

NEOCONSTITUCIONALISMO E INTERPRETAÇÃO. DUAS REFLEXÕES EM TORNO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL*

*Pedro Serra ***

1. Introdução; 2. A relevância do conceito de constituição para a interpretação constitucional; 3. A relevância do material normativo na interpretação da constituição; 3.1. A interpretação de disposições jurídicas que contém a proclamação de valores; 3.2. A interpretação de princípios; 3.3. Duas palavras sobre a interpretação de disposições constitucionais que têm a estrutura de regras; 4. Conclusão; 5. Notas; 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O tema deste trabalho resulta sobremaneira amplo e tem sido objeto de um desenvolvimento doutrinário muito extenso, tanto a partir da perspectiva da teoria da interpretação em geral como pela mais específica teoria da interpretação constitucional. Ainda que esta razão já seja mais que suficiente para aplicar uma severa restrição sobre o tema da presente intervenção, resulta aconselhável extremar ao limite, e tratar, exclusivamente, de um argumento central. Tal argumento ou tese de fundo desta exposição é que, tanto a teoria como a prática da interpretação constitucional estão condicionadas por dois fatores: um subjetivo, e outro objetivo: o conceito de constituição que o intérprete possui e o tipo de materiais normativos que deve interpretar. Denomino-os, respectivamente, subjetivo e objetivo porque o primeiro se refere ao sujeito da atividade interpretativa, isto é, ao intérprete constitucional, à sua própria subjetividade, e pode operar inclusive de maneira inconsciente, como tentarei mostrar. O segundo, por sua vez, é objetivo na medida em que depende da estrutura mesma das disposições constitucionais. Assim, em princípio, este fator se faz presente a todo intérprete, independentemente de quais sejam suas concepções acerca

da constituição, e, normalmente, o intérprete constitucional o toma em conta. Poder-se-ia objetar o que digo com o argumento de que seria possível pensar numa interpretação de disposições constitucionais que não esteja guiada por uma reflexão consciente acerca do tipo de normas ou disposições que não de ser interpretadas. Isso é correto, mas, quando assim ocorre, o resultado costuma ser, normalmente, um caso ou exemplo de interpretação defeituosa: arbitrária em muitos casos, injustificada em todos.

Ao mencionar tais fatores não pretendo afirmar que são somente esses dois os que influem, condicionam ou determinam a teoria e a prática da interpretação constitucional. Há, certamente, outros não menos relevantes, como o próprio conteúdo das disposições constitucionais ou as características e competências do intérprete constitucional. Assim, por exemplo, a interpretação constitucional dos direitos fundamentais reveste perfis próprios que a fazem diferente da interpretação das disposições constitucionais relativas ao funcionamento, integração e competências dos órgãos do Estado, ou à distribuição territorial do poder num regime federal, por exemplo. De igual modo, não é do mesmo tipo a interpretação da constituição levada a cabo pela jurisdição ordinária do que a desenvolvida pela Suprema Corte num sistema de controle difuso; diferença que se faz ainda maior quando o intérprete é um Tribunal constitucional num sistema de controle concentrado. Em todo caso, não posso ocupar-me de todos esses fatores nesta oportunidade, e escolhi efetuar algumas reflexões sobre os dois mencionados em primeiro lugar.

2. A relevância do conceito de constituição para a interpretação constitucional

Está na moda falar e escrever sobre neoconstitucionalismo. Pois bem, o que é exatamente o neoconstitucionalismo? Várias respostas são possíveis. As mais interessantes para serem consideradas agora são as que se mencionarão a seguir¹.

Em primeiro lugar, com "neoconstitucionalismo" cabe fazer referência a um processo de transformação dos ordenamentos ou sistemas jurídicos que teve lugar em muitos países europeus e americanos durante a segunda metade do século XX, e que supõe, antes de mais nada, uma superação da concepção formal do Estado de Direito e a sua substituição por um Estado de Direito re-matizado a partir de uma compreensão da constituição como ordem ou sistema de valores que se projeta sobre o Direito ordinário ou infra-constitucional. Isto é o que teve lugar na Alemanha do segundo pós-guerra mundial, que é onde, a rigor, devem situar-se as origens do neoconstitucionalismo². A responsabilidade deste processo deve ser adscrita, em boa parte, ao influxo da experiência histórica precedente, que deu lugar à confluência de dois fatores historicamente

Neoconstitucionalismo e interpretação. Algumas reflexões em...

decisivos: por um lado, a introdução de valores substantivos explicitamente mencionados no texto constitucional, algo que, aos olhos de Kelsen e dos kelsenianos, não poderia ter sido visto senão como uma extravagância; por outro, a adoção por parte do TC federal de um conceito de constituição como ordem valorativa ou axiológica, em cuja base situam-se diferentes influências, cujo peso se discute: a teoria constitucional de Rudolf Smend, o influxo do jusnaturalismo neo-tomista durante o segundo pós-guerra mundial e o influxo da filosofia dos valores de Scheler e Hartmann³.

Em segundo lugar, também se fala de neoconstitucionalismo para se fazer referência a uma teoria que trata de explicar e/ou justificar o processo de transformação a que faz referência o primeiro dos usos apontados da mesma expressão. Neste sentido, empregam o termo autores como Alexy⁴ e Prieto Sanchís⁵, só para citar uns exemplos.

Finalmente, também se fala de neoconstitucionalismo para se designar a ideologia que propõe uma orientação determinada para esse processo: tal seria o caso dos desenvolvimentos de outros autores, como Ferrajoli⁶ ou, de certo modo, Zagrebelsky⁷.

