

O DIREITO COMO FONTE DE CERTEZAS E COMO HORIZONTE DO SISTEMA JURÍDICO¹

Anna Silvia Bruno

RESUMO: O artigo aborda a recente reforma do Título V da Constituição italiana, o qual, enfraqueceu o conceito de direito como fonte de certeza, considerando a sociedade contemporânea. Propõe o uso do direito vivente como *tertium comparationis* nas decisões do juiz e como instrumento à concretização do sistema jurídico².

PALAVRAS-CHAVE: Certeza do direito; Direito vivente; Pluralismo compreensivo.

THE LAW AS SOURCE OF CERTAINTY AND AS HORIZON OF THE JURIDICAL SYSTEM

ABSTRACT: This article explores the recent reform of the Title V of the Italian Constitution that undermined the concept of Law as source of certainty, considering the contemporary society. The analysis finds a way for the concretization of the juridical system using the Living Law like *tertium comparationis* for the judge's decisions.

KEYWORDS: Law as source of certainty; Living Law; Comprehensive pluralism.

Na sociedade contemporânea, o juiz é quotidianamente chamado a decidir questões sempre novas, que emergem em um contexto multifacetado frente ao qual os princípios do positivismo e do racionalismo mostram os seus limites³. Superada a visão do juiz como *bouche de la loi* e sendo menor a ilusão acerca da existência de estruturas do pensamento dotadas de valor universal, nas quais seja possível inserir e valorar

¹ Tradução de Letícia Ludwig Möller e Josué Emilio Möller.

² O tema do direito vivente e aquele da certeza do direito são tratados de forma mais ampla no meu *Il diritto vivente nello spazio postmoderno*. in: *Corte Costituzionale e processi di decisione politica*. Torino: Giappichelli, 2005. p. 437-461.

³ MINDA, G. *Teorie postmoderne del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2001. p. 377 e ss.; G. VOLPE, *Il Costituzionalismo del Novecento*. Roma-Bari: Laterza, 2000.

mecanicamente os dados da experiência, a Constituição faz-se portadora do paradoxo da justiça de ser ao mesmo tempo universal e individual⁴.

Nesse sentido, o quadro ideal seria fornecido pela relação dialética entre a norma e o fato concreto sobre o qual o juiz é chamado a pronunciar-se, considerando que cada texto tem seu contexto cultural de referência e que, portanto, a própria Constituição não deveria ser entendida como um parâmetro fixo mediante o qual se valoram os significados possíveis de uma norma. Como consequência, o direito enquanto atividade interpretativa permite ao juiz valorar o quanto o texto normativo é capaz de satisfazer as exigências que emergem no contexto social e que requerem um pronunciamento que responda aos cânones da “adequação” ou, de modo mais geral, da “correção”. De acordo com essa perspectiva, a Constituição pode ser imaginada como um sujeito em contínua tensão na reconstrução da sua identidade⁵.

Falar, então, de “direito vivente” responde à exigência de elaborar, mediante a interpretação, respostas que sejam “conformes à Constituição”, respeitadas das necessidades do presente, dos novos valores – ou da releitura dos velhos – que aspiram a uma realização plena.

Pelo termo “direito vivente” entende-se, segundo uma tese, a constante interpretação jurisprudencial com exclusiva referência à orientação consolidada das magistraturas superiores; e, segundo outra tese, que o termo refere-se “à interpretação judicial dominante” a prescindir do grau (instância) do juízo⁶. Portanto, a noção de direito vivente parece inserir-se na relação entre a Constituição e a realidade cultural de referência, para verificar se e como essa vem recepcionada pelo ordenamento, requerendo, como consequência, uma atividade interpretativa do conteúdo da disposição. Desse modo, a *intentio legislatoris* parece estar em contínuo acontecer.

Em outras palavras, podemos dizer que, se o direito vivente fosse utilizado pelo juiz como *tertium comparationis* nas suas decisões⁷, então, os interesses manifestos pela sociedade em um determinado período histórico seriam considerados juridicamente relevantes e em grau de criar uma ponte em direção a interpretações sempre novas. O direito vivente, assim, alavanca aqueles fatos idôneos a produzir direito, sendo estes confiados à discricionariedade do juiz, para poderem ser solucionados mediante o balanceamento de interesses e o critério de razoabilidade, não encontrando respostas suficientemente adequadas no método analógico. Trata-se,

⁴ ROSENFELD, M. *Interpretazioni*. Bologna: Il Mulino, 2000. p. 102.

