

# TEORIA MODERNA E INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. ESPECIALMENTE COM BASE NA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO

Por FRIEDRICH MÜLLER \*

## SUMÁRIO

1. 1.<sup>a</sup> PARTE.—2. 2.<sup>a</sup> PARTE.—3. 3.<sup>a</sup> PARTE.—4. OBSERVAÇÃO FINAL.

### 1. 1.<sup>a</sup> PARTE

Duas concepções tradicionais, a autoritária e a liberal, servem até hoje de pano de fundo às novas concepções. A posição do estado autoritário, definido pela concentração de poder (*machtstaatlich-autoritäre Position*), vê os direitos humanos como concessões que foram arrancadas contrasistemicamente (*systemwidrig*) ao poder estatal. São, conforme se alega, lacunas no monopólio da força e do poder definidor do estado. A conclusão metodológica desemboca no velho princípio de que as prescrições «excepcionais» deveriam «ser interpretadas» —aqui na forma dos direitos fundamentais— «no sentido estrito»: tão pouca liberdade quanto possível. Em primeiro lugar, interpreta-se as garantias restritivamente em caso de dúvida; em segundo lugar, somente o estado define quando estamos diante de um caso «de dúvida»; e em terceiro lugar o estado monopoliza o poder de definição sobre os traços distintivos de um suporte fático (*Tatbestandsmerkmale*).

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Friburgo de Brisgovia. Catedrático de Derecho Público, Derecho Canónico, Filosofía, Teoría y Metodología del Derecho de la Universidad de Heidelberg (Alemania) desde el año 1971. El Profesor Müller es autor de numerosas publicaciones en varios idiomas.

Este trabajo lo publicamos en el idioma en que nos fue remitido por el Profesor Müller, uno de los dos idiomas en que se ha venido publicando esta revista desde su núm. 2, y, muy particularmente, desde que asumimos su dirección en el núm. 3. A partir de este número (núm. 7), también las colaboraciones recibidas en francés e italiano serán publicadas en esos mismos idiomas. (*Nota del Director*).

Decerto cada direito tem os seus limites. Mas eles resultam aqui, abstraindo dos direitos hierarquicamente iguais de outras pessoas, do próprio objeto (*Sache*) assegurado como «livre». Esse enfoque do âmbito normativo dos direitos fundamentais foi proposto pela Teoria Estruturante do Direito em 1966 e 1969. O Tribunal Constitucional Federal assumiu-o em 1971 na célebre decisão sobre o caso *Mephisto*, praticando-o desde então em jurisprudência constante, também com vistas a outros direitos fundamentais. Aqui evidencia-se paradigmaticamente a transição de uma concepção autoritária para uma concepção que pode fazer melhor justiça a esses direitos em nível teórico moderno. Os direitos fundamentais justamente *não* são um patrimônio residual (*Restbestand*) obtido pela subtração de todas as proibições estatais; eles *não* são um «direito negativo de polícia», mas, muito pelo contrário, o fundamento normativo do desenvolvimento (*Entfaltung*) social e político de cidadãos e pessoas livres. São garantias materiais, determinadas positivamente pelos seus conteúdos e pelo efeito destes.

As teorias institucional e axio-sistêmica também não se apercebem disso (*verfehlen diese Einsicht*). Para a primeira, a liberdade individual somente pode efetivar-se em papéis sociais previamente dados e em instituições jurídicas. Segundo ela, o direito fundamental não atua diretamente, mas por meio de um complexo 'detalhador' (*ausgestaltend*) de normas, embora este tenha posição hierárquica infraconstitucional. Filosoficamente esse enfoque remonta em parte a Hegel, em parte (por intermédio de Maurice Hauriou) também ao neotomismo. Ele reduz a titularidade (*Berechtigung*) subjetiva, que constitui o cerne dos direitos humanos. Força uma observância adaptada da alegada «liberdade» e perverte assim —no âmbito dos direitos fundamentais— a constitucionalidade das leis em legalidade da constituição. Perverte igualmente os direitos subjetivos de liberdade em privilégios vinculados a instituições. Isso é incompatível com as normas das democracias liberais.

