
Pluralidade de significados da norma e processo constitucional: interpretação e aplicação da Constituição diante da diversidade cultural, religiosa e política

Plurality of law meanings and constitutional process: interpretation and application of the Constitution in the face of cultural, religious and political diversities

Marcos Antônio Striquer Soares¹

Márcia Regina Pitta Lopes Aquino²

Resumo: Analisa a sociedade contemporânea com as consequências da superação da tradição, da religião e da autoridade como marcos orientadores da conduta do homem e o surgimento da diversidade cultural, religiosa e política. Verifica a exigência de fundamentação para o direito, na sociedade pós-tradicional, uma vez que o indivíduo, ao mesmo tempo que se conduz

-
- 1 Mestre e Doutor em Direito do Estado/Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Constitucional na Graduação em Direito, na Especialização em Direito do Estado e no Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (Paraná). Professor de Direito Constitucional na Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). E-mail: marcosstriquer@uol.com.br.
 - 2 Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Doutoranda em Filosofia do Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

conforme a norma, tem a capacidade de questionar e criticar a validade dessa norma que lhe prescreve conduta. Constata que uma norma jurídica tem várias possibilidades para sua interpretação e sua aplicação. Analisa a necessidade de adoção do processo como meio adequado para a formação da “vontade estatal”. Analisa o modelo de sistema jurídico composto por três níveis (regras, princípios e procedimentos), proposto por Robert Alexy. Analisa, ainda, a Constituição como norma constitutiva do ordenamento jurídico, a qual contém uma dimensão processual e outra material, que se relacionam de tal modo que são conceituadas uma em função da outra e se exigem mutuamente. Constata, por fim, a necessidade do processo como resposta à exigência de racionalidade para o direito, no qual, inclusive, o princípio ganhou o *status* de norma jurídica, ampliando as possibilidades de significado da norma.

Palavras-chave: Teoria processual da Constituição. Interpretação da Constituição. Aplicação da Constituição. Diversidade de significados da norma jurídica.

Abstract: This article analyzes the contemporary society with the consequences of the overcoming the tradition of religion and authority as a guiding framework of human behavior and the arising of cultural, religious and political diversity. Then, it checks the requirement to state reasons for the law in post-traditional society, since the individual, at the same time that leads himself according to the law, has the ability to question and criticize the validity of this norm that prescribes him a conduct. After that, it observes that a legal rule has several possibilities for their interpretation and application. So, it analyzes the need to adopt the process as an appropriate way to the formation of the “wish of the State”. Next, it checks the model of the legal system composed of three

levels (rules, principles and procedures), proposed by Robert Alexy. This also observes that the Constitution as a constitutive norm of the legal system, which contains, on the one hand, a procedural dimension, at the other hand, a material dimension, which both relate with each other in such a way that are conceptualized according one the other, requiring each other mutually. Finally, it observes the need of the process as an answer to the requirement of rationality to the right, in which, even the principle, obtained the status of rule of law expanding the possibilities of meaning of the norm law.

Keywords: Procedural Theory of the Constitution. Constitutional interpretation. Application of the Constitution. Diversity in meanings of the Rule of Law.

1. Introdução

A procura por algo no direito de que não se pudesse dispor, que fosse imutável, que valesse em qualquer tempo e em qualquer lugar e fosse capaz de impedir o arbítrio humano parece ter sido um desejo alimentado desde a Antiguidade.³ Em Aristóteles se pode ler: “da justiça política, uma parte é natural e outra parte legal: natural, aquela que tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo”.⁴ Em sociedades simples, estruturadas em fortes tradições ou numa autoridade religiosa que ditasse o bem e o mal, esse desejo parecia possível de ser realizado. Todavia, séculos de busca por um indisponível no direito parecem ter conduzido a –

3 Afirmar Arthur Kaufmann: “A história da filosofia do direito é, em larga medida, idêntica à história do direito natural. É a história da questão sobre como extrair, a partir de algo indisponível, isto é, a natureza [...] critérios e normas para o comportamento humano, que se revelam resistentes perante o arbítrio humano” (KAUFMANN, 2002, pp. 59-60).

4 ARISTÓTELES, 1973, p. 331.

pelo menos – uma frustração. O objetivo de deduzir todo o sistema jurídico a partir de uma noção de natureza humana esbarra justamente nesta última noção. As sociedades tornaram-se complexas e o mais importante: tornaram-se plurais. Não há apenas uma concepção de bem, de vida boa. Ninguém mais é capaz de argumentar a favor de um sistema jurídico fechado como advogavam jusnaturalistas e juspositivistas. Em seu lugar: um sistema jurídico composto por regras, princípios e procedimentos no qual estes últimos respondem à necessidade de racionalidade do direito.

