

Universidade Federal de Minas Gerais  
Curso: Direito  
Disciplina: Teoria da Constituição  
Professor: Marcelo Cattoni



## **Bibliografia:**

CATTONI, Marcelo. Teoria da Constituição. Inicia Via. [www.iniciavia.com](http://www.iniciavia.com)

## **Avaliações:**

**Trabalho 1:** responder as questões dos capítulos 1 e 2 do anexo 7 do livro (em grupos de no máximo 5 pessoas). Entregar até dia 22/11/12. Valor: 20 pontos.

**Trabalho 2:** responder as questões do capítulo 3 do anexo 7 do livro (em grupos de no máximo 5 pessoas). Entregar até dia 26/11/12. Valor: 20 pontos.

**Trabalho 3:** responder as questões do capítulo 4 do anexo 7 do livro (em grupos de no máximo 5 pessoas). Entregar até dia 17/12/12. Valor: 30 pontos.

**Trabalho 4:** responder as questões do capítulo 5 do anexo 7 do livro (em grupos de no máximo 5 pessoas). Entregar até dia 23/12/12. Valor: 30 pontos.

## **Unidade 1: Estatuto da Teoria da Constituição**

### **1.1. A Teoria da Constituição como chave interpretativa de Direito Constitucional**

As questões jurídicas se apresentam em sua essência como questões constitucionais. Nessa ótica a Filosofia do Direito é fundamentalmente uma Filosofia do Direito Constitucional uma vez que, no contexto de nossa sociedade atual, perguntar-se acerca dos fundamentos do Direito é perguntar-se acerca da justificação da constitucionalidade do Direito. Assim, a Teoria Constitucional é chave interpretativa do Direito Constitucional e também de todo o Direito. Quanto às dimensões atuais da Teoria da Constituição pode-se citar:

1. A perspectiva interna ao Direito Constitucional;
2. A perspectiva externa, analisando a relação entre facticidade social e autocompreensão do Estado Constitucional;
3. A perspectiva simultânea, focando na tensão interna e externa ao Direito Constitucional.

### **1.2. Origem e genealogia da Teoria da Constituição**

A Teoria da Constituição surgiu na virada do século XIX para o século XX, com a passagem do constitucionalismo liberal para Constitucionalismo social, em um contexto de crise do Estado e da sociedade liberal. Crise da TGE: positivista-legalista e organicismo. Ambas as vertentes estão em crise no momento porque expressam uma realidade jurídica em crise.

Simultaneamente, tem-se um período de construção de uma nova concepção de Estado, o Estado Social. A TC surge como disciplina autônoma no contexto da Alemanha pós I Guerra Mundial, com a Constituição de 1919 (república de Weimar). Essa constituição foi referência para todas as constituições seguintes. A Constituição estruturava os poderes do Reich e estabelecia os poderes político-administrativos que compunham as monarquias que constituíam o Império. Essa Constituição não tinha uma declaração de direitos. Diferentemente da tradição francesa, os direitos não eram reconhecidos, mas atribuídos aos cidadãos enquanto súditos do império. Constrói-se a ideia de que os direitos são instrumentos do Estado. Com a Constituição de 1919 pretende-se romper a concepção influenciada pelo organicismo, segundo o qual o monarca ainda tinha poderes mesmo em face da Constituição a ele outorgada. Ela pressupõe outro fundamento de legitimidade política, a soberania popular.

Por meio do art. 48, o presidente, considerando que a ordem pública estivesse ameaçada, poderia declarar o estado de emergência, ou estado de segurança. Era possível dissolver o Parlamento, destituir o primeiro ministro, determinar a intervenção federal nos estados, e inclusive tomar medidas econômicas de intervenção, dentre outras que ele julgasse necessárias para recuperar o Estado. Essa Constituição também previa uma série de direitos coletivos, como a sindicalização, direitos trabalhistas, os direitos coletivos de trabalho e uma série de prestação de serviços públicos garantindo a aplicação desses direitos. Pode ser denominada uma constituição-compromisso. Por outro lado, a social democracia procurava representar um

contrato social que mantivesse um "capitalismo domesticado" e controlado. Por seu caráter compromissório, essa constituição foi tanto celebrada quanto criticada. Schmitt criticou a constituição alegando que sua característica compromissória era a sua fraqueza, ao passo que Heller a celebrou.

Todos esses debates levantam a questão: o que é uma Constituição? Autores como Kelsen dizem que a constituição é um conjunto de normas fundamentais que estabelecem os processos por meio dos quais todas as outras normas do ordenamento jurídico sejam validamente produzidas, tanto no aspecto formal quanto material.

