

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

FACULDADE DE DIREITO

DOUTORADO

DIREITO POLÍTICO

PROF.: DR. JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

ALUNO: LUIS ANTONIO HECK

BELO HORIZONTE, dezembro de 1989

SUMÁRIO

2

1. INTROÍTO	p. 04
2. O PODER JUDICIAL NO PENSAMENTO POLÍTICO CLÁSSICO ..	p. 06
3. A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NOS	
ESTADOS UNIDOS	p. 08
3.1. Wechsler e os princípios gerais ou neutros	
como parâmetros do jurídico	p. 14
3.2. O método de interpretação denominado de	
"O Literalismo"	p. 16
3.3. O chamado "Originalismo"	p. 17
3.4. O valor do silogismo como argumento	
em si mesmo	p. 19
3.5. Conclusão do exposto	p. 20
4. A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NA EUROPA	p. 21
4.1. Questões preliminares	p. 22
4.1.1. O substrato teórico dos métodos de	
interpretação	p. 22
4.1.2. O aspecto metafísico-teológico da	
Constituição	p. 24
4.1.3. A questão das chamadas "cláusulas abertas".	p. 30
4.1.4. O "mandado de Injunção" e as cláusulas cons- titucionais dependentes de legislação in- fraconstitucional; na Constituição de 1963 ..	p. 32
4.1.5. A utilização da legislação infraconstitu- cional para a interpretação da Constitui- ção	p. 37
4.2. Métodos de Hermenêutica (Constitucional)	p. 38
4.2.1. O método clássico	p. 40
4.2.2. Os métodos do estágio intermediário	p. 42
4.2.2.1. Uma breve reflexão	p. 42
4.2.3. Os métodos modernos de interpretação cons- titucional	p. 43
4.2.3.1. O método integrativo	p. 43
4.2.3.2. O método tópico	p. 45

4.2.3.3. O método concretista	p. 46
5. OBSERVAÇÕES CRÍTICAS	p. 50
6. ASPECTOS GERAIS QUE DEVEM SER OBSERVADOS NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	p. 51
7. PRESSUPÓSTOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	p. 52
8. A GUIA DE CONCLUSÃO	p. 53
9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	p. 55

...do, de ocorrer forma o estudioso da doutrina, tendo-se conta do seu arrastal e, visualizando no horizonte os problemas por resolver, deve-se pôr o caminho, pois meditar é existir.

Uma das primeiras ideias que se codifica sobre a questão da interpretação constitucional é a de considerá-la um tipo de interpretação jurídica. De acordo com a doutrina, a interpretação constitucional é a interpretação de que trata o artigo 109 da Constituição de 1958, que estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal para interpretar a Constituição. A doutrina também discute a natureza da interpretação constitucional, se é uma interpretação jurídica ou se é uma interpretação política. A doutrina também discute a importância da interpretação constitucional para a democracia e para a proteção dos direitos fundamentais.

Posteriormente, a doutrina de interpretação constitucional evoluiu para considerar a interpretação constitucional como uma interpretação jurídica, mas também como uma interpretação política.

A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

4

1. INTROÍTO

Um tema desta envergadura, a rigor, não cabe dentro de uma moldura monográfica. A riqueza de conteúdo é muito maior do que "prima facie" possa parecer. Entretanto, assim como o grande poeta luso, Camões, percebendo a pequenez territorial de Portugal e, considerando a imensidão do mar, assertou que navegar é preciso, da mesma forma o estudioso do Direito, dando-se conta do seu arraial e, vislumbrando no horizonte os problemas por resolver, deve-se pôr a caminho, pois meditar é mister.

Uma das primeiras idéias que acodem à mente quando se depara com a questão de interpretação constitucional é a de considerá-la ao nível da interpretação das leis, em geral. Devemos, não obstante, desconfiar deste impulso primeiro. Os limites daquela traspassem os limites desta. Uma das pretensões de nosso trabalho é o de delucidar esta ultrapassagem e, como consectário, elencar os elementos que a preenchem. Desde logo, no entanto, achamos de bom alvitre avisar que, mesmo dentro desse domínio que configura a ultrapassagem, os pontos-de-vista não são pacíficos. Na comemoração dos 25 (vinte e cinco) anos de existência do "Bundesverfassungsgericht" (Tribunal Constitucional Federal - constituído em 7 de setembro de 1951), o Professor Dr. Ernst-Wolfgang Böckenförde, discursando sobre os métodos de interpretação constitucional, adverte: "Über die Methode der Verfassunginterpretation, ihren Ausgangspunkt, ihre Zielrichtung sowie die zulässige Argumentations- und Verfahrungsweise, besteht keine Einigkeit." (Neue Juristische Wochenschrift, p. 2069). No vernáculo: "Não há concórdia sobre o método de interpretação constitucional, sobre o seu ponto de partida, sobre o objetivo de sua direção, como também sobre a argumentação aceitável e o procedimento metodológico." Obviamente, a não harmonia resulta das críticas e estas, em seu devido tempo e lugar, também serão trazidas à balha.