A linha axio-sistêmica do Tribunal Constitucional Federal expõe-se a objeções similares. Ela retoma sobretudo o raciocínio das doutrinas weimarianas de Smend dos anos 20. Mas posteriormente o próprio Smend admitiu não ter apreendido suficientemente o caráter normativo da constituição na sua doutrina da integração. Apesar disso o Tribunal Constitucional Federal não só quer que os direitos fundamentais individuais sejam compreendidos como normas regionais «principiológicas» (*regionale «Grundsatz» normen*), mas todo o catálogo dos direitos fundamentais como «ordem axiológica objetiva»<sup>1</sup>. Mas isso é irracional e seduz ao comportamento decisionista (*Dezision*) com base em pré-compreensões valorativas privadas dos juízes. Isso também ignora que os «valores» são extremamente controvertidos na sociedade pluralista atual. Não em último lugar por esse motivo, os direitos fundamentais e humanos não são «valores», mas

<sup>1</sup> Desde BVerfGE (Coletânea das decisões da Corte Constitucional Federal) 6, pp. 55 ss., 72; E 7, pp. 198 ss., 205.

normas. Por trás deles encontram-se representações de valores da dignidade, liberdade e igualdade de todos os seres de semblante humano. Mas assim que a constituição os positiviza, eles são direito vigente. Quem pretende estampar as normas dos direitos humanos em «valores», desvaloriza-os, paradoxalmente por essa mesma razão.

A teoria clássica liberal opera sem o recurso a valores ou a instituições. Nos anos 20 Carl Schmitt procurara formular o «princípio distributivo fundamental do estado burguês de direito» no sentido de que os direitos fundamentais autênticos seriam «absolutos». Eles instituiriam uma liberdade pré-estatal que só poderia ser restringida pelo estado em aspectos isolados e a título excepcional<sup>2</sup>. O pressuposto histórico-social dessa teoria, uma sociedade homogênea de proprietários, formada por cidadãos autônomos, que agem também com autonomia no plano econômico inexistia já na Inglaterra de John Locke e existe ainda menos para a sociedade industrial contemporânea. A realidade desautoriza falar de uma liberdade «pré»-estatal do indivíduo, independente da ação do estado. Ela falsifica essa concepção dos direitos fundamentais que juridicamente de qualquer modo não serve de fundamento. No mínimo a partir da sua positivização os direitos possuem um caráter estatal-normativo. Levá-los a sério significa respeitá-los, aperfeiçoá-los e implementá-los enquanto direito positivo<sup>3</sup>.

A liberalista figura de argumentação «in dubio pro libertate» carece de um campo definível de aplicações, pois nas linguagens (técnicas) naturais —e esse é o tipo lingüístico das nossas constituições— um caso dúbio por princípio sempre deve ser afirmado. Além disso essa figura de argumentação não fornece critérios racionais de aferição do método de trabalho. As garantias são direitos subjetivos do indivíduo —mas esse indivíduo não vive e age sozinho. O atual tecido multipolar de relações entre instâncias estatais, esferas e grupos sociais, entre «o» indivíduo e outros titulares afetados de direitos é altamente complexo; e o Estado Democrático de Direito deve empenhar-se em fazer justiça a todas essas instâncias.

<sup>2</sup> CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928, e.g. p. 166.

<sup>3</sup> Na metodologia, a concepção criticada conduz no Tribunal Constitucional Federal —que efetua uma interpretação extensiva— à assim chamada efetividade dos direitos fundamentais, em autores individuais (sobretudo P. Schneider) ao postulado «in dubio pro libertate»:

Desde BVerfGE 6, pp. 55 ss., 72; cf. ainda e.g. E 32, pp. 54 ss., 71; E 39, pp. 1 ss., 37 s.; E 51, pp. 97 ss., 110.- P. SCHNEIDER, in: VVDSrL 20 (1963), pp. 1 ss., 31 ss.

As duas figuras são rejeitadas com boas razões na literatura especializada. Na sua proposta, o Tribunal Constitucional Federal compreendeu equivocadamente um enunciado dos anos 20. Na época «efetividade» significava nesse contexto: os direitos fundamentais não são meras «regras programáticas», mas «normas jurídicas atuais» (aktuelle Rechtssätze).- Hoje a pergunta está respondida pelo Art. 1.º, al. 3 da Lei Fundamental da RFA (cf. para a Constituição da Espanha o Art. 53 al. 1 em combinação com o Art. 9.º al. 1). Mas como os direitos fundamentais atualmente vigentes devem ser interpretados concretamente? O princípio da «efetividade» não se pronuncia a respeito disso.- Cf. à guisa de resumo: F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, 6.ª ed., 1995, pp. 105, 222; sobre «in dubio pro libertate», *ibid.*, pp. 105, 211, 222.

Um enfoque, que não interpreta a liberdade humana de forma liberal-isolante, mas de forma interacionista (*Dieter Suhr*), procura satisfazer essa exigência. Aqui os meus semelhantes (*Mitmenschen*) não aparecem (apenas) como limites da minha liberdade no sentido de Kant, mas — e mesmo sobretudo — como meio de realização recíproca (*gegenseitige Entfaltung*); essa idéia já aparece no jovem Hegel. Acedem ao primeiro plano as possibilidades da livre interação conjunta. Isso direciona o olhar sobretudo a questões atinentes à organização e ao procedimento na realização dos direitos fundamentais.