### 1.3. Campo da Teoria da Constituição

- Teoria da Constituição e Teoria Geral do Direito Público: enfoque normativo.
- Teoria da Constituição e Instituições Políticas: por meio da Constituição, o Direito legitima o poder político. Enfoque sociológico-realista.
- Teoria da Constituição e Teoria Geral do Estado: enfoque no Estado.

O estudo dessas disciplinas faz parte do estudo da Teoria da Constituição. Porém, ela adota um afastamento crítico destas, dado ao seu enfoque diferenciado. Faz parte do estudo da Teoria da Constituição a relação entre normas e fatos.

### 1.4. Teoria da Constituição e virada linguística

Classificação ontológica da Constituição (Karl Loewenstein): com a derrota da Alemanha nazista, da Itália fascista e do Japão e com o processo de descolonização, surgia um novo modelo de Constituição. Para ele, importa saber o "ser" das constituições, ou seja, como são vivenciadas, como se dá a dinâmica constitucional. Estuda as constituições em seu contexto sociológico, no meio social e político no qual a constituição tem que valer. Para que uma constituição seja viva, é necessário mais do que apenas sua validade em um sistema jurídico. Ela deve ser efetivamente vivida por destinatários e detentores do poder, resultando em um ambiente favorável para sua realização. Para ser real e efetiva, deve ser observada lealmente pela sociedade e estar completamente integrada à sociedade.

As constituições semânticas são efetivas, mas não são legítimas. Não são legítimas porque subvertem a própria tarefa das constituições, que é a garantia dos governados em face dos governantes. Por outro lado, à medida que instrumentaliza o exercício do poder e reveste a ditadura de um suposto aparato político que garante efetividade. Não parece ter nenhum campo específico, podem surgir em vários lugares. Ex.: Constituição de Cuba (Fulgêncio Batista em 1952), Constituições de quase todos os estados islâmicos (à exceção do Líbano). São as Constituições de regime autoritário<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Para Loewenstein, as constituições nazistas não chegam a ser constituições semânticas, dado que não houve uma preocupação em fazer qualquer tipo de legitimação.

Constituições que são legítimas e efetivas são chamadas normativas. Ou seja, o processo de poder se adapta às normas da Constituição e se submete a elas ou, ao inverso, suas normas dominam o processo político (é como um traje que veste bem). Ex.: Constituições com origem no Constitucionalismo Moderno Ocidental.

As constituições nominais<sup>2</sup> são legítimas, mas, em razão da situação político-social pouco propícia, não são efetivas, ou seja, não alcançaram normatividade plena. Se a dinâmica do processo político não se adapta às normas constitucionais, a Constituição carece de realidade existencial, mesmo que seja válida juridicamente. Essas constituições são caracterizadas pela implantação do Constitucionalismo sem maturidade política, em ordens sociais de base colonial ou até mesmo feudal-agrária, sem uma classe média consciente intelectualmente de si mesma. Antes de alcançar a fase normativa, os cidadãos terão de passar por um longo processo de aprendizagem. Ex.: Constituições da América Latina.

	Legitimidade	Efetividade
Semânticas	-	+
Normativa	+	+
Nominal	+	-

Essa classificação ontológica tem problemas, porque trata de forma dicotômica a relação entre Direito e Política, ou entre constituições e realidades político-sociais. Ela ainda parte do pressuposto de que o Direito Constitucional seria adotado a partir de um modelo externo e aplicado a uma realidade que não corresponderia ao modelo constitucional importado e a realidade político-social criaria obstáculos para a efetivação dessas constituições. Para que as constituições se tornassem normativas, a sociedade teria que passar por um processo de educação jurídica e política. Segundo Loewenstein, as Constituições não mudam apenas com a edição de seu texto, deve haver concordância absoluta entre as relações político-sociais e as normas. Se as normas só ganham sentido no contexto de uma realidade político-social, não é possível falar em uma realidade político-social dissociada dessas normas. Além disso, não é possível haver concordância absoluta entre normas e condutas. Não há sequer um consenso de interpretação das normas constitucionais. Por fim, o Direito não tem um conteúdo estático; é formado pela vivência pretendida pelo próprio Loewenstein. Portanto, sua teoria é falha nesse aspecto. É uma teoria pouco sofisticada para tratar do que pretendia. Não existe correspondência absoluta entre normas e fatos porque não se pode tratar do problema do cumprimento da aplicação do Direito a partir da lógica da correspondência. A construção do sentido normativo dos textos jurídicos se dá por meio de uma tensão permanente entre texto e contexto. Loewenstein não percebe que o Direito é uma prática social. Ele mantém uma perspectiva dualista, dicotômica da efetividade da constituição e perde o caráter social e hermenêutico.

a) Sociologia reconstrutiva: compreender e reconstruir os conteúdos jurídico-normativos que já se encontram inscritos, ainda que parcialmente, nos próprios processos político-sociais.

