente possam integrar essas relações.

Os direitos fundamentais, à contranota, possuem estrutura normativa e aplicabilidade sistêmica bem diferente. Exsurgem do labor do constituinte

originário ou do legislador, situando-se no mesmo nível hierárquico das regras de competência legislativa, vez que se enquadram na escala constitucional do ordenamento. Ademais, a relação com o Poder Legislativo é bem mais complexa, eis que se afiguram como categoria jurídica endereçada a todos os poderes públicos do Estado e a todos os membros da comunidade, individuais ou coletivos, que vivem sob a égide de dada Constituição.⁹⁶

Outra diferença importante decorre da estrutura normativa. Os direitos subjetivos legais são, regra geral, substancialmente concretos, o que torna mais fácil para seus destinatários definir seu conteúdo e eficácia no processo de aplicação. Os direitos fundamentais, porém, apresentam estrutura normativa materialmente imprecisa, já que elaborados com elementos que remetem ao campo da ética, da justiça, da economia ou da política.

Compreender e aplicar corretamente o conteúdo dos direitos fundamentais não se resume, por assim dizer, a uma simples operação subsuntiva, como ocorre com os direitos subjetivos legais. A subsunção não é tarefa estranha aos direitos fundamentais, mas é inerente ao último estágio de aplicação, posterior à definição do conteúdo e à delimitação de eficácia pelo intérprete por meio de outros métodos, capazes de concretizar o direito fundamental e possibilitar a aplicação no caso fático.

Alexy esquematiza a problemática dos direitos fundamentais por meio de quatro extremos.⁹⁷ O primeiro é o grau de hierarquia extremo na ordem graduada do Direito intra-estatal, o que resulta do fato de serem direitos com hierarquia constitucional. O segundo é a força de imposição extrema, já que vinculam todos os três poderes e, logo, também o legislador. Essa vinculação é, contudo, judicialmente sindicável, o que remete à questão das margens de ação do legislador e dos limites do controle judicial. O terceiro extremo refere-se ao fato de que os direitos fundamentais regulam questões extremamente importantes, como a proteção da vida, a liberdade de religião e de expressão, a igualdade, entre

⁹⁶ Como bem enfatiza Cláudio Ari Mello, “(...) diferentemente dos direitos subjetivos legais, dirigidos pelo legislador à administração pública, aos juízes e às pessoas privadas, os direitos fundamentais são endereçados pelo constituinte *sobretudo ao legislador*, embora também aos administradores públicos, aos juízes e às pessoas privadas” (MELLO, Cláudio Ari. Op. cit., p. 145).

⁹⁷ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. In: *Constitucionalismo Discursivo*. Op. cit., p. 49 et seq.

outros. Todos esses aspectos tornam-se ainda mais tormentosos quando ligados ao quarto extremo, que é a medida máxima de necessidade de interpretação.

Nesse sentido, a respeito das transformações levadas a efeito pelos direitos fundamentais no Estado Constitucional, interessante é a lição de Alfonso García Figuerola:

Trata-se de uma transformação estrutural, porque os direitos fundamentais costumam ser contemplados como *princípios*, cuja configuração é diversa, ao menos em alguma medida, daquela que apresenta o resto das normas do ordenamento (*regras*). (...) Trata-se, em segundo lugar, de uma transformação funcional, porque a indeterminação própria aos princípios jusfundamentais requer um tipo especial de argumentação (ponderação), considerada diferente do raciocínio que tradicionalmente guiou a argumentação baseada em regras (subsunção). O Estado constitucional exige uma teoria política que justifique a atribuição do excedente de discricção associado ao exercício da ponderação a órgãos jurisdicionais e/ou uma teoria da argumentação que sirva para fiscalizar esta atividade de algum modo.^{98 99}

No marco de um constitucionalismo democrático, não se pode admitir que a liberdade de conformação legal dos conteúdos dos direitos fundamentais ocorra ao livre talante do legislador. A liberdade encontra na Constituição um parâmetro normativo permanente, que vincula e impõe o dever de prestar contas. No entanto, a blindagem implicada pelos direitos fundamentais não é absoluta, de modo a esquivar-se do processo democrático. Torna-se imprescindível, portanto, delimitar a margem de ação do legislador no concernente aos direitos fundamentais.

⁹⁸ FIGUEROA, Alfonso García. Princípios e Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 3. Diante disso, no presente trabalho, princípios serão tratados como direitos fundamentais e vice-versa, pois o conflito entre as vertentes do princípio da igualdade insito às ações afirmativas também é um conflito entre direitos fundamentais. No magistério de Wilson Antônio Steinmetz: “Os direitos fundamentais, nessa dimensão, apresentam-se como normas objetivas de princípio. É tão correto dizer ‘direito fundamental de liberdade’ quanto ‘princípio de liberdade’, ‘direito fundamental de igualdade’ quanto ‘princípio de igualdade’. A mudança de terminologia não muda a estrutura jurídico-normativa e a força vinculante” (*Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 136).

