

HERMENÊUTICA PRINCIPIOLÓGICA E COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas

Luiz Henrique Urquhart Cademartori¹

SUMÁRIO: 1. Introdução: o substrato jurídico-político dos novos modelos de interpretação constitucional; 2. A teoria dos princípios constitucionais segundo Robert Aléxy e Ronald Dworkin; 3. o papel dos princípios nas concepções de Aléxy e Habermas; Referências.

RESUMO: O artigo trata, de forma sintética, os pontos convergentes e divergentes nas teorias principiológicas de Aléxy e Dworkin. Para tanto, é traçado um panorama do contexto jurídico sob o qual se desenvolvem tais teorias e quais são os aportes filosóficos de Jürgen Habermas que, de uma parte embasam a teoria de Aléxy, por outro lado também são fonte de divergência teórica entre os dois autores. Entretanto, resta delineado um contexto procedimental de base habermasiana nas teorizações de Aléxy, contraposto a uma concepção substancialista, baseada no ideal de igualdade no discurso de Dworkin.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica Jurídica; Princípios; Colisão de Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The article summarizes the converging and diverging points in the principle-based theories of Aléxy and Dworkin. For this, it gives an overview of the legal context on which these theories were developed and the philosophical contributions of Jürgen Habermas that, on one hand, form the basis of Aléxy's theory, and on the other, are the source of theoretical divergence between the two authors. However, a procedural Habermasian-based context is outlined in the theorizations of Aléxy, contrasted with the substantialist concept based on the ideal of equality in the discourse of Dworkin.

KEY WORDS: Legal Hermeneutics; Principles; Clash of Fundamental Rights.

1 Introdução: o substrato jurídico-político dos novos modelos de interpretação constitucional

Ao considerar-se todo o novo contexto interpretativo constitucional que permeia o direito atual, entende-se que estaria a ele subjacente o que segundo alguns autores se configuraria como uma nova matriz epistemológica do direito, batizada como pós-positivismo² ou neo constitucionalismo.

Esta nova matriz apresenta como principal desafio o equacionamento entre as dimensões do Direito, Moral e Política ao tentar estabelecer, de forma racional, as suas formas de entrelaçamento, o que pressupõe o desenvolvimento de padrões de racionalidade baseados mais na razoabilidade prudencial do que no cientificismo formal.

Sob tal perspectiva, a categoria central da validade normativa estaria fundamentada, não mais sob a base do ápice normativo constitucional, considerado como centro do qual tudo deriva, a partir de processos de subsunção formal sob o manto da soberania estatal, e sim como centro ao qual tudo deve convergir, a partir dos múltiplos fatores da realidade social, vale dizer, como centro a ser alcançado e não do qual se deve partir³.

Por essa razão é que se fala no desenvolvimento de uma autêntica "política constitucional" a qual não é o resultado da sua execução pura e simples e sim, uma questão de realização existencial (pessoal e social) sob os seus mais variados conteúdos, sejam eles morais, políticos, econômicos ou culturais, estando tais valores normatizados constitucionalmente como princípios.⁴

São, precisamente, tais princípios cujo conteúdo remete-se aos valores mencionados os quais levam alguns juristas a batizar as constituições que os proclamam como constituições dirigentes. Tal ocorre por traduzirem eles fins e programas de ação os quais, sob a nova matriz teórica pós-positivista, podem tornar possível, também, a concretização (em graus variados) dos valores iluministas que inspiraram os direitos fundamentais e abrir caminho para um modelo de democracia substancial como instância de realização social e política de tais direitos, posterior à democracia formal ou representativa.

Os reflexos de tal conjuntura no campo específico do direito terminam por afetar, também, a clássica estrutura da rigidez hierárquica das normas, estando elas encabeçadas, no modelo kelseniano, pela norma fundamental (não positivada, mas pressuposta pela razão) e suas demais leis cativas, cedendo, então, a um novo modelo onde a unidade das normas somente pode ser percebida em contextos ligados a casos concretos.

