

INTRODUÇÃO

O Direito e a Constituição possuem uma ligação de viés inseparável. Assim como o Direito e a Moral. O Direito deve ser visto como integridade, ou seja, deve haver a ligação entre o ser e o dever-ser para que só assim se concretize as promessas feitas na concepção do Estado Democrático de Direito.

Este trabalho tem por objetivo demonstrar a importância da interpretação constitucional no plano principiológico e plano legal. Princípios e regras devem ser vistos ambos como normas, independentemente se se tratar de princípios explícitos no texto constitucional ou se foram princípios derivados de tratados internacionais.

Nesse diapasão chegou-se a uma problemática: uma interpretação aberta da Constituição, pautada no Direito como Integridade, é capaz de ser solução à casos difíceis (*hard case*)?

Há duas hipóteses traçadas: a primeira corrobora o ideal de que a interpretação constitucional deve ser derivada de cada caso concreto, inflando, assim, as aspirações de solucionar o caso com a resposta mais adequada. A segunda hipótese é de que a Constituição não passa de uma carta formal que não é capaz de resolver a problemática da democracia nos casos concretos.

A forma de elaboração teórica da pesquisa seguirá o método de abordagem dedutiva, que tem o objetivo de explicar o conteúdo das premissas, partindo de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilitando chegar a conclusões de maneira puramente formal, tendo como natureza a pesquisa básica, para responder a problemática apresentada.

O desenvolvimento do trabalho deu-se na separação em três subtítulos. O primeiro subtítulo condiz com a apresentação do Direito como integridade, pautando-se na teoria desenvolvida por Ronald Dworkin. O segundo subtítulo apresenta uma visão da Constituição como Carta Magna de uma nação, sendo ela a responsável por ditar não apenas as formalidades, mas também o dever-ser social. Por último é apresentada uma visão aberta de Constituição no que se referem os princípios e sua interpretação para solucionar os casos práticos.

1. O Direito como integridade e o Estado Democrático de Direito

Fundamentar a fundamentação é o elemento hermenêutico pelo qual se manifesta a compreensão do fenômeno jurídico (STRECK e OLIVEIRA, 2012, p. 99), por isso é necessário que a fundamentação da decisão judicial seja a mais completa e de acordo com a Constituição possível. Os (considerados) casos difíceis (*hard cases*) são circunstâncias que demandam maior atenção dos estudiosos do Direito, pois são neles que possivelmente haverá um elevado grau de discricionariedade por parte dos juízes.

Os *hard cases* são interpretados de várias formas dependendo de quem os conceitua, mas de forma genérica – eis não ser o elemento focal do estudo – pode-se informar que são situações em que há um certo grau de dificuldade para o julgamento, seja por ser um caso não contemplado na constituição ou legislação (Hans Kelsen), seja por possuir mais de uma resposta adequável (Robert Alexy), ou por estar numa “zona de penumbra” (H. Hart). Contudo, há doutrinadores, como é o caso de Lenio Streck, que entendem que tudo não passa da questão da linguagem hermenêutica.

No positivismo jurídico exegético havia a impossibilidade de que os juízes decidissem algum fatídico se não de acordo exclusivamente pelas leis, pois “tudo” estava regulamentado, inexistindo lacuna que não pudesse ser suprida pela aplicação dela.

Para Hans Kelsen, denominado “pai do positivismo normativista”, haveriam condições em que o caso concreto seria complicado demais para ser enquadrado em leis, sendo considerados “casos difíceis”. Para tanto, o julgamento desses casos deveria partir da análise da teoria dos casos difíceis, ou seja, quando uma ação específica não fosse contemplada pelas regras postas, ou não existisse regra clara para sua aplicação, o juiz teria o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra (DWORKIN, 2010, p. 126).

Esse poder discricionário de decidir, para Hans Kelsen (1988, p. 393), seria fundamentado no resultado do conhecimento do julgador, visto não se tratar de um problema de teoria do Direito, mas de um problema de política do Direito. Entende-se que o aplicador do Direito, assim como o legislador, é passível, na hora da efetivação de suas tarefas, de usarem da vontade, mantendo-se, contudo, dentro da moldura do quadro geral.

Portanto, na visão kelsiana, é através de uma interpretação autêntica (feito por um órgão aplicador de direito e aplicada a todos os casos semelhantes, como se fosse lei) que pode criar-se Direito para decidir os casos difíceis, como, por exemplo: jurisprudência de tribunal superior (KELSEN, 1988, p. 394).

Na visão de Herbert Hart, as normas podem possuir uma textura aberta, impedindo que o direito se expresse através de enunciados unívocos. Ou seja, para abranger o maior número de objetos é possível empregar palavras abstratas e genéricas, mas isso causa vagueza e ambiguidade dos significados aumentando a indeterminação que se pretendia controlar, gerando a necessidade do intérprete buscar a complementação de significados dos termos não claros.

A determinação dessa textura aberta ocorre no campo do direito por meio da interpretação jurídica, logo, se todas as regras jurídicas se manifestam por meio da linguagem natural, todas as regras jurídicas precisam ser interpretadas. Porém, não há nenhuma regra capaz de controlar essa interpretação. Isso significa que, dentro da vida prática, a determinação do direito pode ser feita por aqueles que interpretam as regras em última instância, ou seja, os juízes (que possuem forte poder discricionário para interpretar as regras).