2. Diversidade cultural, religiosa e política (ideológica) na sociedade contemporânea

Na sociedade contemporânea surge para o indivíduo a possibilidade de pensar e expressar as razões para seus atos e interesses. A tradição e a religião já não são determinantes em sua conduta. Temos uma sociedade plural, com pluralidade de interesses e pluralidade de explicações, de fundamentações.

Essa diversidade pode ser entendida a partir de Habermas, quando trata daquilo que ele denomina de “racionalização do mundo da vida”.⁵ Explica o autor que as doutrinas do direito natural clássico, desde Aristóteles, passando pelo direito natural cristão até o século XIX, refletiam um *ethos* social global que vinculava as diversas ordens sociais. Porém, com a “racionalização do mundo da vida”, as tradições culturais e os processos de socialização são submetidos à reflexão, ou seja, à capacidade de julgar autônoma, e aquela “eticidade” que era suficiente para sustentar toda a armação social fica rebaixada à mera convicção. Ocorre, então, por volta do final do século XVIII, o que Habermas denomina

5 HABERMAS, 2005, pp. 160-161.

“diferenciação entre questões éticas e questões morais”.⁶ Não apenas a vida passa a ser objeto de reflexão, mas também a própria tradição cultural, fazendo surgir e, ao mesmo tempo, tornando inevitáveis, *discursos ético-políticos*, ou seja, discursos concernentes ao autoentendimento individual ou coletivo. Simultaneamente, as normas de convivência também se tornam reflexivas e não podem ser fundamentadas em tradições que se tornam plurais ou mesmo em uma única forma religiosa.⁷ Quando os fundamentos sacros daquele emaranhado se desfizeram, separaram-se as questões morais das jurídicas, e o direito positivo dos usos e costumes. A moral pós-convencional não é mais que uma forma de saber cultural.⁸

Na análise de Luiz Moreira⁹, em livro sobre o Direito em Habermas, no direito moderno as normas jurídicas podem ser consideradas como livremente estatuídas, enunciadas conforme princípios que têm validade tão-somente hipotética. Antes disso, porém, no direito primitivo não havia o conceito de norma objetiva. No direito tradicional, as normas consideravam-se dadas, ou seja, eram aferidas da tradição, dos costumes. O direito moderno, tendo perdido a vinculação com fontes metafísicas e consuetudinárias, levanta a pergunta a respeito da validade de suas pretensões, que só obtêm normatividade se forem legítimas. Desse modo, em sociedades pós-metafísicas, o Direito agregou ao seu conceito um caráter pós-tradicional de justificação, o qual se deve ao fato de sua institucionalização realizar-se através de ordens legítimas, que têm como pressuposto um acordo, fundado no reconhecimento intersubjetivo de normas.

6 HABERMAS, 2005, p. 161.

7 HABERMAS, 2005, pp. 164-168.

8 HABERMAS, 2005, p. 334.

9 MOREIRA, 2004, pp. 31-32 e 35.

Ainda de acordo com a análise de Luiz Moreira, o direito moderno traz a exigência de fundamentação, a qual não ocorre nem a partir do sagrado, nem do tradicional.¹⁰ Nesses moldes modernos, ela somente pode efetuar-se “quando a consciência moral atinge um nível pós-tradicional, pois é aqui que pela primeira vez surge a ideia de que as normas jurídicas são suscetíveis a críticas, por conseguinte, são falíveis”. Desse modo, “quando um indivíduo pauta sua ação pela descrição de cunho prático contida na lei, ele, ao mesmo tempo que se guia pela lei, pergunta pela base de validade do Direito que, em última instância, é fornecida por princípios morais”.

Na modernidade, portanto, emerge grande diversidade cultural, política, religiosa e ideológica, tornando imperativa a legitimidade originada de um processo que considere toda essa diversidade. A ausência de fundamentação em uma decisão – ou sua insuficiência – toma o significado de imposição unilateral da vontade de alguém sobre outrem que pode se manifestar através de decisão de fundo ideológico, político, religioso e econômico imposta pela força numa verdadeira negação da democracia.