Outras concepções trabalham sobretudo os efeitos supra-individuais, os assim chamados efeitos das garantias em termos de direitos objetivos. O Tribunal Constitucional Federal ocupa-se há muito tempo com eles. As duas linhas principais são aqui a doutrina do *welfare state* e a doutrina democrático-funcional. Mas esta última<sup>4</sup> é normativamente incompatível com a democracia pluralista. Liberdade é não apenas liberdade «para», mas sempre também liberdade «de», vale dizer, de heterodeterminação (*Fremdbestimmung*). Não se pode sustentar que o exercício de direitos fundamentais se torne um dever funcional, quase que uma «função» pública<sup>5</sup>.

De acordo com a teoria do *welfare state*<sup>6</sup>, os direitos fundamentais oferecem sempre também pretensões de prestações (*Leistungsansprüche*) sustentadas contra o estado. Assim e.g. a liberdade de imprensa não exige apenas que o estado deixe a imprensa em liberdade, mas também que ele lhe dê garantias econômicas mediante subsídios. Isso des-natura as garantias de maneira irresponsável quanto ao método. O indivíduo, cuja liberdade da heterodeterminação estatal está em jogo aqui, descobre-se como objeto incluído no orçamento do estado.

Abstraindo-se disso, o procedimento do Tribunal Constitucional Federal merece ainda um comentário analítico. Segundo ele, os direitos fundamentais devem valer «como normas objetivas de princípios»<sup>7</sup> para todas as

<sup>4</sup> Assim antigamente: HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 9.ª ed., 1976, p. 162. Essa doutrina distingue e.g. segundo a função da liberdade de opinião e da liberdade dos meios de comunicação para o processo democrático. Assim a mídia, que serve apenas ao entretenimento, deve ser protegida menos ou não deve ser protegida, diferentemente das contribuições de elevado nível democrático ou ético, que devem receber plena proteção.

<sup>5</sup> As posições individuais estão documentadas em: BRUGGER, *Rundfunkfreiheit und Verfassungsinterpretation*, 1991, e.g. pp. 27, 31.

De acordo com uma interpretação funcionalista menos rigorosa da liberdade do rádio e da televisão, a finalidade da sua tutela não é a liberdade do indivíduo, mas o processo da formação da opinião enquanto tal. O Tribunal Constitucional Federal move-se em boa parte nessa linha de raciocínio. Dessarte praticamente não se pode obter *insights* (*Einsichten*) referentes ao método, com vistas à interpretação.

<sup>6</sup> Assim sobretudo HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», in *VVDStRL* 30 (1972), pp. 69 ss.

<sup>7</sup> Para a discussão, com documentação comprobatória, e.g. BÖCKENFÖRDE in: *NJW* 1974, pp. 1529 ss.; id., in: *Der Staat* 1990, pp. 1 ss.; ALEXY in *Der Staat* 1990, pp. 49 ss.

áreas do direito. Mas então a sociedade politicamente constituída (*das Gemeinwesen*) desloca-se paulatinamente —em todas as áreas relevantes para os direitos fundamentais— para longe do estado legislador, dominado pelo parlamento, na direção do estado judicial no qual o Tribunal Constitucional Federal é o «novo senhor da constituição» (Böckenförde). Mais uma vez não resultam aqui descobertas (*Einsichten*) adicionais quanto a uma interpretação racional dos direitos fundamentais. Muito pelo contrário, os procedimentos se tornam mais irracionais, conforme mostram diretamente as dificuldades terminológicas do Tribunal Constitucional Federal.

## 2. 2.<sup>a</sup> PARTE

Todas essas objeções são evitadas já no enfoque concepcional (*konzeptioneller Ansatz*) pela Teoria Estruturante do Direito. Partindo da práxis, ela é desenvolvida de forma abrangente desde meados dos anos 60 pela teoria (da norma) jurídica, passando pela dogmática jurídica, sobretudo dos direitos fundamentais, pela metódica jurídica até a teoria constitucional.

A Teoria Estruturante do Direito não é apenas uma concepção nova da teoria jurídica, mas uma concepção de novo tipo<sup>8</sup>. Ela parte —pela primeira vez— de um conceito pós-positivista da norma jurídica. Esta, por sua

---

Entra na esfera dos mencionados esforços também a posição mais recente dos deveres ativos de tutela por parte do estado, no caso de risco de importantes bens atinentes a direitos fundamentais (assim BVerfGE e.g. 46, pp. 164 ss.; 53, pp. 57 s.; especialmente também E 39, pp. 42 ss. e 88, pp. 203 ss.).