⁵ ROSENFELD, M. *The Identity of the Constitutional Subject*. in: *Law and Postmodern Mind*. in: *Cardozo Law Review*, 1998.

⁶ PUGIOTTO, A. *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*. Milano: Giuffrè, 1994. p. 274 e ss.

⁷ CARDUCCI, M. *Tecniche Costituzionali*. Lecce: Pensa, 2003. p. 92.

portanto, de continuar a contextualizar, a historicizar aquelas que foram as palavras da Corte Constitucional Italiana na definição do direito vivente; por isso esta declarava ter em “grande atenção uma constante interpretação jurisprudencial que atribuísse ao preceito legislativo o seu efetivo valor na vida jurídica, se é verdade que as normas não são assim como aparecem propostas em abstrato, mas como são aplicadas na quotidiana obra do juiz voltada a torná-las concretas e eficazes” (sentença da Corte Const. ital. n. 3/ 56).

O valor da certeza *do e no* direito indica a necessidade para o indivíduo de ser posto na condição de conhecer as conseqüências das próprias ações, a fim de evitar o arbítrio do poder, para a proteção das situações subjetivas juridicamente tuteladas em uma sociedade que não reconhece a si mesma no simples princípio de legalidade, no Estado de Direito, mas que se realiza no princípio de constitucionalidade, em um Estado dos direitos.⁸

A relação entre a Constituição e a Administração Pública italianas e entre esta última e o cidadão, à luz da reforma do Título V desta Constituição, parece ser inspirada nos princípios de transparência, simplicidade e democracia, em respeito ao artigo 5 da Constituição Italiana, o qual prevê o reconhecimento e a tutela das autonomias locais. A introdução do princípio de subsidiariedade como critério de alocação das funções administrativas é dirigida seja ao legislador federal seja ao estadual, com o fim de que aquelas sejam conferidas aos *Comuni*⁹ – sempre que não haja razões superiores de unidade –, motivo pelo qual a tutela do interesse nacional e as exigências de coordenação são confiadas à cooperação entre os diferentes níveis de governo, no âmbito da complexa estrutura pluralista do sistema democrático.

O Título V da segunda parte da Constituição Italiana foi completamente reformado mediante a lei constitucional n° 3, de 18 de outubro de 2001. O novo texto constitucional opera nova forma de repartição das competências normativas entre Estado, Regiões e Entes locais, favorecendo uma maior abertura a diversos sujeitos no

⁸ MAGRI, M. *La legalità costituzionale della Pubblica Amministrazione*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 5 e ss.

⁹ Nota trad.: podemos dizer que os *Comuni* equivalem aos nossos Municípios, e as *Città metropolitane* às nossas regiões metropolitanas. Contudo, as *Città metropolitane* italianas, diferentemente de nossas regiões metropolitanas, possuem estrutura administrativa própria. Conforme esclarece a autora, os *Comuni*, assim como as *Città metropolitane*, são entes autônomos com diversos poderes e funções, favorecendo a iniciativa autônoma dos cidadãos por serem os órgãos mais próximos daqueles, com a capacidade de melhor satisfazer seus interesses – segundo o princípio de subsidiariedade, introduzido pela Lei n. 3/2001, a qual reformou o Título V da Constituição Italiana.

processo de elaboração das políticas, e assim garantindo uma participação mais ampla das instituições e dos cidadãos¹⁰.

É importante salientar, dentre outras modificações pormenorizadas na nota n. 9, que o artigo 118 da Constituição Italiana consiste em uma norma atributiva de funções administrativas, diretamente aplicável, que revolucionou o sistema jurídico. O princípio de subsidiariedade realiza-se em sentido vertical, sendo da sua natureza mover-se do centro em direção à periferia, e em sentido horizontal quanto ao caráter subsidiário do agir público frente à iniciativa privada. O que se extrai da leitura do novo Título V, portanto, é uma condição não mais hierárquica do Estado frente aos entes locais, mas uma condição paritária na qual ambos integram a República e ambos concorrem para a realização dos interesses desta: daqui o esvaziamento da reserva de lei em prol de exigências de cooperação entre os diversos níveis de governo.

