

2

A Interpretação Constitucional

Na acepção clássica de Savigny, interpretação é mero ato de conhecimento, consistindo em reconstruir o conteúdo da lei, elucidá-la, de modo a resgatar o sentido do texto viciado ou obscuro. (BONAVIDES, 1996).

No sentido atual, porém, não basta conhecer e encontrar a solução juridicamente correta e tecnicamente perfeita. Nesse sentido, interpretação da norma, além da fidelidade ao estritamente jurídico e ao texto interpretando, guarda um compromisso de cunho social e outro de ordem moral. Em vez de mero ato de conhecimento, é também ato de vontade, de criação, de declaração. Sob esse enfoque, interpretar o direito é solucionar o caso concreto com a ajuda do texto legal, de modo a obter uma decisão, a um só tempo, juridicamente segura, socialmente aceitável e moralmente justa. A interpretação exerce uma espécie de mediação entre o texto estático e a norma dinâmica que a partir dele se obtém. Daí Vigo (1993) declina que hoje a interpretação atinge pelo menos cinco dimensões: a) a propriamente jurídica; b) a fática; c) a axiológica; d) a lingüística ou semiótica; e e) a lógica.

Na dimensão axiológica, a interpretação valorativa consubstancia a atuação democrática do Direito, através da qual o intérprete opera o sistema positivo vigente em cada tempo e lugar, segundo o compromisso com o melhor direito, individual e socialmente considerado e ancorado, porém, numa ordem de valores consistentes.

Interpretar é trabalhar o fato jurídico para descobrir o conteúdo que a norma hipotética deve revelar; é mover o fato até o texto legal, para que o primeiro dite o conteúdo jurídico deste. A literalidade da norma é rígida, os fatos é que estão em ebulição no volver dos usos e costumes, das variações políticas e das descobertas tecnológicas. Logo, na operação concretizadora do direito, o que se valoriza é o fato e não a regra, ou que a valorização da regra ocorre em um segundo momento. Os fatos valorados é que ditam o sentido dos signos textualizados.

Os fatos não chegam ao Tribunal prontos e acabados. Chegam como matéria bruta, carente de lapidação. Requerem interpretação, avaliação e

valoração. É o que Larenz (1997) denomina fato bruto ou originário, cuja complementação ou abreviação cumpre ao intérprete, mediante o emprego, necessariamente, de valorações. Trabalhado ou filtrado o fato é posto na moldura legal, mesmo assim, várias alternativas de decisão se oferecem ao julgador. Contudo, na verdade, dada a coerência que o sistema jurídico deve guardar, só uma das opções é discursivamente justificável. Nesse momento, é a valoração que conduz à opção mais consentânea com o espírito da Constituição, para que se persiga, senão a sonhada única decisão de que fala Ronald Dworkin, pelo menos a mais adequada, juridicamente correta e socialmente justa. Daí asseverar Eros Grau que o Direito não é Ciência, mas prudência, caracterizada por juízo mais de razoabilidade do que de verdade. Eros Grau assinala que:

Texto e norma não se identificam: o texto da norma é o sinal lingüístico, a norma é o que se revela, designa. Daí podermos sustentar, seguindo Zagrebelsky, que o ato normativo, como ponto de expressão final de um poder normativo, concretiza-se em uma disposição (texto ou enunciado). A interpretação é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual pesquisamos as normas contidas nas disposições. Do que diremos ser, a interpretação, uma atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas. As normas, portanto, resultam da interpretação; e o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, conjunto de normas; o conjunto das disposições (texto e enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. Diz Canotilho que toda norma é significativa, mas o significado não constitui um dado prévio – é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete. (GRAU, 1995, p.12).

A distinção é fundamental porquanto a unidade sistêmica do ordenamento jurídico não se dá por intermédio de seus textos, mas de suas normas:

Interpretamos textos, note-se bem; a norma, não a interpretamos – ela é o resultado, não o objeto de interpretação. Mas ela (a norma) preexiste, potencialmente, no invólucro do texto, invólucro do enunciado. Vale dizer: a norma encontra-se, em estado de potência, involucrada; no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado – é que afirmo que o intérprete ‘produz a mesma[...]’. (GRAU, 1995, p.13).

Sobre a diferença entre a noção de texto e norma Ferraz Júnior (1999) destaca o surgimento do método ligado à idéia de compreensão (método compreensivo) e a disputa em torno do objeto da própria teoria jurídica, sendo que

método e objeto são correlatos, e o ponto comum é o problema do sentido da ordem normativa. Visto sob o ângulo do objeto, o direito é visto como posição de um sentido através de um ou mais atos normativos; sob o enfoque do método, o problema é quando e onde captar esse sentido.

Essa dupla perspectiva fez surgir dois posicionamentos diversos da doutrina:

- o sentido da norma está na vontade do legislador (doutrina subjetivista); sendo a interpretação uma compreensão da vontade do legislador, ela se faz *ex tunc*, desde o aparecimento da norma, ressaltado o aspecto genético;
- o sentido da norma está na vontade da lei (doutrina objetivista), ou seja, a norma tem um sentido próprio, decorrente de fatores objetivos, de certa forma independente do sentido que lhe quis dar o legislador, daí, ser uma interpretação *ex nunc* (desde agora, tendo em vista a situação em que ela se aplica), onde sobressaem os aspectos estruturais em que a norma vige e as técnicas para a sua captação.

Assim sendo, continua Ferraz Júnior (1999), a polêmica mostra alguns pressupostos básicos da hermenêutica jurídica. A partir da constatação de que o ato de interpretar tem por objeto não um texto, mas o sentido que ele expressa, sentido esse que lhe foi outorgado por outro ato interpretativo - o da autoridade competente - que por sua vez é condicionado por uma série de fatores que podem alterá-lo, restringi-lo, aumentá-lo, chega-se assim à questão do ponto de partida da interpretação.

Aqui, faz sentido a posição que interpretar é compreender outra interpretação, há que se estabelecer um ato doador de sentido. Eis o dogma, sendo característica da hermenêutica o caráter dogmático do seu ponto de partida.

O dogma inicial pode ser colocado sob diversos aspectos, hierarquizados ou não: v.g. pode-se partir da norma positiva, vista como dogma, como também se pode questioná-la sob a ótica da sua justiça, ou sob o ângulo da efetividade, ou, ainda, reconhecer pontos de partida pluridimensionais, compatíveis entre si. O que importa é que esse ponto de partida seja tomado como indiscutível, para impedir o recuo até o infinito. Não obstante, a identificação do dogma é

materialmente aberta (objetivismo x subjetivismo), muitas vias podem ser escolhidas, traduzindo a liberdade do intérprete.

Essa correlação entre dogma e liberdade traz à baila outro pressuposto, é dizer, o caráter deontológico e normativo da interpretação.

Há uma tensão entre dogma (critério objetivo) e liberdade (arbítrio do intérprete) mas há, no Direito, uma obrigação de interpretar, como também deve haver uma interpretação e um sentido que preponderem e ponham fim (prático), à cadeia das múltiplas possibilidades interpretativas.

Para que se entenda esse fim prático, que é a questão que anima a ciência jurídica, deve-se observar o critério da decidibilidade, ou seja, criação de condições para uma decisão possível.

Em sendo que a finalidade prática domina a atividade interpretativa, ao jurista não cabe apenas compreender um texto, devendo, também, determinar o seu alcance, ou seja, deve por o texto normativo na presença dos dados atuais de um problema, e deve começar por definir, por examinar o sentido técnico do vocábulo, das palavras, que são tiradas pelo legislador da linguagem cotidiana, mas, muitas vezes, têm um sentido técnico que necessita de ser aclarado.

Assim, além da interpretação gramatical ou vocabular, deve o jurista buscar o sentido contextual da norma, que é a interpretação lógica e sistemática, para evitar a incompatibilidade (problema analítico e empírico) que é diferente da contrariedade (problema analítico de lógica formal, diferente da analítica jurídica), sendo que a oposição entre dois textos incompatíveis não decorre somente da sua oposição formal, mas exige um fato ou uma situação concreta.

Para atingir a coerência, salienta Ferraz Júnior (1999), a interpretação lógica vale-se de três procedimentos:

- a atitude formal (atitude preventiva, estabelecimento de regras gerais, antes da ocorrência dos fatos, v.g. problema da simultaneidade das normas, resolve-se com a introdução de um critério de sucessividade, ou de irretroatividade, ou de retroatividade benigna; outros critérios são o da especialidade, as regras da *lex loci*, da *lex personae*;
- a atitude prática, procura evitar incompatibilidades à medida que elas se apresentam, ou seja, ao contrário do critério anterior, essa atitude prática vai em busca de soluções, olhando as normas a partir de uma situação concreta. Exemplo do procedimento prático são as regras

jurisprudenciais, que buscam ver nas situações algumas exigências conforme critérios de justiça e de equidade; nessa noção se pode incluir as regras de interpretação dos contratos, dentre outras, que nasceram das decisões judiciais;

- a atitude diplomática é aquela em que o intérprete, tentando evitar uma incompatibilidade, pelo menos em dado momento e consideradas certas circunstâncias, inventa uma saída, que soluciona, ainda que provisoriamente ou tendo em vista aquele caso, o conflito. São as chamadas ficções interpretativas, admitidas naquela dada situação, pelas conveniências sociais, pela equidade, que permite raciocinar como se certos fatos não tivessem ocorrido ou vice-versa.

Ao exame das atitudes retro, vê-se que a interpretação lógica precisa dos fins propostos por uma legislação. Sobressai, enfatiza Ferraz Júnior (1999), nesse caso, a incompatibilidade entre a noção de *mens legislatoris* e de *mens legis*, e resulta no modelo hermenêutico de integração do direito.

Nesse modelo, discute-se a possibilidade de o intérprete ir além da compreensão da norma, configurando novas hipóteses normativas, quando o direito vigente não as prevê ou as prevê de modo insatisfatório.

As mudanças sociais fazem com que o jurista rompa com ‘uma espécie de admiração acrítica do direito positivo vigente’, surgindo discussões da existência ou não de lacunas nos ordenamentos, e, de outro lado, admitindo-se a sua existência, discussões sobre a legitimidade e limites da atividade integradora do intérprete.

A questão da lacuna tem aspectos muito complicados, admitindo-se a possibilidade de que ela exista, e não está ainda bem definida. A doutrina tem dificuldade de determinar o seu significado restrito, separando-o de outros casos como os das normas abertas (exigem fixação do sentido ainda vago), os dos conceitos valorativos (chamados “*standards* legais”), como o de honestidade, bons costumes, bem público, bom pai de família, etc.

Não se consegue distinguir, ainda, o conceito de lacuna no aspecto estático (ausência de norma) e no aspecto dinâmico (a historicidade do Direito revela lacunas que antes não existiam e preenche outras que já tinham sido reconhecidas).

Como instrumentos de integração, temos a analogia, a interpretação extensiva, a equidade, os princípios gerais, a indução amplificadora. Por exemplo, no Direito Público, diz-se que ele aceita a interpretação extensiva, mas não a analogia; devido à imprecisão dos conceitos, disputa-se se existem ou não lacunas e se a integração é legítima.

Conclui Ferraz Júnior (1999) por dizer que o problema da integração conduz a um novo modelo de ciência jurídica, visto que a questão do sentido da norma já contém uma referência à normatividade como um regulador do comportamento humano, que deve se adaptar, tendo em conta a contínua evolução e transformação, às novas exigências.

Também para Larenz (1997) seria um erro aceitar que os textos jurídicos só carecem de interpretação quando surgem como particularmente obscuros, pouco claros ou contraditórios. Pelo contrário, arremata o mestre da metodologia da ciência do direito, em princípio, todos os textos jurídicos são suscetíveis e carecem de interpretação, sendo essa necessidade de interpretação não um defeito, que se possa evitar mediante uma redação tão precisa quanto possível, mas um dado de realidade, que continuará a subsistir enquanto as leis, sentenças, resoluções e mesmo os contratos não forem redigidos exclusivamente em linguagem codificada ou simbolizada.

Larenz (1997) nos adverte que a interpretação de qualquer enunciado normativo há de iniciar-se pelo seu sentido literal - assim entendido o significado de um texto ou de uma cadeia de palavras no uso lingüístico geral -, e que, onde for possível constatar usos lingüísticos especiais, valerá o significado emergente dessa linguagem técnica porque a sua adoção, no texto de determinada lei, terá sido intencional e decorrente da necessidade de atingir objetivos que, ao ver do legislador, poderiam não ser alcançados se ele utilizasse a chamada linguagem vulgar.

Por isso, nas situações em que, evidentemente, a lei se tenha desviado do seu uso lingüístico especial, impõe-se apelar de novo para o uso geral, que, então, funcionará como instância de controle e tradução, balizando os limites nos quais há de se encontrar o sentido procurado, até mesmo como condição de legitimidade do preceito que se pretenda aplicar, porque parece intuitivo que uma norma ininteligível, veiculada em linguagem singularmente esotérica, não possa impor obrigações a ninguém.

No particular, isso significa, também, que ao aplicador do direito - por mais ampla que seja a sua necessária liberdade de interpretação - não é dado, subjetivamente, criar ou atribuir significados arbitrários aos enunciados normativos, tampouco ir além do seu sentido lingüisticamente possível, um sentido que, de resto, é conhecido e fixado pela comunidade e para ela funciona como limite da interpretação.

Nessa perspectiva, segundo Larenz (1997) o respeito à autonomia do texto é indispensável à objetividade e à controlabilidade da interpretação, assim como a transcendência do objeto é condição de possibilidade do evento cognitivo como apreensão de algo externo ao sujeito, que se lhe opõe e para ele permanece um outro, mesmo depois de apreendido pela consciência. Assim, podemos afirmar que a letra da lei possui dupla finalidade, funcionando de um lado como ponto de partida para a elucidação do sentido pelo intérprete e, de outro, definindo os limites postos à sua atividade hermenêutica enquanto tal.

Dessa distinção entre texto e norma sobressai a figura do intérprete, a quem cumpre fazer a ponte entre esses dois elos. O papel do intérprete é de suma importância, porquanto poderá formular a norma segundo a carga de conhecimento, de cultura, de vivência e, até mesmo da ideologia que professe. Não se está dizendo, com isso, que tenha absoluta liberdade para declarar a norma, a ponto de poder até mesmo negá-la, mas que, com base nas limitações do próprio texto e do sistema, poderá realizar em cada texto a transformação de significado da norma.

2.1

Especificidade da Interpretação Constitucional

Os jusconstitucionalistas divergem quanto à especificidade da interpretação constitucional, ao argumento de que se trata apenas de hermenêutica jurídica aplicada à Constituição, conforme ilustra Luis Roberto Barroso:

A interpretação constitucional serve-se de alguns princípios próprios e apresenta especificidades e complexidades que lhe são inerentes. Mas isso não a retira do âmbito da interpretação geral do direito, de cuja natureza e características partilha. Nem poderia ser diferente, à vista do princípio da unidade da ordem

jurídica e do conseqüente caráter único de sua interpretação. Ademais, existe uma conexão inafastável entre a interpretação constitucional e a interpretação das leis, de vez que a jurisdição constitucional se realiza, em grande parte, pela verificação da compatibilidade entre a lei ordinária e as normas da Constituição. (BARROSO, ano, p.98)¹

Canotilho (1993), também não adota a especificidade da interpretação constitucional, recorrendo aos mesmos métodos da hermenêutica jurídica geral para “mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados lingüísticos que formam o texto constitucional.”. (CANOTILHO, 1993, p.208).

Bulos (1997, p.21) também é enfático ao afirmar que: “Logo, inexistente interpretação constitucional com foros de especificidade. O que há é uma interpretação jurídica das normas constitucionais.”

Mas a grande contradição dos negativistas está em dedicarem estudo ao tema específico. Como não admitir a especificidade da interpretação constitucional e ao mesmo tempo dedicar livros e artigos à matéria? Ora, a distância que separa a interpretação constitucional da interpretação jurídica geral é a mesma que separa esta da interpretação genérica. Em contrário, Maximiliano (1993), na década de 1920, já destacava a especificidade da interpretação constitucional da seguinte forma:

A técnica da interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objeto colimado redigidas de modo sintético, em termos gerais.

O Direito Constitucional apóia-se no elemento político, essencialmente instável, a esta particularidade atende, com especial e constante cuidado, o jurista. Devem as instituições ser entendidas e postas em função de que correspondam às necessidades políticas, às tendências gerais da nacionalidade, à coordenação dos anseios elevados e justas aspirações do povo. (MAXIMILANO, 1993, p.304-305).

Pacheco (1958, p.48) anota que “um dos elementos de maior mobilidade da Constituição é o processo da sua interpretação, que, por isto mesmo, se eleva a uma assinalada importância”. Na mesma linha, Bonavides (1996) observa que, excluídas as vias excepcionais do golpe de Estado ou da revolução, a ordem constitucional, quando se depara o imperativo da renovação, pode ser operada por

¹ O autor inclui nesta corrente Jorge Miranda, K. Larens, José Alfredo de Oliveira Baracho.

três caminhos normais: estabelecimento de uma nova constituição, a revisão formal do texto vigente e o recurso aos meios interpretativos.