<sup>8</sup> Cf. F. MÜLLER, «Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas», in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 9, n.º 27 (1989), pp. 111 s. (traduzido por Luis Villacorta Mancebo).- As primeiras conseqüências para a metódica jurídica encontram-se em F. MÜLLER, *Métodos de trabajo del Derecho constitucional* (traduzido por Salvador Gómez de Arceche y Catalina, a ser publicado proximamente em Madri com um prefácio do tradutor e um glossário, em edição bilíngüe). Cf. também ID., «Métodos de trabalho do Direito Constitucional» (tradução de Peter Naumann, apresentação de Paulo Bonavides), Porto Alegre, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, 1999 (edição especial).

Apresentação abrangente em F. MÜLLER, *Strukturierende Rechtslehre*, 2.<sup>a</sup> ed., 1994; ID., *Juristische Methodik*, 6.<sup>a</sup> ed., 1995; ID., *Elemente einer Verfassungstheorie*, Vols. I-VI (1975-1997); ID., *Die Positivität der Grundrechte*, 2.<sup>a</sup> ed., 1990; todas as publicações com documentação comprobatória adicional sobre a representação e discussão dessa posição abrangente e com referência de bibliografia especializada.

Efeitos dessa posição, sobretudo do conceito do âmbito da norma (*Normbereich*), na jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha: cf. STC 207/1992 e STC 28/1993; v. a respeito SALVADOR GÓMEZ DE ARTECHE Y CATALINA, «Introducción a la versión castellana», in: F. MÜLLER, *Métodos de trabajo del Derecho Constitucional* (v. *supra*), e F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, 6.<sup>a</sup> ed., 1995, pp. 34, 149, 303.

vez, não está contida no código legal, no qual figuram apenas formas precedentes (*Vorformen*), distintas da norma jurídica no plano dos princípios, pois a norma jurídica somente é produzida (*hervorgebracht, produziert*) em cada processo individual de solução de um caso jurídico, de uma decisão jurídica. Além disso pertence a ela, constitutivamente, o âmbito da norma; «norma jurídica» torna-se assim um conceito complexo, composto pelo âmbito da norma e pelo programa da norma. E «concretização» da norma não é o ato de tornar mais concreta (*Konkretermachen*) uma norma jurídica genérica contida no código legal; mas ela é, considerada com realismo e refletida suficientemente, a construção da norma jurídica no caso individual.

A norma jurídica não é apenas o conceito central, mas também o dispositivo prático central do trabalho jurídico. Por isso é coerente que a «Teoria Estruturante do Direito» represente hoje em dia uma concepção jurídica global que ultrapassa em muito a teoria jurídica propriamente dita, contendo detalhamentos específicos na dogmática, igualmente na metodologia e, não em último lugar, também na teoria constitucional. Correspondentemente fala-se há muito tempo de Dogmática, Teoria Constitucional e Metódica «Estruturantes», sendo que a «Teoria Estruturante do Direito» designa então ao mesmo tempo o projeto abrangente.

Essa concepção leva o trabalho do jurista a sério enquanto ação de pessoas; ela é, portanto, também refletida em termos de teoria da ação e inclui a dimensão pragmática no seu enfoque lingüístico e de filosofia da linguagem (todo e qualquer trabalho jurídico se passa na linguagem, mais ainda: é uma forma especial de linguagem, um jogo de linguagem). Por isso quero, como primeiro exemplo, explanar «programa da norma» e «âmbito da norma» inicialmente não em termos definitórios, mas pragmáticos.

Se analisarmos com suficiente sobriedade uma decisão jurídica —e.g. uma sentença judicial ou o resultado de um parecer jurídico—, veremos que ela se apóia regularmente em argumentos materiais (*Sachargumente*) bem como em argumentos de linguagem. A metódica e a teoria jurídica tradicionais não querem admitir o papel constitutivo, i. é, normativo dos pontos de vista materiais (*Sachgesichtspunkte*). Como eles são metodicamente inevitáveis, ela esconde-os por trás das conhecidas fórmulas em branco (*Blankettformeln*) do tipo «conformidade ao fim» ou «razoabilidade do resultado» ou «teleologia» e similares («adequação», «proporcionalidade», «justiça ao caso individual»). Tais figuras retóricas são imprecisas; elas são também problemáticas do ponto de vista do Estado de Direito, pois muitas vezes não podem ser atribuídas de forma metódica plausível aos teores literais no código legal, aos textos das normas. Contrariando essa posição, a nova concepção afirma: para elaborar a norma jurídica, para construí-la a partir do caso jurídico e dos textos das normas o jurista care-

ce desde o começo tanto de dados de linguagem quanto de dados reais; esta é a realidade do trabalho diário e cotidiano das decisões jurídicas. O resultado da interpretação lingüística de todos os dados de linguagem chama-se aqui «programa da norma»; ele é um resultado intermediário provisório na solução do caso.