Uma vez que a reforma do Título V permite individuar uma relação paritária ordenada entre o Estado e as Regiões, as *Città metropolitane*, as Províncias e os

¹⁰ Em particular, o art. da lei em exame modificou o art. 114 da Constituição, reconhecendo a distinção entre República e Estado, colocando este último sobre o mesmo plano, do ponto de vista institucional, das Regiões, Províncias, Cidades Metropolitanas e Municípios (*Comuni*). A reformulação promovida pelo parágrafo 1º evidencia a relevante função reconhecida ao Município, entendido como ente de base, o mais próximo aos cidadãos, chamado primeiramente a satisfazer os seus interesses no respeito do princípio da subsidiariedade; o parágrafo 2º sancionou a autonomia estatutária de todos os entes supramencionados, estabelecendo que os Estatutos, os poderes e as funções das autonomias locais são sujeitos aos princípios fixados pela Constituição e não mais dependem das leis do Estado. Outra alteração relevante promovida pela reforma consistiu na reformulação do art. 117 da Constituição, a qual disciplinou a distinção entre atribuições legislativas do Estado e das Regiões, elencando taxativamente as matérias atribuídas à legislação exclusiva do Estado (parágrafo 2º) e à legislação concorrente Estado-Regiões (parágrafo 3º), enquanto cabe às Regiões a atribuição legislativa relativa a cada matéria não expressamente reservada, com base nos parágrafos precedentes (parágrafo 4º). Estabelece-se, assim, uma competência legislativa regional residual que leva a sustentar que, quando não seja expressamente indicado, uma matéria deve seguir objeto de atribuição legislativa por parte das Regiões, persistindo a atribuição legislativa concorrente em normas do Estado que estabelecem princípios gerais e normas regionais que lhes dão aplicação. Também reformulado o art. 118, que dispõe sobre a função administrativa. Enquanto o texto precedente atribuía funções às Regiões ou ao Estado, segundo o chamado princípio de paralelismo, a nova disposição confere funções administrativas aos Municípios, salvo quando conferidas às Províncias, Regiões ou Estado, para assegurar o exercício unitário ou quando dizem respeito a interesses gerais que extrapolam aqueles dos Municípios. Sinteticamente, pode-se dizer que a norma em análise recepciona constitucionalmente o princípio da subsidiariedade, juntamente aos princípios de diferenciação e adequação. Este último remete à constatação da idoneidade organizativa da administração relativa ao correto exercício das funções a esta atribuída; a diferenciação, ao invés, leva-nos a considerar as diversas características (estruturais, territoriais e também demográficas) dos entes públicos aos quais se deseja conferir poderes administrativos, com o objetivo de tornar efetiva e eficaz a descentralização. O parágrafo 4º da nova redação do art. 118 aplica o princípio de subsidiariedade também na relação entre Entes Locais e os cidadãos, de modo a serem favorecidas iniciativas para o desenvolvimento de atividades de interesse geral – é o que a doutrina chama de princípio de subsidiariedade horizontal. O art. 119 da Constituição, ao contrário, incide sobre a autonomia financeira não apenas das Regiões, mas também dos Municípios, Províncias e Cidades Metropolitanas.

Comuni (artigos 114, 118 e 119 Const. Ital.), o ordenamento entendido na sua totalidade compreende todos os atos de autoridade, e não apenas a lei ou os atos com força de lei¹¹. Precisamente, a questão é a de individuar a regra de *direito vivente* (regras de direito consolidadas pela jurisprudência dos tribunais superiores) interpretando a norma objeto de controle de legitimidade constitucional junto com o regulamento¹².

De acordo com um primeiro posicionamento da Corte Constitucional italiana¹³, a legitimidade de uma norma não deve ser valorada com relação ao fim ao qual foi emanada, a partir do momento em que a possibilidade que um objetivo mude – respeitando-se os princípios democráticos – figura entre as hipóteses eventuais de uma Constituição livre. Conseqüentemente, continua a Corte, o regulamento executivo¹⁴ em contraste com a nova norma e a eventual prática administrativa que àquele se conforma serão considerados ilegítimos.