⁹⁹ Ressalte-se, outrossim, ser justamente esse o caso da igualdade no ordenamento jurídico brasileiro. Como enfatizado no capítulo anterior, o constituinte inicia o tratamento dispensado aos direitos fundamentais com a afirmação do princípio da igualdade. Dessarte, trata-se de um direito fundamental, o qual tem sua obrigatoriedade estendida ao legislador ordinário pela própria Constituição (como se depreende do artigo 5º, incisos XLI e XLII). Atua, ademais, como valor estruturante de todo o arcabouço jurídico. No dizer de Cármen Lúcia Antunes Rocha, a igualdade é “tida não apenas como regra, ou mesmo como princípio, mas como valor supremo definidor da essência do sistema estabelecido” (Op. cit., p. 91).

4.2

A Constituição que constitui e a liberdade do legislador

O Estado Constitucional hodierno apresenta inovação digna de nota em relação ao Estado de Direito, que é a programaticidade ou dirigismo de sua Constituição. Por outras palavras, a norma suprema do ordenamento jurídico não se restringe a receber e acatar a estrutura econômica e social existente, mas, sim, procura conformá-la ou transformá-la.

Neste diapasão, afirma-se a existência das Constituições programáticas ou dirigentes, como é o caso da brasileira de 1988, as quais positivam, por meio de regras, princípios e diretrizes políticas, os objetivos almejados em determinada sociedade. Essas Constituições trazem em seu bojo o que a doutrina comumente denomina de cláusula transformadora, expressão que deixa patente a contradição entre a injustiça da realidade social e a conseqüente necessidade de eliminá-la.¹⁰⁰

É o caso, por exemplo, do artigo 3º da Constituição Federal de 1988 que, além de integrar a fórmula política, pretende atuar como cláusula transformadora da realidade social. Como já enfatizado alhures, os próprios verbos utilizados pelo legislador (*construir, garantir, erradicar, reduzir, promover*) estão imbuídos com a idéia de ação, de modo a exortar o Estado a atuar na concretização dos citados objetivos fundamentais.

A mesma cláusula transformadora, como lembra Gilberto Bercovici, também se faz presente na Constituição italiana de 1948, que estipula: “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti la legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni, di condizioni personali e sociali” (artigo 3º da Constituição italiana). Observa-se, outrossim, na Constituição espanhola de 1978, em seu artigo 9.2:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos em que se integra sean reales u efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos em la vida política, econômica, cultural y social.

¹⁰⁰ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36.

O cerne das disposições acima elencadas reside no fato de que o Estado fica impedido de dar por realizadas tarefas ainda incompletas, o que impinge a atuação perene na consecução das transformações sociais almejadas pelo constituinte. A eficácia é, portanto, dinâmica e progressiva, indicando um devir constante a ser perseguido. Mesmo levando-se em consideração que sua realização não gera direitos subjetivos imediatos, no sentido de exigir prestações concretas do Estado, demanda deste uma atitude constante e diligente no sentido de promover e incentivar o desenvolvimento econômico e social.

Não se pode olvidar que a jurisprudência reconhece o caráter dirigente da Constituição pátria, como fica claro no excerto abaixo:

A nossa Constituição de 1988, mais do que todas as Cartas e Constituições brasileiras anteriores, é ‘dirigente’ (*dirigierende Verfassung*) e ‘programática’ (*programmatische Verfassung*). Ela almeja ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’ (art. 3, I), erradicando ‘a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais’ (inc. III). Em outras palavras, um dos objetivos fundamentais da nossa República Federativa é oferecer ‘diretivas modeladoras’ para a própria Sociedade, acenando com a intervenção do poder político na ‘ordem econômica’, ‘financeira’, ‘cultural’ e ‘ambiental’. Essas normas programáticas se destinam especialmente aos Poderes Públicos. Ao Legislativo, para que ele procure elaborar as normas infraconstitucionais consoante os ‘programas’ e ‘tarefas’ gizados pela Constituição. Ao Judiciário, para que ele igualmente exerça a denominada ‘atualização constitucional’ (*Verfassungsaktualisierung*), ou seja, interprete as leis tal qual preceituado na Constituição. Acontece que no caso dos autos as normas maiores não estabeleceram de modo concreto a escalada de prioridade (...).¹⁰¹

Contanto, nos últimos tempos, vários doutrinadores passaram a questionar o dirigismo constitucional, mais especificamente após o prefácio de José Joaquim Gomes Canotilho para a segunda edição de seu livro *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. No aludido prefácio, o renomado autor português, alterando sua consagrada postura acerca do tema, declara o ocaso da Constituição dirigente.¹⁰² No contexto brasileiro, Gilberto Bercovici analisa a questão:

¹⁰¹ SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp. n. 63.128-9/GO. Sexta Turma. Rel. Min. Adhemar Maciel. D. J. 11/03/1996. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 30 out. 2007.