Falemos agora sobre o «âmbito da norma»: com todo e qualquer texto da norma (= artigo, parágrafo, inciso) que e.g. um juiz introduz no início, com vistas ao caso decidendo —e na maioria trata-se de vários textos de normas— ele introduz (consciente ou inconscientemente) ao mesmo tempo numerosos fatos que podem, conforme ensina a experiência, ter a ver com esses textos de normas: fatos individuais do caso e fatos genéricos do tipo de caso. Esses fatos são denominados aqui «âmbito material» da prescrição. Quando o jurista reduz, num segundo passo e por razões de economia de trabalho, esses fatos aos fatos relevantes com vistas ao caso concreto, ele constitui o «âmbito do caso». Num terceiro passo, ele constitui o «âmbito da norma» submetendo os fatos a um duplo exame com base no resultado da interpretação lingüística, quer dizer, com base no programa da norma. Essa seleção pergunta inicialmente: esses fatos ainda permanecem relevantes para o programa da norma entretidamente elaborado? E se esse for o caso, será que eles são compatíveis em termos de conteúdo com esse programa da norma? No caso negativo eles continuam sendo meros fatos, *facta bruta* do âmbito do caso/do âmbito material e não desempenham nenhum papel fundamentador no curso posterior da decisão. Não podem então co-determinar o resultado jurídico no seu conteúdo. Em outras palavras: na democracia que segue os princípios do Estado de Direito (como e.g. sob a Constituição da Espanha ou a Lei Fundamental da República Federal de Alemanha) não pode haver nenhuma «força normativa do fáctico», também não pela via indireta através da metódica jurídica.

Mas enquanto os fatos continuarem relevantes com o programa da norma, eles continuarão atuando (*bleiben weiter im Spiel*). Co-sustentarão a decisão no seu conteúdo, serão, portanto, co-normativos nesse sentido. Por isso esses fatos são denominados sinteticamente «âmbito da norma».

Isso foi uma explicação a partir do processo prático —a partir da ótica do «usuário» dos signos, i. é, do jurista—, portanto uma explanação pragmática. Repito agora a mesma coisa em termos sistemáticos: a norma jurídica compõe-se do programa da norma e do âmbito da norma. Ela mesma é um texto («texto da norma jurídica»), quase sempre na forma de um *Leitsatz* (princípio o axioma) do tipo: «Em um caso como o presente (...) vale o seguinte etc.». Conclusivamente, essa norma jurídica ainda deve ser individualizada conclusivamente em norma de decisão, i. é, em texto da parte dispositiva da decisão («O réu é declarado inocente», «A ação é im procedente» etc.).

Para formulá-lo mais uma vez em outros termos, desta vez a partir dos fatos, dos dados reais: os fatos não devem co-sustentar vagamente, «de qualquer maneira» uma decisão jurídica, também não segundo *topoi* como o julgamento pessoal do juiz ou segundo a oportunidade —ou, para dizê-lo em outros termos, não devem co-sustentá-los. Pelo contrário, o «sim» ou «não» da inclusão dos fatos no conteúdo da decisão deve poder ser documentado pelo jurista em um trabalho de fundamentação abertamente apresentado, tomando-se como critério de aferição o programa da norma. E o programa da norma é elaborado por uma interpretação completa e racionalmente recapitulável (*nachvollziehbar*) de todos os elementos lingüísticos da concretização, de todos os dados de linguagem.

Nesse ponto quero esclarecer uma coisa: quanto ao objeto (*in der Sache*), *re vera*, os juristas obrigados à decisão sempre trabalharam assim; só que esse fenômeno não é apreendido categorialmente nem detalhado sistematicamente pelas dogmáticas e metódicas jurídicas, teorias do direito e da constituição. Justamente esta é a tarefa da teoria e, mais especificamente, da teoria do Direito: refletir de forma coerente e a partir dos fundamentos o que fazemos efetivamente, dia após dia. A Teoria Estruturante do Direito fixou-se a tarefa de conceitualizar aquilo que na práxis do agir jurídico de qualquer modo está sendo feito (por ser inevitável), e de colocá-lo em condições de futuramente ser feito melhor (por ter sido conceitualizado).