É verdade que há as regras gerais da hermenêutica jurídica, porém cada ramo do direito se distingue por possuir princípios, legislação e doutrina próprios, suscitando por isso métodos especiais de interpretação, sem contudo apartar-se do esquema da teoria geral. O Direito Constitucional, em face do caráter aberto de suas normas, de inicialidade do ordenamento jurídico e de supremacia normativa, reclama muito mais.

Saliente-se, outrossim, que a Constituição terá de ser sempre um documento dinâmico, que reflita a dinâmica da própria sociedade. Assim o próprio contexto de Constituição revela uma ordem aberta. Uma Constituição verdadeira – por imperativo lógico – terá de ser aberta, por isso o uso no presente trabalho da expressão caráter aberto da norma constitucional.

O mundo fenomênico não representa um universo sem movimento, mas sim espaço privilegiado para o movimento das instituições que se transformam com frequência. Nada é estático e tudo é dinâmico em direito constitucional. As instituições de natureza políticas tratadas, definidas e estudadas por este ramo do direito atualizam-se de acordo com as modificações da sociedade, o que não permite um imobilismo extremado do direito.

Conceber a Constituição como ordem aberta não é vê-la sob a ótica do império do texto ou império de seu criador nem de seu intérprete. Conceber a Constituição como sistema aberto é perceber a necessidade de superação do maniqueísmo e da dicotomia. O objetivismo e o subjetivismo representam uma polarização que reduz o ato de interpretar.

Perceber a Constituição de forma aberta é conceber uma criação de natureza subjetiva, limitada pela força objetiva do texto. Representa assim, a fusão de espaços, onde objetivismo e o subjetivismo deixam de ser unidades polarizadas.

Smend, (1985) na obra Constituição e Direito Constitucional, publicada em 1928, já observava que constitui ilusão dos formalistas do Direito esperar que a norma jurídica se sujeita em toda parte à mesma interpretação e emprego, não importando sua conexão com o direito público ou com o direito privado, com o direito formal ou com o direito material, com o direito constitucional ou com o direito administrativo.

Guerra Filho (2007) afirma que a interpretação constitucional é diferente de interpretar a Constituição segundo os cânones tradicionais da hermenêutica jurídica. Porque esta se desenvolveu sob a égide do pensamento de ordem privatística. Assim, a interpretação constitucional acolhe os tradicionais métodos e recorre a outros recursos argumentativos, quando do emprego do instrumental clássico da hermenêutica jurídica não se obtenha como resultado da operação exegética uma “interpretação conforme a Constituição”. Por fim, deduz que, da diferença entre normas-regras e normas-princípios salta a necessidade da especial interpretação constitucional.

É essa natureza diferenciada de princípios e regras que suscita a necessidade de se desenvolver uma hermenêutica constitucional igualmente diferenciada, diante da hermenêutica tradicional. Especialmente a distinção por último referida, segundo a qual os princípios encontram-se em estado latente de colisão uns com os outros, requer o emprego dos princípios da interpretação constitucional. (GUERRA FILHO, 2007).

Na verdade, a Constituição representa a condensação da vontade de um povo em um dado momento, com pretensão de longevidade, alimentada pelos princípios de direito e valores nela inseridos. Três dados sintetizam a especificidade da interpretação constitucional: I) o caráter político de suas normas; II) a natureza principiológica e valorativa de suas normas; III) a forma aberta de suas normas. Que, analiticamente, assim se desdobram em vários aspectos.

Em primeiro aspecto a natureza da linguagem da norma constitucional oriunda de um Poder Constituinte democrático é complexa, porque traduz a síntese de acordos entre correntes as mais diversas e mesmo contraditórias da sociedade, contendo o perene estado de tensão ali reinante. Conceitos como liberdade, igualdade, moralidade, função social da propriedade, bem comum, dignidade da pessoa humana, justiça social são bastante elásticos e abertos. Por outro lado, ao contrário da regra infraconstitucional, onde prevalece o sentido técnico, as palavras da Constituição devem ser entendidas no sentido comum, popular. “Vale a presunção de que a Constituição não foi escrita em linguagem arvezada e difícil, inçada de termos técnicos e sim em estilo simples, claro, chão, como obra do povo” (PACHECO, 1958, p.51). Aliás, há muito, Marshall citado por Pacheco (1958, p.52) já advertia sobre este ponto, e definia “sentido

comum das palavras como seu uso nos assuntos normais da vida, ou em autores reconhecidos”.

Em segundo aspecto percebemos a supremacia da constituição no contexto do Ordenamento Jurídico coloca o intérprete na responsabilidade de compreender o sentido dos comandos, cuja interpretação irradia-se sobre toda a interpretação da norma infraconstitucional.

Em terceiro lugar a norma constitucional tem o caráter de inicialidade, significando dizer que a Constituição é cabeça de capítulo de todos os ramos do direito codificado, sintetiza o esquema geral do Ordenamento Jurídico e sua linha ideológica, direcionando a interpretação de todo o direito de um povo.

Em quarto lugar percebemos que o direcionamento ideológico da interpretação constitucional contamina todo o sistema jurídico, conforme diz Häberle:

Mesmo as decisões em conformidade com a Constituição são constitucionalmente relevantes e suscitam, a médio e longo prazo, novos desenvolvimentos da realidade e da publicidade da Constituição. Muitas vezes, essas concretizações passam a integrar o próprio conteúdo da Constituição. (HÄBERLE, 1997, p.27).

Como quinta característica, percebemos que a norma constitucional tem conteúdo específico, na maioria das normas de organização, ao contrário do conteúdo das leis, que é de regulação de conduta.

Em sexto aspecto notamos que a norma constitucional possui caráter político, porque “o poder constituinte é revolucionário nas suas raízes históricas e político na sua essência [...]. Apesar do seu caráter político, a Constituição materializa a tentativa de conversão do poder político em poder jurídico.” (BARROSO, 1996, p.104-105). O mesmo já observava Smend (1985) ao entender que o critério que permite distinguir a Constituição do resto do ordenamento jurídico é o aspecto político. Aditando a colocação de Duverger (1990), segundo a qual a natureza da política pode-se representar pelo deus Janus, de duas caras, uma referente à dominação e outra à integração, a Constituição objetiva e materializa exatamente essas duas faces, ou seja, documenta uma dominação disciplinada.

No mesmo sentido, Ribeiro (1990) assevera que o Direito Constitucional interage dialeticamente, numa área de confluência, com a Ciência Política, recebendo impregnações dos dois campos, o que lhe imprime a qualidade de Direito Político, numa “dupla amarra científica e a comum integração de objetivos” (RIBEIRO, 1990, p.23), o Direito com seus fatores estabilizadores e a Política com os seus fatores dinamizadores, “assegurando correlacionamentos dialéticos também com as ordens cultural, social e econômica.” (RIBEIRO, 1990, p.24).

Em reforço a essa posição, recorre-se a Verdú (1997) que compreende o Direito Político como o ramo do Direito Público interno que estuda as normas e instituições reguladoras dos poderes estatais e das liberdades fundamentais e um contexto histórico e sociopolítico, cujo conteúdo, em síntese, compreende a Ciência Política e o Direito Constitucional. Por fim, arremata que convém insistir e não olvidar que nas relações entre Direito político e Direito Constitucional, em qualquer dos enfoques – do Direito Político como Direito Constitucional e do Direito Constitucional como Direito Político prevalece sempre a qualificação dos conteúdos normativo-institucionais próprios do direito constitucional.

Por fim a interpretação constitucional rege-se por princípios, adiante analisados, e por regras particulares.

Para a corrente que não admite a especificidade da interpretação constitucional, essas particularidades não são privativas da norma constitucional, pois muitas normas legais têm direcionamento político, conteúdo ideológico e caráter aberto. (CALLEJÓN, 1997).²

Porém, há que se destacar que, enquanto na Constituição essas características constituem a regra, na norma infraconstitucional isso ocorre excepcionalmente, e o excepcional não desqualifica uma regra, antes confirma-a.

Na verdade, parece que há uma comunicação desvirtuada neste ponto, porque os negativistas não negam que haja uma interpretação diferenciada das normas constitucionais mediante o emprego dos mesmos métodos de interpretação do Direito em geral, enquanto os especialistas defendem que a

² Aqui a autora noticia que Garcia de Enterría destaca mais de 50 artigos do Código Civil Espanhol que representam conceitos jurídicos indeterminados. y los principios Generales Del Derecho, Cuaderno Civitas, Madrid, 1984. p.43.

interpretação constitucional parte das regras de interpretação do Direito em geral e adicionam princípios próprios.

Assim, parece que a diferença entre ambos está apenas que cada um atribui ao termo especialidade, porém nenhuma diferença substancial. A própria Callejón (1997) percebe que a insuficiência do método jurídico tradicional para interpretar a constituição deriva de que este está elaborado com categorias jurisprivatistas, entretanto o texto da constituição responde os reclames do pluralismo político. Assim esta crise dos métodos tradicionais é o fruto da peculiar posição da constituição em relação ao ordenamento jurídico.

Por fim, a evolução do Estado legal de Direito para o Estado democrático de Direito antepõe interpretação da Constituição à das demais regras, em virtude do referente hermenêutico que completa o círculo da supremacia constitucional no conjunto do ordenamento jurídico. O processo de controle da constitucionalidade por si só justifica a especialidade da hermenêutica constitucional, dado que toda norma legal deve ser cotejada com a Constituição, quer em sua literalidade, quer finalisticamente, ou seja a norma de concreção deve ser pronunciada de acordo com o programa normativo da Constituição.

A expressão programa normativo da Constituição aqui utilizada refere-se a interpretação do conjunto de dados lingüísticos, a explicação dos textos por meio de todos os métodos de interpretação. Por meio deste instrumento ou programa, o aplicador do direito escolhe a partir do campo factual, ou do campo de espécie, a quantidade de fatos normativos para a solução do caso.

O campo normativo ou âmbito normativo é o recorte da realidade social em sua estrutura básica que o programa normativo elegeu ou criou para si como seu âmbito de regulamentação. Assim o programa normativo e o campo normativo formam a norma jurídica, que nesse estágio ainda está formulada de maneira abstrata e genérica.

2.2

Hermenêutica como Método de Interpretação

O estudo da hermenêutica significa o questionamento inicial sobre o processo de compreensão, ou seja, a busca de resposta para a pergunta: “como se dá a compreensão e qual a relação entre o sujeito que interpreta e o objeto a ser

interpretado?” (sentido filosófico). Por outro lado, a hermenêutica constitui a busca do método ou conjunto de métodos que viabilizem a própria tarefa de interpretar (sentido lógico). É esta segunda concepção, em que se cuidará da hermenêutica como técnica jurídica, ou seja, metodologia para a tarefa de interpretação-concretização da norma jurídica que trataremos neste estudo.

Márcio Diniz, questionando acerca do significado da hermenêutica constitucional geral, concluiu que a hermenêutica é:

A técnica jurídica voltada à elaboração e regras para a compreensão do conteúdo e do significado das normas jurídicas, assumindo, portanto o caráter da interpretatio, cuja etimologia, radicada na práxis romana, significa mediação entre duas partes por meio da linguagem. (DINIZ, 1988, p.232).

Adotando a segunda das concepções de hermenêutica apresentada neste estudo (hermenêutica como método de interpretação), Diniz (1988) entende que o intérprete é aquele que desenvolve uma atividade a qual constitui um modo de pensar pragmaticamente a realidade, dirigida à formulação de regras, com fundamento nas quais ele (intérprete) compreenderá as normas jurídicas, e, assim, será fornecida a solução para o problema concreto que ele se coloca. Nesse contexto anota, com propriedade que:

[...] a interpretação do Direito é, ao mesmo tempo, um processo voltado para a determinação do conteúdo e do sentido da norma jurídica com a relação a um suposto fato. Nesse processo dinâmico de concretização, o intérprete, após recorrer a critérios, ou princípios hermenêuticos adequados e específicos, obtém, a partir do próprio ordenamento jurídico, um critério para dar uma resposta à questão que lhe é apresentada. (DINIZ, 1988, p.232).

Segundo esta concepção de hermenêutica, o intérprete deve alcançar uma unidade sistemática entre o ato de interpretar, o objeto interpretado e o conteúdo da interpretação. É necessário, como ponto de partida, a determinação de um sentido à norma interpretada por meio de uma perspectiva metodológica, que se justifique pelos fins práticos que o legislador e o aplicador pretendem alcançar, no momento histórico-prático da concretização. Como afirma Diniz (1988), trata-se de atribuir um sentido funcional à norma interpretada, mediante uma atividade hermenêutica comprometida com a sua finalidade, ou seja, deve-se privilegiar

com a interpretação de uma dada norma a intencionalidade prática que se pretende alcançar com a sua inserção no ordenamento jurídico.

No processo de interpretação-concretização da norma jurídica, é fundamental a idéia de ordem, ou seja de coerência sistemática interna entre as diversas opções axiológicas que se abrem ao intérprete. Uma discussão em torno da hermenêutica constitucional, que constitui uma das mais importantes expressões da hermenêutica jurídica contemporânea, é também um questionamento acerca das relações Estado e Constituição, sendo necessário definir as concepções concretas de Estado e de Constituição. (DINIZ, 1988).

Em tese, é no Direito que a palavra tem o poder vinculante exterior, porque, tem o manto do Estado. Por sua vez, a norma escrita é apenas uma das múltiplas expressões do Direito. Cada palavra da norma tem que guardar coerência com todo o sistema jurídico. É a integração da parte com o todo e deste com aquela, já preconizada por Schleiermacher.(1999).

O que distingue fundamentalmente a hermenêutica jurídica das demais é o seu caráter transformador imediato. A esse propósito, Vigo (1993) recorre a Gregório para demonstrar que a hermenêutica jurídica não é como a hermenêutica literária, mero comentário ou recriação de textos, mas que ela orienta uma decisão, e por sua vez quem a emite se torna responsável por suas conseqüências.

Tradicionalmente, estuda-se a hermenêutica jurídica como “o conjunto orgânico das regras de interpretação” (FRANÇA, 1997, p.21). Essas regras são legais, científicas e jurisprudenciais.

As primeiras estão contidas na lei, a exemplo dos arts. 5º, 6º e 7º da Lei de Introdução ao Código Civil, de caráter geral, e em artigo próprio de cada Corpo de Lei, como o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, o art. 3º do Código de Processo Penal.

As regras científicas representam-se por enunciados construídos pelos sábios, desde a antiguidade, como os brocardos e as regras insculpidas no Digesto, de Justiniano, até as reflexões mais atuais. Justiniano compilou dezoito regras especificamente de interpretação, das quais derivam quase todas as outras regras pragmáticas mais atuais, valendo citar:

- a) Em toda disposição de direito, o gênero é revogado pela espécie;
- b) Nas coisas obscuras, seguimos o mínimo;

- c) Quando houver duplicidade de regras sobre a liberdade, interpreta-se em favor desta;
- d) Em caso de dúvida, interpreta-se pela solução mais benigna;
- e) No todo está contida a parte.

Pasqualini elabora sete regras hermenêuticas, estas, sim, pautadas nos estudos mais atuais da hermenêutica filosófica, que podem assim ser resumidas:

I - A hermenêutica tem o Dom da ubiqüidade. É na realidade da realidade. “Não há interpretação que não se estribe em uma experiência, e nenhuma experiência que não tenha por antecedente o legado hermenêutico da pré-compreensão”. (PASQUALINI, 1999, p.54).

II - Os intérpretes fazem o sistema sistematizar e o significado significar, razão pela qual, interpretar é interpretar-se.

III- O Direito e a hermenêutica apresentam-se cognitivamente indissociáveis, razão por que a jurisprudência integra, lógica e epistemologicamente as fontes do Direito. “O Sistema jurídico, em última análise, não é apenas a totalidade das normas, dos princípios e dos valores, mas, acima de tudo, a totalidade hermenêutica do que tais normas, princípios e valores, como conexões de sentido, podem significar”. (PASQUALINI, 1999, p.55).

IV - As possibilidades de interpretação são infinitas, porém conservam a justa reserva para com o arbitrário e a irracionalidade, “A hermenêutica acha-se, pois, em dupla oposição, por um lado, deve ao ceticismo e, por outro, ao dogmatismo. A sua resposta é uma só: busca da melhor exegese”. (PASQUALINI, 1999, p.55).

V - Interpretar é hierarquizar. “A hierarquização axiológica constitui-se, ao que tudo leva a crer, na mais autêntica condição de possibilidade do agir hermenêutico”. (PASQUALINI, 1999, p.56).

VI - A busca das melhores exegeses revela-se espiraliforme. Girando em torno do seu núcleo principiológico, o sistema se expande a cada releitura. “o juiz não aplica a lei apenas em concreto, mas colabora, ele mesmo, através da sua sentença, no desenvolvimento do direito [...]”. (GADAMER *apud* PASQUALINI, 1999, p.56).

VII - A ronda infindável das interpretações rejeita os extremos absolutos do subjetivismo e do objetivismo, pois o sistema jurídico não é tanto nem tão

pouco. A hermenêutica jurídica é indissociável da vinculação e da discricionariedade, ou seja, opera num sistema ao mesmo tempo em que o expande: “somente a elasticidade produz verdadeira resistência”. (PASQUALINI, 1999, p.56).