Gostaríamos ainda de presentificar nesse esboço o necessi

dade de se abandonar, dentro da perspectiva do Direito Constitucional, máxime no que toca a interpretação da Constituição, a herança milenar romanística, i.é, de encarar o Direito primordialmente com a óptica privatista, lastreada com a lógica formal, Aristotélica, retilínea. Isso se deve a várias razões. Uma delas diz respeito ao fato de que, após haver dominado por séculos o raciocínio científico, a lógica formal perdeu o seu prestígio e instrumentalidade com as argumentações de Descartes. O leitor, é bem verdade, pode ripostar que a lógica formal ainda tem sua valia nos silogismos, técnica usada na subsunção do facto concreto à lei, sendo que o juiz penal não pode abandoná-la, muito menos o juiz comum na formulação da sentença. Concordamos com a argumentação, assim como não desprezamos o exposto no capítulo III, páginas 61 e ss., do livro de Karl Engisch, epígrafado "Introdução ao pensamento jurídico", onde o autor demonstra a mecânica do silogismo. No entretanto, não se pode (e as vezes se faz) comparar a técnica da interpretação da lei penal à técnica de interpretação da Constituição, por dois motivos: o primeiro se refere a um aspecto terminológico, pelo menos no tocante ao sistema alemão. Sentenças, aí, se denominam "Urteile" e acórdãos "Beschlüsse". Já os pronunciamentos do "Bundesverfassungsgericht" levam o nome de "Entscheidung" (resoluções), que obedece com a uma técnica diferente, pelo fato de os métodos de interpretação serem outros. O segundo motivo, que também se constitui na segunda razão, é o de que, diferentemente da lei penal a Constituição reflete a vida dinâmica do interior do Estado. E esta nem sempre (ou quase nunca) obedece à lógica formal. Jellinek, em seu clássico "Teoría general del Estado", ao descrever as funções do Estado, alerta que "Sólo tienen valor aquellas divisiones que penetran en la actividad del Estado y no se detienen en lo exterior. Pero ninguna división puede ofrecer una perfección lógica, porque se trata de comprender la vida y no una materia muerta, y todo lo vivo, aun quando se dirige a la práctica, está a menudo privado de lógica. Sólo la escolástica, muerta, podría buscarla y exigirla en todo momento, aunque en vano". (Pág. 494). Daqui se deduz: o grande instrumento de compreensão da Constituição é a lógica dialética e não a formal.

Uma terceira razão é de ordem filosófica. É preciso mencioná-la pois, como afirma Carnelli, "Em Direito, como é natu-

6
ral, pagam-se mais tarde as consequências das imprecisões que se toleram em Filosofia." (Tempo e direito, p. 95). Como já foi dito, até o advento de Descartes, a lógica formal permeava a "Weltanschauung" teológica-filosófica, por se assim dizer, indo tudo o mais a reboque. Neste contexto, era típico da Escolástica um elucidativo parágrafo de Henri Lefebvre: "As sociedades reais e o seu estudo concreto são negligenciados em favor de uma definição metafísica da sociedade em geral; depois, com a ajuda dessa abstração, pretende-se explicar as sociedades reais. Assim, o metafísico idealista parte das maçãs, das peras, das cerejas para criar a idéia abstrata de fruta; mas, depois, pretende explicar as frutas reais através da idéia da fruta "em si", da "essência eterna" da fruta, do "arquetipo" da fruta (Platão)." (Lógica formal/lógica dialética, p. 75).