Tanto a produção do Direito como sua interpretação e aplicação dependem de fundamentação (atos do Legislativo, do Executivo e do Judiciário). Surge, então, a necessidade de institucionalização de procedimentos de fundamentação, caso contrário a sociedade contemporânea pode ficar à mercê de personalidades messiânicas, de salvadores da pátria, de orientações miraculosas ou pressionadas pelo medo (como o medo de mudar o rumo apontado por um governante populista). Em muitos casos corre-se o risco de retorno a épocas nas quais o direito dependia de pessoas nas mãos das quais estava o poder de decidir sem exigir suficientemente fundamentação para sua decisão. Hoje isso pode acontecer até

10 MOREIRA, 2004, pp. 38-40.

mesmo com decisões judiciais quando não obedeçam rigorosamente a procedimentos democraticamente estabelecidos. Em outras palavras, pela capacidade de duvidar e criticar, a sociedade contemporânea exige fundamentação e consenso para a tomada de decisão. A ausência dessa fundamentação e desse consenso implica em submissão a orientações religiosas, políticas, ideológicas e econômicas e na possibilidade de manipulação por parte daquele que decide.

3. A diversidade de significados da norma jurídica

O século XX debateu profundamente tanto o juspositivismo como o jusnaturalismo. A ausência de critérios objetivos fez do segundo uma bandeira para debates políticos, tendo sucumbido no meio científico, como teoria, já no final do século XIX, embora o debate se tenha prolongado pelo século subsequente. Quanto ao primeiro, no que pese seus critérios objetivos, enquanto ciência, e sua não-incursão no debate metafísico, uma de suas principais limitações se encontra no instante de interpretação e de aplicação do direito, visto não existir critério científico que satisfaça a comunidade científica para explicar racionalmente o ato de aplicação do direito, o que gera um *déficit* de legitimidade da autoridade que impõe o ato e deixa dúvidas quanto aos limites de atuação dessa autoridade.

Conforme Antônio Menezes Cordeiro, o século XX representa, na Ciência do Direito, um espaço de letargia relativa.¹¹ Uma agitação prenunciadora de mudança viria a registrar-se, apenas, no seu último quartel. O século XIX presenciara profundas e promissoras alterações no modo de entender e de realizar o Direito.¹² Essas modificações

11 CORDEIRO, 2002, pp. IX-XI.

12 Antônio Menezes Cordeiro dá exemplos de algumas dessas alterações

explicam, num certo paradoxo, a quietude subsequente: as grandes opções possíveis estavam equacionadas; a evolução posterior limitar-se-ia a repensá-las e a aprofundá-las. Em seguida, conclui o autor, o formalismo e o positivismo constituiriam o grande lastro metodológico do século XX.¹³ Este lastro, a sua apreciação crítica e as subsequentes tentativas de superação condicionam todo o pensamento jurídico do final do século XX e, pode-se dizer, no início do século XXI.

Uma das principais referências do positivismo no século XX foi, e continua sendo, Hans Kelsen. Em sua teoria, a norma jurídica aparece como um objeto que pode ter dois ou mais significados, devendo o juiz escolher entre os significados possíveis da norma. Um primeiro momento desse processo é o instante da interpretação da norma, quando se deve criar uma moldura dentro da qual “existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme o Direito todo o acto que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”,¹⁴ onde devem ficar os diversos significados possíveis da norma (possíveis desde que coerentes com o ordenamento jurídico): “a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correcta, mas possivelmente a várias soluções que têm igual valor”.¹⁵

No instante de aplicação, o juiz, autor da interpretação autêntica (dentro da teoria de Kelsen), tem liberdade para

promissoras: “retenham-se, no domínio exemplar do Direito privado, o êxito das grandes codificações, a revolução metodológica savignyana, o aparecimento, desenvolvimento e decadência da exegese moderna e da jurisprudência dos conceitos e a divulgação da jurisprudência dos interesses. Outras orientações mais tarde desenvolvidas, tais como o Direito livre, o formalismo neokantiano ou o psicologismo datam do século XIX” (CORDEIRO, 2002, pp. IX-XI).

13 CORDEIRO, 2002, pp. XV-XVI.

14 KELSEN, 1979, p. 466.

15 KELSEN, 1979, p. 467.

escolher, dentre os vários significados possíveis, aquele mais apropriado para o caso concreto. O órgão investido pela ordem jurídica para aplicar o Direito tem o poder não somente de aplicar o direito dentro das possibilidades contidas na moldura, ou seja, dentro dos limites racionalmente extraídos do sistema hierarquizado de normas, mas também “pode produzir uma norma que se situa completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”.¹⁶ Nessas condições, além da norma jurídica apresentar uma diversidade de significados, todos possíveis para sua aplicação, a decisão em si, a aplicação da norma, surgida com sua interpretação, não pode, segundo Kelsen, ser controlada racionalmente, não pode ser controlada pela Ciência do Direito, sendo então uma questão política. Essa aplicação da lei pela autoridade judicial, que pode dar-se inclusive fora das possibilidades da moldura, não se resume ao conhecimento do ordenamento jurídico, mas envolve outras normas que podem incidir *no processo de criação da norma*: “normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade”.¹⁷