Na verdade, a hermenêutica jurídica não deve ser entendida como sistema de regras de interpretação. É muito mais. A sua qualidade holística, unificadora da experiência com o conhecimento e a crítica adjudica uma indispensável interdisciplinariedade. O Direito, por sua vez, como razão prática, regula condutas sob o manto da autoridade e as decisões judiciais se legitimam pela via da justificação. Logo, a hermenêutica especificamente jurídica compreende a experiência e o conhecimento jurídicos, bem como a crítica e o compromisso com o progresso moral da sociedade.

Segundo essa ótica, a maioria das regras gerais não passam de fórmulas sofisticadas, adaptáveis a todas as pretensões. Entretanto, muitas das quais não deixam de representar sínteses de larga experiência, que podem inspirar o intérprete na sua argumentação.

Para ser mais exato, devem ser deduzidas regras hermenêuticas específicas para a solução de cada caso difícil. A idéia de Caso complexo ou difícil adotada no presente trabalho é aquela adotada por Dworkin (2003), onde, ainda que nenhuma norma vigente apresente solução para o caso, ainda assim, é possível que uma das partes tenha direito a receber tutela jurisdicional favorável a seu interesse. Não deixa de ser dever do juiz, mesmo nos “casos difíceis”, descobrir quais são os direitos das partes.

Dworkin (2003) se contrapõe, assim à posição clássica do positivismo de que, nos casos em que colocam problemas novos em que não é possível resolvê-los pela interpretação das normas existentes, o juiz deveria atuar como legislador, promulgando o direito que em seu sentir o legislador promulgaria se estivesse enfrentando o problema. A tese inovadora que consagrou o jurista inglês é de que o juiz não deveria atuar discricionariamente, mas aplicando princípios. Admite, assim, que o Direito está integrado também por princípios morais.

Para Dworkin (2003) o intérprete é um hermeneuta que cria o objeto a partir de “pré-conceitos” e de pertença a uma tradição da qual ele não pode se livrar.

A idéia de moral política coletiva de Dworkin (2003) – moral esta que dita as regras do sujeito – pode ser concebida como idéia de pertença a uma tradição. O sujeito, inserto na moral coletiva, e inserido na pertença histórica, funde-se ao objeto de conhecimento e funde dois momentos históricos distintos: O do hermenêuta e o do produtor do texto.

A busca de uma moral coletiva que justifique a visão interpretativa de determinado texto é, na verdade, a busca de uma dimensão pública subjetiva para conceber determinado instituto. É o encontro da fusão entre o objeto e a tradição vista sob a ótica coletiva.

Para Dworkin (2003) a criação do objeto de interpretação vai se dar em determinado momento histórico por toda uma coletividade que vai possuir uma idéia coletiva do verdadeiro ser que se interpreta. O autor, propõem assim, uma visão coletiva do que seja o objeto, e para tanto admite certa aderência de idéias, permitindo a criação do ser que se interpreta por parte do sujeito.

Nesse sentido, é possível inferir que a atitude de interpretar é atividade efetuada segundo uma moral coletiva, e sustenta-se a partir de uma argumentação que se justifica porque todos falam a mesma linguagem. Ou seja, justifica-se porque os intérpretes atuais estão inseridos em uma mesma tradição.

Há apenas uma resposta correta para qualquer pergunta sobre o que o objeto é exatamente, porque há apenas um senso verdadeiramente público. A relatividade existe em relação ao tempo, não em relação ao sujeito, pois o que se infere da coletividade é a idéia correta que surge da fusão de dois momentos: o momento do sujeito que cria e o momento do sujeito que interpreta.

Há apenas uma resposta correta para todo problema interpretativo, seja qual for a questão, sempre haverá uma solução jurídica para o caso, e cabe ao aplicador do direito tentar encontrá-la.

O direito é assim, profundamente político e é um exercício de interpretação de tal maneira que a busca do seu ser é uma atividade interpretativa e se dá em todo o momento da aplicação do direito, e não somente quando se aplica uma lei controversa.

Nesta perspectiva, a interpretação jurídica não se subsume á descrição do dado, mas à fusão entre o dado e o construído. Há um momento participativo no qual estão incluídos os sujeitos do tempo da interpretação. Essa participação, segundo Dworkin (2003), existe para encontrar não a idéia que o intérprete tem da

norma, mas a idéia que toda a sociedade possui. Essa idéia coletiva insculpe-se no que chama de “mora política”, e cabe ao intérprete encontrá-la. Há uma integridade que não se confunde com a vontade da maioria e que deve ser resgatada.

Essa idéia de interpretação, a partir da compreensão de que há uma fusão entre aquele que interpreta e o ser que criou a lei, encontra um espelho na atitude de interpretar um texto literário. Dworkin (2003) demonstra que a literatura, ciência do espírito tal qual o direito, pode fornecer analogias bastante férteis para a compreensão da interpretação do direito.

Todavia, criação e interpretação são coisas distintas para Dworkin (2003), e esta diferença reside nos limites impostos à criação. O texto funciona como condicionante da atitude do intérprete, como barreira para seu desenvolvimento livre da arte de criar. Existem elementos que estão no texto, mas que não podem ser acrescentados ou retirados pelo intérprete; mas existem outros claros que lá não estão e que permitem o desenvolvimento das atitudes do hermenauta que são, também, atitudes de criação.

O intérprete não está livre para criar direitos a partir da sua necessidade no caso concreto como afirmava a escola do livre direito. A criação pura e simples do direito, no momento da aplicação, representaria uma burla ao sistema de divisão e partição de poderes, conforme lembra o autor.

Nesse sentido, é possível inferir que a atitude de interpretar é atividade efetuada segundo uma moral coletiva, e sustenta-se a partir de uma argumentação que se justifica porque todos falam a mesma linguagem. Ou seja, justifica-se porque os intérpretes atuais estão inseridos em uma mesma tradição.

Há apenas uma resposta correta para qualquer pergunta sobre o que o objeto é exatamente, porque há apenas um senso verdadeiramente público. A relatividade existe em relação ao tempo, não em relação ao sujeito, pois o que se infere da coletividade é a idéia correta que surge da fusão de dois momentos: o momento do sujeito que cria e o momento do sujeito que interpreta.

Não se trata de advogar uma verdade que seja consenso, mas de uma verdade que seja fruto da idéia coletiva, que é fruto da tradição e condicionada por uma “pré-sença” que é inerente a todo sujeito. A verdade é fruto não da metodologia utilizada e nem da consensualidade, mas sim da fusão entre o objeto e o intérprete, entre o sujeito que cria e o ser que observa e conhece.

A utilização do material oferecido por Dworkin (2003) acarreta na necessária abertura de qualquer objeto à realidade, fazendo-o tornar-se em parte aquilo que o sujeito deseja que se torne, em parte aquilo que ele na verdade é. Se for compreendido este sujeito como a coletividade que se expressa por intermédio da moral política e coletiva, estar-se-á diante de um direito que se abre para os novos tempos, para além do imobilismo clássico.

Dialogar com Dworkin (2003) significa perceber que o objeto é ente aberto, integrante da equação do conhecimento juntamente com o sujeito, mas sem qualquer domínio do ato de conhecer. O ato de perceber um objeto é um ato de fusão entre dois tempos e dois espaços, e acarreta na criação de algo.

O direito é também criado por intermédio do ato de conhecer, uma vez que a aplicação de processos hermenêuticos dominados por uma tradição e um preconceito que se desenvolve a partir de uma presença, e atentando-se para a intenção coletiva significa a ruptura de um imobilismo que apenas toma a ordem jurídica como algo dado, e não construído.

A essência da leitura de Dworkin (2003) pode ser encontrada na idéia de que o objeto é algo construído por intermédio do processo hermenêutico, e não algo que se oferece para o puro conhecimento de quem é sujeito da relação.

Trata-se de uma teoria o conhecimento aplicável ao direito que vê no ato de interpretar, tal e qual no ato de criar, o momento da construção do objeto. A abertura objetiva e, por via de consequência, a abertura do direito vão ser possíveis graças à compreensão de que interpretar e conhecer são acima de tudo atitudes que envolvem a feitura e criação do objeto que se estuda e se interpreta.

Somente por intermédio dessas lentes é possível conceber o direito e a Constituição como sistemas abertos, e, seguramente, mais democráticos e legítimos.

O Direito é passado e futuro, comendo-se da história, das tradições, dos costumes, dos anseios, de tudo enfim que faz a vida de cada ser humano, isolada e coletivamente. Cada palavra de cada texto normativo guarda uma história e tem um fim a cumprir.

Claro que essa valoração varia no curso do tempo e da história, que ora superestima um bem e subestima outro. Assim, a segurança jurídica e a convivência pacífica são valores primordiais dos regimes autoritários de governo

e do modelo jurídico positivista; enquanto o Estado de direito democrático elege como bens maiores a liberdade e a Justiça.

A aplicação das normas legais gera conseqüências imprevisíveis e muitas vezes irreparáveis, antecedendo ao nascimento e ultrapassando a vida das pessoas. Daí a necessidade de uma hermenêutica pressuposta no compromisso moral e comprometida com a felicidade do ser humano.

A hermenêutica jurídica em geral como se divulga carece da sua face filosófica. Ora, a mera operação sistêmica é pobre e contraditória em muitos pontos. Como disse Ast citado por Schleiermacher (1999, p.102), “sem espírito filosófico, nenhuma teoria pode ser comunicada cientificamente”. Ainda mais porque a hermenêutica é na sua essência filosofia, como observou Schleiermacher (1999), a quem coube deslocar a hermenêutica do domínio técnico e científico para o âmbito filosófico e, analisando as obras de Ernesti, Wolf e Ast, segundo essa nova visão, convenceu-se de que a hermenêutica não podia prender-se só às regras e à explicação do procedimento interpretativo, mas que devia preocupar-se, sobretudo, com as razões das regras e dos procedimentos, portanto, da arte da compreensão geral: “visto que a arte de falar e compreender (correspondente) estão contrapostas uma à outra, e falar é, porém, apenas o lado exterior do pensamento, assim a hermenêutica está conectada com a arte de pensar e, portanto, é filosófica”. (SCHLEIERMACHER, 1999, p.15).

O autor supracitado diz que desde que a opção do direito natural (que simplesmente subjugava o direito vigente a padrões suprapositivos) não está mais aberta, restaram essas três alternativas para resolver o problema da racionalidade da jurisprudência, que constitui um dos temas centrais da teoria do direito.

A hermenêutica jurídica teve o mérito de contrapor ao modelo convencional da decisão como subsunção do caso sob uma regra correspondente, a idéia aristotélica de que nenhuma regra pode regular sua própria aplicação. E diz:

A hermenêutica propõe um modelo processual de interpretação. A interpretação tem início numa pré-compreensão valorativa que estabelece uma relação preliminar entre norma e estado de coisas, abrindo o horizonte para posteriores relacionamentos. A pré-compreensão, inicialmente difusa, torna-se mais precisa à medida em que, sob a sua orientação, a norma e o estado de coisas se constituem ou concretizam reciprocamente. A hermenêutica tem uma posição própria no âmbito da teoria do direito, porque ela resolve o problema da racionalidade da

jurisprudência através da inserção contextualista da razão no complexo histórico da racionalidade. (HABERMAS, 1997, v.1, p.15).

Porém, o fundamento hermenêutico não oferece base convincente para a validade das decisões jurídicas, pois o que para um vale como um topos comprovado historicamente é, para outro, pura ideologia ou preconceito. E contra isso levantou-se a Escola Realista.

Segundo o Realismo jurídico, “o direito passa a valer, então como um instrumento de controle do comportamento a ser acionado para fins racionais, isto é, fins políticos fundamentados utilitaristicamente de acordo com o bem-estar econômico” (HABERMAS, 1997, v.1, p.249). Peca por desprezar a experiência histórica das decisões acumuladas e guiar-se pelos interesses cotidianos, atuando o juiz como o legislador, para o futuro, impossibilitando se estabelecer a divisa de onde termina a política e onde começa o direito.

Já o Positivismo jurídico capitaneado por Hans Kelsen concebe o Direito como ordem coativa. Para o autor:

Uma ordem é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. (KELSEN, 2006, p.33).

A estrutura escalonada da ordem jurídica é entendida como a possibilidade de recondução de cada norma jurídica a uma norma que lhe é pré-ordenada, que confere ao legislador, dentro de certos limites, o poder de estatuição de uma norma por ele criada. A estrutura escalonada da ordem jurídica é constituída mediante autorizações e concebida de tal modo que o Direito possa ser apreendido como unidade. Tanto a atividade jurisdicional como a administrativa estão incluídas nesta estrutura escalonada. A decisão judicial é entendida como uma norma jurídica produzida com força de autoridade, com base num procedimento previamente regulamentado.

Deste modo constrói-se uma ligação entre a Constituição, as leis ordinárias, os atos administrativos e as sentenças judiciais. O vértice dessa seqüência escalonada e, assim, o fundamento último de validade de todas as leis e sentenças judiciais em vigor no sistema normativo será a norma fundamental.

Nessa concepção de Direito aceita-se que a lei aplicada ao caso concreto, não pode oferecer mais do que uma única decisão correta, e que a correção jurídico-positiva dessa decisão se funda na própria lei. Assim a interpretação é apenas um ato intelectual de compreensão, como se, através dele, fosse possível fazer-se uma escolha certa correspondente ao Direito positivo. Todavia, é impossível resolver os problemas difíceis pelo positivismo ora apresentado, pois neste caso o aplicador da lei preenche o seu espaço de arbítrio através de preferências não fundamentáveis juridicamente e às vezes orienta suas decisões por padrões morais, que são mais cobertos pela autoridade do direito.

2.3

A Ciência das Normas – Kelsen e a Teoria Pura do Direito

Hans Kelsen (1979) foi um dos primeiros juristas a se ocupar do problema da cientificidade do Direito segundo os novos critérios epistemológicos do neopositivismo. Sob este ponto de vista, a jurisprudência do século XIX e início do século XX, constituíam-se em um conjunto heterogêneo, em que predominava a inspiração jusnaturalista concomitantemente às influências que a sociologia, a economia e a política exerciam sobre o saber jurídico. É neste quadro que Kelsen (1979) concebe seu projeto de purificação do Direito. Ou seja, elevar o Direito à dignidade de uma ciência.

Como todos sabem, um dos núcleos do pensamento de Kelsen (1979) consistiu no entendimento do Direito como norma. Descartado o Direito natural, Kelsen (1979) entendeu todo Direito como Direito positivo e conceituou-o como um sistema de normas. A análise da norma se tornou, sobretudo nos seguidores mais fascinados pelo lado logicista da teoria pura, ocupação teórica absorvente. O desdém, talvez um tanto arrogante, pela perspectiva histórica, omitiu nas análises Kelsenianas o problema das relações entre o conceito de norma e o movimento legalista. Aqui se delineou o normativismo, posição não exclusiva de Kelsen (1979), mas incluída em seu pensamento como peça essencial: reduzido o Direito a um sistema de normas positivas, corrobora-se a pureza metodológica e alicerçar-se a configuração do jurídico como forma.

Ao conceito de norma se conjuga ou se acrescenta, na teoria Kelseniana, o conceito de ordenamento. Pouco preocupado com as trajetórias históricas do problema, Kelsen (1979) coloca a idéia de ordem jurídica como estrutura escalonada. Em Kelsen (1979), as conotações por assim dizer existenciais da noção de ordenamento, são implicitamente postas de lado. A idéia de Kelsen (1979), segundo a qual o direito regula sua própria criação, foi instalada em seu sistema a troco de reforçar a especiosa consequência de destinar ao jurista um papel meramente técnico e sistemático, denunciando a toda atitude crítica em relação à ordem jurídica.

Outro aspecto muito relevante do pensamento Kelseniano foi, por outro lado, a implantação de uma série de refutações de dualismos. A repulsa de Kelsen (1979) aos dualismos provinha basicamente de uma atitude filosófica com relação ao monismo e exibia, inclusive, em ensaios sobre temas não-jurídicos.

Entre os dualismos rejeitados por Kelsen (1979) figuram o dualismo entre o Direito e o Estado, o dualismo entre Direito público e Direito privado e o dualismo entre Direito objetivo e Direito subjetivo. Dando coerência à sua tentativa de superar o dualismo entre o Direito e o Estado, Kelsen (1979) chegou a afirmar que o Estado, enquanto organização, é uma ordem jurídica: despolitizando a figura do Estado, inclusive ao pôr de lado a idéia de coação, o autor da teoria pura operou mais uma redução: redução da idéia de ordem aos componentes normativos do próprio conceito de direito. Desfazer-se dos dualismos pareceu a Kelsen (1979) necessário para desvencilhar a teoria jurídica de influências metafísicas e ideológicas, senão mesmo místicas, e esta preocupação pesou muito em suas conceituações: pesou mais do que certas evidências objetivas, pois a realidade histórica pode mostrar em vários casos a irreduzibilidade recíproca dos conceitos de Direito e Estado.