A quarta e última razão se prende à História. A lógica formal nos tentaria a fazer uma abstração da mesma. Isso fazendo, incorreríamos em grave erro. Entende Hegel que, "Quanto ao elemento histórico em primeiro lugar mencionado no parágrafo (factores históricos do direito positivo), foi Montesquieu quem definiu a verdadeira visão histórica, o verdadeiro ponto de vista filosófico, que consiste em não considerar isolada e abstractamente a legislação geral e suas determinações, mas vê-las como elemento condicionado de uma totalidade e correlacionadas com as outras determinações que constituem o caráter de um povo e de uma época; nesse conjunto adquirem elas o seu verdadeiro significado e nisso encontram portanto a sua justificação". (Princípios da filosofia do direito, p. 20).

A presentificação dessas razões e, principalmente a quarta, tem como intuito justificar uma análise do trajeto histórico da interpretação constitucional. Esta não surge do nada e/ou de imediato, tal como a luz após o "Fiat lux". Aliás, como veremos, a necessidade de interpretar a Constituição por meio de determinados métodos, é fruto da articulação dialética do Estado que, em meio às suas contradições, procura superar a si mesmo.

2. O PODER JUDICIAL NO PENSAMENTO POLÍTICO CLÁSSICO

A preocupação, ou melhor, o eixo argumentativo de Hobbes (Leviatã-1651), de Locke (Segundo tratado sobre o governo-1690),

e de Rousseau (Do contrato social-1757/1762) gira em torno da questão de como tirar o poder das mãos do rei de uma forma justificada dentro do quadro valorativo da época. Imaginam então um instrumento que denominam de pacto, contrato ou associação humana. Nesta perspectiva polariza-se o Executivo (que representa o Poder) e o Legislativo (que detém a vontade geral). Equilibrar esta equação, sem ferir suscetibilidades teológicas, é a tarefa que se propõe os mencionados pensadores. Montesquieu (Do espírito das leis-1748) menciona juízes e tribunais mas, também preso ao magnetismo de "volonté générale", entende os juízes como simples "bouche qui prononce les paroles de la loi".

No afã de teorizar um Estado com governo legítimo, é compreensível não haver lugar para uma análise da interpretação das leis e sua conseqüente aplicação. Na verdade, uma teorização nessa direção demonstraria uma desconfiança justamente naquilo que, no momento, se erigia no grande argumento: o Parlamento.

Na Inglaterra, pátria de Hobbes e de Locke, inspiradora de Montesquieu, o Parlamento estava acima de qualquer suspeita. Isso fica claro quando lemos em Garcia de Enterría: "En la expresión de Blackstone, que describe el resultado de una evolución constitucional cumplida en lo sustancial durante el propio siglo XVIII, the power of Parliament is absolute and without control, el poder del Parlamento es absoluto y sin control; "tiene autoridad soberana e incontrolable para hacer, confirmar ampliar, restringir, abrogar, revocar, restablecer, interpretar cualquier Ley... En verdad, lo que hace el Parlamento ninguna autoridad sobre la tierra puede deshacerlo"; (aspas do autor) es, por tanto, el verdadero soberano, esto es, "la autoridad suprema, irresistible, absoluta, incontrolada". (aspas do autor). (La constitucion como norma y el tribunal constitucional, p. 53).

Ainda, segundo Garcia de Enterría, é no século XVII que surge o conceito de Lei Inconstitucional. "Ighalanto Sharp, en su básico libro A declaration of the people's natural right to a share in the legislature, 1774, una de las fuentes del movimiento, juzga, con base en la Magna Carta, que el juicio por los pares y no por jueces extraños es "el primero y más esencial derecho de la Constitución" (aspas do autor), esitando que juzgar irlandeses (o americanos) en Inglaterra era contrario al

fundamental law y que la Ley que lo autorizaba era, por tanto, "una unconstitutional Act of Parliament, una Ley inconstitucional del Parlamento; es quizás la vez primera en que aparece este concepto capital." (Op. cit., p. 51-2).

Ao nos determos na interpretação constitucional estadunidense verificaremos que se deu uma inversão de forças: os juízes passam a ter autoridade para conferir a constitucionalidade das leis, ou seja, o Poder Judiciário põe-se a cavaleiro do Parlamento.

3. A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS

Os imigrantes americanos encontram em Locke e Coke os grandes depositários intelectuais da tradição europeia do Direito Natural, Direito que serve de parâmetro às leis que lhe são inferiores (isso faz lembrar Antígona). Esse Direito Natural ainda alberga os direitos do homem, direitos que não se transmitem com o pacto social, servindo este, antes, como garantia dos mesmos. Nesse sentido, a liberdade e direito de propriedade estão acima de tudo, até do legislador, constituindo-se, enfim, no teste de validade das leis positivas. Além do aspecto filosófico, o Direito Natural traz embutido também uma técnica jurídica, qual seja, a de, em casos de o Parlamento produzir leis contrárias a ele (Direito Natural) poder o Judiciário declará-las nulas. (Conforme Garcia de Enterría. Op. cit., p. 52-3).