Herbert Hart, quando trata da caracterização pela textura aberta, está a falar, exclusivamente, na interpretação dos casos difíceis, nos quais a indeterminação do sentido das regras seria insolúvel, dando aos intérpretes (juizadores) poderes discricionários de decisão, permitindo a criação de novas regras para o julgamento do caso em lide – nos casos tratados como paradigmas, o julgador recorrerá às regras jurídicas institucionalizadas (ROCHA, 1997, p. 26).

Para Herbert Hart (1994, p. 141), responsável pela inserção do paradigma hermenêutico na análise do direito, o preenchimento da zona de penumbra das regras (teoria da textura aberta) fica à livre escolha dos intérpretes, e o único limite para interpretação seria o bom senso.

Na tentativa de solucionar o problema da discricionariedade judicial, Ronald Dworkin (2010, p. 127), um dos mais conhecidos críticos de Herbert Hart, formula sua teoria para solucionar os casos difíceis, na qual consiste que o juiz, mesmo em tais casos, continua tendo o dever de desvelar quais são os direitos das partes, e não “inventar” novos direitos para aplicação retroativa, devendo, portanto, ser o menos original possível.

Diferentemente de Herbert Hart – em que a discordância dos juízes seria, somente, uma discordância de teor linguístico, e que uma regra poderia ser aplicada em várias situações -, Ronald Dworkin tem a concepção de regra como “tudo ou nada”, em que quando há um conflito entre ambas a que for a melhor possível invalidaria outra (KARAM DE CHUEIRI, 1997, p. 171).

Referente à possibilidade de uma resposta certa para o fatídico, Herbert Hart aduz que não existe resposta certa, haja vista o sistema jurídico ser dotado de imprecisão linguística, tornando-se um sistema aberto, relativamente às lacunas existentes no direito. Na teoria hartiana, essa inexistência de resposta certa a pretensão de um direito prescinde o poder discricionário do juiz de criar direito. Ronald Dworkin, crítico veemente de Herbert Hart, formula a chamada “tese da resposta da certa” (KARAM DE CHUEIRI, 1997, p. 173).

Contudo, alega que não existe uma mecanização para tal solução, sendo que os juízes divergirão frequentemente sobre os direitos jurídicos, de igual forma que os homens de Estado divergem sobre os direitos políticos (KARAM DE CHUEIRI, 1997, p. 126). Entretanto, conforme próprio Ronald Dworkin alerta, só se pode discutir quantos livros tem na prateleira se chegarmos no consenso do que é um livro.

O uso dos princípios, na concepção de Ronald Dworkin, possui dois níveis: internamente em oposição à de política e externamente em oposição à regra jurídica. O primeiro caso diz respeito que toda decisão judicial pautada em princípios atende a questão peculiar do caso em apreço, mas se o mesmo for baseado em políticas, atenderá a um fim coletivo, tendo em vista o bem-estar geral da comunidade. É na atividade judicial que o binômio princípios/política ganha relevância ao determinar a compreensão e consecução de uma nova teoria das decisões judiciais, a qual constrói um espaço democrático de interação entre a filosofia, a política e o direito (KARAM DE CHUEIRI, 1997, p. 158).

Para Ronald Dworkin, o julgador ao se deparar um suposto caso difícil deve se socorrer dos princípios que regem aquela sociedade e aquele sistema legal, caso em que deverá descobrir – sozinho - o direito do caso. Propõe, para tanto, uma teoria que afirma a necessidade de correlação entre direito, princípios, moral, política e até mesmo economia para a solução do *hard case*, ao ponto de descobrir o direito que “estava oculto” dentro do caso concreto (ROCHA, 1997, p. 26). Os indivíduos teriam direito à aplicação consistente dos princípios sobre os quais se assentam as suas instituições, ou seja, na sua teoria o juiz deve identificar uma concepção particular de “moralidade comunitária” como fator resolúvel dos litígios daquela comunidade (DWORKIN, 2010, p. 197).

O julgador teve seu papel diferenciado nos vários modelos de Estados existentes, no princípio, como parte do Estado Liberal, figurou o juiz “boca de lei”, em que seu

papel era apenas julgar exclusivamente conforme a legislação vigente, como delimitado por Montesquieu na divisão dos três poderes.

Com o descompromisso do Estado Liberal fundado apenas na igualdade formal para com os aspectos sociais, fez culminar a Revolução Russa de 1918, conduzindo os trabalhadores a se organizarem contra a exploração imposta pelos burgueses do Estado Liberal. Hesitando uma maior adesão dos trabalhadores, a burguesia adotou mecanismos que afastassem novas adesões aos revolucionários, surgindo, então, o Estado Social, com as principais características de intervenção estatal para assegurar a igualdade material e a realização da justiça social. Mas foi a partir do findar da Segunda Guerra Mundial que houve o marco que permitiu o desenvolvimento do Estado Social. Esse Estado dá ao juiz a discricionariedade necessária para concretização da justiça social, sendo que os desiguais teriam acesso à justiça para reclamar a concretização da igualdade material.