Tanto o normativismo quanto a despolitização da idéia de Estado se relacionaram, no sistema Kelseniano, com o formalismo. Ou seja, com a fundamental identificação do “jurídico” com o “formal”. Este ponto atraiu algumas das investidas mais ásperas de seus críticos, que vislumbraram em Kelsen (1979) hostilidade para os problemas políticos, e encontravam na teoria pura um “intencional” esvaziamento de todo o tipo de conteúdo, no

concernente ao Direito, além de referir-se a “unilateralidade” e a “empobrecimento”.

É inegável que o formalismo foi cultivado em larga escala por Kelsen (1979) e por seus companheiros de escola, e que funcionou como uma espécie de assepsia para a elaboração dos conceitos, que no pensamento Kelseniano se articularam com admirável estruturação. A questão posta por seus críticos se relaciona com a precariedade das relações entre aquela estruturação e os problemas vivos e efetivos que o direito coloca, ou que assume, como regulação da vida social de homens de carne e osso.

O início da Teoria Pura do Direito enfatiza o primado da pureza metódica. A construção da ciência jurídica implica um conhecimento rigorosamente neutro e puro em relação ao seu objeto. Na concepção Kelseniana, o extra-jurídico está automaticamente relegado aos limites exteriores da ciência do direito. Deste modo, a Teoria Pura erigi-se em um sistema auto-referente, excluindo dele quaisquer considerações extra-normativas. Dentre estas considerações, encontram-se os juízos valorativos sobre os conteúdos da norma jurídica.

Assim, as categorias intra-sistemáticas da Teoria Pura dizem respeito não ao conteúdo da norma, mas à forma desta. É para definir a forma e as relações entre as normas jurídicas que se ergue o sistema que estrutura a Teoria Pura do Direito.

A teoria Kelseniana é baseada em alguns pressupostos e categorias fundantes. Inicialmente, uma rígida separação entre linguagem-objeto e meta-linguagem. Para caracterizar estes dois níveis distintos, Kelsen (1979) considera os sistemas de direito positivo como a linguagem-objeto dos enunciados da Ciência do Direito, que por sua vez é a meta-linguagem do Direito Positivo. Assim, mediante a divisão dos níveis lógicos do discurso jurídico, Kelsen (1979) opõe o Direito à Ciência do Direito, sendo aquele o tema de estudos desta. Desta forma, Kelsen (1979) vincula a verificabilidade das proposições da ciência jurídica não à realidade empírica em si, mas aos enunciados do Direito positivo.

A esfera das ciências naturais, segundo Kelsen (1979), dirige-se ao conhecimento do mundo da natureza, aos fenômenos físicos que o constituem. Esta esfera de saberes, utiliza-se do princípio da causalidade, ou seja, das

relações de causa e efeito para estudar os acontecimentos de ordem natural. Para Kelsen (1979), as ciências sociais normativas, por dirigirem-se à regulamentação da conduta humana, baseiam-se em outro tipo de princípio: o da imputação. Portanto, se na causalidade a lógica implica em se A então B, na imputação a lógica transforma-se em se A então deve ser B. Ou seja, se a esfera da causalidade é o mundo do que é, do que efetivamente acontece, a esfera da imputação dirige-se ao que deveria ser, ao que deveria acontecer. Assim, o Direito é regido pelo princípio da imputação no sentido de ser uma obrigação e não uma faticidade.

2.3.1

A Norma Jurídica: o Sentido Objetivo de um Ato de Vontade

Para delimitar o seu objeto e impor a necessária pureza ao seu método, Kelsen (1979) inicialmente efetua uma distinção entre natureza e sociedade, à qual corresponde igual distinção entre ciências da natureza e ciências sociais. Sob este ponto de vista, se o convívio humano pode ser considerado como parte da natureza, também o pode ser o Direito. Contudo, podem-se distinguir dois aspectos dos fatos considerados, normalmente, como jurídicos. Em primeiro lugar, como sendo uma manifestação eterna do comportamento humano, localizada no tempo e no espaço. Em segundo lugar, sua significação jurídica propriamente dita, ou seja, qual o sentido que o ato possui sob a ótica do Direito.

Um ato pode ser uma interpretação jurídica subjetiva (pessoal) e objetiva (jurídico-legal), que nem sempre coincidem necessariamente. Muitas vezes, um ato carrega consigo uma auto-explicação jurídica, ou seja, o que juridicamente significa.

O sentido objetivo, jurídico, de um ato da conduta humana é vinculado a uma norma que empreste significação jurídica ao ato é jurídico ou anti-jurídico. Para Kelsen (1979), “a norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou anti-jurídico), é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu termo, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma”.

Este processo de significação jurídica de uma norma por outra configura a produção normativa. Assim, o Direito, linguagem-objeto da Teoria

Pura do Direito, “é um sistema de normas que regulam o comportamento humano”. Por norma entende-se um dever-ser, no sentido que deve acontecer ou se comportar de determinada maneira. Os atos de vontade são os atos humanos que se dirigem intencionalmente à conduta dos outros, prescrevendo, permitindo ou delegando poder para estabelecer normas. A conduta preconizada em uma norma como devida, constitui o conteúdo desta norma e portanto o dever-ser. A conduta fática constitui o ser, e esta pode ou não corresponder à norma.

O sentido de proposições que disponham de atos de vontade que proíbam, permitam ou deleguem competência é da ordem do dever-ser, isto é, uma norma jurídica. O dever-ser, então, pode ser o sentido subjetivo e simultaneamente o sentido objetivo de um ato de vontade. Este sentido objetivo se dá quando, apesar da vontade do ato haver cessado faticamente, ainda assim, a conduta a qual ele se refere é obrigatória. “Então e só então, o dever-ser, como dever-ser objetivo, é uma norma válida (vigente), vinculando os destinatários.

Para tal, é necessário que ao sentido objetivo do ato de vontade seja emprestado o sentido objetivo de uma norma superior, que atribua competência ao ato. Ou seja, a validade da norma jurídica é sempre estabelecida de acordo com uma norma superior. Em relação ao Direito Consuetudinário, os costumes podem produzir normas jurídicas, se a Constituição da comunidade assume o costume como fato criador do Direito.

Ao descrever a vigência das normas, Kelsen (1979) afirma que aquela é a existência específica de uma norma. A existência da norma é expressa pelo dever-ser que prescreve, proíbe, permite ou faculta.

Sendo a vigência da norma um fenômeno da ordem do dever-ser, ela distingue-se da eficácia da norma. Ou seja, se a vigência é a existência da norma, a eficácia é a aplicação real e efetiva da norma. Isto é, o fato de determinados comportamentos adequarem-se conforme esta norma. Apesar de vigência e eficácia serem conceitos diferentes, estes guardam certa relação entre si. Uma norma que não apresenta um mínimo de eficácia não poderá ser considerada vigente.

A eficácia de uma norma jurídica é tanto sua aplicação nos tribunais (sanção como consequência de determinada conduta), quanto sua observância

pelos indivíduos (conduta pela qual se evita a sanção). Neste segundo caso, a eficácia da norma jurídica é a sua observância.

Pelo fato das normas se referirem às ações humanas que se processam no tempo e no espaço, estes devem ser fixados no conteúdo da norma. “A referência da norma ao espaço e ao tempo é o domínio de vigência espacial e temporal da norma” O domínio de vigência espacial pode ser limitado pela própria norma ou por uma norma superior. Quanto ao domínio temporal, distingue-se o período de tempo posterior e o período de tempo anterior de uma norma estabelecida.

Existem ainda os domínios pessoais e materiais de validade. O domínio pessoal de validade “refere-se ao elemento pessoal da conduta fixada na norma”. É o caso do ordenamento jurídico de um Estado que disciplina apenas aqueles que vivem em seu território ou são seus cidadãos. Já o domínio material de validade refere-se aos vários aspectos da conduta humana que são juridicamente normados, como por exemplo, a economia e a política.

O comportamento humano é regulado pelo ordenamento jurídico e esta regulamentação pode ser positiva ou negativa. A regulamentação positiva refere-se à uma ação ou omissão da conduta humana regulamentada por um ordenamento positivo. Também o é quando confere poder ou competência para produzir normas ou para delimitar o domínio de validade de uma norma. A regulamentação negativa é aquela que é omissa em relação à determinado comportamento. Ou seja, quando não proíbe e nem permite positivamente certa conduta.

2.3.2

Norma e Valor

Se uma conduta humana real corresponde à uma norma objetivamente válida, possui um juízo de valor positivo, é uma conduta boa. Se uma conduta real não corresponde à uma norma objetivamente válida, possui um juízo de valor negativo, é uma conduta má. “A norma considerada objetivamente válida funciona como medida de valor relativamente à conduta real”. Esta conduta real pertence à ordem do ser, da realidade. As normas, através das quais se ajuíza valorativamente a conduta real, são relativas. A vigência de

normas opostas pode-se dar em momentos diferentes, mas não simultaneamente. Em correspondência ou não com uma norma objetivamente válida, a conduta real será positiva ou negativa. Assim, valor e realidade pertencem a duas esferas diferentes, isto é, o valor pertence à ordem do dever-ser e a realidade à ordem do ser.

O juízo de valor deve ser distinguido da norma constitutiva de valor. O valor pode ter um sentido subjetivo e um objetivo. Subjetivo quando a conduta é querida por uma ou várias pessoas e o valor bom ou mau se refere apenas às pessoas que quiserem a conduta. Objetiva, quando a conduta querida se refere à uma norma objetivamente válida e o valor bom ou mau se relaciona com as pessoas cuja conduta assim é julgada.

Para regular a conduta humana, as sociedades instauram ordens sociais, como a Moral e o Direito, que normatizam a conduta pela ameaça da sanção (que *latu sensu* engloba pena e prêmio).

No caso do Direito existe a prescrição de uma conduta oposta àquela que é pressuposto da sanção. No caso de haver uma ordem social que não aplique o princípio retributivo – pena ou prêmio à conduta prescrita – só pode ser encarada como uma ordem social moral e/ou religiosa. E mesmo neste caso, a recompensa ou punição se fará sentir no outro mundo ou na reprovação da comunidade. A diferença entre as ordens sociais reside não em haver ou não sanção, mas nas diversas gradações desta.

Assim, as sanções transcendentais são aquelas que provém de uma ordem divina, enquanto que as sanções socialmente imanentes são as dirigidas pela própria sociedade contra os delituosos.

2.3.3

O Direito: Ordem Coativa da Conduta Humana

O Direito, em todas as épocas, é para Kelsen (1979) uma ordem da conduta humana.

Para punir um ato delituoso com uma sanção, o Direito pode utilizar um ato coativo se houver resistência por parte do indivíduo a quem se aplica a sanção. Por ordem coativa, considera-se o fato de reagir à condutas

consideradas indesejáveis com uma sanção acompanhada de ato coativo, o que distingue o Direito de outras ordens sociais.

Para o Professor Adrian Sgarbi (2006):

...“Kelsen, contudo, afirma que os “deveres” normativo-jurídicos não se diferenciam, em essência, dos “deveres”morais, porque todos eles estatuem comportamentos devidos. Nega Kelsen a relevância da distinção, particularmente professada durante os séculos XVII e XVIII, segundo a qual uma corresponde a sanções internas (moral), e outra, a sanções externas (direito). Tanto o direito quanto a moral prescrevem normas de conduta; ambos compõem estruturas “sociais”.

Portanto, com vistas a diferenciá-los, acentua Kelsen a peculiaridade de o direito ser formado por comandos sancionados, ordens respaldadas no uso da força física monopolizada pelo Estado. Ou seja, a ordem jurídica se diferencia da ordem normativa moral pelo modo mediante o qual prescreve ou proíbe certa conduta. O Direito procura impedir a realização de determinado comportamento, atribuindo (imputando) à conduta contrária um ato de coerção socialmente organizado: o Direito possui caráter coercitivo.

É exatamente pelo fato de o direito se valer da técnica de motivação indireta, através do emprego de sanções punitivas socialmente organizadas, que cumpre, às sanções, a tarefa de, na composição da operacionalidade jurídica, condicionar as condutas humanas, inculcando o devido e desalentando o proibido. Kelsen as intitula, por isso, de normas “primárias” e as predica de “verdadeiras normas”. Já as normas que explicitam a conduta devida designa de normas “secundárias”, de “espectros” ou “reflexos” das primeiras. Com isso, reconstrói a formulação de Ihering, que havia chamado de “primárias” as normas atinentes aos cidadãos; as normas, de conduta; e de “secundárias”, as normas dirigidas aos juízes, pois é deles a tarefa de aplicar as sanções, no caso de desobediência...”

Quando uma determinada conduta adquire o caráter de anti-jurídica ou delituosa, age como pressuposto cuja consequência é a sanção. Ou seja, esta conduta é a contrária à prescrita pelo Direito, a qual evitaria a sanção. Contudo, a motivação para observar as prescrições jurídicas não é oriunda apenas da sanção. Ela pode ter outros fatores.

É a comunidade jurídica que autoriza o emprego da força ou da coação contra uma conduta socialmente indesejada e estipula as condições e os indivíduos que a devem aplicar. Neste sentido, existe o monopólio da coação por parte da comunidade jurídica. A segurança coletiva surge quando o monopólio da coação por parte da ordem jurídica assegura proteção aos

indivíduos contra o emprego da força por outros indivíduos. De forma restrita, a segurança coletiva dá-se quando o monopólio da coerção está centralizado em órgãos específicos para tal, excluindo-se o princípio da auto-defesa.

O Direito como ordem coercitiva visa a segurança e a paz. Mas essa paz é relativa, pois não exclui a possibilidade de coerção e, de acordo com a evolução do Direito, esta paz é mais ou menos alcançável. No caso dos Estados modernos, a reação coercitiva é centralizada ao máximo, subsistindo a legítima defesa e o pátrio poder como um mínimo de auto-defesa.

Uma conduta – como já foi mencionado – pode ser regulada pelo Direito no sentido positivo ou negativo, quando não prescreve e nem proíbe conduta oposta. Se uma conduta não é juridicamente proibida ela é juridicamente permitida, gerando ao indivíduo uma liberdade de ação garantida pela ordem jurídica no sentido de prescrever aos outros indivíduos o respeito e a não ingerência. Por maior que sejam as prescrições de uma ordem jurídica, existe sempre um mínimo de liberdade individual pela limitação técnica em disciplinar todos os aspectos da conduta humana.

O sentido subjetivo e objetivo de um ato de vontade dirigido à conduta de outrem, pressupõe um dever-ser no qual a sanção é a consequência do pressuposto delituoso. Este é o sentido normativo dos atos coativos estatuídos pela ordem jurídica. No clássico exemplo, a diferença entre o comando de um salteador e o comando de um órgão jurídico está na interpretação do último como uma norma objetivamente válida. Ou seja, a execução da pena como dever-ser, o ato coativo como consequência de um delito. Contudo, “qual o fundamento de validade da norma que nós consideramos o sentido objetivo do ato”?

Este fundamento de validade encontra sua fonte na Constituição, que por sua vez possui uma norma pressuposta como ato criador desta Constituição ; ou seja, é a Norma Fundamental que é o fundamento último de validade da ordem jurídica.

Assim, quando uma ordem coercitiva torna-se duradouramente eficaz, instaura-se uma ordem jurídica válida (independentemente de considerações acerca de seu conteúdo justo ou injusto).

O Direito como ordem coativa, isto é, como ordem que liga à conduta oposta àquela que foi preconizada uma sanção, deriva sua definição da Norma

Fundamental. Esta é que fixa o modo e os pressupostos de como os atos coercitivos serão executados. Ora, desta maneira, seria possível questionar a definição de Direito como ordem coativa, já que existem normas que não ligam sanções à conduta oposta, como por exemplo, as autorizações. Neste caso, fala-se de normas não autônomas, “...por estarem em ligação essencial com as normas estatuidoras de atos de coerção”. Portanto, não se pode conceber uma definição de Direito em Kelsen (1979) que não seja a de ordem coativa, já que é através da coação que o Direito se distingue de outras ordens sociais, mesmo que contenha certa parcela de normas autônomas.

2.3.4

Sistema do Direito e Sanção

A Teoria Pura do Direito já foi descrita como uma teoria do ordenamento jurídico. Neste sentido, ela não se ocuparia com a norma isolada, mas com o conjunto de normas que integram e constituem o sistema jurídico. Para tanto Kelsen (1979) distingue dois momentos no interior do sistema: o momento dinâmico destinado a estudar o Direito como um sistema de normas, a estudar o fenômeno jurídico e seu movimento, no instante de sua criação e aplicação; e o momento estático que analisa o Direito “como um sistema de normas em vigor,” preocupado em descrever a norma isolada.

Por outro lado, se Kelsen (1979) conceitua o Direito como uma ordem coercitiva da conduta humana, é porque o conjunto de normas que forma esta ordem estatue atos de coerção, ou seja, sanções. Sob esta ótica, a sanção surge como elemento fundante da própria norma jurídica e portanto integra o momento estático do ordenamento jurídico, articulando em torno de si os demais conceitos expostos na Teoria Pura.

Sanção para Kelsen (1979) seria então, a consequência de determinado pressuposto estatuído na norma jurídica. Ou seja, efetuado o ato ou omissão disposto na norma jurídica como antecedente, a consequência será uma sanção também disposta na norma.