O posicionamento referido parece contrastar com todo o discurso até agora desenvolvido, ou seja, com a exigência das sociedades contemporâneas – caracterizadas por uma pluralidade de concepções de bem – de encontrar tutela no ordenamento, pronto para colher o contínuo acontecer do direito vivente, também na prática administrativa. Nesse sentido, o quadro extraído é indicativo de um fechamento com relação ao processo de evolução de uma sociedade: é justamente o caso em que o juiz utiliza as generalizações como trincheira diante do pluralismo. A heterogeneidade dos fins¹⁵ emerge em consideração ao objetivo da lei, que deve encontrar correspondência na sua prática aplicativa; supondo que isso não se verifique, seria a lei a resultar ilegítima, caso não adequasse o seu fim àquele novo fim emerso com o respectivo regulamento.

¹¹ De resto, a possibilidade que também o regulamento de execução possa constituir direito vivente é sustentada por ESPOSITO, C. *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*. In: *Giur. Cost.*, 1962. p. 605 e ss.

¹² Nota trad.: o regulamento é fonte secundária com relação à lei.

¹³ Sentença n. 7/1966.

¹⁴ Nota trad.: o regulamento executivo é a fonte secundária que dá execução à lei.

¹⁵ Nota trad.: conforme a autora, tem-se a *eterogenesi dei fini* no momento em que os efeitos que se verificam divergem com relação às causas. Assim, não obstante as causas que determinaram/produziram uma lei, é possível que os efeitos que desta derivam não tenham sido previstos pela lei ou pelo legislador, ou não sejam a estes “aderentes”. De fato, é fundamental que a lei se confronte com a sua aplicação: nessa operação, visto que resulta a sociedade em contínua transformação, é possível que haja uma aplicação da lei que produza outros efeitos, razão pela qual os fins resultam “heterogêneos”, distanciando-se das causas.

Segundo outro posicionamento¹⁶, a Corte firma-se ¹⁷ no sentido da inidoneidade do regulamento a ser submetido ao controle de constitucionalidade, salvo casos nos quais a lei seja erroneamente impugnada juntamente ao regulamento e naqueles em que o uso do regulamento como expressão de direito vivente é feito de maneira obscura (contraditória) ¹⁸. Sustentou-se ainda, por parte da Corte, a impossibilidade para o juiz *a quo* de levantar uma questão não manifestamente infundada emersa do *combinato disposto*¹⁹ de uma lei e de um regulamento: de fato, a Corte continua a sustentar a impossibilidade para o intérprete de “identificar o conteúdo de uma norma de lei com base em disposições, segundo a hierarquia das fontes do direito positivo, com valor inferior e secundário; isto é, disposições que não podem conter normas contrastantes com aquelas da lei”²⁰. Os argumentos utilizados pela Corte nas últimas decisões examinadas são insuficientes para indicar uma contrariedade da mesma a admitir a existência de um *direito vivente regulamentar*²¹. De fato, não faltaram sentenças nas quais o juiz reconheceu ao regulamento um papel fundamental²².

¹⁶ Sentenças n. 102/1972, 121/1988 e 23/1989.

¹⁷ Chega a parecer que a Corte se põe em uma condição de *self-restraint* frente àquelas que poderiam ser as possibilidades de dar aplicação aos princípios constitucionais. “A Corte parece direcionada sempre mais a renunciar a sobrepor as próprias escolhas àquelas feitas pelos juízes ou pelo legislador para limitar-se a verificar a simples compatibilidade destas últimas com os esquemas mínimos resultantes da normativa constitucional”. ANZON, A. *La Corte Costituzionale e il “diritto vivente”*. in: *Giur. Cost.* 1984. p. 300.

¹⁸ No caso de uma lei que recepciona o conteúdo de um regulamento determinando situações de disparidade injustificadas, a Corte considera errônea a atividade do juiz *a quo*, limitada a um mero reenvio à fonte subordinada a fim de individualizar a proveniência da disciplina substancial. O regulamento, portanto, não pode ser submetido ao controle de constitucionalidade ao qual é submetida a lei. (Sentença n. 121/1988).