¹⁰² “Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do Direito Constitucional ao *direito internacional* e aos *direitos supranacionais*. Numa

A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria “auto-suficiente” da Constituição. Ou seja, criou-se uma Teoria da Constituição tão poderosa, que a Constituição, por si só, resolve todos os problemas. O instrumentalismo constitucional é, desta forma, favorecido: acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com dispositivos constitucionais. Conseqüentemente, o Estado e a política são ignorados, deixados de lado. A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria da Constituição sem Teoria do Estado e sem política. Discordo, portanto, da visão de Canotilho de que a crise da Teoria da Constituição Dirigente é fruto da crise do Estado soberano. Afinal, é justamente por meio da política e do Estado que a Constituição vai se realizar.¹⁰³

No tocante à relação entre Constituição e atribuição de tarefas ao Estado, José Joaquim Gomes Canotilho, em seu novo entendimento, posiciona-se no sentido de que não mais é função do Texto Magno fixar minuciosamente as políticas públicas e incumbi-las ao Estado, mas simplesmente traçar seus fins e objetivos. Aduz, ainda, que a aplicabilidade direta das normas constitucionais não pode ser aceita acriticamente, de forma dogmática e incontestada. Isso porque, consoante o autor, algumas normas necessitam de complementação legislativa, o que não pode ser simplesmente ignorado.¹⁰⁴

Entretanto, mesmo com a mudança de postura, Canotilho ainda reconhece à Constituição algumas dimensões de programaticidade, já que o legislador não possui absoluta liberdade de conformação e deve movimentar-se dentro do enquadramento constitucional.¹⁰⁵ Além disso, mesmo o citado autor, em sua primeira fase, quando ainda vinculado à teoria substantiva da Constituição, identificada com a normatividade dos direitos sociais *lato sensu*, deixava clara a

época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadania, seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da Constituição erguendo-se à categoria de *linha Maginot* contra invasões agressivas dos Direitos Fundamentais” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Ed. cit., p. XXIX).

¹⁰³ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Constitucionalização do Tudo (ou do Nada). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Op. cit., p. 172-3.

¹⁰⁴ “(...) pretende-se afirmar que a Constituição se impõe como lei mesmo no âmbito dos direitos fundamentais, que, desta forma, não podem ser rebaixados a simples declarações ou normas programáticas ou até a simples fórmulas de oportunidade política. Todavia, a expressa afirmação de vinculatividade não significava nem significa que as normas consagradas de direitos fundamentais excluam a necessidade de uma maior densificação operada sobretudo através da lei” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Op. cit., p. XV-XVI).

¹⁰⁵ O autor, conquanto tenha alterado sua concepção, explanou que ainda reconhecia “algumas dimensões de programaticidade: o legislador não tem absoluta liberdade de conformação, antes tem de mover-se dentro do enquadramento constitucional” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 15).

necessidade da abertura constitucional. Por meio desta, recomendava a persistência da liberdade legislativa, mesmo no quadro de uma Constituição dirigente.

O aspecto crucial desta abertura era a “impossibilidade teórica, metodológica e prática de reduzir a legislação a uma contínua e reiterada tarefa de *execução constitucional*”. Destacava ainda que “a Constituição não pode ser apenas *tema*; deve tornar-se *premissa* da política. A liberdade de *decisão política* é compatível com a fixação de linhas materiais de direção política”.¹⁰⁶

De qualquer maneira, nas hostes do constitucionalismo democrático moderno, a política dos direitos fundamentais nunca será onipotente ou soberana, mas sempre subordinada à Constituição. Deve-se, pois, buscar um ponto de equilíbrio, já que os direitos fundamentais não são imunes à política democrática, mas também não se admite a liberdade plena dos órgãos de direção política na concretização do conteúdo dos mesmos. Se assim não fosse, os direitos fundamentais nem ao menos seriam direitos, mas meras recomendações.¹⁰⁷

Robert Alexy, ao discorrer sobre a conexão entre Constituição e legislação, distingue três modelos possíveis.¹⁰⁸ O primeiro é aquele em que a Constituição não contém nenhum comando ou proibição substancial que restrinja as competências do legislador. Mesmo sujeitando-se às prescrições constitucionais de competência, procedimento e forma, estaria o legislador habilitado para tudo. Trata-se de um modelo puramente procedimental, pelo qual não há exclusão direta de nenhum conteúdo como possível de integrar o Direito positivo. É, portanto, incompatível com a vinculação jurídica do legislador aos direitos fundamentais.