Gustavo Zagrebelsky escreveu que o decisivo é o pressuposto, mais do que o posto⁸; nós podemos traduzir: o modo de olhar, mais do que a realidade à qual se dirige o olhar. A verdade profunda desta afirmação merece ser sublinhada a propósito do nosso tema, pois ocorre que o neoconstitucionalismo, em muitos países, não se impôs como consequência de transformações ou mudanças na constituição formal. Na realidade, cabe pensar em reformas ou mudanças constitucionais, inclusive completas, que não levem consigo uma mudança de constitucionalização do ordenamento; e, ao contrário, podem ter lugar, uma mudança na constituição formal. Isso só se explica porque o decisivo, o determinante, é a mudança na concepção da constituição. Se esta continuar sendo concebida e aplicada a partir de uma mentalidade estritamente formalista – como um mero conjunto de normas referidas à organização do Estado e à distribuição do poder e das competências normativas – ainda que se produzam mudanças na constituição, continuaremos, em termos gerais, num Estado de Direito formal e formalista, no qual a ordem constitucional não terá, de modo previsível, reflexos ou projeções importantes. Se, pelo contrário, se produz uma mudança na maneira de compreender o texto constitucional por parte dos órgãos primários do sistema jurídico, isto é, por parte dos juízes e tribunais cuja interpretação não é suscetível de ser revista por um órgão superior; se se produz tal transformação e o texto da constituição passa a ser concebido primordialmente como uma ordem valorativa, como um conjunto de valores que se projetam tanto sobre os direitos fundamentais como sobre a estrutura dos órgãos supe-

riores do Estado, então se assentam as bases para que se dê a constitucionalização de todo o sistema jurídico e a re-materialização do Estado de Direito, para empregar os termos de Forsthoft, já clássicos a respeito⁹. Tal re-materialização é o resultado mais ou menos imediato do que, em expressão mais americana, poderíamos denominar uma leitura moral da constituição, como propôs Ronald Dworkin¹⁰. Cabem, também, situações intermediárias, nas quais uma reforma constitucional auspiciada a mudança na mentalidade dos juízes, mas, esta última, não tem lugar com todas as consequências, de sorte que o processo de constitucionalização só se produz pela metade. Um exemplo disto poderia ser o caso mexicano¹¹.

Esta mudança tem consequências de grande alcance, das quais não é possível ocupar-me agora. Basta indicar que não se trata só de consequências relativas à interpretação e à prática judicial, mas também de repercussões políticas, por exemplo, sobre a determinação mesma dos poderes do Estado, de suas relações recíprocas, científicas, pois muda o modelo de ciência jurídica que está em condições de dar conta cabalmente deste tipo de sistemas jurídicos; e, inclusive, teóricas, pois obriga a repensar noções-chave, como a de positividade, validade jurídica etc.

A supremacia e o caráter normativo direto que se reconhece às constituições contemporâneas, unidos a esta mudança no modo de concebê-las, são a base para que a constituição se projete sobre o Direito ordinário e se produza o efeito de irradiação que conhecemos como constitucionalização dos ordenamentos ou dos sistemas jurídicos, que conduz a transformações decisivas em muitos planos, ainda que, agora, irei referir-me só àqueles que guardam uma relação mais estreita com a interpretação. São, ao menos, os seguintes:

a) Em primeiro lugar, a necessidade de abandonar uma concepção formalista da validade jurídica: num sistema constitucionalizado, o juízo ou ditame acerca da validade de uma disposição jurídica qualquer passa a consistir (parcial, mas decisivamente) num juízo sobre a adequação à ordem dos valores constitucionais por parte da disposição cuja validade se discute, ou, simplesmente, se examina. Este juízo é, sem dúvida, de natureza moral e não pode ser realizado seguindo os métodos tradicionais da interpretação ou do raciocínio jurídico, como há sete décadas propôs Rudolf Smend¹², então com escasso êxito.

b) Em segundo lugar, a necessidade de superar – ao menos parcialmente – os esquemas, processos e métodos ou recursos da metodologia jurídica tradicional, substituindo-os por uma teoria da argumentação prática geral, que pode seguir diversos modelos, mas que, em todo caso, está chamada a integrar o raciocínio jurídico no marco do discurso prático geral, como propôs Robert Alexy com a sua “tese do caso especial”¹³.

c) Em terceiro lugar, a necessidade de aplicar o princípio de proporcionalidade para determinar a aceitabilidade ou constitucionalidade de atos e disposições que perseguem a realização de um determinado valor ou bem jurídico, postergando ou, inclusive, vulnerando outro bem ou valor constitucional¹⁴.

3. A relevância do material normativo na interpretação da constituição

As constituições modernas se caracterizam, dentre outros traços, por incluir diferentes tipos de preceitos, principalmente regras e princípios; e também, às vezes, valores simplesmente enunciados. O manejo interpretativo dos mesmos é necessariamente diferente conforme se trate de um ou de outro tipo. Além disso, convém fazer notar que as normas programáticas têm a estrutura de princípios, mas a sua interpretação reveste certas peculiaridades.

A seguir, efetuar-se-ão algumas considerações sobre as peculiaridades de dois dos tipos de material normativo: valores e princípios. Por razões de tempo, as regras, os conceitos e os *standards* – para seguir a tipologia de Roscoe Pound¹⁵ – não poderão ser tratados nesta ocasião.