Este aspecto derruba a teoria da "soberania do Parlamento", de extração inglesa. E, em 1795, a Corte Suprema "establecerá" ya de manera expresa la diferencia entre el sistema inglés y el americano sobre la base de que en aquél "la autoridad del Parlamento es transcendente y no tiene límites", no tiene Constitución escrita ni fundamental law que limite el ejercicio del poder legislativo. En contraste, "en América la situación es radicalmente diferente; la Constitución es cierta y fija; contiene la voluntad permanente del pueblo y es Derecho supremo de la tierra; es superior al poder del legislativo." (Aspas do autor). (Garcia de Enterría. Op. cit., p. 54).

Entende Garcia de Enterría que "La gran aportación americana será plasmar en una Constitución escrita ese parámetro normativo superior que decide la validez de las Leyes del Parlamen

to. (...); pero, en segundo lugar, aun bajo la forma escrita ' constitucional difícilmente se habría mantenido el higher law' como una protección para los individuos si no se hubiesen apoyado sobre la judicial review (la facultad judicial de declarar inconstitucionales las leyes). (Op. cit., p. 53).

O "judicial review", como é sabido, não estava previsto na Constituição americana. O princípio do mesmo está insito no pronunciamento da Corte Suprema, ocorrido no ano de 1795, mencionado supra. Sua doutrina foi plantada com a famosa sentença do juiz Marshall, em 1803, no caso Marbury v. Madison. Ao contrário do que alguns pensam, esta sentença não foi uma criação cerebrina de Marshall. Schwartz, citado por Garcia de Enterría, informa que os tribunais estaduais já haviam declarado pelo menos umas vinte vezes a inconstitucionalidade de normas estaduais. Nesse sentido, Marshall apenas elevou a declaração de inconstitucionalidade a nível federal. (Conforme Garcia de Enterría. Op. cit., p. 55).

Desde então, de acordo com Enrique Alonso García, "La interpretación de la Constitución ha pasado, pues, a ser el problema capital del judicial review en Norteamérica". (La interpretación de la constitución, p. 9).

Fabio Lucas Verdú, diante desta sentença, pergunta: "Cómo es posible que un órgano establecido por la Constitución examine los preceptos de la misma?" E responde: "Sólo si partimos de que hay preceptos en la Constitución que expresen principios suprapositivos, reflejos del derecho natural, cabe la posibilidad de que aquel órgano pueda ejercer tal función, de lo contrario realizaría un verdadero golpe de Estado." (Problemática actual de la justicia constitucional y del examen de constitucionalidad de las leyes, p. 123). O autor, examinando a sentença, estabelece que a mesma deixou claro o fato de se declarar inconstitucionais as leis contrárias à Constituição, se se aceita a sua supremacia. Dizer que os Tribunais pudessem declarar inconstitucionais as leis contrárias à Constituição pode parecer, segundo Verdú, um golpe de Estado, uma vez que esta competência não lhes foi conferida constitucionalmente. Entretanto, "no actua ilegalmente si tenemos presente que todas las atribuciones se deducían mediante una construcción extensiva de la misma ley suprema. Marshall ensanchó las facultades

del Tribunal Supremo y le dignificó convirtiéndolo en guardián de la Constitución". (Op. cit., p. 123).

Nos Estados Unidos existe também a teoria dos poderes implícitos. Iris de Carvalho assere: "Os poderes implícitos, também chamados resultantes, são aqueles que, apesar de não se encontrarem expressos na Constituição, constituem meios necessários à realização dos fins colimados, poderes sem os quais de coisa alguma valeriam os que estivessem expressos." (Critérios valorativos de interpretação constitucional, p. 170). Ensina Iris que os poderes implícitos tiveram um grande impulso com a denominada "Construction", interpretação da Suprema Corte, agudamente analisada por Marshall, no caso "Mac Culloch v. The States of Maryland", respaldado no art. I, Seção VIII, § 18, da Constituição americana.