Já no Estado Democrático de Direito, tentando corrigir alguns devaneios do Estado Social, o juiz assume papel elementar na concretização dos direitos fundamentais, pois será a partir do judiciário – quando não contemplado pela administração pública – que a igualdade material terá forma, contudo, deverá o julgador observar os procedimentos e os princípios adotados na Constituição Federal.

A decisão judicial a ser tomada como a mais adequada em cada caso concreto dentro do Estado Democrático de Direito é diretamente influenciada pelas práticas e precedentes judiciais que dominam a seara do Direito acerca de casos semelhantes ao que será decidido, bem como, pela ideologia à qual o julgador está naturalmente vinculado.

Para Dworkin (2003, p. 110-111) a falta de resposta que pode ser decorrente apenas da ideologia do julgador, na qual as regras, devido à sua aplicação restrita, não conseguem apresentar respostas a todos os fatos que necessitam do posicionamento do Direito. Essa falta de resposta pode ser suprida com a aplicação dos princípios como forma de orientação do sistema jurídico. Ou seja, na visão do jurista, há três concepções antagônicas de Direito: o pragmatismo; o convencionalismo e o Direito como integridade¹.

¹ Para o desenvolvimento do estudo ter-se-á como núcleo a análise apenas do Direito como integridade. Contudo, em breve síntese será conceituado de forma rasa os demais: O convencionalismo é considerado limitado, pois está assentada sob uma estrutura que utiliza as decisões políticas do passo de uma forma explícita e incontestável, limitando a atuação do julgador às determinações emanadas do Poder Legislativo estatal. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.

O Direito, na visão de Ronald Dworkin (2003, p. 143), tem como baldrame a observância do passado do ordenamento jurídico advindo de uma aceitabilidade da moral como elemento complementar do processo de ereção de um sistema jurídico. Essa concepção significa que o Direito deve ser visto como integridade. Ou seja, capaz de combater a atividade interpretativa calcada no solipsismo decisionista.

A integridade no Direito tem várias dimensões, pois, *prima facie*, insiste que a decisão judicial deve ser uma questão de princípio, não de conciliação, estratégia ou acordo político. Em segundo lugar, a integridade se afirma verticalmente, haja vista, que uma determinada liberdade é fundamental, o juiz deve mostrar que sua afirmação “é compatível com princípio embutidos em precedentes do Supremo Tribunal e com as estruturas principais de nossa disposição constitucional” (DWORKIN, 2002, p. 204).

De outra banda, a integridade se afirma horizontalmente, na medida em que um juiz que adota um princípio em um caso deve atribuir-lhe importância integral nos outros casos que decide ou endossa, mesmo em esferas do Direito aparentemente não análogas. Como observa-se, “o ponto central da integridade é o princípio” (DWORKIN, 2003, p. 143).

Antes da análise aprofundada dos princípios é preciso analisar alguns aspectos do Direito em si. Dworkin ressalta a distinção entre duas formas de integridade: a integridade legislativa e integridade na decisão judicial.

A primeira restringe aquilo que os legisladores e outros partícipes de criação do Direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar as normas públicas. A segunda requer que, até onde seja possível, os juízes tratem o atual sistema de normas públicas como se esse expressasse e respeitasse uns conjuntos coerentes de princípios e, com esse fim, que interpretem as relações de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas (DWORKIN, 2003, p. 120).

Como o Estado possui o monopólio da força coercitiva, é imperioso que se observe a integridade como elemento de controle do poder. Essa limitação diz respeito à possibilidade de o poder estatal ser direcionado para fins contrários à moral. A integridade, nesse modo, “protege (o Estado) contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção oficial” (DWORKIN, 2003, p. 228), direcionando o poder estatal no sentido da efetivação da voz popular, promovendo a coesão da moral com a política.

36. Já o pragmatismo, pode-se analisá-lo como uma concepção cética do Direito, visto que desconsidera a existência de direitos e pretensões protegidos pelo ordenamento jurídico, rompendo com a coerência lógica de uma construção do Direito como um processo contínuo e expectável de argumentação. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 143.

As noções de moral e política são inerentes ao Direito, necessariamente influenciando na edificação de um sistema jurídico mais justo (WALDMAN, 2001, p. 443). Dessa forma, mantém-se a legitimidade do Estado frente aos seus cidadãos, que seguem o ordenamento jurídico que lhes impõem deveres.

Na concepção dworkiniana o Direito é erguido sobre as bases sólidas de um passado repensado pelos “olhos da moral” e projetado com uma textura aberta para as mutações que a previsibilidade pode determinar como possíveis. O Direito como integridade nega que as manifestações do Direito sejam factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro.

Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas e que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em desenvolvimento. Assim, o Direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de os juízes descobrirem ou inventarem o direito; sugere que só se entende o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas em nenhuma delas (DWORKIN, 2003, p. 271).