<sup>2</sup> Não devem ser confundidas com o descumprimento da Constituição.

b) Filosofia pós-metafísica<sup>3</sup>: esclarecer ou problematizar quais são as condições normativas, no interior da sociedade, para a formação democrática do poder político.

### **1.5. Dimensões da Teoria da Constituição**

- Perspectiva normativa ou ponto de vista interno ao direito constitucional: positividade e legitimidade. O Direito é ao mesmo tempo fruto de deliberações, e essas deliberações são a autodeterminação da sociedade política (deliberação legítima).

- Perspectiva da relação entre constitucionalismo (positividade legítima, por meio de processos deliberativos que se pretendem legítimos) e processos político-sociais: processo de aprendizagem político-social com o Direito, de longo prazo, através da história.

A teoria da constituição atual tem como desafio a compreensão fora daquela dicotomia. Tenta ter uma visão da filosofia e sociologia atuais.

## **Unidade 2: Paradigmas Jurídico-Constitucionais e História do Constitucionalismo**

### **2.1. O Direito da sociedade moderna**

#### **a) Direito e Moral**

A moral diz respeito a condutas internamente moralizadas que tem a pretensão de serem universais. O conteúdo do Direito é mais amplo do que isso. Ex.: ponte cai por causa da chuva. É preciso uma licitação para consertá-la, e, então se ativa o Direito. No caso do direito, trata-se da adequação de meios a fins. Não há uma norma moral cujo imperativo seja construir a nova ponte. A forma do direito é apta a agir no caso de diferentes tipos de conteúdo. Ainda relacionando-os, existe um segundo aspecto que diz respeito ao modo em que tanto um quanto o outro têm uma relação de dependência mútua. Para que a moral possa se institucionalizar, a atuação do direito é necessária. Por fim, a concepção de autonomia da moral é una. O sujeito moralmente autônomo é aquele que prescreve para si mesmo as suas próprias normas de ação. Do ponto de vista do direito, ela divide-se em autonomia privada e autonomia pública (externa). Do ponto de vista da autonomia pública, o direito só faz sentido se puder ser tomado como expressão da vontade geral. O direito moderno, por meio de uma ficção jurídica, é a expressão da vontade geral. Por outro lado, no âmbito privado, os indivíduos são dotados de autonomia privada, e nem por isso ferem o princípio da autonomia pública. Os que o fazem sofrem uma sanção. A relação entre direito e moral é complementar, e não subordinativa.

---

<sup>3</sup> Supera a concepção dualista entre fatos e normas.

## **b) Direito e Ética**

Do ponto de vista histórico e filosófico, a ética diz respeito a um conjunto de valores e uma hierarquia que os organiza que só fazem sentido a um grupo específico. Ex.: os valores de tribos indígenas são diferentes dos valores da nossa sociedade. A ética é um conjunto axiológico compartilhado, e, nesse sentido, não tem a pretensão universal da moral. Portanto, outras pessoas de outros lugares do mundo podem ter valores diferentes e hierarquias de valores diferentes. O Direito, então, seria o conteúdo mínimo da ética que é obrigatório a todos, e representam os valores mais importantes de uma sociedade. Alguns doutrinadores (inclusive Joaquim Carlos Salgado) dizem então que o Direito é o máximo ético, já que são os valores mais importantes da ética. Uma norma que criminaliza o aborto, por exemplo, tem uma dimensão ética fortemente ligada a uma concepção cristã. Por uma perspectiva feminista, por outro lado, a concepção ética não entende que o mínimo (ou máximo) ético abrange a penalização do aborto. Assim como entre o direito e a moral, a relação entre direito e ética é complementar.

### **2.2. Paradigma e paradigmas jurídicos modernos**

O Direito deve tentar lidar com uma pluralidade social e realidades distintas, reconhecendo a ética de diferentes grupos sociais, mas sem abandonar a coesão. O Direito exerce uma função de integração social, sem se prender ao conteúdo da moral de uma sociedade específica.