Conforme expõe Arnaldo Bastos Santos Neto:

até o advento da obra de Kelsen, no mundo do direito europeu-continental, a concepção vigente era a do Direito como produto da atividade racional do legislador. A busca da segurança jurídica pautava o trabalho da dogmática. Na sua teoria da interpretação, Kelsen avança contra estas concepções, atacando-as como formulações que correspondem não a uma atitude científica, mas sim como reflexo de uma dada ideologia jurídica. Para isso irá investir contra suas construções míticas: a neutralidade do juiz, a

16 KELSEN, 1979, p. 471.

17 KELSEN, 1979, p. 470.

segurança jurídica do ordenamento e a interpretação como busca da vontade original do legislador.¹⁸

Mais adiante o autor arremata:

Desse modo, Kelsen desfere um duro ataque ao formalismo interpretativo tradicional que considerava que a interpretação da lei era uma atividade intelectual de mera clarificação e compreensão de um único significado que podia ser deduzido da norma superior. Uma ilusão formalista, nascida da ingênua negação da indeterminação da linguagem jurídica e de um erro de avaliação da exigência de flexibilidade que todo sistema normativo possui diante das instâncias sempre móveis da sociedade.¹⁹

Esse espaço de decisão da autoridade judicial vem como poder discricionário na teoria de Hart, do qual colhemos a síntese: “A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso”.²⁰

Juízes e tribunais têm aí uma função criadora, dado que a norma revela-se indeterminada em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão. Atienza explica que Hart considera uma característica do positivismo jurídico a “tese da discricionariade judicial”, ou seja, “a tese de que, nos casos duvidosos ou não previstos que aparecem em todo o Direito, o juiz cria direito, embora ao mesmo tempo esteja submetido a uma série de condições jurídicas que limitam a sua escolha”.²¹

Dworkin parte de onde termina Hart – seu professor –, pois para ele são justamente os casos difíceis que merecem

18 SANTOS NETO, 2008, p. 89.

19 SANTOS NETO, 2008, p. 99.

20 HART, 1986, p. 148.

21 ATIENZA, 2003, p. 86 e 92.

mais atenção e estudo. Dworkin procura verificar como – nesses casos onde várias decisões são possíveis – o juiz chega a um determinado juízo. Como afirma Kaufmann,²² para Dworkin esse é um problema de interpretação que constitui novidade em relação a Hart, isto é, o fato de Dworkin considerar o sistema jurídico composto por regras e princípios gerais de direito – o que representa um ataque aos positivistas. Trata-se, na verdade, de uma das hipóteses de superação do dilema entre jusnaturalismo e juspositivismo que tem em Dworkin seu grande expoente por conta de seu trabalho *Taking Rights Seriously*, publicado em 1977.

Afirma Dworkin que as regras – diferentemente dos princípios – “são aplicáveis à maneira do tudo ou nada”.²³ Os princípios, porém, “mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”.²⁴ Os princípios são vinculantes para todos os Poderes do Estado: Legislativo, Judiciário e Executivo e, mesmo nos casos difíceis, afirma Dworkin, “o juiz deve decidir, deve descobrir quais são os direitos das partes, e não pode inventar novos direitos retroativamente”.²⁵ Para Dworkin, não há escolha livre. O trabalho não é fácil, exige um esforço hercúleo. Dworkin está convicto de que existe apenas uma sentença correta para cada caso, mas para isso é necessário um juiz com capacidades sobre-humanas para encontrá-la: o juiz Hércules.

A proposta que se pretende apresentar em seguida parece justamente liberar o juiz desse trabalho sobre-humano. Trata-se da atual necessidade de institucionalização

22 KAUFMANN, 2004, pp. 74-79.

23 DWORKIN, 2002, p. 41.

24 DWORKIN, 2002, p. 40.

25 DWORKIN, 2002, p. 127.

de procedimentos de acordo com os valores expressos em princípios constitucionais.