3.1. A interpretação de disposições jurídicas que contém a proclamação de valores

Algumas constituições contemporâneas proclamam valores jurídicos. Por exemplo, o art. 1.1 da constituição espanhola de 1978 estabelece que “[a] Espanha se constitui como um estado social e democrático de Direito que propugna como valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político”; e o art. 1.1 da constituição alemã, reproduzido quase literalmente pelo art. 11-61 da não-nascida constituição europeia¹⁶, proclama que “[a] dignidade humana é inviolável. Todos os poderes públicos têm o dever de respeitá-la e protegê-la”.

Como se pode manejar, no plano prático, um valor que o constituinte se limita a proclamar, sem maiores precisões acerca de seu significado, conteúdo, função ou consequências? Alexy tem sugerido que valores e princípios são, na realidade, dois modos diferentes de apresentar o mesmo: o valor responde a uma formulação axiológica do bem que o princípio formula em termos deontológicos¹⁷. Isto pode ser aceito, mas, na verdade, resolve pouco ou quase nada, da mesma forma que no caso de princípios que remetem a um conceito ou noção ética ou meta-jurídica. Neste sentido, resulta tão indeterminado, vago ou ambíguo afirmar

A liberdade é um valor superior da ordem jurídica – que seria a formulação axiológica – como afirmar

A liberdade deve-se garantir ou proteger, que seria a formulação deontológica. Em ambos os casos, o intérprete constitucional se encontra com idênticos problemas: por um lado, a necessidade de adotar um conceito ou noção de liberdade ou de dignidade, por exemplo, entre os diversos que estão disponíveis, todos eles, certamente, fora dos confins do jurídico, no terreno da sempre pantanosa moral social ou no da Filosofia. Por outro lado, a necessidade de determinar as projeções do valor de que se trate sobre as situações concretas, o qual não se pode realizar mediante forma alguma de dedução imediata, porque, entre outras razões, a determinação das projeções exige definir âmbitos fáticos e decidir acerca do modo de combinar, hierarquizar ou harmonizar as exigências de um determinado valor com as dos restantes. Num extenso trabalho que acaba de ver a luz no México, creio ter mostrado de que modo a introdução de noções como a de dignidade humana nas disposições ou normas constitucionais não transformam a sua condição de idéia meta-jurídica e, mais concretamente, de noção meta-positiva¹⁸. Na verdade, obriga o operador jurídico a transcender os limites formais da norma para buscar um significado e dotar o conceito de sentido normativo. Pois bem, se isto não é feito, o conceito não pode ser empregado na prática; se é feito, o intérprete constitucional se situa num plano de discurso que não é o do Direito, mas sim o que cabe chamar, seguindo Alexy, discurso prático geral e, inclusive, um discurso de natureza eminentemente teórica, embora isso seja em forma transitória, por estar orientado a regressar, finalmente, ao plano dos problemas jurídico-práticos¹⁹. Ao anterior deve-se acrescentar algo quase óbvio que muitas vezes passa despercebido: no plano do discurso teórico e no do discurso prático geral não é possível a “neutralidade filosófica” ou, se se preferir, “ideológica”, pois não cabe manejar conceitos como o de dignidade sem adotar alguma das concepções disponíveis dos mesmos, como já se assinalou.

O mesmo cabe dizer a respeito de quem faz ciência jurídica e se enfrenta com conceitos como o de dignidade e outros semelhantes. Tampouco é possível para o doutrinador evitar os planos de discurso que se acabam de mencionar. E, por isso, não lhe é dado permanecer dentro dos confins da meta descrição “científica”. Uma consequência disto – e que agora não posso senão apontar – é a seguinte: à hora de compreender e explicar os sistemas jurídicos contemporâneos, que introduzem conceitos como o de dignidade e outros de características semelhantes, cabe continuar mantendo as bases de uma teoria jurídica que pretende que o Direito válido possa ser identificado mediante juízos sobre fatos; que considere possível manter de forma taxativa a separação entre o que é interno e o que é externo ao sistema jurídico; que considere possível manter a distinção entre contexto de descobrimento e contexto de justificação; que apli-

Neokonstitucionalismo e interpretação. Suas reflexões em...
ra, enfim, a manter a ciência jurídica no terreno do meramente descritivo ou do valorativamente neutro?

3.2. A interpretação de princípios

O enfoque da questão da interpretação dos princípios depende de como estes são compreendidos; e o acerto de tal compreensão resulta decisivo para a correção da resposta que fornecemos à mencionada questão.

Após diferentes intentos de oferecer teorias distintivas fortes entre princípios e regras no plano estrutural ou lógico, abriram caminho outras doutrinas que mantêm uma distinção forte no plano do conteúdo de uns e de outras, ao passo que adotam o esquema geral de uma distinção débil no plano linguístico e estrutural.

Ambos os planos são decisivos para nós. Do ponto de vista do conteúdo, a concepção dos princípios que julgo mais acertada é a proposta por Francisco Laporta e seguida, entre outros, por Aarnio. Ambos os autores enfatizam que a diferença essencial entre o princípio e a regra se situa em que o princípio é uma norma de *ought to be*, que estabelece estados de coisas desejáveis sem prescrever podendo, por isso, ser caracterizada como uma norma de *ought to do*²⁰. Em minha opinião, isto supõe que o juiz que há de aplicar uma regra tem uma idéia mais ou menos clara da ação que deve ser realizada, evitada ou que se encontra simplesmente permitida; por outro lado, aquele que se situa frente a um princípio, só tem uma orientação, um ponto de partida para o seu raciocínio; ponto de partida que, a rigor, é, na verdade, um estado de coisas que deve ser alcançado ou preservado mediante a decisão.