Aqui é de se perguntar se "Construção" e "Interpretação" são sinônimos. Adverte o Professor Baracho que Aurelino Leal, perscrutando esse assunto, distinguiu as duas expressões, embora tenha concordado que a doutrina constitucional americana não estabelece nenhuma diferença semântica entre ambas. De acordo com Black, mencionado pelo Professor Baracho, "Deve-se notar que este termo (Construção) é propriamente distinto de interpretação, embora ambos sejam muitas vezes empregados sinonimamente. Em sentido estrito, a interpretação é limitada à exploração do texto escrito, ao passo que construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas". (Hermenêutica constitucional, p. 177).

Na verdade, a questão semântica também não é pacífica no Brasil. Anna Cândida da Cunha Ferraz entende que não há porque fazer uma diferença entre as duas. Ambas são espécies do gênero interpretação, apenas se distinguindo pelos elementos ou critérios interpretativos com os quais trabalham e pelos resultados alcançados. (Processos informais de mudança da constituição, p. 47-8).

Na opinião da autora, "Por intermédio da "construction", a Constituição dos Estados Unidos da América não se imobilizou, mas aderiu à evolução política e social e evoluiu com ela". (Op. cit., p. 48).

A chamada construção reflete o que Lucas Verdú denomina de "la dinamicidad de la Constitución". Esta permite sua adap-

11
tação à realidade social. "La interpretación constitucional - dice Lucas Verdú - realiza esa adaptación a la realidad no de un modo mecánico, sino funcional porque verifica una confluencia entre la dinamicidad de la Constitución y la función esencialmente dinámica de quienes la interpretan, para aplicarla. Toda Constitución necesita ser interpretada; en realidad, la frecuencia de sus interpretaciones no indica que la Constitución sea defectuosa o anticuada, pues, puede ser signo de vitalidad." (Cesar Enrique Romero. La Corte Suprema y la interpretación constitucional, p. 1126).

Nos Estados Unidos, as grandes linhas retoras da interpretação constitucional estão contidas nos escritos dos juizes da Suprema Corte. Nenhum deles, ao que saibamos, elencou um número exato de regras interpretativas. Marshall, v. g., no tocante aos poderes implícitos, deixou assentado na sentença *Mac Culloch v. Maryland*: "Pode-se com assaz razão sustentar que um governo, ao qual se cometeram tão amplos poderes (como o dos Estados Unidos), para cuja execução a felicidade e a prosperidade da nação dependem de modo tão vital, deve dispor de largos meios para sua execução. Jamais poderá ser de seu interesse, nem tampouco se presume haja sido sua intenção, paralisar e dificultar-lhe a execução, negando para tanto os mais adequados meios." (Apud. Paulo Bonavides. Direito Constitucional, p. 311-2).

Story entende que a verdadeira doutrina foi exposta pela Suprema Corte: "Da imperfeição da linguagem humana, sérias dúvidas se erguem com respeito à extensão de qualquer poder conferido, aos objetivos em relação aos quais se instituiu esse poder, especialmente quando tais objetivos se acham expressos no próprio instrumento, devendo ter grande influência na interpretação." (Apud. Paulo Bonavides. Op. cit., p. 312-3).

Na mesma linha de raciocínio continua Story: "Com efeito, nenhum axioma no direito ou na razão se acha mais claramente estabelecido que aquele, segundo o qual, onde se pretende o fim se autorizam os meios. Toda a vez que se outorga um poder geral, aí se inclui todo o poder particular necessário a efetivá-lo." (Apud. Paulo Bonavides. Op. cit., p. 314).

Saliente, por fim, Bonavides, a importância da teoria dos poderes implícitos na hermenêutica constitucional americana: "Os poderes implícitos estão para a hermenêutica constitucional

assim como a separação de poderes para a preservação jurídica da liberdade. Ambos representam técnicas essencialmente lógicas e racionais extraídas de uma análise ao poder político, de uma sociedade que, ao exibir determinada estrutura, já alcançou um certo grau de desenvolvimento institucional." (Op. cit., p. 314).

Fora do domínio da teoria dos poderes implícitos, os juizes da Suprema Corte também estabeleceram certas regras de interpretação constitucional. Novamente citando Story, argumenta Bonavides: "Quando Story expôs suas regras de interpretação tiradas ex directo do texto da Constituição, partiu ele da afirmativa de que a regra primeira e fundamental na interpretação de todos os instrumentos é interpretá-los de acordo com o sentido dos termos e a intenção das partes. O constitucionalista estava na Constituição americana não somente o texto em si, mas sobretudo a vontade popular, que anima a tarefa constituinte e se reflete permanentemente sobre o documento como sua inspiração básica e primordial." (Op. cit., p. 306).