### **2.3. Os princípios do Estado de Direito e dos direitos fundamentais no paradigma jurídico do Estado Liberal**

O pressuposto social no paradigma liberal envolve indivíduos atomizados vivendo de forma concorrencial em busca da própria felicidade e da própria liberdade em uma sociedade organizada sob a forma do mercado. O Estado, nesse caso, seria a instância externa à sociedade, cuja função é o respeito aos direitos e liberdades negativos<sup>4</sup> dessa sociedade e uma regulação mínima do meio social para que a autonomia seja livre. No paradigma liberal, há um foco nos direitos e liberdades negativos. As características estruturais do direito envolvem os direitos fundamentais, que dizem respeito à individualidade e, em menor escala, aos direitos políticos.

### **2.4. Os princípios do Estado de Direito e dos direitos fundamentais no paradigma jurídico do Estado Social**

Depois de todos os abusos do liberalismo econômico, ficou claro que não era possível manter o Estado inteiramente externo à sociedade. Aqui, os direitos fundamentais são ampliados (ampliação quantitativa), e abrangem também os direitos trabalhistas, sociais e econômicos. Porém, há também uma alteração qualitativa. O direito formal do liberalismo passa por um processo de materialização. Nessa nova

---

<sup>4</sup> Os direitos negativos negam ao Estado a intervenção na esfera privada. Tudo o que não é expressamente proibido é permitido. Nesse sentido, os direitos positivos são aqueles que permitem a participação na organização do Estado (direitos políticos).

fase, há a existência de condições sociais e econômicas mínimas para que haja o exercício correto da igualdade e da liberdade. O pressuposto social por trás dessa construção é que a sociedade é um conjunto, e não é composta apenas por indivíduos isolados, atomizados. Por outro lado, o Estado não pode mais se abster de intervir na realidade social. O Estado intervém para evitar abusos, como haviam acontecido no século XIX.

### **2.5. Os princípios do Estado de Direito e dos direitos fundamentais no paradigma jurídico procedimentalista do Estado Democrático de Direito**

O grande problema do Estado Social é reduzir a dimensão da vida humana a uma dimensão meramente material de condições econômicas e sociais favoráveis. Com isso, surgem movimentos que criticam essa perspectiva, como os movimentos estudantis, feministas, negros, dentre outros. Não basta assegurar a igualdade, é preciso assegurar também a diferença. Com base nessa crítica, surge, então, na segunda metade do século XX, um novo paradigma: o paradigma do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, a igualdade só faz sentido se atrelada à diferença, portanto, certos conceitos relativos à dignidade da pessoa humana não podem mais ser dados *a priori* pelo Estado. É um paradigma procedimentalista, ou seja, que envolve a forma e o conteúdo, sempre específico para cada caso concreto e para cada grupo social. Não há uma determinação *a priori* do conteúdo pleno do Direito. Ex.: função social da propriedade. A intervenção do Estado não deve ser uma padronização de comportamento. O Estado deve se abrir para que os próprios destinatários das políticas sociais se pronunciem sobre o modo como eles entendem essas políticas sociais, por meio de canais de participação. É preciso que o Estado ouça a sociedade civil. Aqui, os direitos são coletivos e difusos. O direito passa por um processo de diferenciação, além do processo de materialização que ocorre no paradigma do Estado Social.

## **Unidade 3: Teoria do Poder Constituinte e Modernidade Constitucional**

### **3.1. A invenção do conceito moderno de Constituição: Continuidades e discontinuidades entre o Constitucionalismo histórico inglês e o Constitucionalismo norte-americano**

A forma constitucional moderna<sup>5</sup> é típica do final do século XVIII, e representa uma conquista do ponto de vista histórico. O conceito moderno de constituição é uma invenção, sobretudo, norte-americana. Construiu-se sobre debates jurídico-políticos que se desenvolveram no conflito entre a Inglaterra e as suas antigas 13 colônias na América do Norte ao longo do século XVIII, sobretudo a partir da terceira década. Até a Revolução Norte-americana e a Revolução Francesa, a constituição tinha um significado fundamental diferente. Era o modo com que a sociedade e a política tradicionalmente se comportavam, ou seja, o modo

---

<sup>5</sup> A forma moderna da constituição pode ser entendida como um conjunto de normas fundamentais dotadas de supralegalidade, ou seja, superiores às outras normas do ordenamento jurídico.

com que os elementos caracterizadores de uma determinada forma política se relacionavam, e como determinada forma política se organizava. A constituição seria, portanto, um conjunto de tradições, convenções e contratos que constituiria, na realidade política de uma sociedade, a própria forma de organização do exercício do poder. Essa ideia está subjacente ao que seria uma oligarquia, monarquia, tirania, etc.