4. Constituição, processo e a exigência de racionalização no Estado moderno

Na sociedade contemporânea, acentua-se a possibilidade de crítica. O indivíduo, ao mesmo tempo que se conduz conforme determinações legais, tem a capacidade de questionar e criticar a validade dessa lei que lhe prescreve condutas e pode acabar encontrando a base de validade do direito em princípios morais. Essa sociedade conhece uma diversidade cultural, religiosa, política e econômica que aumenta enormemente as possibilidades de críticas e o questionamento quanto à validade do direito. Considere-se ainda que a norma jurídica, portadora de uma diversidade de significados, pode até perder consistência nesse ambiente, servindo tanto a interesses conservadores como progressistas, servindo tanto para religiosos como para ateus, tanto para liberais como para republicanos, tanto para ricos como para pobres. Isso tudo torna indispensável a constituição de um espaço de argumentação e debate, um espaço onde possa ocorrer a análise dos diversos significados possíveis da norma jurídica, onde possa se fazer presente toda aquela diversidade cultural, religiosa e política já mencionada, onde os indivíduos possam trazer seus diversos argumentos para situações semelhantes. Esse ambiente de debate é o processo. Processo que, no Direito, ganha o *status* de uma área do conhecimento – o Direito Processual –, a qual está constituída como ambiente de debate a respeito de soluções para conflitos levados a juízo. Embora a referência seja feita costumeiramente às decisões judiciais, é preciso salientar que todas as decisões do Estado estão sujeitas a procedimentos específicos. A ausência desse espaço de debate, nessa socie-

dade diversificada, remete o homem a um tempo no qual a ordem da autoridade²⁶ era suficiente para a obediência, o que vem sendo superado principalmente depois o final do século XVIII.

Como espaço de debate, há o processo, inclusive em seu aspecto físico, como *locus*, um lugar onde ficam registradas as narrativas de fatos, argumentos, enfim, interpretações da norma e dos fatos, chegando-se a uma decisão sobre a aplicação da norma. Esse espaço deve ser disciplinado de tal modo que se preserve o devido processo legal (não só o devido processo legal judicial, mas também o devido processo legal legislativo e administrativo, conforme o caso), exigindo-se dos atores que o ocupam o dever de fundamentar seus argumentos, sob pena de não serem reconhecidos como válidos. Esse espaço permite uma solução dialógica.

Na doutrina jurídica encontramos o processo e o procedimento, devidamente regulados pelo direito, como “meio (ou ‘método’) empregado na formação da ‘vontade estatal’ em um Estado de Direito”.²⁷ Afirma Willis Santiago Guerra Filho:

Procedimentos são séries de atos ordenados com a finalidade de propiciar a solução de questões cuja dificuldade e/ou importância requer uma extensão do lapso temporal, para que se considerem aspectos e implicações possíveis. Dentre os procedimentos regulados pelo Direito, podem-se destacar aqueles que envolvem a participação e a influência de vários sujeitos na formação do ato final decisório, reservando-lhes a denominação técnica de ‘processo’.²⁸

Dessa forma, diante desse quadro de diversidades onde os princípios jurídicos inclusive demarcam uma dimensão jurídica (como norma jurídica) até há pouco tempo não re-

26 Essa idéia tem fundamento em Charles Sanders Peirce, quando ele trata dos métodos para a fixação das crenças. Cf. PEIRCE, 1972, pp. 71-92.

27 GUERRA FILHO, 2001, p. 64.

28 GUERRA FILHO, 2002, pp. 19-20.

conhecida, nessa sociedade que se tornou complexa e plural, onde – repita-se – a referência às tradições ou a uma ordem sacra não é mais capaz de fornecer os elos que unem suas estruturas, maior é a importância dos procedimentos e, dessa forma, daquela parte do direito que os disciplinam: o Direito Processual,²⁹ não apenas o direito processual utilizado nos tribunais – pode-se dizer Direito Processual Judicial –, mas o direito utilizado em todos os procedimentos onde exista uma manifestação de vontade estatal.

Essa importância e mesmo necessidade de institucionalização de procedimentos decisórios pode ser exposta através das concepções de Robert Alexy, para quem, em um Estado democrático de direito, distinguem-se duas concepções básicas sobre o sistema jurídico: constitucionalismo e legalismo.³⁰ Esta última – explica – pode ser resumida em quatro breves fórmulas:

1) norma en vez de valor; 2) subsunción en vez de ponderación; 3) independencia del derecho ordinario en vez de omnipresencia de la Constitución; 4) autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución en lugar de la omnipotencia judicial apoyada en la Constitución, sobre todo del Tribunal Constitucional Federal.