A isto se deve acrescentar que uns princípios convivem dentro de um mesmo texto legal ou constitucional com outros princípios que apontam para estados de coisas que, tomados isoladamente, mostram-se incompatíveis com aqueles aos quais os primeiros obrigam. A resposta tradicional a esta questão é a ponderação ou o *balancing test*, isto é, uma operação consistente em “pesar” os princípios que entram em colisão para determinar qual deve ser aplicado no caso como se fosse uma regra. Ponderar é, segundo Alexy, estabelecer uma regra que determine as condições sob as quais um princípio deve ser preferido a outro²¹. Em outros lugares desenvolvi uma crítica detalhada a este modo de proceder²². A meu ver, o juiz que aplica um princípio não deve ponderar, no sentido de aplicar alternativamente um ou outro dos princípios que protagonizam a colisão dependendo das circunstâncias, como propõe Alexy, mas sim que a sua tarefa há de orientar-se, na verdade, a tratar de alcançar um estado de coisas onde todos os princípios presentes alcancem o seu mais alto grau de vigência possível, posto

que todos eles são vinculantes para ele. A favor disto podem ser oferecidas múltiplas razões; basta indicar, agora, que a aludida harmonização resulta ser o que há de mais coerente com a idéia de otimização que, para alguns – entre eles o próprio Alexy – se situa na base mesma da noção de princípio jurídico.²³

Em todo caso, o enfoque que acabo de propor comporta uma tarefa que se pode considerar, com propriedade, construtiva, engenhística em certo sentido, mas não absolutamente livre ou desprovida de vínculos para o juiz. O que significa isto? Em outro lugar, expus que o juiz que tem de raciocinar com princípios assemelha-se a um arquiteto que recebeu instruções mais ou menos precisas acerca de quais são os parâmetros do edifício (estado de coisas) que deve desenhar, mas com muito poucas indicações a respeito do desenho concreto. Sua tarefa consistirá, por isso, num autêntico raciocínio prático, num duplo sentido ou, se se quer, num duplo raciocínio prático.²⁴

Em primeiro lugar, há um raciocínio prático quando o juiz se põe a extrair os conteúdos implícitos nos valores e princípios que deve levar em conta, com independência de que exista ou não, de sua parte, adesão a tais valores ou princípios.²⁵ Este tipo de raciocínio prático se assemelha fortemente ao raciocínio moral: identificar-se-á ou não com ele, dependendo de que se considerem ou não morais os princípios em torno dos quais gira. Dito de outro modo, *qua* raciocínio é idêntico ao raciocínio moral.

Além disso, um raciocínio prático subsequente – ou paralelo – acontece quando o juiz se põe a inventar ou desenhar o estado de coisas que harmonize o máximo possível os princípios presentes. Este segundo aspecto ou tipo de raciocínio prático assemelha-se mais ao processo de imaginação criadora que dá origem a uma obra de arte, ao raciocínio construtivo ou inventivo, do que ao moral; embora, a rigor, o seu espaço no raciocínio prático judicial é significativamente menor do que o do raciocínio que busca desenvolver o conteúdo dos princípios e valores, posto que a tarefa do juiz, no que se refere à solução do caso, mostra-se fortemente restringida pelo princípio de congruência da sentença, sem que lhe seja possível gerar, como conteúdo de sua decisão, um estado de coisas diferente do delimitado pelos termos mesmos do caso, em grande medida configurados pelas partes.²⁶

De outra parte, a possibilidade, e, ainda, a necessidade de se aprofundar no conteúdo dos valores e princípios é dada ao juiz por alguns traços já mencionados do moderno Direito constitucional. Em primeiro lugar, o caráter normativo direto das constituições modernas faz com que, ao se tratar de normas cuja configuração mais freqüente é principiológica, os juizes não encontrem outra saída a não ser trabalhar com estes novos materiais para resolver os mesmos casos, que, num contexto legalista, apelava-se unicamente à aplicação de regras mais ou menos claras, de modo a alcançar a sua resolução. Por outro lado,

o princípio de supremacia constitucional exige que a interpretação do Direito infraconstitucional deva ser feita, agora, a partir da Constituição, o que obriga a levar a cabo uma tarefa de explicitação do conteúdo dos princípios constitucionais, a raciocinar a partir do seu interior e ir para além do explicitado pelo próprio texto constitucional, pois os princípios se proclamam, mas não é possível delimitar conceitualmente o seu conteúdo de uma vez por todas, e muito menos num texto com as características linguísticas que possuem os textos legais e, *a fortiori*, as disposições constitucionais. Tudo isso mostra, novamente, de que modo o Direito constitucional contemporâneo obriga a que se operem transformações importantes no que se refere à determinação da validade jurídica que os modernos ordenamentos jurídicos se assestem nos princípios de supremacia e normatividade direta da constituição e de que esta última esteja integrada basicamente por princípios, e não meramente por regras, converte em obsoleta, em boa medida – sobretudo no Direito público, mas também em muitos assuntos de Direito privado –, a maneira como se apresentavam, tradicionalmente, as lacunas jurídicas. Um sistema jurídico composto por regras e princípios reduz notavelmente as lacunas produzidas pela abertura do sistema jurídico,²⁷ toda vez que os princípios podem operar como normas de fechamento ou clausura do mesmo, ou, pelo menos, reduzir fortemente a sua abertura; porém, ampla simultaneamente outra sorte de lacunas, que podem se chamar de indeterminação,²⁸ em virtude da indole própria dos princípios e valores, não só linguística, mas também conceitual.