Isso envolve também uma determinada posição lingüística e de filosofia da linguagem que esteja à altura da moderna ciência da linguagem desde o *pragmatic turn*. Não posso falar disso aqui. Menciono apenas algumas conseqüências para o trabalho prático: a linguagem é «meio», é «espaço de ação» para o agir jurídico, não instrumento passivo. Ela se vê excessivamente solicitada com as concepções tradicionais de «silogismo», «subsunção» ou «significado» (compreendido como propriedade de conceitos). Por essa razão a Teoria Estruturante do Direito opera em termos de teoria da ação, i. é, indutiva e não dedutivamente. O sujeito da decisão não é «a lei», «a norma», mas o jurista agente. Ele é responsável pela sua decisão, está obrigado aos princípios do Estado de Direito e à democracia; nesse sentido exigente ele é denominado na concepção da Teoria Estruturante do Direito «operador jurídico». E assim como desde Wittgenstein a linguagem é vista no nexa entre jogos da linguagem e formas de vida, o jogo de linguagem específico chamado «Direito» (instituição, implementação, concretização do direito) sempre está no seu contexto efetivo de orientações prévias (*Vorgaben*) de natureza social, política, econômica, bem como no contexto normatizado das instituições estatais envolvidas. Em outras palavras: o trabalho jurídico transcende em muito a «compreensão» (no sentido da Hermenêutica) e a «interpretação» (no sentido do paradigma positivista e das posições antipositivistas) e é em verdade um «trabalho com textos nas instituições estatais».



Que efeitos esse novo paradigma da teoria do direito produz na teoria e interpretação dos direitos fundamentais?

### 3. 3.<sup>a</sup> PARTE

Os direitos humanos e de cidadania são normas de direito positivo. Mas eles não estão «contidos» de antemão (*nicht schon «enthalten»*) no texto legal, i. é, no nosso caso, no texto constitucional. Este último somente fornece o texto da norma, uma forma prévia, o ponto de partida (*input*) da norma jurídica do trabalho prático de concretização por via do programa e do âmbito da norma.

Ocorre que nos direitos fundamentais os âmbitos materiais/âmbitos das normas são especialmente ricos, saturados em seus conteúdos: e.g. a consciência e a religião, a propriedade nas suas múltiplas formas, as associações políticas e de outra natureza, a arte, a ciência e a universidade, o matrimônio, a família e outras formas complementares de convívio, as associações econômicas e os sindicatos bem como as suas formas típicas de ação etc. Esses âmbitos férteis de normas credenciam os direitos fundamentais como normas no sentido pleno do termo. Contrariamente a uma opinião tradicional, elas não são, portanto, cláusulas gerais e muito menos ainda regras programáticas (*Programmsätze*). Na Lei Fundamental alemã se pode designar somente o princípio geral da igualdade («Todos os homens são iguais perante a lei») como cláusula geral originária, porque ele excepcionalmente foi formulado nesses termos.

Essa doutrina do direito estrutura em primeiro lugar a teoria dos direitos fundamentais segundo aspectos racionais (e.g. cláusulas gerais/normas plenas; texto da norma, programa da norma, âmbito da norma); em segundo lugar, ela estrutura a sua interpretação: dados de linguagem/dados reais; âmbito material/âmbito da norma; norma jurídica/norma de decisão (= a formulação da parte dispositiva da decisão —*Entscheidungstenor*—). Acrescem outras diferenciações, tais como: a hierarquia dos elementos de concretização, quando eles se contradizem; o papel do limite do programa da norma para a decisão admissível (tradicionalmente e demasiado impreciso do ponto de vista do método: «Nenhuma decisão contra o teor literal —*Wortlaut*—»).

Em terceiro lugar, essa concepção permite também estruturas adicionais para a dogmática dos direitos fundamentais: e.g. nenhuma transferência dos limites de um direito fundamental a outro direito fundamental; nada de reservas legais genéricas, não-escritas; dogmática concreta da área de cada garantia individual; e —com vistas à Teoria Geral dos Direitos Fundamentais— ainda a importante distinção entre ponto de apoio junto ao direito fundamental —o direito fundamental enquanto critério de aferição— e sanções no âmbito da garantia.

Em quarto lugar, essa concepção estrutura também para a teoria da constituição: assim, por exemplo, os direitos fundamentais são normas, não «valores»; eles não são privilégios, mas direitos iguais; eles não são «exceções» de ou «lacunas» no poder de estado. Muito pelo contrário, eles constituem autorizações (*Ermächtigungen*) ativas das pessoas, dos cidadãos. Eles fundamentam normativamente uma sociedade, à medida que ela é livre e pluralista, e um estado, à medida que ele é democrático. Eles são os meios de realização por excelência do «poder constituinte do povo». Sem a prática dos direitos humanos e da cidadania, «o povo» permanece sendo uma metáfora abstrata de função ideológica. Mas por meio da prática dos human rights ele se torna, em função normativa, «povo titular do estado» («*Staatsvolk*») em uma democracia legítima.

Os efeitos dessa mais abrangente concepção moderna de teoria jurídica sobre a teoria e a interpretação dos direitos fundamentais podem também ser formulados nos seguintes termos: eles reforçam a positividade, a materialidade e a racionalidade dos direitos fundamentais.