Nessa senda, afirma Dworkin que a construção do Direito é semelhante a um “romance em cadeia”². Tanto o julgador quanto o autor de um romance em cadeia devem seguir uma ordem previamente estabelecida que, aliada à subjetividade específica do indivíduo, serão de contexto para a produção da decisão ou do romance. “A sabia opinião de que nenhuma interpretação poderia ser melhor deve ser conquistada e defendida como qualquer outro argumento interpretativo” (DWORKIN, 2003, p. 285).

Na concepção de André Trindade (2007, p. 52), “o processo decisional no Direito como integridade é complexo e pautado sobre critérios políticos. Complexo devido ao fato de que o julgador deve considerar as decisões anteriores, dadas a casos semelhantes, como um marco para sua tomada de posição”.

A noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada a visão dos “direitos com integridade”, a qual possibilita à constituição das condições de

² Na concepção de Dworkin “em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista de cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever o seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade”. Idem, p. 276.

probabilidades para preencher as lacunas deixadas pela discricionariedade nas decisões judiciais.

Ademais, fica distinto que o Estado Democrático de Direito reúne, como próprio nome alude, as características do Estado Democrático e do Estado de Direito, mas não apenas uma simples reunião de nomenclatura, visto que a junção revela um novo conceito que os supera. Em outras palavras, J.J. Canotilho (2003, p. 100) elucida que o elemento democrático não foi apenas introduzido para travar o poder (*to check the power*); mas, foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (*to legitimize State Power*).

Mas isso desqualifica a ideia de que se o Estado seguir rigidamente a Constituição ele será um Estado positivista. Adversamente. Uma das propriedades elementares do Estado Democrático de Direito é se sujeitar ao “império da lei”, contanto que essa lei seja fundada no princípio da igualdade e da justiça - não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais (SILVA, 2006, p. 121).

Todavia, essa transição do paradigma positivista para o constitucionalismo é assinalada pela incansável busca da concretização dos Direitos Fundamentais constitucionalmente previstos, trazendo novas concepções de índole teórica, ideológica e metódica, determinadas pelos problemas que o positivismo jurídico não conseguiu enfrentar (MORAIS, 2016, p. 25). Isto é, os Direitos Fundamentais seriam o elemento de ligação que sustenta a conexão entre o Direito e a Moral no Constitucionalismo.

Por isso que há questionamentos quanto à abstração e generalidade das normas que conduziam o Direito no Positivismo. As regras gerais e abstratas não dão base material para que se realize a vida concreta, e pior, dão motivo e créditos para discricionariedade do aplicador do Direito (SILVA, 2014, p. 251). Desta maneira, a real superação das moléstias do positivismo se dá, apenas, se conseguirmos enfrentar seu problema nuclear prático: a discricionariedade judicial.

Tem-se, assim, que o Constitucionalismo Contemporâneo reconhece a importância do Poder Judiciário como órgão autônomo que consegue garantir ao cidadão a realização dos seus Direitos Fundamentais, independentemente da existência de acordos políticos consensuais. Garante-se, assim, direitos mínimos aos cidadãos, oferecendo-lhes a proteção necessária que um Estado deve lhes dar (MORAIS, 2016, p. 30).

Portanto, o modelo posto pelo positivismo jurídico não dá conta dos imperativos impostos pelo Estado Democrático de Direito, dada a tensão existente entre o agir

estatal e a proteção aos Direitos Fundamentais, sendo a normatização desses a forma de institucionalizar a Moral no Direito.

Quando se está diante da discricionariedade imposta pelo positivismo jurídico não teremos a garantia da concretização dos Direitos Fundamentais escudados por nossa Constituição, visto a liberdade do julgador de decidir conforme sua consciência³. E é no Estado Democrático de Direito que o Estado tem o dever de controlar os atos de exercício tanto do poder legislativo, executivo e judiciário para que não talhem os princípios democráticos constitucionais.

Vê-se que nesse novo contexto cabe ao Poder Judiciário garantir os Direitos Fundamentais e preservar o regime democrático, em outras palavras, assegurar o devido processo legal (TRINDADE, 2012, p. 96-97), sempre tendo em seu contexto a Constituição como arrimo.

2. Uma visão sobre a Constituição

A Constituição nasce como um paradoxo, porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias (STRECK, 2014, p. 84).

A análise a partir de Laurence Tribe (1978, p. 09) e sua indagação sobre a legitimidade constitucional vêm indicar questões análogas à democracia. Se se compreendesse a democracia como a prevalência da regra da maioria, poder-se-ia afirmar que o constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que este “subtrai” da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários.

Na visão de Lenio Streck (2014, p. 86) a contraposição entre democracia e constitucionalismo é um perigoso reducionismo. Para ele, a regra contramajoritária vai além do estabelecimento de limites formais às denominadas maiorias eventuais. Ou seja, “ela representa a materialidade do núcleo político-essencial da Constituição, representado pelo compromisso do resgate das promessas da modernidade, que apontará, ao mesmo tempo, para as vinculações positivas e para as vinculações negativas”, haja vista que cada norma constitucional possui diversos âmbitos eficácias.

³ Nesse diapasão, Lenio Streck afirma a impossibilidade de desvencilhar o positivismo da discricionariedade (e vice-versa). STRECK, Lenio Luis. *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo*, 2012, pag. 82.