¹⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Ed. cit., p. 147-8.

¹⁰⁷ Arguta é a observação de Lenio Luiz Streck, que propugna a necessidade de um certo grau de dirigismo constitucional em países que, como o Brasil, ainda enfrentam grandes desafios na área social. Imprescindível, nesses termos, a atuação do Estado: “O preenchimento do déficit resultante do histórico descumprimento das promessas da modernidade pode ser considerado, no plano de uma teoria da Constituição adequada a países periféricos ou, mais especificamente, de uma Teoria da Constituição Adequada aos Países de Modernidade Tardia (TCAPMT), como conteúdo compromissário mínimo a constar no texto constitucional, bem como os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática”. Assim, “(...) implica uma interligação com uma teoria do Estado, visando à construção de um espaço público, apto a implementar a Constituição em sua materialidade” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Ed. cit., p. 117).

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Op. cit., p. 503 et seq.

A antítese desse modelo é a concepção puramente material de Constituição. Esta estipula um comando ou proibição para cada decisão imaginável do legislador, o que elimina toda e qualquer margem de ação, pois a tarefa legislativa resume-se em declarar o que é ou não devido em virtude da norma fundamental.

O último modelo é o denominado material-procedimental, pelo qual se confiam algumas coisas à discricionariedade do legislador e, concomitantemente, se excluem outras. Há, assim, coisas ordenadas e coisas proibidas, comandos e proibições. Entre os elementos materiais há tanto as normas de direitos fundamentais quanto aquelas que fixam os fins do Estado; o núcleo procedimental, de seu turno, é constituído por elementos de procedimento legislativo. A Constituição atua, pois, como *ordem marco*, que inclui elementos materiais, sem excluir uma margem de ação para o legislador. Essa é, sem sombra de dúvidas, a postura que mais se coaduna com a proposta de um constitucionalismo democrático, apto a conciliar constitucionalismo e jurisdição constitucional.

4.3

Discricionariedade e liberdade de conformação

Toda e qualquer abordagem de democracia exige deferência judicial às competências legislativas. A margem de liberdade de que dispõe o legislador integra o cerne do regime democrático e sua fiscalização, por parte do Poder Judiciário, deve sempre balizar-se por limites, de forma a respeitar a hegemonia legislativa das instituições de representação.

Entretanto, os necessários limites estão na pauta do dia das discussões teórico-constitucionais retratadas no primeiro capítulo, não encontrando uma unidade de pensamento. Muito pelo contrário, as várias concepções de democracia engendram posturas discrepantes no tocante à liberdade do legislador. De um pólo ao outro, parte-se de uma corrente que admite um controle formal e apenas circunstancialmente material da constitucionalidade dos atos normativos até chegar à corrente que vaticina um intervencionismo judicial, que assume supremacia na defesa do suposto conteúdo material da Constituição. Na tentativa de aclarar a discussão, imperativa é a análise de alguns conceitos.

Quando se fala em discricionariedade legislativa, pressupõe-se uma Constituição que não predetermina normativamente fins ou, quando o faz, vale-se de fins genéricos, como é o caso de *interesse público, justiça social e bem comum*. Por esse aspecto, diz-se que há discricionariedade legislativa quando a definição de fins sociais, econômicos, políticos ou mesmo morais não foi fixada na seara constitucional ou foi estabelecida sob enunciados abstratos.

Cabe, então, ao legislador a liberdade de definir esses fins e os meios adequados para atingi-los. Quando os fins encontram-se genericamente prefixados, cabe-lhe especificá-los, bem como escolher os meios que julgar necessários para executá-los.

De outro lado, a liberdade de conformação do legislador parte do pressuposto de que a Constituição determina normativamente de maneira relativamente concreta os fins sociais, econômicos, políticos e morais que tenham sido considerados constitucionalmente relevantes pelo constituinte. Resta ao legislador a escolha dos meios idôneos para atingi-los. A liberdade que este possui quanto aos fins, posto que não irrisória, cinge-se à conformação da dimensão legislativa da finalidade, a qual é predeterminada com variável densidade em nível constitucional.¹⁰⁹

Dentro do raciocínio exposto no primeiro capítulo, afirma-se que o minimalismo constitucional não estabelece finalidades, objetivos e tarefas estatais, visto que o papel do Estado é manter-se neutro em relação à sociedade, apenas atuando para propiciar o livre desenvolvimento. Dita neutralidade reflete-se na norma suprema, que não deve preestabelecer ou dirigir as escolhas políticas da sociedade. Cabe somente ao legislador, ao exercer suas competências funcionais, a tarefa de eleger valores e fins sociais por meio de processos democráticos. Há, nessa hipótese, a discricionariedade legislativa tal como descrita anteriormente. Não cabe controle por parte do Judiciário, pois as escolhas são tomadas no âmbito de uma competência discricionária, guiadas por processos eminentemente políticos e isentos de pré-comprometimentos materiais.