Tal modelo encontra-se dentro de uma concepção pragmática de direito, orientado por uma hermenêutica principiológica de matriz constitucional. Esta, por sua vez, baseia-se em critérios de pré-compreensão⁵ reconstrutiva, os quais partem dos problemas ou situações, objeto de apreciação judicial, visando definir o sentido das normas⁶ ao invés da direta remissão à lei, fruto esta de um modelo de subsunção direta, dos fatos às normas, através de um processo lógico-dedutivo como apregoava Kelsen.

Entretanto, alguns entraves metodológicos, inerentes ao processo de consecução dos valores constitucionais, necessitam ser contornados através de novas técnicas de decisão jurídica, vale dizer, sob o âmbito de uma nova teoria da argumentação, bem como das formas de interpretar os chamados "conceitos jurídicos indeterminados".

Com efeito, no contexto do Estado Democrático de Direito, as normas e diretrizes da política estatal encontram-se permeadas por conceitos jurídicos fluidos ou imprecisos, tais como segurança jurídica, justiça social ou interesse público, de acentuado conteúdo axiológico, os quais terminam por gerar um padrão de decisões judiciais, quando do conflito de interesses gerados pela invocação de tais valores, baseado na ponderação desses mesmos valores conflitantes, configurando-se eles sob a forma de princípios constitucionais em colisão.

Isso, entretanto, não invalida a existência de regras (leis em sentido estrito) as quais, sob a sua dimensão de generalidade, asseguram a igualdade perante a lei com certo distanciamento de contextos mutáveis sendo que a eles soma-se um grau de abstração que acaba conduzindo a um princípio geral segundo o qual, toda situação envolvendo condições de igualdade deve ter tratamento igual e toda situação envolvendo condições diferenciadas deve ter tratamento diferenciado⁷.

No que diz respeito ao tratamento jurídico dos princípios constitucionais, mereceram eles, ante ao problema já exposto, um tratamento específico no âmbito de teorias principiológicas, sendo que diversos autores tratam do tema tendo como afinidade o desenvolvimento de um padrão de ponderação e aplicação de tais princípios permeados de valores, que não comprometa o nível de racionalidade formal do direito.

2 A teoria dos princípios constitucionais segundo Robert Aléxy e Ronald Dworkin

Nessa esteira, podem ser destacadas as teorias de Robert Aléxy e Ronald Dworkin. Sem querer adentrar em todos os meandros do complexo debate que envolve as suas teorias e toda a polêmica de que tratam, pode-se, esquematicamente, tecer um panorama sobre a concepção e o papel dos princípios e o seu conteúdo baseado nos direitos fundamentais, bem como a influência de Habermas na polêmica travada por ambos.

Embora existam semelhanças e convergências nas teorias principiológicas de Aléxy e Dworkin, na medida em que ambos pretendem conferir um grau de legitimidade racionalmente aceitável ao direito na sua aproximação, efetiva e material, com os valores decorrentes dos direitos fundamentais, algumas divergências ganham destaque.

Se, por uma parte, o conceito de princípio desempenha papel relevante em ambos os autores, a sua natureza e aplicabilidade é um pouco diversa. Segundo a concepção de Aléxy, os princípios considerados espécie - juntamente com as regras - do gênero norma, possuem o caráter de "mandatos de otimização" pela razão de que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.⁸

Portanto, os princípios seriam mandatos de otimização caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos ou não, em graus diferentes, sendo a medida do seu cumprimento dependente não somente das possibilidades fáticas (determinadas no caso concreto a partir do qual são invocados princípios opostos pelas partes), mas também jurídicas, relacionadas com os princípios mesmos que se encontram em colisão e necessitam ser ponderados.⁹

Visando apontar a especificidade jurídica dos princípios, Aléxy os diferencia das regras através da análise das formas de solução, dentro do ordenamento jurídico, do conflito interno entre regras e entre princípios. O conflito entre regras pode ser solucionado, segundo o ordenamento normativo do direito, de duas maneiras: ou através de uma cláusula de exceção que uma das regras teria, a qual eliminaria o conflito ao estabelecer uma solução específica para o caso, ou então, uma delas estaria a lesar o ordenamento jurídico o que a tornaria inválida e, portanto, deveria tal regra ser expelida do mesmo ordenamento.¹⁰

No caso do conflito entre princípios (ou colisão entre princípios, nos termos de Aléxy), diversamente das regras, este se dá no plano do seu "peso" valorativo que entre eles - os princípios colidentes - deverá ser ponderado e não no plano da validade, como no caso do conflito entre regras.