O Estado Constitucional representa uma fórmula de Estado de Direito, talvez a sua mais plena realização, pois, se a essência do Estado de Direito é a submissão do poder ao direito, somente quando existe uma verdadeira Constituição esta submissão compreende também a submissão do Poder Legislativo (STRECK, 2014, p. 87).

A Carta Magna é uma criação reportada à democracia exatamente porque possui o valor simbólico que, ao mesmo tempo em que resguarda a prática de minorias e maiorias, embarreira que o próprio regime democrático seja solapado por regras que ultrapassem os limites que ela mesma – a Constituição – estabeleceu para o futuro (STRECK, 2014, p. 88).

A Constituição de 1988 revelou, no Brasil, o marco de um Estado Democrático – e Social – de Direito. Em outras palavras, contingencialmente, a vida política do país passou a ser arrebatada por um acentuado deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional⁴.

A Constituição tem o reconhecimento de força normativa, isto é, na terminologia adotada por Konrad Hesse (1991, p. 14-15), de “pretensão de eficácia”, tendo, também, como característica o dirigismo compromissório, ligada à noção de “direito diretamente aplicável” através da qual “pretende-se afirmar que a Constituição se impõe como lei mesmo no âmbito dos direitos fundamentais que, desta forma, não podem ser rebaixados a simples declarações ou normas programáticas ou até a simples fórmulas de oportunidade política”⁵. Além disso, reconhecimento da Constituição como “topo normativo” (MOTTA, 2012, p. 26).

Conquanto, apesar de todos os conteúdos constitucionais serem emanados da Constituição, é possível verificar, nos demais ordenamentos, normas de cunho substancial que remetem ao Direito Constitucional. Assim, “*in the contents emanating from the Federal Constitution, it is possible to find all legal-normative substance*

⁴ Acentua-se, pois no Estado Liberal, o centro de decisão apontava o Legislativo (o que não é proibido é permitido); já no Estado Social, as rédeas eram do Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; no Estado Democrático de Direito, o foco da tensão se volta para o Poder Judiciário. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 5. ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 55.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. XV. Na visão de Streck “há que se deixar assentado que o constitucionalismo dirigente-compromissório não está esgotado. A Constituição ainda deve ‘constituir-a-ação, mormente porque, no Brasil, nunca constituiu. No texto da Constituição de 1988, há um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que deve ser resgatado (o ideal moral transforma-se em obrigações jurídicas”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 5ª. ed., ver., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 96.

capable of responding to Constitutional Rights” (MORAIS e ZOLET, 2017, p. 129). Isto é, “*not only the State has an immediate link to the Constitutional Rights, but also the private acts are guided by the constitutional normative force*” (MORAIS e ZOLET, 2017, p. 129).

A troca de modelo de Estado – Liberal para Social e Social para o Democrático de Direito – deve resplandecer na retificação do perfil de atuação da agência judiciária, que passa a ter de se entender com conflitos que até então não pertenciam ao seu cotidiano. Tal mudança deve ser feita a partir de uma compreensão do sentido da Constituição, caso queira fazer *jus* à sua cimeira condição de topo normativo e interpretativo (MOTTA, 2012, p. 28).

Outrossim, nas palavras de Lenio Streck (2002, p. 362), “qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional, de modo que é dever do juiz examinar, antes de qualquer coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição”, elegendo para esta filtragem constitucional permanente uma conformidade com a materialidade da Constituição, ou seja, “a partir de (alg)um sentido de (e da) Constituição (MOTTA, 2012, p. 28).

Verifica-se – sem muito esforço – que a Constituição brasileira apresenta um generoso catálogo de Direitos Fundamentais, inclusive de cariz social, adota uma teoria moral específica, a saber, a de que os indivíduos têm direitos morais contra o Estado. Na percepção de Francisco José Borges Motta (2012, p. 29), cláusulas importantes do texto constitucional, como o devido processo legal, ou o direito à igualdade, “têm de ser entendidas como um apelo a conceitos morais, e não como uma formulação de concepções específicas”. Nessa senda, um tribunal que assuma materializar essas cláusulas “como lei”, não poderá se abster, quando necessário, em futura esfera ativista⁶, formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta.

⁶ Aqui não se faz nenhuma apologia ao ativismo judicial, pois, nas palavras de Lenio Streck, “não se pode confundir, entretanto, a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismo por parte de juízes e tribunais. Seria antidemocrático. Com efeito, defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenhem da Constituição. Além disso, é necessário alertar para o fato de que a afirmação ‘a norma é (sempre) produto da interpretação do texto’, ou de que o ‘intérprete sempre atribui sentido ao texto’, nem de longe pode significar a possibilidade deste – o intérprete – poder ‘dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa’, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem ‘existência’ autônoma). STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. op. cit., p. 117.

De acordo com Lenio Streck⁷, a instituição do Estado Democrático de Direito proporciona, em países como o Brasil, a “superação do direito-enquanto-sistema-de-regras, fenômeno que (somente) se torna possível a partir dos princípios introduzidos no discurso constitucional, que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (facticidade) até então negado pelo positivismo” (STRECK, 2014, p. 04).