¹⁹ Nota trad.: *combinato disposto* de uma lei é a coordenação de duas ou mais disposições de leis, para efeito de interpretação e de aplicação (cf. *Dizionario Devoto Oli della lingua italiana*. Firenze: Le Monnier, 2004-2005).

²⁰ Sentença n. 102/1972.

²¹ Nota trad.: O direito vivente regulamentar (*diritto vivente regolamentare*) é o posicionamento consolidado constante no regulamento. É repetido no tempo, e não fruto de uma única decisão. A sentença considerada referência para a matéria é a n. 3/1956.

²² Com a sentença n. 1104/1988, a Corte Constitucional intervém sobre a possibilidade de valorar a legitimidade constitucional de um ato regulamentar, primeiro negando-a; sucessivamente afirmando-a enquanto a lei é aplicável porque especificada e completada pela respectiva fonte secundária. Assim, nas decisões n. 26/1990, 364/1990 e sobretudo 257/1991 nas quais encontra completa aplicação a tese de Esposito, a qual admite a existência de um direito vivente regulamentar (Sentenças n. 308/1983 e 132/1986).

O papel do direito vivente regulamentar, portanto, poderia concretizar-se como ulterior parâmetro indispensável e significativo para individuar as transformações sociais, constituindo de algum modo a voz das exigências concretas que a lei não conseguiria colher, resultando insuficiente. Nas sentenças fundamentais n. 215/1987 e 470/1989, é possível extrair novas funções confiadas ao direito vivente regulamentar. Na primeira (sentença substitutiva de princípio), o quadro normativo global é reconstruído recorrendo também ao regulamento, que nesse modo consente em atribuir à disposição legislativa caráter imediatamente preceptivo; na segunda, o direito vivente regulamentar é o instrumento determinante para declarar a inconstitucionalidade de uma norma. Em conclusão, em ambos os casos o direito vivente é propedêutico a uma visão jurídica e sociológica completa.

O risco de ancorar um juízo de legitimidade constitucional em regulamentos instáveis e mutáveis por natureza é o mesmo que se corre quando se decide assim utilizar determinados posicionamentos jurisprudenciais e uma certa práxis administrativa; os regulamentos, além disso, são por definição gerais e não se voltam ao particular; com mais razão, por isso, deveriam constituir um instrumento de juízo de legitimidade constitucional válido. Se a força das sentenças transitadas em julgado não é eliminável, como também não a é aquela dos atos administrativos não mais sujeitos à impugnação, os regulamentos possuem caráter de generalidade apenas quando haja harmonia com a lei à qual se referem, incluída a Constituição. No caso em que tal conformidade seja apenas com a lei à qual o regulamento adere, este não seria nulo, mas anulável, assim como não emerge a nulidade em caso de lei ou de ato com força de lei que estejam em contraste com a Constituição, visto que permanecem eficazes até o dia sucessivo ao da publicação da decisão com que se declara a ilegitimidade constitucional. Portanto, no caso em que a Corte é chamada a valorar a legitimidade constitucional de uma lei à luz do direito vivente, não poderá prescindir do significado assumido pela lei por efeito do regulamento que desenvolve e concretiza os princípios (resultando ineficazes e inaplicáveis apenas aqueles regulamentos de execução que estejam em contraste – antes mesmo que com a lei à qual aderem, caindo em um vício emerso em sede de aplicação ou de interpretação – com a própria destinação). A lei não aparece mais como o único instrumento de coordenação social: a descentralização dos poderes decisórios, a fragmentação da atividade administrativa, o processo de *delegificazione*²³, a relação dialética entre centro e periferia para a qual o território é sempre menos univocamente significativo são os sintomas mais relevantes da inidoneidade da lei para fornecer regras gerais.

²³ Nota dos trad.: *delegificazione* consiste na técnica normativa em virtude da qual o legislador autoriza fontes secundárias do direito (*regolamenti governativi*) a disciplinar determinadas matérias não cobertas por reservas de lei absolutas (cf. Dizionario Devoto Oli della lingua italiana. Firenze: Le Monnier, 2004-2005).