Considerados *prima facie*, os princípios são todos válidos e hierarquicamente iguais, sendo que a sua colisão somente ocorre nos casos concretos, quando um princípio limita a irradiação de efeitos do outro. Quando se depara com a colisão de princípios, o intérprete deverá valer-se de um critério hermenêutico de ponderação dos valores *jusfundamentais* que Aléxy denomina de "máxima da proporcionalidade" a qual é composta de três máximas parciais: **adequação**, que ao estabelecer a relação entre o meio empregado e o fim atingido, mede seus efeitos a partir de hipóteses comprovadas ou altamente prováveis; **necessidade**, que estabelece que a medida empregada (vale dizer, a norma) deve considerar, sempre, o meio mais benéfico ao destinatário, e **proporcionalidade em sentido estrito** que é a ponderação com base nos valores *jusfundamentais* propriamente ditos, os quais, na jurisprudência da Suprema Corte da Alemanha, encontram na noção de dignidade da pessoa humana uma espécie de meta-valor a orientar a interpretação dos demais direitos fundamentais, embora em Aléxy a sua interpretação seja diversa, pois é ancorada na análise de dois princípios colidentes, sejam quais forem, **de igual hierarquia** e tendo como critério de opção, em última instância, as decorrências sociais do caso concreto face aos dois critérios de adequação e necessidade, antes observados, que influirão na escolha do princípio que deva prevalecer naquela situação.¹¹

Isso tudo resulta em que as máximas de adequação e de necessidade consideram as possibilidades fáticas advindas do caso concreto, enquanto que a máxima da proporcionalidade, em

sentido estrito, considera as possibilidades jurídicas. A relação de ponderação atribui a cada princípio um peso por serem eles exigências de otimização diferentemente das regras que são rígidas na sua aplicação a um caso concreto. Ou seja, neste último caso, as regras se aplicam de forma integral dentro do código binário válido/inválido; tudo ou nada, fazendo-se valer, quando cabíveis, em caráter definitivo e excludente.

Os princípios, por seu lado, podem ter diferentes graus de concretização, dependendo das circunstâncias específicas (possibilidades fáticas) e dos demais princípios que se confrontam (possibilidades jurídicas). Somente após a realização do processo de ponderação é que o princípio considerado prevalente torna-se uma regra a estabelecer um direito definitivo para aquele caso.¹²

Com relação à concepção de Dworkin a respeito do papel dos princípios na proteção dos direitos fundamentais, uma primeira divergência entre ele e Aléxy se estabelece com relação à natureza dos princípios. Para Dworkin, estes não são espécies do gênero “norma jurídica” como quer Aléxy e sim proposições que descrevem direitos, embora sejam derivados do campo da moral como *standards* ou padrões de valores socialmente consagrados em uma comunidade de princípios. Portanto, os princípios referem-se à justiça e equidade (*fairness*).¹³ Estes irão interagir com o direito quando se deparar o julgador com um caso difícil (*hard case*) onde o repertório de normas ou os precedentes judiciais sejam insuficientes para a solução do caso.

Entretanto, Dworkin reconhece que, ao contrário das regras que jogam um papel do “tudo ou nada” (*and all or nothing*), os princípios apresentam razões não condicionais, do tipo “se [...]”, “então [...]”, comuns nas regras para determinadas condutas, podendo ser determinantes para o processo de decisão judicial quando sua força argumentativa for maior para o caso¹⁴, sem a necessidade de regras pré-estabelecidas semanticamente sobre como devam estruturar-se os conflitos entre regras ou entre princípios, tal como afirma Aléxy, portanto, sob uma concepção pragmática mais abrangente que também dispensa um critério técnico de ponderação tal como a máxima da proporcionalidade.

Ainda a respeito das diferenças teóricas entre esses dois autores, no que diz respeito aos bens coletivos, estes podem ser objeto de regulação pelos princípios, segundo Aléxy¹⁵, o que se revela condizente com o modelo constitucional brasileiro que outorga a certos bens coletivos o *status* de direitos sociais ou direitos fundamentais de segunda ou terceira dimensão ou mesmo de “normas programáticas”, ao passo que, segundo Dworkin, a Constituição trata a legislação social – como, por exemplo, a que limita o horário semanal de trabalho – como uma questão política e não de princípio¹⁶.