Consubstanciando nesse ínterim, verifica-se que a implementação dos direitos e valores substantivos⁸ rege-se como condição de possibilidade e validade da própria Constituição, naquilo que ela atua de elo contencioso que une política e direito (STRECK, 2014, p. 14).

A Constituição deixa de ser apenas uma “carta de leis” e passa a ser “a carta de leis”. Quando um julgador está diante de um *hard case*, ele deve verificar na Constituição a solução adequada. Todavia, a Constituição não é apenas procedimento, mas, também, é substância.

A Carta Magna é composta por princípios amplos e abstratos de moralidade política que sob uma forma excepcionalmente abstrata abarcam todas as dimensões da moralidade que podem servir de base ou justificativa para um determinado direito constitucional (individualmente considerado) em nossa cultura política (DWORKIN, 2016, p. 124).

A Constituição deixa de ser apenas um documento para ser “tradição”. Desta forma, o intérprete do Direito deve ter a disposição de entrar nessa tradição e ajudar a interpretá-la de maneira condizente com a ciência do Direito, e não de questioná-la e substituí-la por alguma (ou qualquer) visão política (ou jurídica) radical que não possa ser objeto de argumentos.

E isso, ao analisar Gadamer (2004, p. 19), é possível constatar que se o juiz tem o dever de intervir na vida do cidadão, deve fazê-lo alinhado por uma interpretação “correta” (justa e não arbitrária) das leis, e isso “implica necessariamente que a compreensão faça a mediação entre a história e a atualidade”.

Tal interpretação deve ater-se a algumas amarras que pode ser identificada como a frouxa relação entre normas e disposições constitucionais no que se refere a dificuldade

⁷ A respeito desse estudo, verificar a *Crítica Hermenêutica do Direito*.

⁸ Leia-se que a matéria em si, o fato, a substância da lei. Nesse sentido adota-se a teoria substancialista defendida por Streck, Dworkin, entre outros. Tal teoria traz a baila que se quiser tratar os indivíduos de uma mesma comunidade com igual respeito, o tribunal não pode fazer julgamento sobre a “justiça” de um processo sem que isso implique na feitura de “julgamentos políticos substantivos”, tais como os rejeitados pela doutrina procedimentalista, a qual delimita que se deve seguir à risca os procedimentos trazidos. Tal teoria é defendida por Habermas, Luhmann, Ely, entre outros.

de especificar um determinado dispositivo ou conjunção precisamente delimitada de disposições como regras e especialmente como princípios atribuídos indiretamente ao texto constitucional em seu todo. Tal como ocorre com o princípio da razoabilidade e o critério da proporcionalidade⁹.

Assim, entende-se que o ordenamento jurídico deve ser interpretado como um todo de sentido, como uma unidade. O julgador/intérprete da Constituição deve entendê-la não apenas como leis fechadas, visto que ela própria abarca princípios capazes de serem “utilizados” em circunstâncias diversas. Na concepção de Marcelo Neves (2014, p. 92), “é relativa a distinção entre norma atribuída diretamente e norma atribuída indiretamente ao texto constitucional, analogamente à diferença entre significado implícito e explícito de dispositivos e textos normativos”.

A questão da atribuição direta ou indireta de regras e princípios ao texto constitucional implica exatamente como manter a identidade constitucional nos termos da alteridade paradoxal entre o legislador constituinte ou reformador e os órgãos encarregados da concretização constitucional. Essa manutenção fica explícita quando surge uma controvérsia sobre a norma a aplicar ao caso, no contexto de um conflito interpessoal concreto ou no âmbito de um controle abstrato de normas. A diferença entre regras e princípios ganha relevância prática e teórica.

3. A Constituição aberta aos princípios, a devida proteção dos Direitos Fundamentais e a necessidade de interpretação

Determinar que o problema da atribuição fosse concedido à consciência é apostar, em plena era da linguagem, no individualismo do sujeito que “constrói” seu próprio conhecimento, ou seja, é acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiências interiores e pessoais. Essa questão é evidenciada tanto na prática – com decisões em que os juízes deixam claro que julgaram “conforme sua consciência” – quanto na teoria – o poder discricionário dos juízes (STRECK, 2010, p. 20).

⁹ Leia-se proporcionalidade, na visão de Fausto Santos de Moraes, como “um sistema que coordena a aplicação e fundamentação das normas de direitos fundamentais, mais precisamente, de princípios jurídicos, existindo algumas estruturas que devem ser consideradas para tanto.” MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016, p. 63.

Essa tendência de discricionariedade judicial é fruto de uma má compreensão de um movimento surgido na Alemanha pós-segunda guerra chamada de Jurisprudência dos Valores, qual foi desenvolvida para que o Tribunal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) pudesse invocar critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade, um modo de “abertura” uma legalidade extremamente fechada (STRECK, 2010, p. 21). Entende-se que a aplicação da proporcionalidade é derivada da estrutura dos princípios constitucionais, ou seja, dos Direitos Fundamentais e vice-versa.

In fact, an influential part of the scholarship has argued for a conceptually necessary connection between proportionality and fundamental rights, in conformity with Alexy's necessity thesis. According to Alexy, proportionality is logically derived from the structure of constitutional principles (or fundamental rights), and vice-versa (ANDRADE NETO, 2017, 08).