A indeterminação dos textos constitucionais com relação ao alcance dos princípios e valores que eles mesmos proclamam ou estabelecem, propõe, assim, alguns interrogantes relativos à natureza cognitiva da tarefa consistente em torres, acerca do conteúdo de tais princípios; e outros, conectados com os anteriores, acerca da real vinculação do intérprete supremo da constituição às normas constitucionais. O constitucionalismo moderno obriga os órgãos de adjudicação a confrontar permanentemente as disposições legais e administrativas com os princípios constitucionais, e a interpretá-las a partir destes últimos, operando desse modo uma mudança fundamental na teoria da validade jurídica, que agora não se determina exclusivamente pela legitimação do órgão produtor da norma e pela correção no procedimento, mas se mostra integrada, necessariamente, também pela adequação material.²⁹ Isso supõe uma modificação do princípio clássico de submissão do juiz à lei, ao menos no sentido de que a presunção de constitucionalidade da mesma já não habilita para eximir o juiz do seu exame em casos controversos ou duvidosos. O que se acaba de dizer, unido à indeterminação da constituição e, em geral, dos princípios, que há de ser satisfeita, necessariamente, pelos órgãos de adjudicação – com diferenças importantes quanto à competência dos mesmos e à sua amplitude, dependendo de que

se trate ou não de sistemas dotados de uma jurisdição constitucional específica e do tipo de constitucionalidade estabelecido em cada ordem jurídica – põe sobre a mesa a questão da legitimidade de ditos órgãos³⁰, assunto que não posso deixar de mencionar, mas que tampouco posso tratar com detalhe agora.

Até aqui nos trouxe a reflexão acerca do conteúdo dos princípios. Similares conclusões nos conduzem o deter-nos no plano linguístico. Do ponto de vista linguístico, todas as normas jurídicas são suscetíveis de não ser aplicadas ou de ser derrotadas. Neil McCormick escreveu que “qualquer formulação de disposições jurídicas por obra da doutrina, ou de uma argumentação forense, ou como parte de um conhecimento baseado num sistema especializado, é, presumivelmente, passível de derrota sob certas circunstâncias”³¹. Na mesma linha, Sartor sustenta, a respeito da derrotabilidade, que “toda norma possui as características que Dworkin atribui aos princípios: é inaplicável numa série de circunstâncias não predeterminadas em abstrato, e permanece sendo válida ainda que resulte contraditória por normas prevalentes em casos particulares”³². Aarnio conclui que isto não significa que não exista diferença alguma entre regras e princípios; existe, mas nenhuma no que se refere à inaplicabilidade ou derrotabilidade, e cita a conclusão de Sartor a respeito: “Portanto, a distinção entre regras e princípios, se se funda sobre a inaplicabilidade, não é uma divisão entre categorias de normas com diferentes estruturas lógicas, mas sim, no máximo, uma distinção empírica e uma diferença de grau, dependendo do nível de predomínio de características que toda norma possui até certo ponto: só podemos dizer que uma norma é uma ‘regra’ na medida em que o seu antecedente contém termos descritivos precisos, e que é um ‘princípio’ na medida em que o seu antecedente contém termos imprecisos ou valorativos, e a sua prioridade é indeterminada”³³. Aarnio vai, inclusive, mais além, e acrescenta que “também algumas ‘regras’ são imprecisas, e que essa falta de precisão pode, por vezes, mas nem sempre, exigir ponderação”³⁴. Em definitiva, a seu juízo, “do ponto de vista linguístico a diferença é exatamente uma diferença de grau, não qualitativa. Isto pode se advertir facilmente se se classificam as normas jurídicas numa *escala* em que uma regra típica se situe num extremo e um princípio típico no outro, ficando no meio algumas formas mistas”³⁵.

3.3. Duas palavras sobre a interpretação de disposições constitucionais que têm a estrutura de regras

Pode-se pensar, uma vez transitado o difícil terreno dos princípios e dos valores, que, ao entrar no campo das regras, nos encontramos num lugar mais cômodo. No entanto, Aarnio mostrou de que modo a distinção radical entre regras e princípios não faz justiça à realidade dos modernos sistemas jurídicos.

Assim, além dos princípios “puros” e das regras “puras”, é possível encontrar em nossos textos constitucionais e legais muitas disposições que parecem se encontrar na metade do caminho.

“Do ponto de vista linguístico – sustenta Aarnio –, regras e princípios conformam, em certo sentido, uma escala dividida em quatro segmentos [...]. Regras *sem regras* (RP), por exemplo, o princípio de liberdade de expressão e o princípio ‘Ninguém pode beneficiar-se do ilícito que cometeu’, que Dworkin emprega como exemplo. Estas normas assemelham-se a princípios, ainda que, na realidade, parecem pertencer à categoria das regras: ou se cumprem ou não, *na regra que parecem princípios* (PR); o seu âmbito de aplicação é cognitiva ou avaliativamente aberto, como ocorre com o âmbito dos princípios-valor. *Princípios* (P), como os princípios de igualdade e liberdade ou outros princípios-valor e princípios-objetivo, além do princípio de boa-fé (em alemão, *Treu und Glauben*) no Direito civil”³⁶. Com relação a esta classificação, afirma que “a distinção entre regras e princípios é só uma questão de grau de generalidade e, por outro lado, não há fronteiras simples e claras entre os subgrupos que formam as quatro categorias (R, RP, PR, P). Pelo contrário, a aplicabilidade de uma norma se desenvolve progressivamente de um segmento ao seguinte. Uma norma pode, consequentemente, ser mais RP do que PR, e vice-versa”³⁷.

Se isto é aceito, então devemos concluir que também as regras constitucionais podem acabar apresentando problemas interpretativos semelhantes aos que oferecem os princípios.