A Constituição moderna pretende ser um conjunto de normas postas por meio das quais uma nova forma política é institucionalizada. Porém, a ideia fundamental do constitucionalismo moderno é a supralegalidade; conceito este que surge na passagem da Idade Média para a Idade Moderna, e mescla a concepção grega de constituição como forma política com a concepção romana de que a constituição é um decreto. Quando o parlamento inglês pretende alterar o estatuto jurídico das relações coloniais (nova forma de tributação, do controle político econômico sobre as colônias), os juristas, advogados e políticos coloniais criticam essas novas normas, chamando-as de injustas, ilegítimas e inconstitucionais. Essa ideia de que as leis do parlamento poderiam ser inconstitucionais trazia em si uma imensa inovação, dado que pressupunha uma hierarquia entre as leis do parlamento e a chamada constituição inglesa, até então reconhecida.

É nesse deslocamento de significado da Constituição que surge a forma constitucional moderna, baseada na supralegalidade. Desse modo, é possível reconhecer continuidades e descontinuidades entre o constitucionalismo histórico inglês e o constitucionalismo norte-americano. Assim como no constitucionalismo histórico inglês, o constitucionalismo norte-americano considera os direitos como conquistas políticas, e que é possível substanciar uma nova forma de organização por meio de um pacto. Por outro lado, a ideia de supralegalidade, criada pelo constitucionalismo norte-americano, representa uma descontinuidade. É a ideia de que a constituição não se confunde com as leis, mas que as leis devem seguir o que ela determina, de modo que a legislação pode ser inconstitucional.

### **3.2. Constituição e Revolução na França e nos Estados Unidos da América**

O Conceito de Revolução também muda ao longo da história. Os franceses praticamente inventam o conceito moderno de revolução. Até o século XVIII, revolução era um conceito derivado da astronomia, que significava um movimento circular e repetitivo. A ideia de Revolução como “ruptura”, como “progresso” é introduzida pelos franceses. Instauram-se, então, tanto na França quanto nos Estados Unidos, relações diferentes entre Revolução e Constituição. Os americanos só vão compreender o que fizeram como uma revolução no espelho da revolução francesa.

### **3.3. A Teoria do Poder Constituinte nas tradições francesa e norte-americana**

A Teoria do Poder Constituinte surge como uma tentativa de justificação pós-tradicional, tipicamente moderna, do exercício e da legitimidade do poder político. Anteriormente, o poder se justificava pela teoria dos três estados.



### **3.4. A herança constitucional e democrática das grandes Revoluções do século XVIII no projeto constituinte do Estado Democrático de Direito**

Diante das revoluções do fim desse século, e mais especificamente das mudanças na América Inglesa diante das imposições da metrópole, foi colocado em jogo a estrutura político-jurídica e, nesse sentido, uma mudança na legitimidade do poder político e na autoridade das normas que emana desse poder. A revolução americana fez emergir uma constituição que refundamentava a autoridade e o poder: substituía a figura do rei por um presidente ou diretório, dando surgimento a um Estado federal com câmaras legislativas. Reconfigurou-se, portanto, com as revoluções do final do século XVIII, as fontes de poder político-jurídico tradicionais, superando conceitos marcados por traços medievais ou ainda clássicos (como a legitimidade do poder real por um Deus).

Os eventos políticos que marcaram o fim do século XVIII levaram à formação de uma nova estrutura jurídico-política, bem como à passagem para um novo paradigma interpretativo da sociedade em todos os seus aspectos. Com isso, o próprio fundamento de autoridade e poder também sofreu consequências.

Ao longo dos séculos, com o desenvolvimento da história, os alicerces do poder político secular foram perdendo seu potencial justificante. Portanto, as Revoluções que marcaram o período buscavam por uma nova forma de legitimar o poder e a autoridade, ou seja, a reestruturação dos alicerces políticos.

Inicialmente, cabe elencar a supremacia constitucional, a jurisdição e o vínculo do poder político à nação como legados significativos da Revolução Americana para o Constitucionalismo moderno, com o detalhe de que consequências como essas muitas vezes não foram previstas pelos seus agentes durante o processo revolucionário. A própria criação de uma norma superior a todas as outras que legitimasse o poder político e cujas funcionalidades fossem protegidas pelo poder judiciário, num elo entre Direito e Política, não foi cerne das discussões da época, ainda que frutos de grande importância para as evoluções constitucionais.