Algumas características da sanção em Kelsen (1979) podem ser discernidas. Em primeiro lugar, Kelsen (1979) distingue o ato de sancionar da coação pura e simples. Neste caso, a coação pode ou não ser utilizada no ato

sancionador e neste sentido é sempre uma possibilidade na sanção. Em segundo lugar, a sanção é também sempre a consequência de uma determinada conduta humana. Assim, por exemplo, os atos de coação destinados a loucos ou portadores de doenças contagiosas não possuem o caráter de sanção, pois estes indivíduos não podem controlar os fatos que motivaram a coação.

Mas a sanção significa também a privação compulsória de determinado bem, aceito como tal pela maioria. Kelsen (1979) distingue, igualmente, a sanção penal da civil, enquanto pena no primeiro caso e execução forçada no segundo. E por último, a sanção será sempre exercida por autoridade competente, o que permitirá caracterizar determinado ato de coação como sanção e não como coerção indevida. Neste sentido, a autoridade competente será determinada por norma superior.

A partir destas características, é possível analisar de que maneira relacionam-se os demais conceitos da Teoria Pura em torno de sanção. Inicialmente, é a definição de ato ilícito que é revertida de acordo com Kelsen (1979). Para ele, a partir da máxima de que não existe o *mala in se*, apenas o *mala prohibita*, opera-se uma inversão no conceito de ato ilícito ou antijurídico. Ou seja, não é por determinado ato ser ilícito que se lhe liga uma sanção. Ao contrário, uma ação ou omissão é ilícita exatamente por ter uma sanção como consequência.

O valor negativo de uma conduta ilícita é irrelevante para o conceito de ilícito. Apenas as concepções baseadas no Direito Natural pressupõe o valor negativo imanente de uma conduta, ligando-lhe então uma sanção no Direito Positivo.

A Teoria Pura considera exatamente o contrário. Uma conduta é ilícita apenas e, somente, se constitui o pressuposto de uma sanção como consequência. Neste sentido, quando uma conduta é antecedente da sanção como consequência, o ilícito é um pressuposto e não uma negação do Direito, da mesma forma que um assassino não nega a norma ao matar, mas cumpre o pressuposto da sanção anterior.

Seguindo o conceito de ato ilícito, surge o de dever jurídico como intimamente ligado ao de sanção. Deste modo, o dever jurídico é a “conduta oposta ao ato antijurídico”. O indivíduo que por sua conduta, comete o ilícito,

viola o dever jurídico e aplica a norma. O indivíduo que não comete o ilícito, cumpre o dever e observa a norma.

Portanto, o dever jurídico é a obrigação de conduzir-se de maneira contrária à norma que estatui a sanção e assim evitar o pressuposto do qual a sanção constitui a consequência. E da mesma maneira, a responsabilidade é definida por Kelsen (1979) como a possibilidade de um indivíduo ser sancionado.

O conceito de responsabilidade é intimamente ligado ao dever jurídico porém distinto. A sanção, como consequência do ilícito, pode ser dirigida contra a pessoa responsável pelo ilícito, ou seja, contra a pessoa cuja conduta é pressuposto da sanção. Neste caso, o indivíduo obrigado e o indivíduo responsável são a mesma pessoa. Responde pelo ato aquele que pode provocar ou evitar a sanção.

Caso diverso é aquele em que o indivíduo obrigado e o indivíduo responsável não são a mesma pessoa. O indivíduo responsável neste caso, não pode pela sua conduta, provocar ou evitar a sanção. O indivíduo que motivou a sanção é diverso do indivíduo responsável. O primeiro é sujeito da conduta delituosa, enquanto o segundo é objeto do ato de coerção. Esta situação é um tanto parecida com os atos de coerção que não possuem ilícitos como pressupostos.

Para Kelsen (1979), a constituição de uma Ciência do Direito está condicionada à elaboração de uma teoria capaz de desvincular-se de qualquer elemento estranho ao Direito, capaz de expurgar de si toda a referência que não seja estritamente jurídica. O extra-jurídico, nesta concepção, está relegado aos limites exteriores da Ciência do Direito. Para tanto, Kelsen (1979) erige a Teoria Pura em um sistema auto-referente, excluindo dele quaisquer considerações não normativas.

Por referir-se unicamente ao aspecto formal das normas, Kelsen (1979) necessita de um conceito fundante que possibilite uma unidade temática e categorial ao direito. O conceito que Kelsen (1979) elege para tanto é o de sanção. Respondendo à objetividade requerida no discurso científico, Kelsen (1979) propõe o princípio da imputação nas ciências sociais normativas em contraposição ao princípio da causalidade nas ciências naturais.

Assim, se na causalidade a lógica da proposição implica em Se A então B, na imputação altera-se para Se A então Deve Ser B. Este dever-ser está embutido na norma jurídica através da sanção como consequência de uma prescrição anterior. As normas primárias possuem necessariamente uma sanção, enquanto as demais adquirem-na dentro do sistema. Contudo, a aplicação da sanção não é obrigatória a nível fático.

No contexto da Teoria Pura, o conceito de sanção opera como uma categoria lógica, da qual se deduzem os demais conceitos que integram o sistema. Neste sentido e sob a perspectiva da estática jurídica, a norma jurídica assenta sob a categoria da sanção, da qual derivam logicamente os demais conceitos, outorgando unidade e pureza metodológica à ciência jurídica.

A obra de Kelsen (1979) ainda o mantém vivo. Suas implicações para a ciência jurídica, para a lógica da norma, para a aplicação do direito são tão fecundas, que, por mais que o critiquemos, não deixam de desvendar novos ângulos, novos encaminhamentos. Seu sistema cerrado não está isento de objeções. Estas, contudo, se postas seriamente, nos mostram como o seu pensamento é capaz de nos empurrar para diante, evitando o parasitismo das concepções feitas.

Todavia, a visão positivista do autor acima citado, neste sentido, limita a criatividade do intérprete da lei, que passa a ser mero protagonista da vontade do legislador. Nesta perspectiva, confere um poder ilimitado ao legislador para dispor sobre o Direito, amparado na crença fácil de que a sociedade, ou melhor, a realidade do Estado Constitucional, se deixa reger todo por regras ou normas jurídicas.

Essas considerações crescem em dimensão, porque a obra jurídica só se completa mediante o concurso de dois personagens: o autor e o intérprete. Grau (1996) observa, baseado em Ortigues, que o Direito é como o teatro e a música, cuja interpretação importa compreensão mais reprodução (artes alográficas), fato que se repete por cada novo intérprete. Ao contrário, a pintura e o romance (artes autográficas) completam-se tão-só com o trabalho do autor e a interpretação importa apenas na compreensão. E conclui que “o texto, preceito, enunciado normativo é alográfico. Não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A ‘completude’ do texto somente é realizada quando o sentido por ele expressado

é reproduzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete”. (GRAU, 1996, p.101).

Nesse raciocínio, escorado em Müller (2000), afirma que a produção da lei emite textos, enunciados; a interpretação produz a norma e a operação concretizadora produz a norma de decisão. Assim, a norma preexistente no texto, apenas em estado de potência, só se torna norma efetiva quando tem o seu significado explicado e produzido pelo intérprete.

De fato, o direito normado compõe-se de um complexo de normas de várias naturezas e de fontes diversas, superpostas e sobrepostas umas às outras, sem mínima preocupação sistêmica. Na verdade, poucas são as leis que nascem a partir de um debate público, que resultam da vitória das idéias dominantes. A maioria delas brota de necessidades meramente de governo, sob debate fechado, sem a mínima preocupação com a opinião pública. Outras saem de forma tão forçada que se caracterizam pelas contradições internas, pela dissonância com o ordenamento, pela ambigüidade e má qualidade técnica e lingüística. Inúmeras vezes o legislador por ignorância, fidelidade ideológica, ou mesmo por má fé insere no sistema uma norma que raia ao absurdo. Por sua vez, as normas aprovadas por uma maioria circunstancial permanecem vigentes na sua literalidade, mesmo após a radical mudança ideológica ou comportamental do governo e da sociedade.

Pois bem, o hermeneuta jurídico é que tem o dever de ser culto o suficiente para domar os monstros legais até que eles tomem forma lógica, imprimindo-lhes sentido sistêmico, de modo a que qualquer instrumento legal tenha o seu espaço hierárquico e coerente no ordenamento jurídico, cumprindo o papel devido e possível. Essa operação, como se vê, é complexa demais para uma mera interpretação da norma. Requer mais que simples indagações de ordem procedimental, requer adentrar no próprio ser do direito.

Dá concluir-se não ser possível reduzir a hermenêutica jurídica a simples ciência que estuda os métodos de interpretação do Direito. A hermenêutica reúne, ao mesmo tempo, regras de perquirição da norma ontologicamente correta (Gadamer) e de correta aplicação metodológica da norma (Betti) e assim, em postura crítica plasmada num discurso racional (Apel e Habermas), aponta os caminhos para uma interpretação que resulte na máxima otimização do direito, na

superação das categorias tradicionalmente opostas, como a liberdade e a igualdade, a segurança e a justiça, a ordem e a democracia.

2.4

Métodos de Interpretação Constitucional

A hermenêutica constitucional, como a geral, seguiu a trilha das várias etapas evolutivas. Heck (1992) sintetiza-as assim:

- a) o método clássico ou dogmático, sistematizado por Savigny, que recomendava as quatro regras: gramatical, lógica, histórica e sistemática;
- b) o estágio intermediário, sob três regras - a lógico-sistemática, a histórico-teleológica (sociologistas) e a voluntarista (esta, de Kelsen);
- c) os métodos hodiernos - integrativo (Smend), o tópico, (Viehweg) e o concretista (K.Hesse).

2.4.1

Integrativo ou Científico - Espiritual

Os diversos valores existentes na Constituição - ignorados na interpretação propugnada por Forsthoff - são as referências do método de interpretação científico-espiritual, cujo expoente foi Rudolf Smend citado por Bonavides que criou uma concepção sistêmica e espiritualista da Carta Magna. O autor vê na Constituição :

um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade. Esses fatores são a parte fundamental do sistema, tanto quanto o território é a sua parte mais concreta. Não é por acaso, diz ele, que a Constituição substancia todos os momentos de integração, todos os valores primários e superiores do ordenamento estatal (direitos humanos, preâmbulo, território do Estado, forma de Estado, pavilhão nacional), enfim, a totalidade espiritual de que tudo mais deriva, sobretudo sua força integrativa. (SMEND *apud* BONAVIDES, 1998, p.394).

Segundo o método de Smend citado por Bonavides (1998), o intérprete deve ter em conta dois elementos orientadores de sua atividade: a) a Constituição,

como um todo, vista numa perspectiva teleológica e no seu sentido material; b) interação dos elementos escritos com os dados da realidade. A Lei Maior deverá ser compreendida segundo a conexão entre seus diversos institutos e os dados da realidade social onde está inserida, e considerada antes como expressão política do que simplesmente jurídica. Os fatores extraconstitucionais também devem ser considerados, em clara superação do formalismo interpretativo. Assim como Montesquieu, que procurava o espírito das leis, Smend busca o espírito da Constituição.

Esse sentido espiritual da Carta Magna é aferido segundo sua integralidade, tomado o ordenamento jurídico como um todo. Entretanto, na Constituição brasileira, esse espírito se acha plasmado por valores e objetivos do Estado, os quais devem ser lidos, do ponto de vista normativo, a partir do seu preâmbulo e dos artigos 1º e 3º.

Segundo Canotilho (1999), o método científico-espiritual recorre à ordem dos valores, obrigando a uma captação espiritual do conteúdo axiológico último da ordem constitucional. A idéia de que a interpretação visa não tanto dar resposta ao sentido dos conceitos do texto constitucional, mas, fundamentalmente, compreender o sentido e realidade de uma lei constitucional, conduz à articulação desta lei com a integração espiritual real da comunidade.

Segundo Bonavides (1998), este método tem como pressuposto básico a idéia de que o intérprete deve sempre prender-se à realidade da vida, ou seja, à concretude da existência, compreendida esta sobretudo pelo que tem de espiritual, enquanto processo unitário e renovador da própria realidade, submetida a lei de sua integração.

Neste contexto, importante a lição de Paulo Bonavides:

Nenhuma forma ou instituto de direito constitucional poderá ser compreendido em si, fora da conexão que guarda com o sentido de conjunto e universalidade expresso pela Constituição. De modo que cada norma constitucional, ao aplicar-se, significa um momento no processo de totalidade funcional, característico da integração peculiar a todo ordenamento constitucional. A Constituição se torna por consequência mais política do que jurídica. Reflete-se assim essa nova tomada de sentido na interpretação, que também se 'politiza' consideravelmente, do mesmo passo que ganha incomparável elasticidade, permitindo extrair da Constituição, pela análise integrativa, os mais distintos sentidos, conforme os tempos, a época e as circunstâncias. (BONAVIDES, 1998, p.437-438).

2.4.2

Tópico - Problemático

Antigo método de solução dos problemas, o método tópico ressurgiu a partir de Viehweg (1986), com a publicação de seu livro *Tópica e Jurisprudência*, em 1953.

O método interpretativo em geral, adotado principalmente a partir de concepções sistêmicas, é dedutivo por excelência, nem sempre conseguindo atingir critérios de justiça. A tópica, ao reverso, caracteriza-se como método indutivo, porquanto parte do próprio problema e suas diferentes possibilidades de solução. Tais soluções passariam por *topois* ou *loci*, ou seja, pontos de vista pragmáticos de justiça material, a partir dos quais seria orientada a solução dos problemas.

A etimologia da palavra tópica vem da composição da palavra grega *topikos*, segundo dicção de Silva (1989), significando local, ponto principal. Fachin (1990) refere que seu significado resulta da junção de *topos* como lugar, situação, e *topoi* como orientador da problematização, ponto de referência da argumentação.

Fachin (1990, p.184) explica que “a tópica constitui a afirmação de que se trata de uma *‘techne’* do pensamento que orienta o problema”. Ou seja, o pensamento é formado a partir da práxis, contrapondo-se ao método sistemático-dedutivo.

Serve a tópica como meio de solução de problemas a partir de dados materiais desses mesmos problemas, quando não for possível a subsunção imediata, buscando, como leciona Karl Larenz:

pôr em marcha a discussão de um problema e abordá-lo, por assim dizer, de vários lados, bem como para descobrir o contexto inteligível, sempre anterior ao problema, em que este tem lugar [...] o pensamento tópico não abandona o terreno definido pelo próprio problema, insiste sempre no problema e regressa sempre ao problema. Os nexos dedutivos ‘tópicos’ só podem ser portanto ‘de um pequeno ou pequeníssimo alcance’; o pensamento tópico não leva a um sistema (total), mas a ‘uma pluralidade de sistemas, sem demonstrar a sua compatibilidade a parte de um sistema total’. Tem, poder-se-ia dizer, o seu centro sempre no problema concreto, não num contexto problemático ou material mais amplo, que simplesmente aflorasse no problema concreto. (LARENZ, 1997, p.171).

Para Larenz (1997), a tópica pode ser dividida em dois níveis; num, o mais rudimentar, lança-se mão de ponto de vista mais ou menos casual e; noutro, os objetos de pesquisa são coligidos em catálogos tópicos, adequando-se a certos tipos de problemas. Assim, é possível falar em tópicos jurídicos, destinados à solução de problemas jurídicos.

Robert Alexy, citado por Larenz entende que só relativamente a problemas jurídicos controvertidos é razoável a utilização da tópica como método de interpretação.

A sua principal insuficiência vê-a na incapacidade de captar o significado da lei, da dogmática e do precedente, bem como em que entre as diferentes premissas a que se recorre nas fundamentações jurídicas, segundo diz, teria de deixar-se aferir pela bitola de ‘se e em que medida’ pode evitar estas insuficiências. (ALEXY *apud* LARENZ, 1997, p.181).

Por esse mesmo entendimento orienta-se também Canaris (1989,p.211) , salientando que o raciocínio exclusivamente tópico corre o risco de atentar contra outros critérios importantes de interpretação, como o da congruência e unidade da ordem jurídica. Assim, ocupa papel relevante principalmente para a solução de casos difíceis,nos quais não se encontra, a princípio, solução no sistema.

Segundo Ferraz Júnior (1999, p.33) “a tópica não é propriamente um método, mas um estilo. [...] um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção deles.”.

A tópica, conforme ensina Larenz (1997), apresenta-se como procedimento de um discurso vinculado ao caso, ou seja, envolve sempre a aptidão de consenso da solução proposta em conclusão. No discurso tópico, são considerados relevantes os diversos pontos de vista (topoi) aptos a servir de argumentos pró ou contra a solução ponderada.

Assim, o método tópico valoriza o caráter prático da interpretação constitucional, leva em consideração a estrutura normativa aberta, fragmentária e indeterminada das normas constitucionais, impondo que seja dada preferência à discussão dos problemas ao invés de se privilegiar o próprio sistema.

Por fim, a Constituição enquanto objeto hermenêutico, mostra-se muito mais problemática do que sistemática, o que aponta para a necessidade de interpretá-la dialogicamente e aceitar, como igualmente válidos e até serem

vencidos pelo melhor argumento, todos os topoi ou fórmulas de busca que, racionalmente, forem trazidos a confronto pela comunidade hermenêutica.