De outra margem, o constitucionalismo substantivo aponta o caráter teleológico impositivo da Constituição, comprometido com os valores nela

¹⁰⁹ A respeito da diferenciação apresentada entre discricionariedade legislativa e liberdade de conformação, v. MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 240 et seq.

albergados. O comprometimento com os direitos fundamentais propugna por um tipo de ativismo judicial que culmina com a supremacia do Judiciário, detentor da primazia na defesa constitucional.

A tendência contemporânea do constitucionalismo democrático é negar a existência de discricionariedade legislativa na concretização constitucional, precipuamente no que se refere ao catálogo de direitos fundamentais. É admissível, nesse prisma, apenas a liberdade de conformação dos conteúdos constitucionais pelo legislador.¹¹⁰ Defendendo a linha de raciocínio aqui exposta, José Joaquim Gomes Canotilho conclui:

Assentou-se, igualmente, em que o princípio da constitucionalidade só pode conceber-se hoje como *princípio de conformidade material e formal dos actos normativos infraconstitucionais*, pelo que a legitimidade constitucional das leis deve ser apreciada tendo em vista não apenas uma exigência de *compatibilidade* (o que postularia tão-somente uma vinculação negativa e um pensamento de limites) mas também a exigência de *conformidade*, o que pressupõe um aprofundamento da heteronomia vinculante positiva das normas constitucionais.¹¹¹

Entretanto, em outras matérias, nada impede a existência de discricionariedade, nos setores em que a Constituição evite predeterminar fins e transfira essa competência ao legislador. É perfeitamente possível a convivência dos dois graus de liberdade mencionados em uma mesma Constituição.

A idéia de liberdade de conformação legislativa confronta-se diretamente com a problemática dos limites do controle a ser exercido pelo Judiciário. Inquestionavelmente, o caráter criador, constitutivo, volitivo e não-executivo (como ocorre com o ato administrativo) do ato legiferante não é passível de um controle indiscriminado. A justiciabilidade de uma medida pressupõe a existência de limites jurídicos objetivos capazes de pautar a decisão judicial.

4.4

As margens de ação do legislador: limites estruturais e epistêmicos

¹¹⁰ Ibidem, p. 244.

¹¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Op. cit., p. 257.

Como restou demonstrado, diante de direitos fundamentais, o moderno constitucionalismo democrático vaticina a vinculação constitucional do legislador, no sentido de procurar atender peremptoriamente aos fins pretendidos, cabendo-lhe eleger os meios que julgar idôneos para tanto. Há, portanto, liberdade de conformação, não discricionariedade. Nesse raciocínio, constata-se que a concepção de Constituição como ordem marco é perfeitamente adequada.¹¹²

Este modelo concilia elementos materiais sem solapar a margem de ação do legislador. Ao explicar a metáfora do marco, Robert Alexy assevera que o marco é o que está ordenado ou proibido; já o que se confia à discricionariedade (ou, como aqui detalhado, à liberdade de conformação) do legislador, ou seja, o que não está ordenado ou proibido, é o que se encontra no interior do marco.¹¹³

Existem, segundo o autor, dois tipos de margens de ação para o legislador frente a um direito fundamental: a estrutural e a epistêmica.¹¹⁴ O primeiro tipo engloba tudo aquilo que não está proibido ou ordenado na Constituição, de maneira que dentro dessa margem de ação enquadra-se exatamente o que foi confiado à discricionariedade do legislador. Subdivide-se, por sua vez, em três tipos: margem para fixação de fins, margem para eleição de meios, margem para a ponderação.

Dispõe o legislador de margem para fixação de fins quando o direito fundamental contém uma reserva de competência, que deixa em aberto as razões para a intervenção, ou quando menciona as razões para intervir, porém não ordena essa intervenção, somente a permitindo quando ocorrerem as mencionadas razões. Na primeira hipótese, pode o legislador decidir se intervém ou não e em função de que fins, propósitos ou princípios. Na segunda, também lhe é facultado decidir se

¹¹² Robert Alexy assim descreve o conteúdo da Constituição material-procedimental (ordem marco): “El hecho de que en una Constitución estén recíprocamente vinculados elementos procedimentales y materiales tiene grandes consecuencias para el sistema jurídico en su totalidad. Significa que, a más de los contenidos del sistema jurídico que desde el punto de vista de la Constitución son meramente *posibles*, existen unos contenidos que son constitucionalmente *necesarios* y otros que son *imposibles*. El hecho de que las normas iusfundamentales determinen los contenidos constitucionalmente necesarios e imposibles, constituye el núcleo de su fundamentalidad formal” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ed. cit., p. 505).