Entretanto, as diretrizes políticas também serão objeto de proteção pelo direito sempre que afetem a diretriz primeira do “direito a igual consideração e respeito” a que todo cidadão faz *jus*, sendo este o postulado que embasa toda a teoria da integridade de Dworkin. Ou seja, embora a consideração de equidade seja uma pré-condição de legitimidade política, vale dizer, uma pré-condição democrática do direito da maioria de fazer valer as leis face aos que acreditam que elas são pouco aconselháveis ou mesmo injustas, não é possível deixar de lado a questão do que é exigido pela igualdade de consideração e respeito que embasa a idéia de integridade do direito.

Assim, ante a seguinte pergunta: bastaria que uma comunidade assegurasse a todos um nível mínimo de nutrição, habitação, serviços médicos e que não se preocupasse se alguns cidadãos tem muito mais riqueza que outros? Dworkin entende que o questionamento correto seria: satisfaria tal política a demanda de uma consideração equitativa por parte daqueles que sequer podem sonhar com um tipo de vida que seus concidadãos tem por realizada? Embora, para Dworkin, os princípios digam respeito à proteção dos direitos individuais enquanto que a proteção dos bens coletivos diz respeito a diretrizes de ordem política ou políticas públicas, cuja consecução é de responsabilidade governamental, sempre que tal política atinja o princípio da igualdade, nos termos em que a concebe o autor, esta passa a ser uma questão de direito a ser decidida pelo Judiciário.

Portanto, a igualdade é um meta-valor no âmbito dos direitos o que não é admissível em teorias com a de Aléxy, segundo a qual, *prima facie*, todos os valores *jusfundamentais* se equiparam.

Explicitando melhor esta questão, ela leva a que se observem as diferenças entre esses autores na determinação das relações entre os ideais iluministas de liberdade e igualdade. Enquanto que Aléxy entende a liberdade e a igualdade como princípios *prima facie*, dentre outros, de mesma posição hierárquica no ordenamento constitucional e passíveis de colisão, tal idéia fica afastada

na concepção de Dworkin, segundo a qual a igualdade (*equal concern*) constitui-se na virtude suprema (*sovereign virtue*) da comunidade política, entendendo que a igualdade de consideração e respeito exige que o governo aspire a uma forma de igualdade material, por ele entendida como igualdade de recursos.¹⁷

Outrossim, é preciso ressaltar a total compatibilidade entre liberdade e igualdade, segundo Dworkin, pois ambas, como virtudes fundamentais que são, não podem entrar em conflito porque a igualdade sequer pode ser definida se não se pressupõe que a liberdade está no seu sítio. Nessa medida, a igualdade não pode ser melhorada no mundo real, através de políticas que comprometam o valor da liberdade.

Para Aléxy, o conceito que exprime a harmonia a ser aspirada pela comunidade política não é o de igualdade e sim o de correção, dentro de um modelo eminentemente procedimental de argumentação jurídica, o que pressupõe a interpretação e aplicação de normas com base em regras formais de discussão e construção de consensos entre os participantes do debate. Isto tudo, de acordo com o modelo procedimental-comunicativo de Habermas que, por sua vez, é um desdobramento da sua teoria da ação comunicativa. Portanto, da mesma forma, a igualdade e a liberdade estão subordinados a essa mesma idéia reguladora.

3 O papel dos princípios nas concepções de Aléxy e Habermas

Na polêmica travada com Habermas a respeito da teoria dos direitos fundamentais, a questão decisiva refere-se aos limites desses direitos. Segundo Aléxy, este problema se resolve demarcando-se tais direitos a partir de uma teoria dos princípios cuja base é a tese de que os direitos fundamentais, enquanto normas, possuem a estrutura de mandatos de otimização, como já se comentou, o que leva a situar a máxima da proporcionalidade no centro da dogmática dos direitos fundamentais. A principal consequência prática disto é a ponderação axiológica (via critérios de adequação, necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito) na limitação de tais normas.¹⁸