No Brasil, temos essa errônea receptividade positivada, por exemplo. No Código Brasileiro de Processo Penal contêm cláusulas que flexibilizam as técnicas processuais, aumentando os poderes dos juízes, outorgando, inclusive, que eles possam produzir provas de ofícios, conforme o artigo 156 que aduz que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício”.

Outro exemplo é o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, cujo possui princípios informadores, sendo eles o da flexibilização da técnica processual, a proporcionalidade e a razoabilidade. Contudo, o princípio que mais chama a atenção é o do “ativismo judicial”. Nas palavras de Streck (2010, p. 22), o Código já nasce débil de democracia quando desloca o problema da concretização dos direitos dos demais Poderes e da Sociedade em direção ao Judiciário.

São elementares os questionamentos alçados por Streck (2010, p. 27): “onde ficam a tradição, a coerência e a integridade do direito? Cada decisão parte (ou estabelece) um ‘grau zero de sentido’?”.

Em suas palavras, obedecer à risca o texto da lei democraticamente construída não guarda relação com o positivismo exegético constituído em oitocentos. No caso exegético a moral ficava de fora, agora, no Estado Democrático de Direito ela é co-originária. Portanto, falar que quem segue a risca o texto constitucional é positivista exegético é uma falácia, pois, hodiernamente, cumprir a letra da lei deve ser considerado como um avanço considerável (STRECK, 2010, p. 89-90).

Todavia, seguir a Constituição “a risca” não significa que ela não contenha princípios que não devam ser interpretados para se chegar a uma resposta mais adequada.

O meio mais adequado para concretização do Estado Democrático de Direito é deixar evidenciado que os princípios expostos na Carta Magna não figuram apenas como meras exigências formais, mas, principalmente, como ponto focal de uma estrutura garantidora de direitos mínimos à Dignidade Humana.

Tal questão não é unanimidade entre os intérpretes do Direito. Diferentemente de Konrad Hesse, o qual afirma que na *Força Normativa da Constituição* ela não significa apenas um pedaço de papel, Ferdinand Lassalle aduz que questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas (HESSE, 1991, p. 09). Lassalle afirma que a Constituição de um país expressa unicamente as relações de poder nele dominante, como é o caso do poder militar, representado pelas Forças Armadas; o poder social representado pelos latifundiários; e o poder econômico representado pelas grandes indústrias e pelo grande capital (HESSE, 1991, p. 09).

Tais poderes, para o jurista citado, representam a Constituição *real* do país, sendo a Constituição (jurídica) um simples pedaço de papel limitado à sua compatibilidade com o a Constituição *real*.

Essa posição de “constituição figurante” não é privilégio apenas de Lassalle. Georg Jellinek também corrobora o pensamento de que as regras jurídicas constitucionais não possuem aptidão a controlar, efetivamente, a divisão de poderes políticos. Alude Jellinek que as forças políticas movem-se consoante suas próprias leis, que atuam independentemente das formas jurídicas.

Todavia, a Constituição *real* fica desprovida de fundamento quando se admite que a Constituição *jurídica* contenha, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado.

A indagação feita por Hesse (2010, p. 12) diz respeito se “existiria, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional?”.

Para o jurista o significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciada se ambas forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco (HESSE, 2010, p. 13). Isto é,

interpretá-las de forma isolada não se afigura em condições de fornecer resposta adequada as questões impostas¹⁰.

Qualquer situação que pese a mais para um dos lados (fático ou jurídico) pode levar a um extremo de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo. Portanto, para haver um ordenamento jurídico equilibrado é necessário renunciar à possibilidade de responder às indagações formuladas com base numa rigorosa alternativa. Nas palavras de Hesse (2010, p. 14):

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada prende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realidade, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas.

Desse modo, verifica-se que a força condicionante da realidade (ser) e a normatividade da Constituição (dever-ser) podem ser diferenciadas, todavia, elas não podem ser definitivamente separadas e confundidas.

Uma Constituição que pauta-se apenas numa racionalidade elaborada não conquistará o êxito. Apenas uma carta que funda-se na luta do acaso poderoso com a racionalidade que se lhe opõe consegue desenvolver-se. Ou seja, apenas uma Constituição que se vincula a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se. Assim, enquadra-se a importância dos princípios. Não apenas dos diretos – que é o caso do artigo 5º da CF/88 –, mas também dos indiretos – sendo eles os trazidos por tratados internacionais.

A interpretação adequada das normas é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma interpretação constitucional sempre dependerá das mudanças das relações fáticas existente na sociedade.

Ocorre que, em geral, os direitos fundamentais se constituem em preceitos abertos, que comportam a extração de leituras diversas. Por esse motivo, a interpretação

¹⁰ “Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma ‘está em vigor’ ou ‘ está derogada’. Não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica”. HESSE, 2010, p. 13.

não pode ficar adstrita aos órgãos estatais, sob pena de não se refletir a realidade. Os destinatários da norma, juntamente com outros setores da sociedade e inclusive os órgãos estatais, juntos, são capazes de extrair o sentido da norma que melhor se adequa à realidade cultural e social. Dessa forma, os direitos fundamentais permanecerão em constante mutação, acompanhando a evolução da sociedade. Segundo Caroline Bitencourt e Mônia Leal (2008, p. 12):

A Constituição se converte, então, em ordem jurídica fundamental de um processo livre e aberto, sendo que, enquanto tal, ela mesma se transmuta em um processo (permanente), o que faz com que o Direito Constitucional passe a se configurar, como um direito público, aberto, por excelência.