Baseando-se em Willoughby, continua o autor: "Um expediente elementar de interpretação constitucional consiste em tomar sempre a Constituição globalmente, como um todo de que as cláusulas particulares se fazem tributárias e indissociáveis, recebendo luz, significado e vida da finalidade conjunta e comum corporificada no instrumento máximo ou seja nas idéias e princípios essenciais da carta magna." (Op. cit., p. 306).

Noutra ocasião, lecionou Story: "Quando se vislumbra o caráter da Constituição mesma, os objetivos que ela intenta colimar, os poderes que confere, os deveres que impõe e os direitos que assegure, bem como o fato histórico conhecido de que muitas de suas provisões foram matéria de compromisso de opiniões e interesses opostos, alcançaremos provavelmente a conclusão de que nenhuma regra uniforme de interpretação pode aplicar-se-lhe, que não consinta, embora positivamente não o exija, muitas modificações em sua presente aplicação a determinadas cláusulas. E talvez a mais segura regra de interpretação seja afinal de contas aquela que, empregando todas as luzes e recursos da história contemporânea, se volte para a natureza e objetivos dos direitos, deveres e competências específicas, dando às palavras que os exprimem uma força e função compatíveis

com seu legítimo significado, de modo que se possa justamente 'assegurar e lograr os fins propostos.' (Op. cit., p. 307). Considera Bonavides este texto como sendo um prefácio da moderna interpretação constitucional, baseada na axiologia, na história e na finalidade das normas constitucionais.

Visando frisar a importância teleológica da Constituição, que sobrepõe sobre o seu texto, avisa Story que, no caso de 'haver conflito interpretativo entre os dois, "nenhuma corte de justiça poderá interpretar uma cláusula constitucional em ordem a frustrar-lhe os óbvios fins, se do mesmo passo couber outra interpretação que, acorde com o texto e o sentido da Constituição venha observá-los e protegê-los". (Op. cit., p. 308).

Considera ainda Story que a Constituição deve receber uma interpretação razoável ou lógica, tanto de sua linguagem como de seus poderes, nunca perdendo no horizonte os objetivos e propósitos para os quais estes foram conferidos. (Op. cit., p. 308).

Em relação as palavras, doutrina Marshall, citado por Bonavides: "...as palavras podem comportar várias acepções, mas o que em verdade importa com respeito a uma legítima interpretação da Constituição é descer com veracidade ao tema, ao contexto, às intenções do povo, qual se despreendem do instrumento constitucional." (Op. cit., p. 310). As Constituições, segundo Marshall, foram feitas para durar e tolher crises resultantes de negócios humanos.

Ao contrário do que possa parecer, as regras de interpretação não fecham o seu círculo, ou melhor, não se esgotam nos escritos dos juizes da Suprema Corte. Ao lado dessas regras, há doutrinas de interpretação, por se assim dizer, algumas baseadas na própria História americana, outras se constituindo numa análise de certas decisões dos Tribunais. Como afirmamos no início, o tema da interpretação constitucional é rico e vasto, sendo difícil condensar tudo no espaço de uma monografia. Haveria, no entanto, um prejuízo, se não mencionássemos, ao menos, as principais doutrinas que dissecam a interpretação constitucional nos Estados Unidos. Mesmo porque a Suprema Corte e a doutrina americana estão sendo hodiernamente, máxime com as criações dos Tribunais Constitucionais europeus, reconsideradas no Continente. Como estas doutrinas não estão umbilicalmente ligadas, decidi, para a clareza da exposição e melhor entendimento, comen-

ter as mesmas em tópicos separados.

14

3.1. WECHSLER E OS PRINCÍPIOS GERAIS OU NEUTROS COMO PARÂMETROS DO JURÍDICO

Na década de 50 (cinquenta) começaram a haver reações contra a jurisprudência do Tribunal Warren. Wechsler foi o corifeu de uma destas reações. Sua contestação girou em torno da pesquisa do processo de interpretação constitucional com o fito de determinar a sua natureza. Enrique Alonso García informa que se tratava de responder a seguinte pergunta: "qué distingue una decisión judicial-constitucional de otro tipo de pronunciamientos constitucionales?" (Op. cit., p. 31).