1. Já falei sobre a positividade. Caso uma garantia esteja normatizada numa constituição, ela é direito positivo e justamente não uma «mera declaração» ou um «enunciado programático». Para os países de língua alemã esse debate —de motivação meramente política na Alemanha já depois de 1919— está arquivado há muito tempo. Comparável ao Art. 9.º al. 1 em combinação com o Art. 53 al. 1 da Constituição da Espanha e o Art. 5.º § 1 da Constituição Brasileira de 1988, o Art. 1.º al. 3 da Lei Fundamental («Os direitos fundamentais subseqüentes vinculam (...) enquanto direito vigente sem mediações») se deve a razões meramente políticas/históricas; mas nessa medida ele é juridicamente supérfluo —para a Alemanha.

2. A materialidade dos direitos fundamentais é reforçada e confirmada pela riqueza das suas áreas materiais e de normas. De qualquer modo, direitos fundamentais são posições materiais. Os fatos de como eles precisaram ser conquistados em cada caso histórico —e precisam continuar sendo conquistados— provam-no de maneira eloqüente. Mas a concepção estruturante desenvolve numerosos novos meios —alguns já mencionados exemplificativamente— para fundamentar essa materialidade e detalhá-la de forma diferenciada. Assim o Tribunal Constitucional Federal praticou muitas vezes o enfoque do âmbito da norma desde a decisão sobre o caso «*Mephisto*» de 1971 até a 4.ª sentença sobre o rádio e a televisão de 1986, a 5.ª decisão sobre o rádio e a televisão de 1987 ou ainda a decisão sobre o concubinato de 1990 —quase sempre apenas em termos materiais (*der Sache nach*), mas em parte também já de forma conceitualmente explícita<sup>9</sup>.

Ao lado disso essa concepção abrange também os distintos efeitos dos direitos fundamentais. Georg Jellinek foi o primeiro a formulá-los na sua

doutrina do *status*: *status negativus* (liberdade do estado, resistência contra a intervenção por parte do estado —*Abwehr*—), *status positivus* (pretensões e exigências, prestações e participação, *status* no procedimento). Para Jellinek isso era sobretudo a pretensão à tutela jurídica. Outros exemplos são o direito aos trâmites legais (*Rechtswege*) e ao juiz legal (*gesetzlicher Richter*), o direito à oitiva perante os tribunais, o direito à proteção da mãe, o direito ao princípio da igualdade na distribuição de prestações (*Leistungen*) do estado. A terceira função principal é o *status activus*: direitos de cidadania, tais como os direitos de voto e de elegibilidade, o acesso ao serviço público.

Em forma modernizada, essas funções podem ser apreendidas sem problemas com base nos dados reais do âmbito material e do âmbito da norma e —a título de exemplo— com base na concretização sistemática (com normas de democracia e do *welfare state*) —mas sem a unilateralização característica dos enfoques funcionalistas acima discutidos.

3. A racionalidade adicional, já esboçada acima com vistas à teoria e interpretação, revela-se na doutrina das funções, e.g. em uma posição diferenciada diante do problema dos «direitos fundamentais a prestações (*Leistungsgrundrechte*)»: as prestações podem ser exigidas do estado se elas podem ser fundamentadas —partindo de uma formulação clara na constituição— com a metódica do Estado de Direito; i. é, de nenhum modo genericamente para todos os direitos fundamentais. Segundo a Lei Fundamental alemã, isso é e.g. possível com relação à dignidade humana (Art. 1.º al. 1, frase 2 da Lei Fundamental: «respeitar (...) e proteger»); aqui o Tribunal Constitucional Federal chegou, na sua decisão sobre a prisão perpétua<sup>10</sup>, ao mesmo resultado do que a concepção estruturante. Isso é também possível para a liberdade de escolas privadas no sentido do subsídio estatal; aqui o Tribunal Constitucional Federal endossa a idéia da «garantia de intervenção»<sup>11</sup>, desenvolvida por essa doutrina jurídica. Em contrapartida, as generalizações do funcionalismo do *welfare state* são insustentáveis do ponto de vista do direito constitucional e conseqüentemente também ilegítimas do ponto de vista da teoria e do método.

<sup>9</sup> A continuada influência dessa concepção sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal relativa aos direitos fundamentais está documentada em F. MÜLLER, *Die Positivität der Grundrechte*, 2.ª ed., 1990, pp. 103 ss.

<sup>10</sup> BVerfGE 45, pp. 187 ss., 227 ss., 229 ss.

Para fins de comparação, v. F. MÜLLER, «Thesen zur Grundrechtsdogmatik», in: ID., *Rechtsstaatliche Form - Demokratische Politik*, 1977, pp. 48 ss., 57 ss.; a respeito disso também ID., *Die Positivität der Grundrechte*, 2.ª ed., 1990, p. 105.