4. Conclusão

Do exposto, depreende-se, segundo creio, a dupla afirmação que constitui o meu propósito. Em primeiro lugar, que a interpretação constitucional depende, entre outros fatores, de um elemento subjetivo formado pela concepção da constituição que possua o intérprete constitucional. Obviamente, esta concepção é suscetível de ser transformada num elemento objetivo, o qual ocorre quando passa a formar parte da própria jurisprudência constitucional ou da jurídica. Em segundo lugar, que a interpretação constitucional está fortemente condicionada por um fator de natureza objetiva, a saber, o tipo de preceito ou de disposição que tenha de ser interpretado.

Além disso, é possível concluir que a interpretação constitucional num modelo que incorpore princípios e valores não se pode limitar aos métodos e técnicas proporcionados pela metodologia jurídica tradicional. Nesse tipo de sistemas, o juiz constitucional está, como o Hércules de Dworkin, diante da

Filosofia. A sua opção inevitável é entre a Filosofia ou uma sorte de "alquimia"⁸, que, na realidade, não esconderá senão a pura arbitrariedade.

5. Notas

Ne Constitucionalismo e interpretação. Suas reflexões em...

Constitucionalização: influência de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario. México, D. F.: Porrúa, 2006, colección Breviarios Jurídicos, nº 42. Para o meu ponto de vista, menos otimista a respeito do processo de constitucionalização do Direito no México, cf. SERNA, P. "Evolución del Estado o transformación del orden jurídico? Reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho mexicano a luz de la teoría jurídica-constitucional" In: SÁNCHEZ GIL, R. *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario*, cit., pp. VII-XXIII.

1 Ofereci um breve panorama em SERNA, P. "Presentación", em CRUZ, L. M. *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neconstitucionalismo*. Granada: Comares, 2005, pp. XIII-XIX.

2 Cf. CRUZ, L. M. *La Constitución como orden de valores...*, cit., *passim*.

3 Cf. KOMMERS, D. P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham: Duke University Press, 1997, pp. 45-49.

4 Cf., entre outros lugares, ALEXY, R. *Sistema jurídico y razón práctica*. Traducción de Jorge M. Seña, Barcelona: Gedisa, 1994, pp. 159-161.

5 Cf., entre outros lugares, PRIETO SANCHÍS, L. "Sobre el neconstitucionalismo y sus implicaciones", In: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, pp. 116-117.

6 Cf. FERRAJOLI, L. "Pasado y futuro del Estado de Derecho", In: CARBONELL, M. (ed.), *Neconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, pp. 13-31.

7 Cf. ZAGREBELSKY, G. *El derecho dicrú. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

8 Cf. *ibid.*, p. 7.

9 Forsthoft fala de "Desformalização da Constituição" (*Entformalisierung der Verfassung*). A re-materialização seria consequência disso ou outra forma de enunciar o fenómeno desde uma perspectiva mais ampla. Cf. FORSTHOFF, E. "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes", In: *Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 1959, pp. 35-62.

10 Cf. DWORKIN, R. *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*. New York: Oxford University Press, 1996.

11 A este respeito, cf. SÁNCHEZ GIL, R.

12 Cf. R. SMEND, "Constitución y Derecho constitucional", In: *Constitución y Derecho constitucional*. Traducción de J. M. Pérez Beneyto. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 37-245.

13 Cf. ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989; em particular pp. 205-213, 311-318; também, num contexto mais amplo, "La institucionalización de la razón" (traducción de José Antonio Seoane). In: *Persona y Derecho* 43 (2000), pp. 247-249.

14 Cf. CIANCIARDO, J. *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 2004, em particular capítulos III e IV.

15 A tipologia dos preceitos de Pound pode ser vista, por exemplo, em POUND, R. *Jurisprudence*, vol. II, St. Paul: West, pp. 124-128. Sobre a evolução desta tipologia no pensamento do professor de Harvard, cf. GARCÍA RUIZ, L. *Derecho, intereses y civilización. El pensamiento jurídico de Roscoe Pound*. Granada: Comares, 2002, p. 78, nota 26.

16 Cf. SERNA, P. "La dignidad humana en la Constitución europea", In: ALVAREZ CONDE, E.; GARRIDO MAYOL, V. (dirs.), *Comentarios a la Constitución europea*, Libro II.

* Este trabalho é parte dos resultados do projeto "El positivismo jurídico incluyente y los desafíos del neo-constitucionalismo", financiado pelo Ministério de Educação e Ciência da Espanha e pelos fundos FEDER da União Europeia (código BJTU2003-05478), do qual sou pesquisador principal. Tradução do artigo por Frederico Bonaldo.

** Doutor em Direito (*Universidad de Navarra*, Espanha), Professor Catedrático de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da *Universidad de A Coruña* (Espanha).

Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 193-239.

17 Cfr. ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Versión castellana de E. Garzón Valdés y revisión de R. Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 141 ss.

18 Cfr. SERNA, P. "La interpretación constitucional del principio de dignidad de la persona en el Derecho alemán", In: FERRER MAC GREGOR, E. *Interpretación Constitucional*. México D. F.: Porrúa, 2005, pp. 1081-1119.

19 Sobre o conceito de discurso prático geral, cfr. ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, cit., pp. 173-202.

Uma análise em SEANE, J. A. "Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy", In: SERNA, P. (dir.). *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, 2ª edición aumentada. Granada: Comares, 2005, especialmente pp. 120-138. Quanto à possibilidade de que o discurso teórico se integre no discurso prático, não apresenta maiores problemas, sempre que nem todas as proposições que integram um raciocínio prático sejam teóricas ou empíricas. Em todo caso, na teoria da argumentação de Alexy, uma das regras do discurso prático prevê explicitamente a possibilidade de se passar do discurso prático ao teórico. Cfr. ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, cit., pp. 200-201.