Uma das primeiras afirmativas de Wechsler foi a de que os Tribunais devem, em suas sentenças, explicar os seus "auténticos fundamentos de las mismas". (Ibid., id., p. 32).

Os princípios gerais ou neutros significam que as decisões devem basear-se "en análisis y razones que desde luego trasciendan el resultado inmediato que se alcanza". De acordo com Enrique Alonso, Wechsler não definiu estes princípios. Tentou explicá-los por meio de citações colhidas em ditos de juizes consagrados. Assim, por exemplo, a frase de J. Jackson, no sentido do que "la libertad se alcanza sólo por medio de la rule of law"; o conselho de J. Frankfurter ao juizes, para que estes "alcanzen la justicia entre el hombre y hombre, entre hombre y Estado, encontrando la vía adecuada a través del precedente, través de la policy, a través de la historia ..., a través de la razón llamada derecho"; a citação de C. J. Hughes: "Tras las palabras de la Constitución existen postulados que limitan y controlan"; a afirmação de J. Holmes: "La limitación del pasado, hasta que tengamos una clara razón para cambiar, no necesita más justificación que el apetito." Por fim, a afirmação de C. J. Taney, no sentido de "que una sentencia del TS que se basa en la interpretación de la Constitución está abierta a discusión siempre que creamos que está fundamentada en el error...". (Ibid., id., p. 34).

Wechsler também reconheceu a necessidade de atualização das chamadas cláusulas abertas (constitucionais), no sentido de que fossem preenchidas com a realidade social da época de sua a

15
plificação. Admitió también que "en el proceso de interpretación constitucional los tribunales tienen que elegir entre condenar o permitir elecciones entre valores o deseos, alternativa que se refleja en la acción legislativa o ejecutiva que se somete a examen de constitucionalidad." (Ibid., id., p. 34).

En 1965, no seu trabalho "The Courts and the Constitution", Wechsler novamente retoma o assunto, afirmando que a teoria dos princípios neutros se constitui em limites morais ao poder da Suprema Corte. Usando como parâmetro o caso *Shelley v. Kraemer*, já por ele utilizado no artigo anterior, deseja explicar que "una persona de razones neutrales ... si fundamenta la decisión en razones que estaría dispuesto a seguir en otras situaciones a las que fuera aplicable", siempre, diz Enrique, que con ello no se llegara a un resultado absurdo". (Ibid., id., p. 35).

O seu método, afirma Wechsler, consiste em "destilar un principio que determina la solución al caso que se examina y que sea viable para aplicarse a aquellas otras situaciones, ahora previsibles, a las que la lógica del principio demande que debe aplicarse siguiendo fuentes tales como (el lenguaje, los postulados de C. J. Hughes, la historia, el precedente, los cambios que hayan tenido lugar en la vida y en Derecho y los nuevos problemas que han emergido)". (Ibid., id., p. 35).

A teoria dos princípios neutros de Wechsler fez escola nos Estados Unidos. Tribunais se manifestaram, a doutrina, por uma parte apoiou, por outra, rebateu. Foge ao nosso escopo adentrar no âmago destas questões. Apenas registraremos, com base em Enrique Alonso, o que ele chama "la parte válida" da teoria.

Em primeiro lugar, a teoria tem mostrado a absoluta necessidade de todas as decisões dos Tribunais e, principalmente, as decisões dos Tribunais Constitucionais, deverem "sacar e reducir en la sentencia los auténticos motivos fundamentadores del fallo o, como Tyrrel ha puesto de relieve, que "una ciencia social desinteresada es... puro sin sentido. Nunca ha existido y nunca existirá. Fese a ello, podemos intentar racionalizar los mecanismos de decisión, pero sólo enfrentándonos a los juicios de valor, no eludiéndolos." (Ibid., id., p. 60).

Em segundo lugar, da teoria se deduz que todo o processo decisório deve estar motivado por razões.

Em terceiro lugar, a teoria mantém uma coerência interna,

no sentido de que, sejam quais forem os princípios, deverão produzir uma harmonia com os casos anteriores e posteriores.

Em quarto lugar, a teoria propõe a mesma coerência no que toca a jurisprudência futura.

Por fim, a teoria trata de rechaçar a "excessiva repetição" de sentenças cujos princípios são abertos a ponto de não permitirem se saber, de forma alguma, a priori, quais irão ser os seus limites. (Conforme Enrique Alonso. Op. cit., p. 60-1).