Habermas rechaça tal teoria, contrapondo ao modelo da ponderação de valores de Aléxy o modelo do discurso de aplicação idealizado por Klaus Günther, segundo o qual o discurso jurídico comporta duas divisões ou níveis: discursos de justificação, que consideram interesses universalizáveis em condições ou circunstâncias iguais ou constantes de avaliação (como o discurso da legislação, por exemplo, ao elaborar hipóteses normativas não mutáveis) e discursos de aplicação, que consideram todas as circunstâncias do caso concreto, e portanto, em condições específicas e mutáveis (é o discurso da decisão judicial, por exemplo). Neste último caso, as condições são variáveis devido às circunstâncias inerentes ao caso o que faz com que, dentro do repertório legal das normas válidas, somente uma seja aplicável, ou melhor, adequada ao caso, embora isto não invalide, *prima facie*, as demais normas do repertório jurídico do qual foi extraída a norma mais adequada (não caberia falar-se de validade, pois todas elas o são) para tal caso concreto.¹⁹

Portanto, aqui o papel central é o da coerência e não o da opção valorativa entre princípios. Embora Aléxy concorde em que na interpretação do direito a coerência é fundamental, entende também que não pode haver coerência sem ponderação. É precisamente neste ponto que a discrepância entre Aléxy e Habermas é central.

Com efeito, Habermas entende que a idéia de ponderação valorativa destrói a estrutura deontológica dos direitos fundamentais²⁰. A ponderação pressupõe um mais e um menos como grau de otimização dos princípios e, com isto, afasta a estrutura binária (lícito/ilícito) que é constitutiva da validade das normas. Assim, a teoria dos princípios de Aléxy, retira dos direitos fundamentais a sua estrutura deontológica (dever-ser) e lhes confere um sentido teleológico (finalidade valorativa).²¹

Ante tal crítica, Aléxy responde que a simples existência da gradualidade principiológica não pressupõe uma estrutura teleológica e apenas isto. Por exemplo, a liberdade de expressão é tão importante nos Estados Unidos quanto na Alemanha e aqui também há um mais e um menos. Mas disto não decorre que em um ou outro país ou em ambos, ela tenha um caráter puramente teleológico.

É evidente que uma fundamentação que tenha por objeto os direitos fundamentais deve ter uma estrutura binária, ou seja, somente pode ser válida ou inválida, entretanto, o caráter binário do resultado não implica a conclusão de que todos os fatores levados em conta no processo de fundamentação, e a ponderação faz parte desse processo, devam ter, também eles, um caráter binário, pois a escolha definitiva de uma ou outra norma, será o resultado de todo um procedimento discursivo de interpretação e argumentação jurídica.

De toda forma, tal polêmica leva, em última análise, à discussão se a máxima da proporcionalidade é um procedimento racional ou não. Habermas sustenta, com base no que foi resumido, que não, ao passo que Aléxy afirma que sim, se é que existe um critério de racionalidade apto a responder questões oriundas do campo da razão prática.

Essa, por seu turno, é a problemática central discutida no seio do pós-positivismo ou neo constitucionalismo e que tem como fontes principais, a suprir o seu embasamento epistemológico, as atuais contribuições teóricas advindas, precisamente, da hermenêutica constitucional.

Referências

- ALÉXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart (organizador). **Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneos**. Florianópolis: Novo Tempo, 2003.
- DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1989.
- _____. **Virtud Soberana**. – La Teoría y la práctica de la igualdad. Barcelona: Paidós, 2003.
- GÜNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness**. Albany: State University of New York Press, 1993.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia** - entre facticidade e validade. Vols. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. VI, Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo. Brasília: Ministério da Justiça; UnB, 1979.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madrid: Trotta, 2002.