¹¹³ Idem. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid, n. 66, p. 13-64, 2002.

¹¹⁴ Ibidem, p. 13 et seq.

intervém ou não, mas, em caso de fazê-lo, deve ajustar-se aos fins, propósitos ou princípios dispostos na cláusula que estabelece a reserva de intervenção.¹¹⁵

A margem para eleição de meios deriva da estrutura de deveres positivos e surge quando as normas de direito fundamental não apenas proíbem certas intervenções legislativas, mas também ordenam a execução de algumas condutas, como é o caso dos direitos de proteção. Isto significa que o legislador, sempre que se deparar com deveres positivos que não encontrem restrições, tem uma margem de ação dentro da qual pode eleger como cumprir a ordem.¹¹⁶ A solução é simples quando os diversos meios são igualmente idôneos para alcançar o fim determinado. O problema surge apenas quando os meios promovem os fins em diferentes graus, caso em que a decisão dependerá de distintas ponderações.

Aparece, assim, a margem para ponderação. Alexy defendeu que os direitos fundamentais, enquanto princípios, ordenam que algo seja realizado na mais ampla medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Como assinala Luis M. Cruz:

Podría pensarse, considera Alexy, que no cabe un margen de acción estructural para la ponderación. Los derechos fundamentales en tanto que principios, es decir, en tanto que normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fáticas y jurídicas, obligan al legislador a la máxima realización posible de todos los bienes iusfundamentales implicados. De este modo, estaría sujeto al punto máximo que se pueda alcanzar, lo cual excluye la existencia de un margen de acción estructural para la ponderación.¹¹⁷

No entanto, caso essa otimização seja vista como a busca de um ponto máximo, desembocará na idéia da única resposta correta, fato incompatível com a concepção de Constituição como ordem marco. A otimização, no contexto da

¹¹⁵ Luis M. Cruz exemplifica a questão: “Es lo que sucede, por ejemplo, con el artículo 27 de la Ley Fundamental, que establece que ‘todos los barcos mercantes alemanes constituyen una flota mercante única’. Este artículo podría interpretarse en el sentido de que el mantenimiento de la flota mercante alemana tiene el rango de un bien constitucionalmente protegido y, por tanto, el legislador estaría obligado a perseguir dicho fin. Sin embargo, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional Federal, la determinación de este fin se encuadra dentro de su margen de acción para la fijación de fines. El legislador puede perseguir ese fin legítimamente, pero puede también no perseguirlo” (*La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 113).

¹¹⁶ Novamente, à guisa de exemplo, cita-se Luis M. Cruz: “Así, si está ordenado rescatar a un ahogado y esto es posible de varias maneras, del deber de rescate no se sigue que todas las medidas deban ser adoptadas, sino tan sólo una o algunas de ellas. (...) Esta circunstancia no se presenta, en cambio, en el caso de los deberes negativos. La prohibición de matar implica *prima facie* la prohibición de toda acción de matar” (Ibidem, p. 114).

¹¹⁷ Ibidem, p. 114.

teoria dos princípios, conecta-se diretamente ao princípio da proporcionalidade, sendo perfeitamente compatível com a concepção em comento.

Junto à margem de ação estrutural, Alexy assinala a existência de uma margem epistêmica, que surge da incerteza acerca do que está ordenado, proibido ou confiado à discricionariedade do legislador pelos direitos fundamentais. A causa dessa incerteza reside no conhecimento impreciso das premissas empíricas ou normativas.

O legislador dispõe, em primeiro lugar, de uma margem de ação com respeito ao conhecimento de fatos relevantes, ou seja, empírica. Para o autor, esta aparece na sentença do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de 1994, sobre a proibição dos produtos derivados da *cannabis*, na qual a incerteza sobre a necessidade e idoneidade da medida foi questionada.¹¹⁸ A dúvida era se a sanção penal da produção, comércio, divulgação e aquisição de produtos derivados da *cannabis* seria ou não compatível com o direito geral de liberdade. A permissão ou autorização, como meio mais benigno para a liberdade, teriam que superar os perigos que a droga e seu comércio ilegal originam, em igual ou maior medida que a sanção penal.