20 Cfr. LAPORTA, F. "Legal Principles", In: *Action, Norms and Values. Discussions with Georg Henrik von Wright*. Georg Meggle, 1999, pp. 279 ss.; e AARNIO, A. "Reglas y principios en el ordenamiento jurídico" (traducción de P. Serna). In: "Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña" 4 (2000), p. 598.

21 Cfr. ALEXY, R. "Sistema jurídico y razón práctica", cit., pp. 163-164; *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 87 ss.

Posteriormente, Alexy voltou sobre o tema em "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales" (traducción de C. Bernal Pulido). In: *Revista Española de Derecho Constitucional* 66 (2002), pp. 13-64, sobretudo pp. 23 ss.;

"Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik", In: LA TORRE, M.; SPADARO, A. (eds.). *La ragionevolezza nel diritto*. Torino: Giappichelli, 2002, pp. 9-26; "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", In: "Ratio Juris" 16/4 (2003), pp. 433-449; "Die Gewichtsformel", In: JICKEL, J.; KREUTZ, P.; REUTER, D. (Hrsg.). *Gedächtnisschrift für Jürgen Sommerstein*. Berlin: Walter de Gruyter, 2003, pp. 771-792.

22 Cfr. SERNA, P.; TOLLER, F. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: La Ley, 2000, por todas, pp. 10-35, 56-64 e 78-80.

23 Sobre os princípios como mandatos de otimização, cfr. ALEXY, R. "Zum Begriff des Rechtsprinzips", In: *Rechtstheorie* Beilheft 1 (1979), pp. 79 e ss.; *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 86 e ss.; e "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", In: *Doxa* 5 (1988), pp. 130-131.

24 Expus isto na introdução da obra coletiva SERNA, P. (dir.). *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, cit., pp. 5-6.

25 A respeito, considero destinadas certas apresentações da discussão sobre o ponto de vista na jurisprudência que insistem na possibilidade de de "descrever" um sistema neo-constitucional do ponto de vista externo. Em minha opinião, é possível não se compariar os valores ou princípios de um sistema jurídico, mas se o sistema jurídico é visto ao modo do neo-constitucionalismo, isto é, como um sistema ou ordem de valores, então quem há de decidir dentro dele não tem mais remédio que adotar o ponto de vista interno, de forma idêntica a como o faria alguém completamente identificado com os valores que se expressam em tal ordem jurídica.

26 Esta limitação, unida à representada pelo próprio sistema jurídico, também pode ser exagerada, até apresentar o que é fruto da imaginação criadora do órgão decisor como resultado de uma tarefa estritamente interpretativa. Cfr. a respeito RICOEUR, P. "Interpretazione e/o argomentazione", In: "Art Interpretandi" 1 (1986), pp. 77-93, especialmente p. 93. Sobre a criatividade na aplicação dos princípios, com referência ao pensamento de Betti, cfr. ZACCARIA, G. *Questioni di interpretazione*. Padova: Cedam, 1996, pp. 145-155 e 157-175.

27 Cfr. ALEXY, R. "Sistema jurídico y razón práctica", cit., p. 166.

28 Cfr. *ibid.*, p. 170.

29 Cfr. VILLA, V. "Inclusive Legal Positivism e Neo-giusnaturalismo: Lineamenti di una analisi comparativa", In: "Persona y Derecho" 43 (2000), p. 59. Em definitiva, desloca-se fortemente o peso da legalidade formal, em benefício da supremacia constitucional, isto é, de um conjunto de princípios, como explica ZAGREBELSKY, G. *El derecho difícil*, cit., pp. 37-41. A validade, enquanto existência das normas, fica, assim, determinada por elementos de conteúdo, substantivos e não unicamente formais. Cfr. também FERRAJOLI, L. "La semantica nella teoria del diritto", In: SCARPELLI, V. (ed.). *La teoria generale del Diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi in onore di Norberto Bobbio*. Milano: Comunità, 1983, pp. 123-124; do mesmo autor, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1997, pp. 353-362, 373-381, entre outros lugares.

30 Cfr. LOMBARDI VALLAURI, L. *Corso di Filosofia del Diritto*. Padova: Cedam, 1982, pp. 111-112; HASSEMER, W. "Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley", In: *El pensamiento jurídico contemporáneo*, KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (eds.), ROBLES, G. (ed. para a versão castelhana). Madrid: Debate, 1992, pp. 205-207. Mais recentemente, incidem neste ponto os críticos do controle de constitucionalidade. Cfr., por exemplo, WALDRON, J. *Law and Democracy*. Oxford University Press, 1999, especialmente pp. 209-312; LAPORTA, F. J.

"Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley", In: *Doxa* 22 (1999), pp. 321-330; "El ámbito de la Constitución", In: *Doxa* 24 (2001), pp. 459-484; e "Filosofía del Derecho y norma constitucional: una aproximación preliminar", In: LAPORTA, F. J. (ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2003, pp. 15-42.

31 MACCORMICK, N. "Defeasibility in Law and Logic", In: BANKOWSKI, Z.; WHITE, J.; HANN, U. (eds.). *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*. Dordrecht: Kluwer, 1995, p. 115.

32 SARTOR, G. "Defeasibility in Legal Reasoning", In: BANKOWSKI, Z.; WHITE, J.; HANN, U. (eds.). *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, cit., p. 144.