Como consideração às modificações do Título V da Constituição Italiana, poder-se-ia sustentar a tese segundo a qual, se um caso da vida objeto de interpretação é o pressuposto para que a Corte Constitucional individue a norma a aplicar, então também a atividade administrativa (regulamento executivo, circular, prática administrativa) poderia constituir direito vivente. De fato, no caso em que o regulamento não se limitasse a dar execução à lei, mas realmente a integrasse (*praeter legem*) e a tornasse mais idônea ao caso concreto, então o valor do direito vivente, com relação à fonte subordinada, seria evidente.

A dialética entre normas de primeiro nível (que derivam das diversas concepções de bem na comunidade) e aquelas de segundo nível (que impõem o reconhecimento da igual consideração das normas de primeiro nível) é tratada por M. Rosenfeld no quadro do *pluralismo compreensivo* (*comprehensive pluralism*): a esse propósito o autor não vê um risco de fragmentação das concepções de bem. De fato, a integridade da identidade seria tutelada pela busca de uma justa alocação dos interesses, das exigências individuais, das escolhas que se põem sobretudo o objetivo de conservar a integridade alcançada: o reconhecimento de normas de segundo nível oferece a oportunidade de um auto-enriquecimento e de uma melhor conciliação entre o eu e o outro mediante “uma maior penetração entre as suas respectivas perspectivas. Em poucas palavras, a abertura à perspectiva do outro torna possível uma transformação interna do eu e do outro em modos que possam consentir uma maior realização²⁴ e favorecer a possibilidade de traçar percursos comuns mutuamente aceitáveis sem dever abandonar as diferenças às quais se é mais afeiçoado”²⁵. Assim, acolher a norma de segundo nível com a qual se tolera a homossexualidade comporta, por um lado, a superação da crença de que seja uma ameaça para a sociedade; por outro lado, possibilita a aceitação da homossexualidade comportando uma revisão também das normas de primeiro nível, até chegar a um nível de abstração que colhe não aquilo que diferencia os homossexuais, mas aquilo que é comum entre estes e os heterossexuais. Desse modo, a norma de segundo nível comportaria seja uma revisão do instituto do casamento, seja a revisão do próprio conceito de bem e de igualdade.

O *pluralismo compreensivo* parte do pluralismo de fato, mas, diferente deste, é voltado a superar a fragmentação das concepções de bem, visando à sua reunificação e coesão. Podemos comparar a identidade das concepções de bem à identidade da

²⁴ Pense-se a esse propósito “à aprovação da lei orgânica n. 4/2000 sobre os direitos e as liberdades dos estrangeiros na Espanha e a sua integração social: trata-se, portanto, de uma problemática relativa a um modelo de “sujeito a integrar”, “correspondente ao critério do economicamente útil, e que seja fácil de integrar porque não há diferenças culturais relevantes...”. CRIADO DE DIEGO, M. *Cronaca di una morte annunciata: la legge organica spagnola n. 4 dell' 11 gennaio 2000 sui diritti e le liberta degli stranieri in Spagna e la loro integrazione sociale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeu*, 2001-I, p. 61.

²⁵ ROSENFELD, M. *Interpretazioni*. Bologna: Il Mulino, 2000. p. 412.

pessoa: esta permanece idêntica a si mesma mesmo nas diferentes manifestações no curso da vida, assim como idêntica a si mesma permanece a identificação do bem mesmo na necessidade de uma sua acomodação em realidades diversas²⁶. A objeção que se poderia formular ao *pluralismo compreensivo* é aquela da dificuldade de encontrar um terreno comum entre as diversas perspectivas. Rosenfeld destaca a necessidade, para tal propósito, de recorrer-se a um “deslocamento dos níveis de abstração” (daqui a exigência da concretização e não da mera execução de um princípio: o texto implica a necessidade de uma sua re-interpretação nos diversos níveis de abstração, para o que as mesmas noções de bem, de igualdade, etc., venham rediscutidas).