<sup>11</sup> Desde BVerfGE 75, pp. 40 ss.; em continuação objetiva (*im sachlichen Anschluß*), em parte também em continuação explícita de: F. MÜLLER, *Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz*, 2.ª ed., 1982; F. MÜLLER, B. PIEROTH, L. FOHMANN, *Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie*, 1982.

## 4. OBSERVAÇÃO FINAL

Desenvolvida a partir de análises da práxis jurisprudencial, a Teoria Estruturante do Direito é uma teoria da práxis. Leva os direitos fundamentais a sério como garantias conquistadas ao longo da história e normatizadas com caráter de obrigatoriedade (*verbindlich normiert*). Clarifica com a máxima racionalidade possível os seus conteúdos, funções e limites. O teor material, socialmente decisivo dessas garantias, seu âmbito da norma, caracteriza essa concepção da sua teoria e concretização. Não há sistema político civilizado sem os direitos fundamentais. Eles não são o único conteúdo de uma constituição civilizada; mas o catalisador das formas e dos objetivos estatais superlativamente exigentes, tais como: paz interna e externa, Estado Social de Direito (*sozialer Rechtsstaat*), democracia viva. A discussão sobre a sua efetivação nos conduz inevitavelmente ao nosso *ethos* de juristas: ao *ethos* sóbrio, associado à sua conquista e continuamente vinculado à sua práxis.

## BIBLIOGRAFIA (selecionada, em ordem de seqüência no texto)

- MÜLLER, F., *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, 1969.  
 HÄBERLE, P., *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG.*, 3.<sup>a</sup> ed., 1983.  
 LUHMANN, N., *Grundrechte als Institution*, 3.<sup>a</sup> ed., 1986.  
 GOERLICH, H., *Wertordnung und Grundgesetz*, 1973.  
 SCHMITT, C., *Verfassungslehre*, 1928, 4.<sup>a</sup> ed., 1965.  
 SUHR, D., *Entfaltung der Menschen durch die Menschen*, 1976.  
 — «Freiheit durch Geselligkeit», in: *Europäische Grundrechtezeitschrift*, 1984, pp. 529 ss.  
 HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19.<sup>a</sup> ed., 1993.  
 BRUGGER, W., *Rundfunkfreiheit und Verfassungsinterpretation*, 1992.  
 HÄBERLE, P., «Grundrechte im Leistungsstaat», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 30 (1972), pp. 43 ss.  
 BÖCKENFÖRDE, E.-W., «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation», in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974, pp. 1529 ss.  
 — «Grundrechte als Grundsatznormen», in: *Der Staat* 29 (1990), pp. 1 ss.  
 ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, 1985.  
 — «Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen», in: *Der Staat* 29 (1990), pp. 49 ss.  
 DREIER, H., *Dimensionen der Grundrechte*, 1993.  
 MÜLLER, F., *Normstruktur und Normativität*, 1966.  
 — *Strukturierende Rechtslehre*, 1984, 2.<sup>a</sup> ed., 1994.  
 — *Juristische Methodik*, 1971, 5.<sup>a</sup> ed., 1993.  
 — *Elemente einer Verfassungstheorie*, Vols. 1-6 (1975-1997).  
 BONAVIDES, P., «“Teoria Estrutural do Direito” de Friedrich Müller», in: *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, 1984, pp. 249 ss.

- CHRISTENSEN, R., «Verbete Strukturierende Rechtslehre», in: *Ergänzbare Lexikon des Rechts*, ed. N. Achterberg, 1987, 2/560.
- MÜLLER, F., «Thesen zur Grundrechtsdogmatik», in: ID., *Rechtsstaatliche Form – Demokratische Politik*, 1977, pp. 48 ss.
- *Die Positivität der Grundrechte*, 1969, 2.<sup>a</sup> ed., 1990.
- *Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz*, 2.<sup>a</sup> ed., 1982.
- MÜLLER, F. & PIEROTH, B. & FOHMANN, L. H., *Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie*, 1982.
- MÜLLER, F., «Tesis acerca de la Estructura de las Normas Jurídicas», in: *Revista Española de Derecho Constitucional* (1989), pp. 111 ss. (tradução de Luis Villacorta Mancebo).
- *Métodos de trabajo del Derecho Constitucional* (tradução, introdução e glossário alemão-espanhol de Salvador Gómez de Arteché y Catalina, a ser publicado em edição bilingüe em Madri). *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Tradução de Peter Naumann. Edição especial da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, com apresentação de Paulo Bonavides (agosto de 1999). Edição em livro em março de 2000 pela Editora Max Limonad de São Paulo.

(Traducción del alemán al portugués de PETER NAUMANN. Revisión de LEONARDO MARTINS).