Para o constitucionalismo – diz Robert Alexy – há na Constituição, no capítulo sobre direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores que, sendo decisão jusconstitucional fundamental, vale tanto para a legislação como para a administração e a jurisdição. O ordenamento jurídico contém, além de regras, valores que exercem um efeito de irradiação. Conceitos como dignidade, liberdade e igualdade, Estado de Direito, democracia e Estado Social proporcionam conteúdo substancial ao sistema jurídico. Esse constitucionalismo

29 GUERRA FILHO, 2002, pp. 73-76.

30 ALEXY, 2004, p. 160.

sustenta-se sob a noção de sistema jurídico composto por normas que podem ser regras ou princípios. O ponto decisivo para tal distinção é que os princípios são “mandatos de otimização” enquanto as regras são “mandatos definitivos”,

los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. [...] La ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios.³¹

Afirma Alexy que as regras, diferentemente dos princípios, ou são satisfeitas ou não são: elas valem ou não valem. Se uma regra vale, então há a obrigação de fazer exatamente o que ela exige: nem mais nem menos. A aplicação das regras é mesmo uma questão de tudo ou nada.

Um exemplo de aplicação de princípios exposto por Alexy é esclarecedor e se refere a uma sentença do Tribunal Constitucional sobre a realização de uma audiência oral contra um acusado que corria o risco de um ataque cerebral ou de um infarto.³² Havia, então, de acordo com o autor, uma tensão entre o dever do Estado de garantir a aplicação do Código Penal e o direito do acusado à sua vida e à sua integridade física. A solução ocorre com a utilização da máxima da proporcionalidade, importando verificar qual dos interesses, abstratamente iguais, tem, diante do caso concreto, um peso maior. O Tribunal decidiu pela precedência do direito à vida e à integridade física do acusado: “De esta manera, el principio que tiene precedencia restringe las posibilidades jurídicas de la satisfacción del principio desplazado. Este

31 ALEXY, 2004, p. 162.

32 ALEXY, 2004, pp. 163-164.

último sigue siendo parte del orden jurídico. [...] Cual haya de ser la solución depende de los pesos relativos de los principios opuestos”.

Segundo Robert Alexy, a tarefa de otimização é jurídica, mas é sempre também moral. Isso fica mais claro quando se consideram os princípios constitucionais da dignidade humana, liberdade, igualdade, democracia, Estado de Direito e Estado Social: “La teoría de los principios ofrece un punto de partida adecuado para atacar la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral”.³³

A colisão de princípios mostra, segundo Robert Alexy, que entre princípios e valores existe uma ampla coincidência estrutural.³⁴ E assim, toda colisão de princípios pode ser representada como colisão de valores e toda colisão de valores como uma colisão de princípios. A única diferença está no fato de que, no primeiro caso, decide-se o que é devido, ou seja, o que é ordenado, proibido ou não permitido e, no segundo, o que é melhor. A teoria dos princípios renuncia, assim, a uma intuição dos valores, pois os princípios são normas que “valem ou não valem”.³⁵ Conhecer princípios é “un problema del conocimiento de las normas; el de su aplicación, un problema de la aplicación de las normas. Por lo tanto, la cuestión puede rezar sólo si exclusivamente normas con la estructura de reglas o también aquéllas que poseen la estructura de principios han de ser consideradas como elementos del sistema jurídico”.

33 ALEXY, 1988, p. 144.

34 ALEXY, 2004, pp. 164-165.

35 A expressão em destaque pode levar a entendimento equivocado. Faz-se necessária, portanto, a devida explicação. Com ela, o autor não desejou expressar exclusão ou opção pela validade. O que buscou foi negar que princípios possam ser intuídos: “La teoría de los principios renuncia a [...] la dudosa aseveración epistemológica de una facultad específica para la intuición de los valores. Los principios son normas que o bien valen o no valen” (ALEXY, 2004, p. 165).

Em palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal em dezembro de 1998, Robert Alexy afirmou que a teoria dos princípios não resolve apenas a questão da colisão de direitos fundamentais, mas também possibilita um meio-termo entre vinculação e flexibilidade, enquanto a teoria das regras conhece apenas a alternativa: validade ou não-validade.³⁶ Diz Robert Alexy:

em uma constituição como a brasileira, que conhece numerosos direitos fundamentais sociais generosamente formulados, nasce sobre esta base uma forte pressão de declarar todas as normas que não se deixam cumprir completamente simplesmente como não-vinculativas, portanto, como meros princípios programáticos. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível.³⁷

Diante do conflito entre posições denominadas por Alexy – como já se falou acima – de legalista e constitucionalista, o autor defende um “constitucionalismo moderado” segundo o qual o sistema jurídico é composto por normas que são regras ou princípios. Uma das objeções a esse modelo de sistema, apresentada pelo autor, é a que expressa o temor de que a teoria dos princípios conduza a um deslocamento do poder do Parlamento aos tribunais.³⁸ O autor a refuta da seguinte forma: “Esta objeción desconoce la diversidad de aquello que puede ser objeto de un principio. Existen no sólo principios materiales (substantivos) sino también formales (procedimentales)”.