O tema do direito vivente, em conclusão, aparece em toda a sua complexidade. Não creio que possamos dar respostas definitivas, a partir do momento em que esse se apresenta aberto a uma multiplicidade de leituras. Poder-se-ia valorar caso a caso qual o risco que correm os valores em jogo em uma decisão, quais categorias essa decisão prejudica, na salvaguarda daquele nível mínimo essencial garantido pela Constituição, em uma ótica de equilíbrio e de razoabilidade, de coerência interna e externa. De outra parte, o entrincheiramento de um juiz atrás do dogma da certeza do direito parece já uma postura que não resultaria em tutela suficiente, considerando o quanto seja multifacetada a nossa sociedade.

“O dinamismo incessante dos princípios, a sua tendência constante à máxima realização, às condições historicamente dadas, como valores individuais que – e sobretudo – na sua mútua, ‘equilibrada’ combinação, comportam, por um lado, que a sua percepção se colha necessariamente por meio de instrumentos não-jurídicos de reconhecimento e, por um outro lado – o que agora mais importa – que, em conseqüência, determine-se um dinamismo paralelo nos êxitos interpretativos das fórmulas constitucionais que os hospedam”²⁷. Será tarefa do juiz valorar caso a caso quais riscos correm os valores em jogo em uma decisão, quais categorias estão prejudicadas, na salvaguarda daquele nível mínimo essencial garantido pela Constituição, em uma ótica de equilíbrio e de razoabilidade, de coerência e de proporcionalidade. Portanto, se em um determinado período histórico for evidente como determinadas instâncias emersas em um contexto adquirem maior valor, em detrimento de outras, significará que processos sociais particulares terão incidido sobre aquele contexto, considerando que os fatos são expressão dos comportamentos do *indivíduo* em uma determinada *sociedade*.

²⁶ Veja-se RICOEUR, *Sé come un altro*. Milano: Jaka Book, 1993, quando afirma a diferença e a complementaridade entre l’ *idem* e l’ *ipse*, ou seja, entre a *identidade idem* (temporalidade) e a *identidade ipse* (atemporalidade).

²⁷ ELIAS, N. *Il processo di civilizzazione*. Bologna: Il Mulino, 1988.

O direito vivente, portanto, permite alavancar a centralidade dos fatos e, como consequência, as circunstâncias²⁸ que adquirem uma importância fundamental na busca do significado mais correto a atribuir a um enunciado. Os problemas surgem no momento em que a solução de um caso não se encontra no direito vivente, mas é posta sob a discricionariedade do juiz, fazendo emergir, desse modo, a contínua tensão entre a lei e a realidade cultural caracterizada pelo pluralismo jurídico e social, típico da sociedade contemporânea. O positivismo resulta insuficiente no trabalho de compreensão, na análise das semelhanças e das diferenças dos casos examinados, e a interpretação literal da lei perde toda a sua força frente aos fatos “críticos”, “difíceis”²⁹ que aspiram a ser regulados e que recorrem à Constituição enquanto texto de fazer-se direito. Nessa ótica, buscam-se os princípios constitucionais idôneos a concretizar aquelas exigências de justiça que a lei não consegue satisfazer³⁰, considerando que “em abstrato não há regra que não responda a um princípio e não há princípio que não se vincule a um valor”³¹.

Por fim, “se é verdade, como é verdade, que as comunidades mudam, que mudam os valores prevalentemente partilhados, os modos de produção econômica, os canais de participação, os mecanismos de mediação, as relações internacionais e supranacionais”³², então é evidente que o binômio Constituição-fatos insere-se necessariamente em um processo dialético que requer sua historicização. Portanto, a atribuição de um determinado significado a um texto comportará sempre uma escolha entre duas ou mais interpretações possíveis, razão pela qual somente no futuro poder-se-á valorar se aquela interpretação adotada tenha ou não sido a melhor.

²⁸ ROSENFELD, M. *op.cit.*, 1998. p. 159.

²⁹ ZAGREBELSKY, G. *Il diritto mitte*. Torino: Einaudi, 1992. p. 191.

³⁰ ZAGREBELSKY, G. *op.cit.* p. 43 e ss.

³¹ ZAGREBELSKY, G. *Diritto per: valori, principi o regole?* In: *Quaderni Fiorentini*, 2001. n.3. p. 877.

³² RIZZA, G. *Autoreferenzialità, decostruzione, cambiamento nella revisione costituzionale: spunti critici e riflessioni*. In: *Diritto e Società*. n.1. p. 29.