Notas

- 1 O autor é Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC; professor no programa de Mestrado em Ciência Jurídica e na graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí UNIVALI; consultor do INEP e SESu – MEC para avaliação de cursos de direito no território nacional; assessor jurídico do CECCON – Centro de Controle de Constitucionalidade da Procuradoria de Justiça de Santa Catarina; autor de várias obras e artigos sobre Direito Público. E-mail: luiz.hc@terra.com.br
- 2 Confira-se a esse respeito, o prólogo de Albert Calsamiglia na edição espanhola da obra: DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1989.
- 3 ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madrid: Trotta, 2002, p.14.
- 4 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Os Fundamentos de Legitimidade do Estado Constitucional: as análises de Weber e Habermas, p. 6-7. In: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart (org.). **Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneos**. Florianópolis: Novo Tempo, 2003.
- 5 Nos termos de Larenz, a pré-compreensão refere-se à coisa de que o texto trata e à linguagem que se fala dela, sendo o resultado de um longo processo de aprendizagem em que se incluem, tanto os conhecimentos adquiridos na sua formação ou posteriormente, com as últimas experiências profissionais e extra-profissionais, mormente as que se referem a fatos e contextos sociais. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.288-289.

- 6 A respeito desse modelo de pensar a relação fatos-direito, confira-se também, um dos pioneiros da corrente batizada como "Jurisprudência dos problemas", a saber, VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. VI, Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo. Brasília: Ministério da Justiça; UnB, 1979.
- 7 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia** – entre facticidade e validade. Vol. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 200.
- 8 ALÉXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.82-87. Evidentemente que, embora se verifiquem algumas semelhanças, a idéia de proporcionalidade de Aléxy não se confunde com a sua noção aristotélica e nem com o chamado "princípio da razoabilidade" de base anglo saxônica.
- 9 Ibidem.
- 10 Ib,p.87-89.
- 11 Ib. Deve-se observar, entretanto, que a idéia de um dado valor *jusfundamental* que seja medida dos demais, pairando sobre eles, é totalmente contrária ao modelo de Aléxy, que concebe todos os direitos jusfundamentais, sob a sua roupagem de princípios, como de igual hierarquia na sua dimensão *prima facie*. Assim, o critério da proporcionalidade em sentido estrito estaria mais relacionada com uma forma de última apreciação, com base nas suas conseqüências, sobre a opção entre um princípio e não o outro para aquele caso em que se realizou a ponderação.
- 12 Ib. p. 111-115.
- 13 DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1989, p. 158.
- 14 Idem, p. 192-208.
- 15 ALÉXY, Robert. *Op. Cit.* P. 482-486
- 16 DWORKIN, Ronald. **Virtud Soberana** – La Teoría y la práctica de la igualdad. Barcelona: Paidós. 2003, p. 197. Nessa obra, o autor ilustra a questão ao analisar e criticar o caso *Lochner*, em que a Corte Suprema invalidou uma lei de Nova York que limitava o número de horas semanais que deveriam trabalhar os padeiros. P. 196-197
- 17 Ibidem.
- 18 Na dogmática constitucional brasileira, é conhecida a teoria de José Afonso da Silva a respeito dos graus de eficácia das normas constitucionais como forma de solucionar a aplicação e limitação dos diversos dispositivos constitucionais. Segundo ele tais normas podem ter **eficácia plena** (quando desde o início já podem irradiar todos os seus efeitos sem nenhuma limitação infraconstitucional); **eficácia contida** (quando desde o início possuem igualmente eficácia plena, porém esta pode ser limitada, posteriormente, por atos ou normas infraconstitucionais, ex. de tais normas: os direitos fundamentais individuais); **eficácia limitada** (quando, desde o início a eficácia da norma constitucional encontra limites que somente poderão ser ampliados por normas ulteriores. Ex: as chamadas normas programáticas e as normas de princípio institutivo). Tal teoria é discutível na medida em que enquadra, semanticamente, o efeito de tais normas na sua determinação *prima facie*,cerceando ao julgador a possibilidade de poder interpretá-las com maior abrangência dentro das possibilidades pragmáticas que o caso concreto possa oferecer. DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- 19 A esse respeito confira-se: GÜNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness**. Albany: State University of New York Press, 1993.
- 20 As categorias deônticas correspondem às de proibição; obrigação e permissão, dentro de um quadro lógico que não admitiria, em princípio, intermediações ou graduações entre elas, vale dizer, o que é proibido não pode ser permitido e assim por diante.
- 21 HABERMAS, Jürgen. Vol II. *Op. Cit.* P. 316-323.

Recebido em: junho de 2005

Avaliado em: julho de 2005

Aprovado para publicação em: março de 2006