Portanto, de acordo com Robert Alexy, existem princípios materiais e princípios que ele denomina procedimentais.

36 ALEXY, 1999, pp. 78-79.

37 É oportuno observar que a teoria apresentada por Robert Alexy permite uma ampliação das possibilidades de aplicação da Constituição, especialmente das normas de direitos fundamentais, mas não chega a afirmar que possamos realizar no mundo dos fatos tudo aquilo que a Constituição promete somente por estar escrito na Constituição.

38 ALEXY, 2004, pp. 168-169.

À possível indeterminação dos princípios endereçam-se os procedimentos. Para Robert Alexy, regras e princípios não proporcionam um quadro completo do sistema jurídico. É preciso acrescentar o “lado ativo” desse sistema: os procedimentos:

Ni los principios ni las reglas regulan por sí mismos su aplicación. Ellos representan solo el costado pasivo del sistema jurídico. Si se quiere obtener un modelo completo, hay que agregar al costado pasivo uno activo, referido al procedimiento de la aplicación de las reglas y principios. Por lo tanto, los niveles de las reglas y los principios tienen que ser completados con un tercer nivel. [...] De esta manera, surge un modelo de sistema jurídico de tres niveles que puede ser llamado “modelo reglas/principios/procedimiento”.³⁹

Repita-se que as normas que compõem o sistema jurídico, segundo Robert Alexy, são regras ou princípios que compõem o “lado passivo” do sistema. Já o “lado ativo” é composto por procedimentos que para ele são tanto o processo de aplicação do direito como o de sua formulação.⁴⁰ Dessa maneira é que se pode afirmar que Robert Alexy concebe um modelo de sistema jurídico composto por três níveis: regras, princípios e procedimentos. Os dois primeiros – regras e princípios – formam seu “lado passivo” e o último – o procedimento – o “lado ativo”. E procedimentos, para Robert Alexy, “son sistemas de reglas y/o principios para la obtención de resultado. Si el resultado es logrado respetando las reglas y/o los principios, entonces, desde el aspecto procedimental presenta una característica positiva. Si no es obtenido de esta manera, entonces es defectuoso desde el punto de vista procedimental y, por ello, tiene una característica negativa”.⁴¹

39 ALEXY, 2004, p. 168.

40 ALEXY, 2004, p. 174.

41 ALEXY, 2002, pp. 457-458. Acrescenta-se que, para o autor, sob o conceito amplo de procedimento abarca-se tudo que está sob a fórmula “realización

O que se deseja aqui não é fazer uma defesa de teorias procedimentais puras, pois se entende que princípios são também – como as regras – normas que precisam ser aplicadas. Todavia, a presença de princípios no ordenamento jurídico não converte juízes em justiceiros. Do juiz do Estado Democrático de Direito exige-se a concretização de valores constitucionais, porém através de procedimentos que também são estabelecidos de acordo com aqueles valores e conferem racionalidade a tais decisões. Trata-se de procedimentos necessários para a tomada de decisão não apenas judicial, mas legislativa e administrativa.

Destaque-se ainda que, a Constituição, como norma que traz a organização fundamental do Estado, é a lei que deve apresentar as prescrições necessárias para que a vontade do Estado seja coerente, adequada ao Estado Democrático de Direito, ao devido processo legal e respeitadora de um conjunto de direitos ali delineados. A característica primordial de uma Constituição é “o estabelecimento de normas para a elaboração e identificação de outras normas da ordem jurídica nela baseada”. É justamente por isso que é possível afirmar que a Constituição tem natureza processual, porquanto “de fato, todo o aspecto organizatório, a distribuição de competências e de poderes entre as diversas esferas estatais se reveste de um caráter processual, [...] já que não impõem diretamente nenhum padrão de comportamento a ser assumido pelos integrantes da sociedade política”.⁴²

Todavia, são também tipicamente constitucionais normas que fixam certos modelos de conduta, pela “atribuição de direitos, deveres e garantias fundamentais, onde se vai encontrar a orientação para saber o que se objetiva atingir com

y aseguramiento de los derechos fundamentales a través de la organización y el procedimiento”.