No que diz respeito à diferenciação dentro da estrutura da sociedade, esta não seria mais em segmentos fundados pela tradição, pelo sangue ou pela riqueza, mas sim por uma diferenciação funcional por especialização de sistemas sociais (político, jurídico, etc.). A superação do sistema feudal de estamentos sociais foi amparada, sobretudo, pela concepção individualista presente na Revolução Americana, que em consonância com um histórico de reivindicações de direitos diante de um parlamento inglês, consolidaram um pensamento garantista de proteção dos direitos diante de qualquer pretensão soberana, construindo uma relação equilibrada entre os poderes executivo, legislativo e judiciário.

Nesse raciocínio, cabe ressaltar o desenvolvimento de um elo entre Direito e Política, de forma que a constituição seria formada pela mútua cooperação entre esses eixos: o poder político oferecia a validade e a efetividade das normas jurídicas, ao passo que o direito legitimava o próprio poder político. Alcançava-se, assim, uma supremacia constitucional, e era de competência do ordenamento jurídico assegurar tal superioridade da constituição pelo controle de constitucionalidade. A constituição era entendida não somente como um ordenamento de leis que restringisse o poder estatal, mas como um vínculo entre o poder político e o povo que detinha o poder constituinte; ou seja, do exercício do poder legitimado pela própria nação que renovava as bases do processo republicano.

## Unidade 4: Teorias da Interpretação Constitucional

### 4.1. O problema da racionalidade e da indeterminação na interpretação jurídica

A linguagem é uma textura aberta, porque sempre pede uma interpretação dela mesma. O sentido das palavras muda ao longo do tempo, de acordo com o contexto histórico. A consequência disso para o Direito Constitucional é que não há interpretação literal da Constituição. Aquilo que é o sentido literal hoje, em 2012, pode diferir do sentido liberal no contexto da criação da Constituição, por exemplo. Nos Estados Unidos, por exemplo, a Constituição é tecnicamente a mesma desde o início de sua formação. Porém, o sentido da Constituição americana mudou com a Guerra Civil no século XIX. E também posteriormente, em outros contextos. Sob essa perspectiva, é possível dizer que houve mais de uma Constituição nos EUA. Desse modo, o princípio da segurança jurídica é ferido. A justificação que a Teoria da Constituição dá para isso é que não existe segurança jurídica do modo pretendido pelo Direito; caso existisse, não haveria diferença jurisprudencial. Para a Teoria da Constituição, a segurança jurídica não é absoluta, mas sim algo relativo, que só faz sentido em interação com o texto, a partir da tensão hermenêutica entre a abertura da linguagem e a interação do texto.

### 4.2. Interpretação: uma disputa de paradigmas

### 4.3. As teorias da interpretação no paradigma do Estado Liberal: o positivismo jurídico clássico

No marco do paradigma do Estado Liberal, o direito deve garantir certeza e segurança jurídicas ao ordenamento. Partindo-se do pressuposto de que o direito é um sistema dotado de racionalidade própria, essa racionalidade deveria ser garantida e atualizada pela via de aplicação do direito por meio de uma jurisdição. O vínculo normativo entre judiciário e legislação garante a racionalidade à jurisdição. São processos distintos.

Do ponto de vista do paradigma liberal, interpretar é descobrir ou determinar o sentido dos textos normativos pré-estabelecidos. Então, a produção das normas, seria a atividade prévia à interpretação. Partindo do pressuposto de que o Direito é um sistema de regras claras e precisas, a interpretação, além de ser uma atividade de conhecimento desse direito, seria uma atividade excepcional, e só aconteceria quando o aplicador precisasse se esclarecer acerca do sentido do texto normativo. Isso acontece porque diante de regras claras e precisas, dispensa-se a interpretação; só é necessária a mera aplicação das normas. A aplicação exige a vinculação com as normas pré-estabelecidas, de tal forma que uma vez identificada a norma, a solução é praticamente automática, de natureza silogística.