Para justificar a proibição penal, a intervenção na liberdade jusfundamental subjacente deve ser idônea e necessária para reduzir os perigos associados ao consumo da droga. Caso não encontrasse fundamentos na idoneidade e necessidade, tal proibição esbarraria definitivamente nos direitos fundamentais. Porém, o próprio Tribunal reconheceu que não dispunha de conhecimentos técnicos cientificamente fundados que sustentassem a prevalência de uma ou outra medida, ou seja, havia falta de certeza quanto à veracidade das premissas empíricas. Em dada situação, enfatizou o Tribunal que o legislador ostenta a prerrogativa de apreciação e decisão para eleger entre as várias alternativas adequadas para alcançar o fim legislativo.¹¹⁹

Do contrário, a margem de ação epistêmica de natureza normativa surge nos casos em que não há certeza sobre a melhor maneira de sopesar os direitos

¹¹⁸ BVerfGE 90,145 – *Cannabis*.

¹¹⁹ Robert Alexy, conquanto reconheça a imprescindibilidade de assegurar a margem de ação empírica, criticou a decisão citada, pois as premissas eram apenas *sustentáveis*, ao passo que a restrição na liberdade era grave. Portanto, a argumentação não suplantava a lei de ponderação epistêmica por ele anunciada: “quanto mais grave o grau de intervenção em um direito fundamental, tanto mais alta deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção” (Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: *Constitucionalismo Discursivo*. Ed. cit., p. 91).

fundamentais que se encontram em jogo. Reconhece-se que o legislador dispõe então de determinado marco, dentro do qual pode tomar decisões consoante sua própria valoração.

Exemplo disso é a sentença do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de 1998, sobre a proteção dos trabalhadores relativamente à demissão. Tratava-se de determinar se as fábricas com menos de cinco empregados poderiam ser exoneradas de cumprir as prescrições laborais sobre demissão, de modo a beneficiar o empresário, que se valeria das regras mais frágeis do Direito privado. No caso, a liberdade de profissão do empresário colidia com o dever de proteção dos trabalhadores.

De um lado, exige o Tribunal que as posições jusfundamentais colidentes sejam compreendidas reciprocamente e delimitadas de maneira que sejam efetivas na maior medida possível para todos os afetados. De outro, reconhece ao legislador ampla margem de conformação que abarca não somente as apreciações empíricas, como também as valorações de situação em que se encontram os interesses, ou seja, “el cálculo de la importancia que tienen el uno frente al otro y la determinación de la medida en que deben ser protegidos”.¹²⁰

No caso concreto, o legislador considerou que os interesses dos empresários mereciam especial proteção, o que foi acatado pelo Tribunal, com a ressalva de que o Direito Civil deveria garantir a proteção dos trabalhadores no grau mínimo previsto constitucionalmente. Tal valoração legislativa de direitos em conflito configura hipótese de margem cognitiva do tipo normativo.

Da mesma maneira, poder-se-ia conceber a margem de ação no sentido inverso, caso o legislador houvesse por bem considerar os interesses dos trabalhadores como preponderantes. Isso não seria, de modo algum, inconstitucional, visto que se enquadra na liberdade de conformação do legislador, desde que não se olvide da margem mínima de proteção dos empresários.¹²¹

Ao analisar as citadas sentenças do Tribunal Constitucional Federal Alemão, sobretudo a do caso *cannabis*, Alexy identifica sério problema no concernente às margens de ação epistêmicas. Se a intervenção em um direito fundamental por parte do legislador é autorizada com base em premissas inseguras, é possível que, em virtude disso, os direitos envolvidos fiquem sem

¹²⁰ ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Ed. cit., p. 50.

¹²¹ *Ibidem*, p. 50-2.

proteção efetiva. Isso significa admitir que tais direitos não serão realizados na maior medida possível em decorrência de premissas dotadas de considerável grau de incerteza.

Reconhecer que o legislador dispõe de uma margem cognitiva é permitir que ele determine, dentro de certo contorno, o que está ordenado, proibido e o que é discricionário em matéria de direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos. Logo, as margens epistêmicas entrariam em conflito com a mencionada vinculação do legislador aos direitos fundamentais, característica da Constituição como ordem marco.¹²² Pertinente a observação de Luis M. Cruz:

Lo que se produce, por tanto, con la admisión de los márgenes de acción epistémicos es la colisión entre el principio formal de la competencia del legislador decidir y los principios materiales. El principio formal de la competencia del legislador es un principio procedimental que, en cuanto tal, impone que el legislador democráticamente legitimado sea, en la mayor medida posible, quien toma las decisiones importantes para la comunidad. Por ello, este principio exige, *prima facie*, que el legislador tenga la competencia para adoptar su decisión basándose en un premisa insegura, desfavorable para un derecho fundamental. Por el contrario, los principios iusfundamentales materiales excluyen también *prima facie* que el legislador tenga esta competencia.¹²³