42 GUERRA FILHO, 2002, p. 28.

a organização delineada nas normas de procedimento”.⁴³ O que ocorre, afirma Willis Santiago Guerra Filho, é “uma materialização do direito processual, ao condicioná-lo às determinações constitucionais, e, ao mesmo tempo, uma procedimentalização ou desmaterialização do direito constitucional, na medida em que o processo se mostre indispensável para a realização da ‘Lei Maior’ e, logo, também das ‘menores’ ou ordinárias”.⁴⁴

Em outras palavras, a Constituição tem, outrossim, natureza de lei processual, assim como os institutos de direito processual possuem estatuto constitucional e são *também* de natureza material. Isso pressupõe a distinção entre dois aspectos ou dimensões do direito: material e processual. Conforme Calmon de Passos, o direito é o que dele faz o processo de sua produção.⁴⁵ Isso nos adverte que nunca é algo dado, pronto, preestabelecido ou pré-produzido. O direito, em verdade, é produzido a cada ato de sua produção, concretiza-se com sua aplicação e somente é enquanto está sendo produzido ou aplicado.

Não se trata de diferenciar ramos da matéria jurídica ou de uma divisão como a que separa Direito Público de Direito Privado. As dimensões – processual e material – são relacionais: conceituam-se uma em função da outra e se exigem mutuamente. Materiais são as normas quando fornecem parâmetros para realizar o controle e a ordenação da conduta intersubjetiva pelo Direito. Processuais, quando se “ocupam diretamente com essa realização, ou seja, com a determinação das condições para que esses parâmetros venham a ser aplicados concretamente”.⁴⁶

43 GUERRA FILHO, 2002, p. 29.

44 GUERRA FILHO, 2002, p. 27.

45 PASSOS, 2000, p. 68.

46 GUERRA FILHO, 2002, p. 28.

O texto constitucional é constitutivo da ordem jurídica e, como se afirmou, tem igualmente natureza processual, visto que contém normas que se destinam à elaboração e identificação de outras normas da ordem jurídica. A Constituição fornece o fundamento do ordenamento jurídico e a indeterminação das normas que são princípios torna necessária a intermediação de procedimentos para que se tomem decisões de acordo com eles, devendo tais procedimentos também ser estabelecidos com respeito àqueles princípios. “O processo aparece, então, como resposta à exigência de racionalidade que caracteriza o direito moderno”,⁴⁷ tanto para a criação do direito como para sua interpretação e aplicação.

5. Conclusão

Diante de tudo o que foi exposto, pode-se concluir que o século XX deixou – após a grande catástrofe – para o Direito, como obra humana, profundas interrogações, entre as quais a questão da lacuna entre um ordenamento jurídico ao qual foram incorporados valores – até como consequência do assombro vivido – e a realização desse ordenamento no cotidiano da sociedade. Talvez o homem do Ocidente, especialmente, tenha percebido a necessidade de duvidar das ordens às quais está submetido e questioná-las. A Teoria do Direito encontrou um limite tortuoso para suas pretensões (pretensão de coerência científica), ou seja, a dificuldade de explicar a aplicação da lei, o que significa explicar a relação entre o ordenamento jurídico, de um lado, e o que se faz desse ordenamento jurídico na vida social, de outro, sem deixar a relação entre ambos incoerente. As possibilidades e limites de aplicação das normas constituem ainda material para amplo debate.

47 GUERRA FILHO, 2002, pp. 28-30.

Há que se observar que as Constituições dogmáticas – escritas e criadas em um instante da história do Estado – são, sim, portadoras de ideologias, de valores dominantes no instante de sua criação. Essas ideologias e valores, contudo, não podem ser confundidos com ideologias e valores reinantes no instante de aplicação da Constituição. Aqueles valores impressos pelo poder constituinte continuam existindo, em decorrência da rigidez do texto, mas sua aplicação passa a depender da realidade cultural, social e histórica em que esse texto incide. Há um longo caminho a ser percorrido, ou melhor, a ser desenhado.

Referências

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 2004.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. Trad. Luís Afonso Heck. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, pp. 67-69, jul./set. 1999.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón practica. Trad. Manuel Atienza. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 5, pp. 139-151, 1988. Disponível em: www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml Acesso em: 13 fev. 2006.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. In: *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, pp. IX-CXIV, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando dos direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*. São Paulo: Atlas, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4. ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2005.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEIRCE, Charles Sanders. A fixação das crenças. In: PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica e filosofia*. Trad. Octanny S. Mota e Leônidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, pp. 71-92, 1972.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A teoria da interpretação em Hans Kelsen. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 16, n. 64, pp. 88-126, jul./set. 2008.

Recebido em 03/02/2012.

Aprovado em 02/03/2012.