33 *Ibidem*.

34 AARNIO, A. "Reglas y principios en el ordenamiento jurídico", cit., p. 595.

35 *Ibidem*. Cfr. também AARNIO, A. "Taking Rules seriously", In: *ARSP* Beilheft 42 (1990), pp. 180 ss.

36 AARNIO, A. "Reglas y principios en el ordenamiento jurídico", cit., p. 596. Cfr. também AARNIO, A. "Taking Rules seriously", cit., pp. 186 ss.

37 AARNIO, A. "Reglas y principios en el ordenamiento jurídico", cit., pp. 596-597.

38 A expressão é de SAGÜES, N. P. "Interpretación constitucional y adquisición constitucional. (El arsenal argumentativo de los Tribunales Supremos)", In: "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional" 1 (2004), pp. 151-170.

6. Referências Bibliográficas

AARNIO, A. "Reglas y principios en el ordenamiento jurídico" (traducción de P.

Serna). In: "Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña" 4.2000.

"Taking Rules seriously", In: ARSP Beihft 42, 1990.

ALEXV, R. "Die Gewichtsformel", In: JICKEL, J.; KREUTZ, P.; REUTER, D. (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sommerstein*. Berlin: Walter de Gruyter, 2003.

"Epilogo a la Teoría de los derechos fundamentales" (traducción de C. Bernal Pulido). In: *Revista Española de Derecho Constitucional* 66, 2002.

"Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik", In: LA TORRE, M.; SPADARO, A. (eds.), *La ragionevolezza nel diritto*. Torino: Giappichelli, 2002.

"La institucionalización de la razón" (traducción de José Antonio Seoane). In: *Persona y Derecho* 43, 2000.

"On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", In: *Ratio Juris* 16/4, 2003.

"Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", In: *Doxa* 5, 1988.

Sistema jurídico y razón práctica. Traducción de Jorge M. Sena, Barcelona: Gedisa, 1994.

Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

"Zum Begriff des Rechtsprinzips", In: *Rechtstheorie Beihft* 1 (1979)

CIANCARDI, J. *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 2004.

DWORKIN, R. *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*. New York: Oxford University Press, 1996.

FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1997.

"La semántica nella teoría del diritto", In: SCARPELLI, V. (ed.), *La teoría general del Diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi in onore di Norberto Bobbio*. Milano: Comunità, 1983.

"Pasado y futuro del Estado de Derecho", In: CARBONELL, M. (ed.), *Neconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

FORSTHOFF, E. "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes", In: *Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 1959.

GARCÍA RUIZ, L. *Derecho, intereses y civilización. El pensamiento jurídico de Roscoe Pound*. Granada: Comares, 2002.

HASSEMER, W. "Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley", In: *El pensamiento jurídico contemporáneo*. KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (eds.); ROBLES, G. (ed. para a versão castelhana). Madrid: Debate, 1992.

LAPORTA, F. "Legal Principles", In: *Action, Norm and Values. Discussions with Georg Henrik von Wright*. Georg Megele, 1999.

"El ámbito de la Constitución", In: *Doxa* 24, 2001.

"Filosofía del Derecho y norma constitucional: una aproximación preliminar", In: LAPORTA, F. J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2003.

"Materiales para una reflexión

sobre racionalidad y crisis de la ley", In: *Doxa* 22, 1999.

LOMBARDI VALLAURI, L. *Corso di Filosofia del Diritto*. Padova: Cedam, 1982.

MACCORMICK, N. "Defeasibility in Law and Logic", In: BANKOWSKI, Z.; WHITE, J.; HANN, U. (eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*. Dordrecht: Kluwer, 1995.

POUND, R. *Jurisprudence*, vol. II, St. Paul: West.

R. SMEND. "Constitución y Derecho constitucional", In: *Constitución y Derecho constitucional*. Traducción de J. M. Pérez Beneyto. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

RICOEUR, P. "Interpretation e/o argumentation", In: *Les Interpretants* 1, 1986.

SAGÜES, N. P. "Interpretación constitucional y alquimia constitucional. (El arsenal argumentativo de los Tribunales Supremos)", In: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 1, 2004.

SANCHEZ GIL, R. *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario*. México, D.F.: Porrúa, 2006. colección Breviarios Jurídicos, nº 42.

SARTOR, G. "Defeasibility in Legal Reasoning", In: BANKOWSKI, Z.; WHITE, J.; HANN, U. (eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*.

SEOANE, J. A. "Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy", In: SERNA, P. (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*. 2ª edición aumentada. Granada: Comares, 2005.

SERNA, P. "¿Evolución del Estado o transformación del orden jurídico? Reflexiones

sobre la constitucionalización del Derecho mexicano a luz de la teoría jurídica-constitucional", In: SANCHEZ GIL, R. *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario*.

"La dignidad humana en la Constitución europea", In: ALVAREZ CONDE, E.; GARRIDO MAYOL, V. (dirs.), *Comentarios a la Constitución europea*. Libro II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

"La interpretación constitucional del principio de dignidad de la persona en el Derecho alemán", In: FERRER MAC-GREGOR, E. *Interpretación Constitucional*. México D. F.: Porrúa, 2005.

"Presentación", en CRUZ, L. M. *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neconstitucionalismo*. Granada: Comares, 2005.

SERNA, P.; TOLLER, F. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: La Ley, 2000.

VILLA, V. "Inclusive Legal Positivism e Neogiusnaturalismo: Lineamenti di una analisi comparativa", In: "Persona y Derecho" 43, 2000.

WALDRON, J. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.