2.4.3

Concretista (K. Hesse)

Também se orientando pelo “problema,” temos o método hermenêutico-concretizante desenvolvido por Konrad Hesse. Para o autor o operador do Direito cumpre a tarefa da interpretação jurídica mediante procedimento racional que tem por objetivo a tomada de decisão em um problema concreto. Por ser procedimento racional, seu discurso deverá ser fundamentado e controlável, de maneira a criar certeza jurídica e previsibilidade.

Hesse (1998) propõe a interpretação constitucional como concretização. Assim, contrariamente à doutrina e métodos clássicos, enfatizará o problema concreto colocado para a decisão. Nesse aspecto, a interpretação jurídica terá caráter criador. Os juízes não podem evitar o “juízo reconstrutivo” da norma quando diante de uma situação dada, juízo presidido pela idéia de consistência e sistema.

Entre as condições da interpretação constitucional, Hesse (1998) destaca a “pré-compreensão do intérprete”. A concretização pressupõe um “entendimento do conteúdo da norma a ser concretizada” e do problema concreto a ser resolvido.

Para Hesse (1998) o intérprete não é um ser situado fora da história, em um mundo abstrato de formas vazias e sem significado. Pelo contrário, o intérprete e toda a compreensão só ocorrem em situação histórica concreta. Além de a interpretação se dar na história, o intérprete tem história. Sua formação, seus valores, mesmo suas opções político-ideológicas não se ausentarão - magicamente - no momento em que estiver procurando compreender o conteúdo de uma norma e sua aplicação a uma situação concreta.

Na metodologia hermenêutica de Hesse (1998) é importante perceber a importância de as pré-compreensões virem à tona e serem fundamentadas no discurso jurídico, protegendo-se contra o arbítrio e realizando o dever fundamental de toda a interpretação, que é a motivação. Com o referido processo, a interpretação não é autônoma, abstrata: porém, vincula-se a três elementos: à

pré-compreensão do intérprete, ao problema concreto a ser resolvido e à norma a ser concretizada. De outro lado, a concretização obtêm-se por procedimento, o qual não é arbitrário, mas deve ser determinado pelo objeto da interpretação (norma constitucional), pela Constituição (princípios e regras) e pelo problema concreto.

Do exposto percebe-se que Hesse contrapõe às doutrinas tradicionais de hermenêutica positivista que estão ancoradas no “dogma da subsunção”. A abordagem da tarefa hermenêutica realizada por Gadamer (1998, p.87) oferecerá as raízes da concretização, quer na metódica de Hesse, quer na desenvolvida por Muller. O autor de “Verdade e Método” afirma que a aplicação não é uma parte última e eventual do fenômeno da compreensão. Pelo contrário, a aplicação determina desde o princípio e no seu todo à compreensão. Da mesma forma, a aplicação não consiste em relacionar algo geral e prévio como uma situação particular.

2.5

A Metódica Constitucional

O método hermenêutico-concretizador de Canotilho arranca da idéia que a leitura de um texto normativo se inicia pela pré-compreensão do seu sentido através do intérprete. A interpretação da Constituição também não foge a esse processo: é uma compreensão de sentido, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efetua uma atividade prático-normativa, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta. No fundo, esse método vem realçar e iluminar vários pressupostos da tarefa interpretativa: 1) os pressupostos subjetivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional; 2) os pressupostos objetivos, isto é, o contexto atuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica; 3) relação entre o texto e o contexto com a mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em movimento de ir e vir (círculo hermenêutico). (CANOTILHO, 1999).

Segundo esse método, baseado na tópica, não há interpretação constitucional independente de problemas. A interpretação gravita em torno de três elementos: norma, compreensão prévia do problema pelo intérprete e problema a resolver.

Requer que o intérprete tenha uma pré-compreensão do fato concreto e do dispositivo normativo a ser interpretado. Para tanto, necessita de um embasamento jurídico teórico-constitucional como pressuposto da atividade interpretativa. A pré-compreensão, como categoria hermenêutica, refere-se, dirá Larenz (1997), à coisa de que se trata e à linguagem em que se fala dela. Sem a pré-compreensão seria difícil formar uma conjectura de sentido. Pela pré-compreensão, o intérprete infere o conteúdo da norma, dentro de certas expectativas, fazendo idéia de conjunto e buscando a unicidade de sentido. Num segundo momento, o intérprete põe diante de si o problema concreto, como pressuposto de seu compreender para concretizar. Entretanto, para a apreensão do problema, ou de sua real dimensão, o intérprete necessita novamente da pré-compreensão, chegando a esta por meio da teoria da Constituição. “Canotilho alinha vários conceitos determinantes deste método como “realização Constitucional”, “texto normativo”, “espaço normativo”, pré-compreensão”, “programa normativo”, entre outros.

Traduzindo, em termos práticos, as normas constitucionais devem se tornar juridicamente eficazes. Nós intérpretes do direito, juristas e leigos, precisamos dar corpo, densidade e completude as regras e princípios constitucionais. Só assim a norma constitucional representará um verdadeiro modelo normativo juridicamente vinculante, orientada para uma concretização material, visto que a normatividade é o efeito do procedimento metódico da concretização e não somente uma de suas qualidades.

Segundo o autor a pré-compreensão determina o objeto da interpretação (a nova constituição), passando depois para o programa normativo, que é o significado lingüístico considerando a norma em seu processo interpretativo primário e mediando-a junto ao significado semântico do texto constitucional.

Assim Canotilho compreende a norma Constitucional como estrutura formada por dois componentes - o “programa da norma” e o “domínio da norma”, que derivam o sentido de Normatividade Constitucional. A normatividade não é uma qualidade estática do texto da norma ou das normas mas, o efeito global da

norma num processo estrutural e dinâmico entre o programa normativo citado e o setor normativo.

Canotilho parte da premissa de que existe uma explicação necessária entre o programa normativo e o âmbito normativo, entre os preceitos jurídicos e a realidade que eles intentam regular. Nesse sentido a normatividade não é produzida pelo seu texto, antes resulta de dados extralingüísticos do tipo estatal-social, de um funcionamento efetivo e de uma atualidade efetiva de ordenamento constitucional.

Para o autor português, não é o teor literal de uma norma (Constitucional) que regulamenta um caso concreto, mas sim o órgão governamental, o funcionamento da administração pública ou o tribunal que elaboram, publicam e fundamentam a decisão regulamentadora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação fática, sempre de conformidade com o fio condutor da formulação lingüística dessa norma constitucional.

Assim, a normatividade que se manifesta em decisões práticas não está orientada, lingüísticamente, apenas pelo texto da norma jurídica concretizada; pelo contrário, todas as decisões são elaboradas com ajuda de materiais legais, de manuais didáticos de comentários e estudos monográficos, de precedentes e de materiais de direito comparado, quer dizer, com ajuda de numerosos textos que não são idênticos ao teor literal da norma e, até mesmo, o transcende.

Dessa forma, na tarefa de concretizar a norma constitucional - porque neste domínio, pela estrutura normativa - material, aberta e indeterminada, dos preceitos constitucionais, a interpretação cede lugar à concretização - , o aplicador, para fazer justiça à complexidade de sua tarefa, deverá considerar não apenas os elementos resultantes da interpretação do programa normativo, que é expresso pelo texto da norma, mas também aqueles decorrentes da investigação de seu âmbito normativo, que igualmente pertence à norma e com igual hierarquia, ou quanto representa o pedaço da realidade social que o programa normativo “escolheu” ou em parte, criou para si, como seu âmbito de regulação.

Para Canotilho a Constituição apresenta um campo ideal de intervenção e aplicação do método tópico, já que o dínamo da sociedade cria uma estrutura aberta, onde o pluralismo dos valores adquire grande importância na preservação da própria Constituição.

A sociedade é dinâmica, e tratando-se de um texto de conteúdo eminentemente político, não se pode tê-lo como adequado à sociedade se não possuir franco conteúdo aberto e estrutura de compreensão tópica, que permita o acompanhamento do texto à evolução da sociedade.

A metodologia dedutiva relega ao direito o papel de velho conservador que, por ser retrógrado, não acompanha o progresso no passar do tempo. Diz Bonavides (1996, p.452) com acuidade que “dificilmente uma Constituição preenche aquela função de ordem e unidade, que faz possível o sistema se revelar compatível com o dedutivismo metodológico.”.

É fácil perceber que a metodologia clássica ou romântica que conduz a uma Constituição imóvel e sem abertura suficiente para acompanhar a realidade, não atende aos anseios e necessidades do direito constitucional. A tópica, como hermenêutica específica, demonstra amplas condições de melhor resolver o problema do caso constitucional e apresentar soluções que aproximam o próprio direito constitucional da sua realidade.

A adequação metodológica da tópica em Canotilho e, de resto, de todos os métodos que conduzem a uma visão aberta de Constituição, para a resolução de dificuldades inerentes à aplicação do texto, faz com que todo o pensar hermenêutico parta, a priori, de uma tomada de postura tópica.

A perda do primado do sistema, que passa, como visto, a ser ponto de construção a partir do problema, e não ponto de partida para o problema, é característica deste método constitucional de interpretação que condicionou todos os demais que se lhe seguiram. O próprio sistema, que é a razão da análise dos casos concretos no modo de pensar dedutivo, transforma-se em mera consequência da interpretação ou, ainda, em mero ponto de vista ou simples topos, quando se trata de método tópico.

A abertura do método concretizador de Canotilho consiste exatamente em ver o sistema não como regra absoluta, mas como ponto de vista modificável a partir do caso concreto. Este método causa perda de positividade no direito, jamais perda de juridicidade.

Para Canotilho a Constituição realiza-se a partir de uma hermenêutica aberta - que surge com a tópica - onde valem as considerações e pontos de vista que possam ser utilizados para a resolução do caso concreto sem a hierarquização de fontes e de regras, como a teoria sistêmica impõe.

Na interpretação concretizadora do autor lusitano existe grande perda de formalidade da ordem constitucional, que se torna mais real, mais presente, tudo em detrimento da reverência que se lhe impõe o positivismo. O aspecto formal da Constituição que tendeu a se transformar em folha de papel vai ser deixado de lado para dar lugar a uma reverência do concreto, do real, do efetivado, fortalecendo-se o aspecto material da Constituição em detrimento do formal. A concepção e o método são responsáveis por uma abertura da Constituição a um mundo circundante, fazendo respirar o texto, criando um vetor de *inputs* e *outputs*, do e no texto constitucional, ligando-o à realidade.

Essa materialização do texto e abandono de uma excessiva formalização não causam um enfraquecimento de sua força jurídica ou força normativa. É de se preocupar com o enfraquecimento do caráter normativo da Constituição em razão da proliferação de topos.

Na verdade, não há perda de juridicidade com o pensar tópico, mas perda de positividade. O direito deixa de ser apenas a expressão da norma legislada e passa a ser a expressão da doxa, aposto nos topos que não foram convertidos em norma legal, mas que não deixaram de ser normas jurídicas.

Para Canotilho, a Constituição, texto político que é, não perde juridicidade com a visão aberta dos casos e problemas constitucionais, mas perde em legalismo e em formalismo, e só perderia em juridicidade se fosse absorvida por uma visão positivista e legalista do direito.

O que Canotilho e os demais constitucionalistas que tomam a Constituição como ordem aberta defendem é uma pluralização dos métodos, priorizando-se o objeto de estudo ao invés do sistema e do observador. A pluralidade metodológica pode ser largamente utilizada, tendo sempre como objetivo maior solução do problema posto.

Os “pré-conceitos” sociais, o consenso e o senso comum são o ponto de apoio para uma teoria da Constituição que se estrutura com certa proximidade entre as teorias hermenêuticas e da argumentação jurídica. Todo ato de interpretação é um ato de conhecimento. Interpretação é conhecer o objeto, é aprender aquilo que a realidade nos permite compreender. Toda teoria hermenêutica é também, de certo modo, uma teoria do conhecimento que tem por escopo a resolução do caso concreto a partir do problema sem a priorização do sistema.

Não há consenso entre os juristas que tratam da tópica e da Constituição aberta sobre a forma de se encontrar o pensamento da moral comum, do senso comum e da opinião comum. De qualquer forma, a abertura tem ainda o grande mérito de abrir a discussão a respeito das opções interpretativas que sejam dinâmicas e possam melhor explicar uma realidade que é dinâmica pela própria natureza.

Quando Canotilho fala de hermenêutica especificamente constitucional está também mencionando uma metodologia própria da interpretação constitucional que tem por objetivo aplicar o texto à realidade ou transformá-lo em razão dos imperativos da própria realidade.

Como podemos perceber, qualquer que seja a metódica utilizada, haverá sempre princípios cuja função é garantir que o real sentido da norma apareça do trabalho interpretativo. É exatamente a aplicação desses princípios que transforma a Constituição em um sistema que se abre diante do universo que pretende normatizar.

Para a interpretação do texto constitucional, faz-se mister a utilização de uma metodologia interpretativa diferenciada da metódica infraconstitucional. Para levar esse afazer a contento, é necessária a utilização de um conjunto de princípios de interpretação, ou regras de trabalho, sensivelmente diferentes daqueles utilizados pela metodologia jurídica geral.

O texto político precisa ser interpretado utilizando-se um catálogo de princípios que existam exatamente em função da natureza política e aberto do texto constitucional. Esse rol de princípios retores da interpretação constitucional faz com que a atitude do hermeneuta da Constituição possua movimentos específicos.

O texto constitucional é necessariamente aberto, existindo apenas um diferenciador de intensidade entre a norma-regra e a norma-princípio. Ambas mais abertas que as normas infraconstitucionais. Esta abertura fornece a natureza política do momento constitucional.

Por essa razão, para Canotilho, os princípios retores da metodologia constitucional são necessariamente orientados pela metódica que possui como objetivo a concretização da norma e a análise a partir de cada caso de aplicação. A metódica orienta-se pela necessária análise do sentido da norma a partir do momento de sua concretização-aplicação.

Para o autor citado, os princípios aqui designados nada mais são do que regras para orientar o intérprete quando se debruçar perante um dilema constitucional. Seu papel nada mais é do que indicar o caminho para que o intérprete chegue a contento ao resultado almejado.

A aplicação de tais princípios somente é possível se a concepção de Constituição for necessariamente a fusão de dois pólos: o texto e a realidade. Isso se dá exatamente porque a utilização de princípios – chamados de topoi: - explica-se a partir da abertura do momento constituinte para a realidade. Todos esses topoi: somente têm razão de ser por estarem inseridos na busca de um sentido para a Constituição que se busca a partir da fusão entre o texto e a realidade.

Note-se que a elaboração de tais princípios que hoje norteiam a metódica constitucional deveu-se à práxis. Oriundos do senso comum, tais pontos de partida para o processo dialético de interpretação - que vai desde a Constituição formal até a realidade posta denominada de Constituição material - são a estrada para que se busque o sentido da Constituição, que é necessariamente cambiante e variável.

Para Canotilho, trata-se de uma relação dialética e circular. A metódica deve ser utilizada para garantir a natureza aberta do momento constitucional, e ela somente pode ser usada por se tratar de uma Constituição verdadeiramente aberta, uma Constituição que se abre para a dinâmica dos fatos e do momento político. Impende notar que os princípios hermenêuticos são princípios de interpretação aberta e existem como elos de manutenção dessa abertura.

Isso corrobora o pensamento esboçado por Gadamer (1998, p.123) , segundo o qual somente se interpreta uma proposição jurídica quando se está no momento da sua aplicação, vez que a atitude de aplicar integra a atividade hermenêutica e, portanto, deve existir uma parte da sua metódica encarregada de aplicar o direito.

Os tópicos da metodologia representam esse elo entre a realidade e o texto, que garantem a dinâmica do processo e a interpretação, conseqüentemente, a especificidade da metodologia utilizada. Esses tópicos surgiram da própria práxis, da experiência mesma de se encontrar uma resposta para o sentido e expressão da Constituição.

No dizer de Canotilho,

A elaboração (indutiva) de um catálogo de tópicos relevantes para a interpretação constitucional está relacionada com a necessidade sentida pela doutrina e praxis jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa (1) relevantes para a decisão (= resolução) do problema prático (princípio da relevância); (2) metodicamente operativos no campo do direito constitucional, articulando direito constitucional formal e material, princípios jurídicos-funcionais (ex: princípio da interpretação conforme a constituição) e princípios jurídico-materiais (ex: princípio da unidade da constituição e princípio da efetividade dos direitos fundamentais); (3) constitucionalmente praticáveis, isto é, susceptíveis de ser esgrimidos na discussão de problemas constitucionais dentro da 'base de compromisso' cristalizada nas normas constitucionais (princípio da praticabilidade). (CANOTILHO, 1999, p.1096).

Essa visão bem demonstra que a importância dos princípios retores da interpretação constitucional reside no fato de serem elo entre a atividade de interpretar, a de construir e a de concretizar o mandamento constitucional.

2.6

Os Tópicos de Metodologia Constitucional para Canotilho

O primeiro dos princípios hermenêuticos a ser mencionado é o princípio da unidade da Constituição. Reza o princípio da unidade da Constituição que “as normas constitucionais devem ser consideradas não como normas isoladas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de regras e princípios.” (COELHO, 1997, p.91).

A Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições e antinomias, preservando-se o seu aspecto unitário. O princípio obriga a perceber a sua composição como uma globalidade, e não como um texto recortado em fragmentos estanques. A harmonia dos seus espaços de tensão deve ser resolvida atentando-se para essa unidade que obriga o intérprete a analisar as normas de forma contextual, e não dispersa.

Já o princípio do efeito integrador significa que “na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.” (CANOTILHO, 1999, p.1097).

O princípio da integração indica que é cânone da hermenêutica a observação de que o Estado é um todo que se constrói juridicamente pela

Constituição, razão pela qual deva ser ele mantido pelo próprio texto constitucional.

Interpretar o texto constitucional tendo por base tal princípio de hermenêutica quer dizer ler a Constituição atentando-se para a finalidade integracionista do próprio texto, que existe, dentre outras razões, para a manutenção do próprio Estado.

Alerta Canotilho (1999) para o fato de que a utilização do princípio da integração não pode jamais ser confundido com a intenção autoritária ou fundamentalista, mas, antes, trata-se de um princípio que se utiliza o hermeneuta sequioso de soluções pluralisticamente integradoras.

O princípio da máxima efetividade é topos que deve ser utilizado pelo hermeneuta para conduzi-lo a um resultado inter-relativo eficiente. De nada adianta como resultado do trabalho hermenêutico uma incongruência ou uma visão de eficácia duvidosa ou de realização impossível.

Fácil perceber, então, que se trata de uma técnica interpretativa, localizada na metódica constitucional específica que aponta para a necessidade de se dar à Constituição eficácia. De nada adianta um texto revestido de formalismos que não opera mais no presente e se desvirtua do contexto sóciopolítico da comunidade. A interpretação movida por tal princípio tem a obrigação e o objetivo de manter a mesma eficácia e a mesma efetividade que teria quando redigida foi.

O princípio da conformidade constitucional é topos, que indica a impossibilidade do resultado do afazer hermenêutico subverter as repartições de competência e a própria estrutura da Constituição. O resultado da interpretação não pode negar a opção do constituinte no que tange às normas-regra de organização. A interpretação pode oferecer conteúdo novo a velhos valores que a sociedade modificou, mas não pode alterar “o esquema organizatório funcional constitucionalmente estabelecido.” (COELHO, 1997, p.91).

O princípio da concordância prática ou da harmonização implica a “coordenação e combinação de bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação a outros.” (CANOTILHO, 1999, p.1098).

Um corpo constitucional possui uma série de normas que se opõem umas as outras em determinados casos concretos. Isto fruto da impossibilidade de se tratar o texto constitucional como simples repositório de normas-regra cuja antinomia resolve-se com a derrogação de uma norma e prevalência de outra.

Aqui no texto constitucional os princípios conglobam-se, e o que é uma interpretação tópica referente a um caso concreto onde, na verdade, um princípio sobressai em relação a outro, mas sem que haja a revogação daquele que não incide diretamente.

Na visão de Canotilho, não há hierarquia entre bens, princípios e valores constitucionais, daí por que qualquer interpretação tende a harmonizá-los, e em caso de sua impossibilidade o resultado necessário não implica a revogação de qualquer norma constitucional.

O princípio implica dizer que “os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício de outro, o que só se alcança na aplicação ou na prática do texto”. (COELHO, 1997, p.91).

Por fim o princípio da força normativa da Constituição demonstra-se ser mais que um princípio. Mostra-se como a razão de ser da própria Constituição. Só há razão em um texto constitucional se as suas normas forem efetivamente normas no sentido de poderem regular atos em sociedade.

Deve haver prevalência para os resultados hermenêuticos que indicarem uma eficácia ótima para a Constituição. A eficácia e a permanência da Constituição apenas são atingidas quando é possível perceber como resultado hermenêutico normas que tenham força como condicionante das condutas humanas.

Os princípios de interpretação mencionados são como regras básicas que diferenciam a hermenêutica aberta da interpretação clássica e da interpretação romântica, baseadas no privatismo e no subjetivismo, e que percebem a Constituição vincada em uma neutralidade diferenciada da política. Porque se diferencia das leis infraconstitucionais, a Constituição necessita de uma hermenêutica específica, a qual somente pode conduzir a uma visão aberta do fenômeno constitucional.

Seguindo a linha de Canotilho, consideramos interpretação clássica e interpretação romântica aquelas que partem da consideração de que a Constituição, para todos os efeitos, é uma lei, de forma que interpretar a Constituição envolve o mesmo processo utilizado para interpretar qualquer outra lei. Anota Canotilho (1999) que a esta concepção subjaz a tese da identidade, ou seja, a formulação segundo a qual a interpretação constitucional em nada difere da

interpretação legal. Nesse contexto, a interpretação da Constituição pode e deve ser efetivada com base nos elementos interpretativos propostos por Savigny: filológico ou literal; lógico ou sistemático; histórico; e teleológico ou racional.

Nesta forma tradicional de interpretação podemos perceber uma visão dogmática do objeto do conhecimento jurídico, para seus cultores a norma já possui toda a argamassa necessária ao conhecimento do direito, sendo necessário, tão somente aplicá-lo. Cabe, assim, ao exegeta apenas tentar compreender a intenção do legislador, abstraindo completamente quaisquer idéias criacionistas.

2.7

A Constituição como Sistema de Regras e Princípios

Para Alexy (1993), a distinção entre regras e princípios constitui o marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, assim, o ponto de partida para se chegar aos limites e possibilidades de uma teoria racional no âmbito dos direitos fundamentais.

Alexy (1993) ensina que, diante das normas de direitos fundamentais, é possível fazer numerosas distinções teórico-estruturais, sendo a mais importante delas a distinção entre regras e princípios. Segundo este autor, sem as considerações acerca das diferenças entre regras e princípios, não pode existir uma teoria adequada dos limites, da colisão e do papel que têm os direitos fundamentais no sistema jurídico.

Para melhor entender a teoria ora apresentada, deve ficar claro que a distinção entre regras e princípios refere-se a uma diferenciação entre dois tipos de normas. E ambas, dizem respeito ao que deve ser, sendo formuladas com a ajuda das expressões deônticas básicas (permissão e proibição). Nesse sentido, leciona que a distinção entre regra e princípios é uma distinção entre tipos de normas.

Alexy (1993) apresenta três teses acerca das distinções entre regras e princípios. A primeira delas informa que toda a intenção de dividir as normas em duas classes (regras e princípios) é vã, tendo em vista a pluralidade que de fato existe entre os critérios no âmbito interno de cada norma, a qual não permite tal diferenciação. A segunda tese é sustentada por quem considera que as normas

podem dividir-se de uma maneira relevante entre a classe das regras e a dos princípios, porém, apenas a partir de uma distinção de grau. A terceira tese, por fim, afirma que as normas podem ser distinguidas entre regras e princípios e que entre elas existe não só uma diferença gradual, mas também e, principalmente, qualitativa.

Para Alexy (1993) um critério que permite distinguir com toda precisão as regras dos princípios, é o mandado de otimização. Os princípios são normas que ordenam que algo será realizado em sua maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados por um feito de que podem ser cumpridos em diferentes graus e medida devida de sua ação de invalidez de um dos princípios em colisão.

Alexy (1993) sustenta que as regras contêm determinações que são fácticas e juridicamente possíveis, o que significa que a diferença entre regras e princípios é uma diferença qualitativa e não de grau. Afirma que as regras são normas que ou são cumpridas ou não o são. Se uma regra é válida, então se deve fazer exatamente aquilo que ela exige. As regras contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fácticas e tal determinação pode fracassar por impossibilidades jurídicas ou fácticas, o que, necessariamente conduz à invalidez das normas. Se não for o caso de invalidez da norma, então vale exatamente o que nela estiver prescrito.

Já os princípios ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, levando-se em conta as possibilidades jurídicas e fácticas. Para tanto, os princípios não contêm mandados definitivos, mas, sim, mandatos *prima facie*, de modo que um princípio não determina como se deve resolver a relação entre uma razão e sua oposta, mas apenas apresentam um resultado à primeira vista. Os princípios, portanto, carecem de conteúdo de determinação com respeito aos princípios contrapostos e as possibilidades fácticas. (ALEXY, 1993).

Para Alexy (1993) o mais importante entre regras e princípios, é o caráter do mandado que cada um impõe, ou seja, independentemente de constituírem fundamento para uma regra jurídica ou para uma decisão judicial, as regras sempre devem ser entendidas como instrumentos de determinações definitivas e os princípios, por sua vez, como veículos de um comando aplicável apenas *prima facie*.

O conceito de princípio formulado por Alexy (1993) sofre as seguintes críticas: a primeira argumenta que há casos de colisão de princípios que seriam perfeitamente solucionáveis mediante a declaração de invalidez de um dos princípios em colisão; a segunda registra que existem princípios absolutos, os quais não podem ser colocados numa relação de preferência com outros princípios, e, por fim, a amplitude do conceito de princípio, que acabaria por torná-la inútil, uma vez que abarcaria todos os interesses que podem ser tomados em conta nas ponderações.

Alexy (1993) rebate as objeções afirmando que o conceito de princípios apresentado em sua obra pressupõe a validade dos princípios que entram em conflito, pois se um deles for inválido não se estabelece sequer uma efetiva colisão.

Sustenta o autor que o caráter absoluto de um princípio sempre decorre do fato de que existe uma regra, esta sim absoluta, relacionada diretamente com o objeto protegido por aquele princípio. Como exemplo cita o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por último, sustenta, que o conceito mais estreito de princípio defendido por Dworkin não tem maior relevância, sem dúvida, a diferença entre direitos individuais e bens coletivos é importante. Porém, segundo Alexy (1993), não é nem necessária nem funcional ligar o conceito de princípio ao conceito de direito individual. As propriedades lógicas comuns de ambos tipos de princípios, que alude Dworkin, no caso de colisão, sugerem a convivência de um conceito mais amplo de princípio.

Segundo o autor, existem três modelos de sistema de direitos fundamentais: o modelo puro de princípios, o modelo puro de regras e o modelo combinado de regras e princípios.

O modelo puro de princípios esvazia qualquer vinculação às normas de direitos fundamentais. O modelo puro de regras não se aplica a todas as normas de direitos fundamentais.

Alexy (1993) opta pelo modelo combinado de regras e princípios, segundo o autor há direitos fundamentais que estão no nível dos princípios e direitos fundamentais que se encontram no nível de regras. Em resumo, há normas-princípios de direitos fundamentais e normas-regras de direito fundamentais e um

princípio é relevante para uma decisão sobre direitos fundamentais quando ele pode ser apresentado a favor ou contra uma decisão de direito fundamental.

As disposições de direitos fundamentais também podem ser consideradas como determinações frente às exigências dos princípios contrapostos, adquirindo, desta maneira, um caráter duplo (HESSE, 1998), ou seja, de regra, além de princípio. Lembramos, entretanto, que isto não significa que as normas de direitos fundamentais não tenham caráter vinculante (o que seria uma objeção à faceta de princípio), pois as disposições de direitos fundamentais devem vincular o intérprete tanto quanto o fazem as demais normas constitucionais. (ALEXY, 1993).

2.8

As Regras e Princípios na Doutrina de R. Dworkin

Dworkin (1989) afirma que quando os juristas discutem sobre direitos e obrigações jurídicas, principalmente nos casos difíceis, onde as complicações com tais conceitos afloram de forma mais contundente, eles se utilizam de modelos que não funcionam como normas, mas, sim, que operam sob a forma de princípios, diretrizes políticas ou outros tipos de pautas.

Para o autor, tanto as regras como os princípios apontam para decisões particulares referentes à obrigação jurídica em determinadas circunstâncias, diferenciando-se, entretanto, pelo caráter da orientação que fornecem para o caso.

As regras são aplicáveis de maneira disjuntiva, ou seja, se ocorrem os fatos previstos na norma, então ou a norma é válida – hipótese na qual deverá ser aceita a determinação normativa - ou inválida, e então não será considerado seu teor na solução do caso. (DWORKIN, 1989).

Já os princípios apenas enunciam uma razão que direciona o intérprete em uma direção, não exigindo, porém, nenhuma decisão em particular.

Nos casos difíceis, os princípios desempenham um papel essencial para os argumentos que servem de fundamento às decisões que serão tomadas em relação a determinados direitos e obrigações jurídicas. Os princípios têm uma dimensão que falta às regras: a dimensão de peso ou dimensão de importância. Quando os princípios colidem, quem deve resolver o conflito deve ter em consideração o

peso relativo dos princípios em confronto: Assim, é inafastável a necessidade de se perguntar qual a importância do princípio e qual o peso relativo que possui.

E neste ponto reside uma importante diferença entre regra e princípio: as regras não têm importância diferenciada dentro do sistema, de modo que, se elas entram em conflito, uma das normas substitui a outra, fazendo com que a de menor peso desapareça do ordenamento jurídico. . (DWORKIN, 1989).

Segundo Dworkin (1989), existem dois pontos de vista distintos, cujas consequências para o conceito de Direito são decisivos. Uma é a daqueles que enxergam os princípios como obrigatórios dentro do sistema jurídico, assumem uma posição de que o Direito é um sistema composto por regras e princípios. Outras pessoas optam por não assumir a juridicidade dos princípios, afirmando a inexistência de obrigatoriedade de sua utilização pelos juízes, colocando-se numa posição fora do sistema do Direito.

Os juristas que não consideram os princípios como obrigatórios como as demais normas jurídicas, justificam seu posicionamento alegando que quando um caso não pode ser resolvido pela aplicação direta e imediata de uma norma jurídica, o juiz deve exercer sua discricionariedade para decidi-lo, estabelecendo, a partir da sua decisão neste caso, um novo precedente legislativo.

Para Dworkin (1989), ao contrário, o melhor sentido para expressão ‘discricionariedade’ é aquele em que tal expressão não equivale à liberdade sem limites, nem exclui a possibilidade de críticas. Quase todas as situações em que uma pessoa atua impõe escolhas as quais justificadas por meio de certos modelos de racionalidade, justiça e eficácia e são estes argumentos que podem sofrer críticas pelos demais membros da comunidade em que se toma determinada decisão com discricionariedade.

A teoria de Dworkin (1989) revolucionou a compreensão do significado de obrigatoriedade dos princípios e de respeitá-los e considerá-los como o direito.

2.9

Estrutura da Norma de Direito Fundamental

A teoria jurídica apresenta diversas definições das normas de direitos fundamentais, conforme a concepção que se tenha de ciência do Direito. Temos as

teorias jusnaturalistas, racionalistas, jurisprudência dos conceitos, jurisprudência dos interesses, sociológica, escola do Direito livre, positivista-legalista, positivista institucionalista, etc.

A norma jurídica pode ser compreendida a partir de três perspectivas: a sintática, a semântica e a pragmática. Na forma sintática a norma é vista na sua literalidade, cabendo ao intérprete apenas indicar os termos expressos no texto pela gramática. Na forma semântica cabe ao intérprete, além de expor o que está expressamente escrito no texto, deve indicar o seu significado não-expresso. Por último, a norma jurídica na visão pragmática, o intérprete deve além de considerar o texto e o seu contexto, deve valorizar o universo de pré-compreensões daqueles que estão se comunicando.

2.10

O Conceito Semântico da Norma Jurídica

Para o modelo semântico da teoria da norma jurídica, uma norma é o significado de um enunciado normativo. Para Alexy (1993) a concepção semântica da norma jurídica distingue claramente entre o conceito de norma e o conceito de sua validade. O conceito de norma não pode ser definido de uma maneira tal que se pressuponha a validez ou a existência. Assim como é possível expressar um pensamento supondo-o verdadeiro, assim também tem que ser possível expressar uma norma sem classificá-la como válida.

É importante lembrar que a teoria da validade das normas é aquela que proporciona critérios para saber quando uma norma é válida. A distinção entre os critérios é que faz distinguir entre os diferentes tipos de teorias da validade. Assim, na medida em que se introduzem critérios sociais, tem-se uma teoria sociológica da validade; se é mencionada um critérios de hierarquia entre as normas jurídicas, tem-se uma teoria jurídica de validade das normas. Ainda: se o fundamento é moral está-se diante de uma teoria ética da validade.

Frise-se que o conceito semântico de norma considera apenas a norma e os enunciados normativos, desconsiderando qualquer influência do sujeito no conceito de norma jurídica.

Alexy (1993) propõe duas formas de compreensão das normas de direitos fundamentais: a abstrata e a concreta. No plano abstrato questiona-se sobre as características que deve ter uma norma para ser considerada como de direito fundamental, já no plano concreto indaga-se quais as normas de um determinado ordenamento jurídico são consideradas normas de direito fundamental.

2.11

O Conceito Pragmático de Norma Jurídica

Ferraz Junior (1999, p.53) compreende a norma jurídica como um discurso no qual se encontram dois aspectos: o relato e o cometimento. “Na terminologia pragmática, o comunicador normativo não apenas diz qual a decisão a ser tomada - pré-decisão - mas também como essa pré-decisão deve ser entendida pelo endereçado - informação sobre a informação.”.

Para Canotilho (2003) os componentes fundamentais da norma são o programa normativo e o domínio normativo e, por isso, a norma só pode compreender-se como uma articulação destas duas dimensões.