#### **4.4. As teorias da interpretação no paradigma do Estado Social: A teoria da interpretação autêntica, de Hans Kelsen.**

É exatamente essa visão do direito e da interpretação que sofre uma mudança com a mudança do paradigma liberal para o paradigma social. Segundo Kelsen, o direito tem que lidar a todo o momento com situações de relativa indeterminação entre o ato jurídico que irá aplicar uma norma e a própria norma. Nesses casos, abrem-se várias possibilidades de interpretação, e quem sabe a medida a ser aplicada é o aplicador da lei, e não quem a elabora. Ou seja, essa situação (chamada lacunosa na doutrina tradicional) é regulada pela discricionariedade do aplicador. No paradigma do Estado Social não há lacunas, dado que o direito atribui competência a alguém para tratar dessas situações.

Portanto, a interpretação não é somente uma atividade de conhecimento, meramente cognitiva; não é uma atividade extraordinária, excepcional. Mais sim, uma atividade que envolve conhecimento e vontade, que atribui competência ao aplicador para que tome uma decisão, dentro de determinados parâmetros. Ou seja, o conhecimento do direito positivo é combinado com a discricionariedade. Kelsen critica, então, a hermenêutica tradicional. O que garante coerência e completude ao sistema é a dinâmica de funcionamento do direito, e não um conteúdo pré-estabelecido de forma estática.

Kelsen rompe com a forma que tradicionalmente se diferenciava aplicação e produção. Na dinâmica de funcionamento do Direito, não há o princípio da separação dos poderes. A diferença entre esses cargos é basicamente o grau de discricionariedade, seu âmbito de consequência. O juiz, por exemplo, também produz normas, ao passo que o legislador também as aplica. A separação de poderes para Kelsen é uma estratégia para que não haja abuso. As atividades não são essencialmente diferentes; muito pelo contrário, tem a mesma natureza jurídica.

Com base nessa dinâmica de funcionamento, Kelsen afirma que não há como prever o conteúdo de uma questão, dado que existe uma infinidade de soluções possíveis. Ou seja, a segurança jurídica é relativa, e pode ser um princípio de muita responsabilidade da aplicação do poder. Kelsen afirma que no máximo, pode-se ter certeza que uma decisão será tomada, justamente em virtude da discricionariedade do aplicador da norma. A interpretação realizada pela ciência do direito não tem caráter obrigatório, ela pode traçar os caminhos de aplicação, mas quem escolhe o modo de aplicação é a pessoa com competência para isso. Os indivíduos particulares também interpretam as normas para que possam cumpri-las, mas essa interpretação não tem poder vinculante, e pode ou não ser diferenciada da interpretação do aplicador. O aplicador tem poder discricionário para lidar com situações que não foram previstas pelo legislador.

Se fizermos uma análise do ponto de vista político, Kelsen pressupõe que em maior ou menor medida, o direito positivo estabelece referenciais, parâmetros normativos para as decisões que devem ser tomadas. Dentro desses parâmetros, qualquer decisão tomada é válida. Nesse sentido, qualquer constituição compromisso como a constituição do estado social, qualquer decisão vale, independentemente do seu conteúdo (desde que esteja dentro do quadro de possibilidades, sem respeitar princípios como direitos humanos, etc.). Do ponto de vista científico, só se pode avaliar a validade das decisões (de acordo com a coerência normativa), ou seja, não existe critério objetivo de correção. A ciência do direito não tem nenhum artifício ou critério objetivo para dizer se tal valor é melhor do que outro (apesar de que podemos

considerar que isso pode ser feito pela sociologia, por exemplo). A correção das decisões é um problema político, e não jurídico. O cientista do direito não tem nada a dizer sobre elas. Só pode dizer se determinada escolha de valores pode ser tomada dentro de limites normativos que a norma apresenta. É o que pretende na Teoria Pura do Direito. Ele sabe que as decisões são tomadas com base em critérios econômicos, sociológicos, etc., e que as decisões tem implicações nos mesmos campos. Porém, afirma que isso não é objeto da ciência do direito. O cientista do direito não tem competência para escolher, não tem poder discricionário, apenas descritivo. Ele sabe das implicações políticas, mas não tem nada a dizer sobre isso, apenas que não são implicações jurídicas.

#### **4.5. As teorias da interpretação contemporâneas: A tese do "Direito como Integridade", de Ronald Dworkin.**

As principais correntes com as quais Dworkin trabalha são o positivismo, o realismo e o utilitarismo. Dworkin entende que uma das maiores falhas do positivismo jurídico foi não ter contemplado, como deveria, o Direito como um sistema formado tanto por regras quanto por princípios. A partir dessa crítica, Dworkin define as regras segundo um caráter “tudo ou nada”, de forma que só podem ser cumpridas ou descumpridas; e os princípios seriam normais muito gerais de caráter *prima face*, de forma que podem ser cumpridos em diferentes graus.