Nesse sentido, a ampliação dos participantes no processo hermenêutico, na forma de uma sociedade aberta permite uma busca cooperativa da verdade, bem como de maior legitimidade na interpretação, uma vez que as decisões nela fundamentadas refletiriam a realidade.

Assim, no sistema constitucional aberto alvitrado por Peter Haberle, o conceito de legitimidade é diverso do conceito proposto no Estado Positivista exegético. No modelo positivista a legitimidade confunde-se de com a legalidade, no alcance que é legítimo no Estado positivista aquilo que foi posto pelo legislador, representante da vontade do povo, enquanto no sistema de Haberle a legitimidade é consequência da participação do cidadão político, juntamente com o legislador, na construção do Direito.

CONCLUSÃO

A interpretação do texto constitucional de maneira aberta, tanto da sua carga material, quanto dos que lhe devem fazer (intérpretes em geral) é condicionante para concretização da democracia em seu sentido amplo.

A questão da atribuição direta ou indireta de regras e princípios ao texto constitucional implica exatamente como manter a identidade constitucional nos termos da alteridade paradoxal entre o legislador constituinte ou reformador e os órgãos encarregados da concretização constitucional. Essa manutenção fica explícita quando surge uma controvérsia sobre a norma a aplicar ao caso, no contexto de um conflito interpessoal concreto ou no âmbito de um controle abstrato de normas. A diferença entre regras e princípios ganha relevância prática e teórica.

Ter em si que a Constituição não passa de uma ratificadora de poderes (dos mais variados, tais como os militares, sociais e econômicos), é destituir a democracia do seu patamar mais elevado. A Constituição é o núcleo dos Direitos Fundamentais, pois é a partir de seus princípios e da hermenêutica filosófica que se consegue chegar o mais perto da resposta adequada a cada caso concreto.

Dessa maneira, é necessária a constituição de um tripé para que aja a concretização de um verdadeiro Estado Democrático de Direito que convalide seus Direitos Fundamentais: a) ter uma Constituição que não represente apenas formalidades, mas contenha conteúdo material-substancial relacionando as questões fáticas e normativas; b) uma interpretação contemporânea ao momento necessário, ou seja, os princípios e normas contidas devem ser interpretados conforme o momento histórico e; c) que a interpretação não seja exclusividade dos Poderes, mas também dos cidadãos que são norteados pela Constituição.

REFERÊNCIAS

ANDRADE NETO, João. The debatable universality of the proportionality test and the wide-scope conception of fundamental rights/A controversa universalidade do teste de proporcionalidade e da concepção ampliada do suporte fático dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 12, n. 1, p. 4-19, jun. 2016. ISSN 2238-0604. Disponível em:

<<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1116>>. Acesso em: 13 mai. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v12n1p4-19>.

BITENCOURT, Caroline Müller; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Hermenêutica jurídica: a contribuição do pensamento de Peter Häberle no constitucionalismo democrático para a concretização dos direitos fundamentais pelos intérpretes da constituição. In: **Congresso Nacional do CONPEDI, 17**, 2008, Brasília. Anais do 17º CONPEDI, Brasília, DF, Conpedi, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br>. Acesso em: 05 fev 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O Direito como Liberdade**: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana. São Paulo: Martins Fontes

- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Título original: Taking rights seriously.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 6. ed. Petrópolis: Vozes. Editora Universitária São Francisco, 2004
- HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994, 3ª edição.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- KARAM DE CHUEIRI, Vera. **A dimensão jurídico-ética da razão**: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: ROCHA, Leonel Severo. Paradoxos da auto-observação: Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea. 1 ed. Curitiba: JM Editora, 1997.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988. Título Original: Reine Rechtslehre.
- MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.
- MORAIS, Fausto Santos de; ZOLET, Lucas. Constitutional rights expansion and contributions from Robert Alexy's theory / A expansão dos direitos fundamentais e a contribuição teórica de Robert Alexy. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 127-136, dez. 2016. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1505>>. Acesso em: 13 mai. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v12n2p127-136>.
- MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da auto-observação**: Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea. 1 ed. Curitiba: JM Editora, 1997.
- SILVA, Jaqueline Mielke; DE FREITAS, Franchesco Maraschin. **O Estado Democrático de Direito e a fundamentação das decisões judiciais**: um olhar sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil, 2014, 251-282.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 2006.
- STRECK, Lenio Luis. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 5. ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5ª. ed., ver., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. New York: The Foundation Press, 1978.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TRINDADE, André Karam. **Garantismo versus neoconstitucionalismo**: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis, 2012.

WALDMAN, Ricardo Libel. **A teoria dos princípios de Ronald Dworkin**. Direito e Democracia, v. 2, n. 2, p. 425-447, sem. 2001.