Para o autor o programa normativo é o resultado de um processo parcial de concretização destacado fundamentalmente na interpretação do texto normativo. Assim o enunciado lingüístico da norma passa a ser o ponto de partida do processo de concretização.

O domínio normativo é o resultado de um segundo processo parcial de concretização presentes na análise dos elementos empíricos. Assim a norma constitucional é um modelo de ordenação orientado para uma concretização material constituído por enunciados lingüísticos e dado reais materiais.

Daí deriva que a normatividade constitucional não é uma qualidade estática do texto da norma ou das normas, mas o efeito global da norma num processo estrutural e o domínio normativo.

Canotilho adota uma concepção semântica da norma jurídica, distinguindo, enunciado normativo e norma jurídica (texto normativo e norma). Ensina que a definição da norma de direito fundamental deve apresentar-se em três graus. No primeiro, o conceito de norma de direito fundamental é estabelecido por uma determinada autoridade - o constituinte -, de forma que os enunciados normativos

são identificados por meio de critérios formais que levam em consideração a sua forma de positivação. No segundo devem ser considerados por meio do conceito de asseveração da norma de direito fundamental, o qual só se realiza se e enquanto conforme o direito. Por fim, no terceiro passo, apresenta uma definição que se refere tanto às normas estatuídas quanto às normas decorrentes.

Conforme se vê, é relevante a concepção semântica de norma jurídica adotada por Canotilho, principalmente no âmbito particular da norma jurídica consagrada do direito fundamental, uma vez que os doutrinadores mais expressivos que tratam do tema assim o defendem.

Para Canotilho os direitos fundamentais devem ser analisados em três dimensões, na perspectiva analítica, empírica e crítico- normativa.

Pela perspectiva analítica a hermenêutica de direitos fundamentais, objetiva a aprofundar e analisar conceitos fundamentais, esclarecer o sentido das construções jurídico-constitucionais, bem como investigar a estrutura do sistema jurídico e das suas relações com os direitos fundamentais.

Na perspectiva empírica, perquire-se sobre as condições de eficácia dos direitos fundamentais e modo como os legisladores, juizes e administração os observam e aplicam nos vários contextos prático.

Na perspectiva crítico - normativa procura-se uma fundamentação racional e jurídico - normativa dos juízos de valor, constituindo-se, portanto, na perspectiva metodológica que permeia toda a extensão do presente estudo, tendo em vista que o objetivo principal do trabalho é a proposta de uma hermenêutica constitucional para uma interpretação dos direitos fundamentais a luz do pensamento original de Gomes Canotilho.

Os direitos fundamentais constituem uma categoria dogmática. Teoria dogmática em que sentido? Num sentido analítico, num sentido empírico ou num sentido normativo? Em rigor, interessar-nos-ão as três dimensões assinaladas. A perspectiva analítico-dogmática, preocupada com a construção sistemático-conceitual do direito positivo, é indispensável ao aprofundamento e análise de conceitos fundamentais (exs.: direito subjetivo, dever fundamental, norma), à iluminação das construções jurídico-constitucionais (exs: âmbito de proteção e limites dos direitos fundamentais, eficácia horizontal de direitos, liberdades e garantias) e à investigação da estrutura do sistema jurídico e das suas relações com os direitos fundamentais (ex.: eficácia objetiva dos direitos fundamentais), passando pela própria ponderação de bens jurídicos, sob a perspectiva dos direitos fundamentais (ex.: conflitos de direitos). A perspectiva empírico-dogmática interessar-nos-á porque os direitos fundamentais, para terem verdadeira força normativa, obrigam a tomar em conta as suas condições de

eficácia e o modo como o legislador, juízes e administração os observam e aplicam nos vários contextos práticos. A perspectiva normativo-dogmática é importante, sobretudo em sede de aplicação dos direitos fundamentais, dado que esta pressupõe, sempre, a fundamentação racional e jurídico-normativa dos juízos de valor (ex. na interpretação e concretização). (CANOTILHO, 2003, p.1253).

A doutrina contemporânea acerca dos direitos fundamentais optou pela concepção semântica da norma jurídica, distingue os elementos estruturais da norma de direito fundamental: o texto da norma, o significado da norma e a parcela da realidade regulada pela norma.

Segundo Canotilho, o fato de o texto constitucional ser o primeiro elemento do processo de interpretação–concretização constitucional não significa que o texto ou a letra da lei constitucional já contenha a decisão do problema a ser resolvido.

Os componentes fundamentais da norma jurídica para Canotilho são o domínio normativo (texto normativo), o programa normativo (seu processo de concretização): e o setor normativo (situações de fato previstas pela norma jurídica).

2.12

A Função dos Princípios na Hermenêutica Constitucional

A Constituição é mais do que o texto, devemos incluir nela princípios e regras não formalmente constitucionalizadas. Nesse sentido, o intérprete revela-se como uma das formas de colmatar eventuais lacunas do texto constitucional, no que tange a outras normas que não estejam formalmente escritas, mas que fazem parte do corpus constitucional.³

Segundo Canotilho (1999), as regras são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção. As regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência, só admitem convivência antinômica, não deixam

³ A questão fundamental, portanto, desemboca na discussão travada por Alexy e também por Muller no sentido das normas direta e indiretamente estatuídas. Canotilho, neste particular, segue a trilha da teoria de Friedrich Muller, segundo a qual o texto normativo diz mais do que a sua literalidade. (CANOTILHO, 1999, p. 1063-1064).

espaço para qualquer ponderação, colocam apenas problemas de validade (não estando corretas devem ser alteradas).

Já os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fática ou jurídica. Os princípios são normas que exigem a sua viabilidade.

Como podemos perceber, a distinção entre regras e princípios é, portanto, complexa e implica percebermos qual a função dos princípios, se retórico-argumentativa ou de normas de conduta. Ou se os princípios e regras são passíveis de uma diferenciação qualitativa, ou se existe um denominador comum, havendo diferença apenas quantitativa de características de grau.

Neste estudo, o que nos interessa são os princípios jurídicos fundamentais, ou seja, aqueles que “pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.” (CANOTILHO, 1999, p.1090). Assim, segundo Canotilho, todos os direitos fundamentais possuem alguma eficácia, já que se apresentam como programas a ser desenvolvidos (normas programáticas), tendo a função de estabelecer limites e critérios para o legislador, servindo como parâmetro de controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais.

O pensamento principialista estruturante de Canotilho concebe a Constituição como um “sistema aberto de regras e princípios”. Essa concepção é nuclear para elucidação de sua contribuição teórica e dogmática, e exige aprofundamentos de alguns conceitos e noções fornecidos pelo próprio autor.

Assim, segundo Canotilho (2003, p.48) “na cultura jurídica moderna o conjunto de normas jurídicas (regras e princípios) constitutivas de uma sociedade organizada é concebido como um sistema de normas juridicamente vinculantes (sistema jurídico).”.

Ele concebe o sistema jurídico nestes termos: “[...] o direito constitui um sistema quando se reconduz, formal e procedimentalmente, a uma idêntica norma fundamental.” (CANOTILHO, 2003, p.49), E, dessa concepção de sistema jurídico, pode-se deduzir, segundo seus ensinamentos literais, que o sistema jurídico brasileiro assenta numa “norma fundamental positiva” - a Constituição - que, por sua vez, “delega” a outros órgãos (legislativo, judiciário e administração, bem como particulares) o poder de produzir outras categorias de normas (leis,

sentenças, atos administrativos, atos de vontade privada etc.). Nessa perspectiva, Canotilho toma o direito como um sistema dinâmico de normas.

Nesta perspectiva, também podemos concluir que o sistema jurídico do Estado Democrático de Direito brasileiro é um sistema normativo aberto de regras e princípios.

É um sistema jurídico porque é um sistema de normas, nos moldes antes esboçados (sistema dinâmico de normas). É [...]” um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica,[...]. (CANOTILHO, 2003, p.49) traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’”.

É [...] um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas. É [...] um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras. (CANOTILHO, 2003, p.174).

Canotilho salienta que na moderna constitucionalística,

[...] à riqueza de formas da Constituição corresponde a multifuncionalidade das normas constitucionais. Ao mesmo tempo, aponta-se para a necessidade dogmática de uma clarificação tipológica da estrutura normativa das constituições contemporâneas. (CANOTILHO, 2003, p.1162-1163).

Essa classificação abre-se para o tratamento teórico e dogmático das regras e princípios como espécies do gênero norma de direito. Ou melhor, na proposta sugerida por Canotilho, onde as normas constitucionais constituem-se de regras constitucionais e de princípios constitucionais, que se relacionam de modo sistêmico-estruturante. (CANOTILHO, 2003).

Canotilho para justificar esse modelo teórico-jurídico adequado para a compreensão do sistema constitucional explica que se o sistema jurídico fosse composto somente por regras, ele seria limitado à racionalidade prática, não haveria um espaço para o sistema aberto que é representado pela constituição. O legalismo estrito das regras não permitiria o balanceamento de valores e interesse, nem tão pouco a introdução de conflitos, transformando a sociedade pluralista e aberta em uma organização política monodimensional.

O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do ‘possível’ fáctico e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. Daí a proposta aqui sugerida:

1) o sistema jurídico carece de regras jurídicas: a Constituição, por exemplo, deve fixar a maioria para efeitos de determinação da capacidade eleitoral ativa e passiva, sendo impensável fazer funcionar aqui apenas uma exigência de otimização: um cidadão é ou não é maior aos 18 anos para efeito de direito de sufrágio; um cidadão ‘só poder ter direito à vida’;

2) o sistema jurídico necessita de princípios ou valores que eles exprimem como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de direito; são exigências de otimização abertas a várias concordâncias práticas, ponderações, compromissos e conflitos.⁴

3) em virtude da sua ‘referência’ a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da ‘justiça’, da ‘idéia de direito’, dos ‘fins de uma comunidade’), os princípios têm uma função normogénica e uma função sistémica: são fundamentos de regras e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ‘ligar’ ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional..

4) as ‘regras’ e os ‘princípios’, para serem ativamente operantes, necessitam de procedimentos e processos que lhes dêem operacionalidade prática “[...]: o direito constitucional é um sistema aberto de normas diga-se, regras e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma “lei dos livros” para uma “lei de ação”, para uma “constituição de vida”. (CANOTILHO, 2003, p.174).

Esses conceitos e idéias relativas à estrutura sistémica da Constituição, se postos a serviço de uma doutrina do Direito Constitucional conduzem para uma dogmática principialista estruturante, nos termos expostos por Canotilho:

⁴ Entre nós, para uma aproximação mais exata das idéias de “concordância prática”, “ponderação” e “conflitos”, ver Stumm, Raquel Denize. Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro, especialmente p. 58-60 e 76-93.

A articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da Constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em subprincípios e regras constitucionais concretizadores desses mesmos princípios. Quer dizer: a Constituição é formada por regras e princípios de diferentes graus de concretização (= diferente densidade semântica). (CANOTILHO, 2003, p.180).

O termo dogmática principialista estruturante para Canotilho é aquela proposta dogmática que tem uma implicação necessária entre o programa normativo e o âmbito normativo, entre os preceitos jurídicos e a realidade que eles intentam regular. Segundo esta concepção, a norma jurídica não se identifica com o texto da norma, porém é resultado de um trabalho de “extração” - verdadeiramente “construção” - a partir do material bruto dos textos. O trabalho de construção é designado pela palavra “concretização”. Assim, a norma não é o ponto de partida para o processo de concretização, mas o seu resultado. A norma não está no texto, nem preexiste ao trabalho do operador do Direito, mas é resultado de sua concretização; o emprego de métodos jurídicos em um caso concreto.

Assim, diante da concepção de sistema aberto elucidada por Canotilho, percebe-se a complexidade e a largueza das questões relativas à problemática dos princípios constitucionais e sua conceituação. E mais: percebe-se quão grande deve ser o esforço teórico e dogmático no sentido de estabelecer a normatividade dos princípios constitucionais, enquanto conceito e norma de direito. Outra conclusão decorrente aponta para a seguinte tese: para extrair-se da idéia de princípios constitucionais toda a sua normatividade mediata e normatividade concreta, é necessária uma construção teórico constitucional adequada, que possa dar cabo explicativo do maior número possível de elementos normativos de uma Constituição positiva, concreta, temporal e espacialmente situada.

2.13

As Regras e Princípios na Doutrina Brasileira

A doutrina brasileira caminha no sentido do reconhecimento da juridicidade dos princípios. Nesse sentido temos a afirmação de Walter Rothenburg:

O reconhecimento da natureza normativa dos princípios implica afastar definitivamente as tentativas de os caracterizar como meras sugestões ou diretivas (desideratos ou propostas vãs), a fim de que deles possa ser extraído todo o significado dos valores que encerram, com o cuidado de impedir que sejam estes tornados inócuos por uma retórica mitificadora e enganosa, frequentemente empregada para os princípios. (ROTHENBURG, 1999, p. 81).

Também Ingo Sarlet ensina que:

Os direitos não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. (SARLET, 1998, p.144).

O autor ora citado lembra, que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não constitui um mero 'reverso da medalha' da perspectiva subjetiva. A faceta objetiva significa que às normas que prevêm direitos subjetivos é outorgada uma função autônoma que transcende a perspectiva subjetiva. (SARLET, 1998).

Sarlet (1998) demonstra que todos os direitos fundamentais devem ter a sua eficácia valorada não só como base na pessoa individualmente considerada e na sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade e de toda comunidade.

Na perspectiva objetiva, os direitos fundamentais servem como parâmetros para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais. Além disto, deve-se destacar a sua força jurídica autônoma, que desdobra-se na sua eficácia irradiante, fornecendo parâmetros para a aplicação e interpretação do direito, tanto na esfera pública como na esfera privada.

A descoberta da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais permitiu desenvolvimento de novos conteúdos para a constituição de um sistema racional e eficaz de efetivação dos direitos fundamentais, conforme demonstra Sarlet (1998).

Esse processo de valorização dos direitos fundamentais na condição de normas de direito objetivo enquadra-se, de outra banda, naquilo que foi denominado de uma autêntica mutação dos direitos fundamentais, provocada não só -mas principalmente - pela transição do modelo de Estado liberal de Direito para o do Estado Social e democrático de Direito, como também pela conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos, e não apenas daqueles que garantiram para si sua independência social e o domínio de seu espaço de vida pessoal. (SARLET, 1998).

No ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que a positivação dos direitos seguiu um modelo híbrido que compreende princípios e regras, porquanto os dispositivos de direito fundamental ostentam densidades variadas. No texto da Carta de 1988, os direitos fundamentais são tutelados por meio de cláusulas gerais e cláusulas especiais, formando assim um conjunto misto que, como destaca Perez Luño (1996), é comum nas Constituições contemporâneas. Assim, por exemplo, a Constituição estabelece comandos de igualdade com graus de concreção diversos. A isonomia é versada de forma bem aberta no Preâmbulo, e em termos um pouco mais precisos no artigo 5º, inciso 1º. O texto constitucional enuncia, ainda, diversas concretizações do cânone isonômico, aludindo à igualdade de direitos entre trabalhadores com vínculo e avulsos (art. 7º, XXXIX), determinando a igualdade de acesso aos cargos, empregos e funções públicas (art. 37,I), definindo que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226,§ 5º) e estabelecendo que os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou de forma compatível com essa leitura do sistema constitucional. Em decisão versando sobre a admissibilidade, como prova no processo penal, de gravação sub-reptícia, o Ministro Sepúlveda Pertence registrou que o princípio da proporcionalidade - que pressupõe a realização de uma ponderação de interesses -, não tem aplicação quando a Constituição “haja feito um juízo explícito de prevalência”⁵, como ocorre quanto à vedação de provas ilícitas.⁶

⁵ Na decisão, ficou consignado que: “[...] até onde vá a definição constitucional da supremacia dos direitos fundamentais, violados pela obtenção da prova ilícita, sobre o interesse da busca da

Nesse prisma, vê que a questão concernente ao modelo estrutural das normas constitucionais é extremamente relevante para o tratamento dos problemas concernentes às restrições e limites dos direitos fundamentais. É que entender os direitos como regras levam a concebê-los como comandos absolutos, insusceptíveis de serem restringidos, enquanto o modelo de princípios conduz à concepção de que os direitos fundamentais são passíveis de restrição.

Paralelamente, há uma estreita conexão entre a adoção de um modelo de regras ou de princípios e a metodologia empregada para solucionar problemas de direitos fundamentais. Já que a idéia de aplicação gradual de normas jurídicas liga-se à admissibilidade de restrições dos direitos fundamentais e ao emprego do método ponderativo, enquanto o modelo de regras, por pressupor que a aplicação dos direitos envolve um raciocínio binário, entende estes com os irrestringíveis e tem como metodologia básica o delineamento do âmbito de incidência das normas constitucionais.

verdade real no processo, não há que apelar para o princípio da proporcionalidade, que, ao contrário, pressupõe a necessidade da ponderação de garantias constitucionais em aparente conflito, precisamente quando, entre elas, a Constituição não haja feito um juízo explícito de prevalência”. Informativo n. 250 – Transcrições: Prisão ilegal prova ilícita, HC – 80949, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence.

⁶ “Art. 5º: LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. (BRASIL, 2007, p.10).