Alexy propõe duas saídas extremas para o impasse, que novamente trazem à baila a já discutida tensão entre direitos fundamentais e democracia. A primeira consiste em dotar de primazia absoluta o princípio jusfundamental material frente aos princípios formais. Feito isto, nos casos de incerteza empírica, o legislador somente poderia sustentar suas decisões com base em premissas cuja verdade seja incontestável. Não obstante, em um contexto complexo, fica difícil sustentar premissas com tal característica. Ademais, o resultado dessa medida é a completa eliminação da liberdade de ação do legislador em extensos âmbitos da vida política. O que, consoante o próprio Robert Alexy, “(...) no es aceptable desde el punto de vista de una Constitución que instituye un legislador y, aún más, que instituye un legislado democráticamente legitimado de manera directa”.¹²⁴

A segunda saída extrema tampouco se revela adequada, já que permite ao legislador levar a efeito restrições extraordinariamente intensas nos direitos

¹²² “Dichos márgenes de acción hacen que la jerarquía jurídica se vuelva relativa. La ‘columna vertebral del orden jurídico’ se expone a un ‘proceso de raquitismo normativo’” (Ibidem, p. 61).

¹²³ CRUZ, Luis M.. *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*. Ed. cit., p. 121.

¹²⁴ ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Ed. cit., p. 53.

fundamentais, ainda que lastreadas por prognósticos com alto grau de incerteza. Essa solução somente faz sentido no contexto de uma concepção idealista de democracia, que sustente a reconciliação dos princípios materiais – direitos fundamentais – e formais – democracia e separação de poderes – em termos de uma sociedade bem ordenada e harmônica. Nesta, tanto o povo quanto os representantes não estão interessados em lesionar os direitos fundamentais por meio de decisões parlamentares majoritárias, muito antes pelo contrário.

Posto que essa concepção de democracia tenha valor, é inalcançável na prática. De fato, a tensão entre princípios materiais e formais é inerente às democracias realmente existentes. Se os princípios materiais são pressupostos do processo democrático, são, *pari passu*, elementos que vinculam o legislador privam a maioria legitimada democraticamente de competências de decisão e, assim, profundamente antidemocráticos.

Diante do exposto, necessária é a racionalização do vínculo entre legislador e direitos fundamentais, precipuamente de modo a delimitar as margens de ação. Para que a vinculação apontada seja realmente efetiva, indispensável é a atuação da jurisdição constitucional. Como ressalta o Tribunal Constitucional Federal Alemão, “la falta de certeza por sí misma no puede ser suficiente para fundamentar la existencia de un margen legislativo para hacer pronósticos, margen que escape al control de constitucionalidad”.¹²⁵

No mesmo sentido, sintetizando a vinculação do legislador aos direitos fundamentais, inclusive no que se refere aos efeitos do ato normativo, Ingo Wolfgang Sarlet:

De pronto, verifica-se que a vinculação aos direitos fundamentais significa para o legislador uma limitação material de sua liberdade de conformação no âmbito de sua atividade regulamentadora e concretizadora. Para além disso, a norma contida no art. 5º, §1º, da CF gera, a toda evidência, uma limitação das possibilidades de intervenção restritiva do legislador no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Se, por um lado, apenas o legislador se encontra autorizado a estabelecer restrições aos direitos fundamentais, por outro, ele próprio encontra-se vinculado a eles, podendo mesmo afirmar-se que o art. 5º, §1º, da CF traz em seu bojo uma inequívoca proibição de leis contrárias aos direitos fundamentais, gerando sindicabilidade não apenas do ato de edição normativa, mas também de seu resultado, atividade, por sua vez, atribuída à Jurisdição Constitucional. Isto significa, em última *ratio*, que a lei não pode mais definir autonomamente (isto é,

¹²⁵ BVerfGE 50, 290 (332), apud CRUZ, Luis M.. *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*. Ed. cit., p. 123.

de forma independente da Constituição) o conteúdo dos direitos fundamentais, o qual, pelo contrário, deverá ser extraído exclusivamente das próprias normas constitucionais que os consagram.¹²⁶

Portanto, diante do direito fundamental de igualdade, verifica-se a presença das margens de ação estrutural e epistêmica. Estas não são, contudo, inteiramente livres, já que o legislador encontra-se materialmente vinculado ao fim previsto na Constituição. Além disso, é importante salientar que as premissas empíricas adotadas (análise dos fatos legislativos presentes), bem como os efeitos produzidos por seus atos (fatos legislativos futuros, ligados ao prognóstico elaborado pelo legislador) devem estar em consonância com os ditames constitucionais. Afigura-se possível, assim, a intervenção do Judiciário, como forma de racionalizar a atuação legiferante.

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., at. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 345.