Dworkin defende, então, a existência de uma única solução possível na aplicação do Direito ao caso concreto, em contraposição à lógica positivista de discricionariedade do juiz (baseada na existência de múltiplas possibilidades de interpretação). Essa tese da “única resposta correta” é a base para o teórico propor uma reconstrução do entendimento do sistema jurídico levando em consideração seu caráter principiológico. Diante de casos concretos ou difíceis em que há conflito entre princípios, o juiz deve ponderar sobre o peso de cada um deles e determinar uma solução com base em um processo racional-argumentativo. Além da crítica lançada ao positivismo, Dworkin rompe com o realismo jurídico, afirmando que o Direito não se reduz à mera reprodução, na atualidade, de normas convencionadas no passado, fixas e inalteráveis, e pregando, portanto a necessidade de um processo construtivista do raciocínio jurídico como uma atividade contínua de interpretação.

Dworkin distingue os argumentos de princípios e os argumentos de política de forma a defender que aqueles devem se sobrepor a estes, pautando-se, sobretudo em uma valorização da justiça.

Segundo o teórico, os argumentos de política são normas convencionadas no passado que dependem de princípios que fundamentem um sentido adequado. O que se tem na prática jurídica é a predominância das matrizes e interesses de ordem política, sob o argumento de formação de uma sociedade fraterna, livre e promotora da igualdade, enquanto estabelece um quadro econômico, político e social desejado. O princípio, diferentemente da política, prescreve direitos, exigindo um caráter equânime e justo (por meio de processo legal), ou seja, tem como pressuposto a promoção da justiça.

Com efeito, a distinção dos argumentos de princípios e argumentos de política é relevante tanto constitucionalmente quanto à luz dos direitos fundamentais, uma vez que os princípios demandam uma exigência universal e prescreve direitos associados à uma sociedade protetora dos direitos individuais, das

políticas públicas em prol do coletivo, da atenção à pluralidade, à liberdade, dentre outros instrumentos de democratização e manutenção dos direitos fundamentais.

Conclusivamente, os argumentos de princípios devem prevalecer em relação aos argumentos políticos, por, em suma, serem responsáveis pela estruturação da justiça e do respeito aos direitos fundamentais.

Dworkin chama de “casos difíceis” aqueles que não possuem previsão legal. E, além disso, afirma haver uma única resposta correta para os casos difíceis e não respostas diferentes. Diante disso, ele busca apresentar um modelo de princípios que permite a solução desses casos e visa reduzir a incerteza e a insegurança por meio da justificação de critérios objetivos. A tese da resposta correta não afirma que qualquer juiz chegará a uma mesma resposta, nem mesmo que ele chegará a uma resposta ideal. Ela requer apenas que os juízes admitam, na medida do possível, que o Direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo e, conseqüentemente, apliquem-nos aos novos casos que surgirem, de forma que a situação de cada pessoa seja equitativa e justa.

Em resumo, a tese da única resposta correta pressupõe uma reconstrução acerca do que é o Direito de uma sociedade democrático-cooperativa compreendida como comunidade de princípios. E, além disso, pressupõe também uma reconstrução acerca de como interpretar o Direito, ou seja, defende-se que o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, do qual o Direito constitui a melhor justificação do conjunto das práticas jurídicas por meio de princípios. Esses princípios possibilitam a justificação de uma ordem jurídica concreta de forma que se encaixem nela todas as decisões como componentes coerentes que, ao final, fornecerá a única resposta correta para o caso.

As qualidades excepcionais de que deve ser dotado o juiz para reconstruir com coerência o direito vigente são representadas pela figura do Juiz Hércules. E, em cada caso, para que seja tomada a melhor decisão possível baseada na interpretação moral dos princípios, visto que uma decisão jurídica de um caso particular só é correta quando esta se encaixa num sistema jurídico coerente. Com base nesse panorama, o princípio da integridade precisa ser reconhecido por todos os membros da comunidade do direito, os quais se reconhecem, reciprocamente, como dignos de igual respeito e importância. Finalmente, para elucidar a premissa de imparcialidade fundamental à decisão do caso concreto, precisa-se explicar que Hércules, deve ainda, reavaliar todos os precedentes judiciais. A melhor interpretação do direito vigente é feita com base em uma leitura moral dos direitos individuais, a qual está fundada no tratamento de todos com igual respeito e consideração. Essa leitura moral aqui considerada também deve ser feita por essa figura criada por Dworkin.