3.2. O MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO DENOMINADO DE "O LITERALISMO"

O assim chamado "literalismo" se constitui numa corrente de interpretação que entende deva se levar em conta somente a linguagem da Constituição em si mesma. "El "literalista" (aspas do autor) a ultranza (thorough-going literalist) es aquel intérprete "que entiende que el texto cubre sólo y exclusivamente los presupuestos de hecho que caen bajo sus palabras, sin que deban tenerse en cuenta el contexto social ni incluso, quizá, el lingüístico". (Aspas do autor).

Lo normal es que, sin embargo, el "literalista" sólo lo sea "moderado", "tomando en cuenta la cualidad abierta del lenguaje de los preceptos en relación con el contenido lingüístico y social". (Aspas do autor) (Enrique Alonso. Op. cit., p. 91).

Este método, levado ao nível da interpretação constitucional, pode operar em vários escalões. De acordo com Enrique Alonso: "primer nivel: se aplica el apotegma "in claris non fit interpretatio" (aspas nossas); segundo nivel: interpretación de significados en su uso ordinario (puramente gramatical por no haber matizaciones introducidas por el uso social) y contextual; tercer nivel: interpretación de los conceptos (especialmente de experiencia y de valor) a través del uso ordinario del concepto; cuarto nivel: (variante del anterior): interpretación de los conceptos a partir de su uso por los juristas (nivel pragmático)". (Op. cit., p. 92).

Aqui pode-se mencionar uma famosa frase de Marshall, pronunciada no caso *Mac Culloch v. Maryland*, uma vez que trata do problema de se comparar normas infraconstitucionais com a letra da Constituição. Diz a frase: "no debemos olvidarnos de que lo que estamos interpretando es una Constitución." J. Frankfurter

considera essa frase como tendo sido a mais importante até então pronunciada, acerca do processo de interpretação constitucional. Isso porque "diversificó la interpretación de tal forma que a partir de entonces ya no se trataba de buscar la norma aplicable y ni tan siquiera de interpretar un texto legal normal". (Enrique Alonso. Op. cit., p. 90).

A respeito comenta Enrique Alonso: "Ahora bien, resulta obvio que existen o pueden existir mandamientos constitucionales en los que la inconstitucionalidad de normas, actos o hechos se deduzca de su mera comparación con aquéllos.

(...). Debe tarse en cuenta, sin embargo, que el que el texto constitucional sirva siempre como parámetro de la constitucionalidad no quiere decir que se utilice a éste para dotar de contenido al principio neutral que constituye la norma subconstitucional. Lo más usual es lo contrario: el contenido de la norma subconstitucional se obtiene a partir de otra fuente que se hace necesario utilizar por la indeterminación del texto." (Op. cit., p. 90).

3.3. O CHAMADO "ORIGINALISMO"

A corrente interpretativa do "originalismo", a isso explica o termo, oferece especial relevância ao momento constituinte. Nesse sentido, segundo Enrique Alonso, "De entre todas as fontes integradoras-interpretativas de la Constitución, los debates parlamentarios y la historia son quizá las más usuales" (Op. cit., p. 137).

História tem aqui um significado especial, o qual elucidado a corrente originalista. "Puede entenderse por historia la intención de los constituyentes, sean los debates parlamentarios, sean los valores y el entendimiento de la Constitución por otros sujetos distintos de los constituyentes en el momento de su promulgación. En este supuesto la historia actúa vinculada a la intencionalidad constituyente, buscando la legitimidad (son los constituyentes quienes establecieron la norma subconstitucional, no el TC). Es lo que se ha venido a denominar "originalismo". (Enrique Alonso. Op. cit., p. 137).

O autor espanhol expõe a importância da intenção dos constituintes e a sua razão de ser. "La intención de los constitu-

yentes (fuentes en la terminología hoy clásica en la historia 'porteamericana) es la segunda fuente más ligada al texto por 'el fácil argumento de que aclara a aquél, gozando, por ende, 'de la legitimidad de la Constitución y de su ratificación popu-
lar."

"Su fundamento es claro: todo ejercicio de la jurisdicción constitucional que se aparta de esa intención es una usurpación de poder, sobre todo si tenemos en cuenta que los métodos 'subjetivos de interpretación de las normas gozan en Estados Unidos de una tradición mucho mayor que en el ámbito continen-
tal." (Op. cit., p. 138).

Aqui é de se observar que na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal, por meio de suas resoluções, tem em grande 'conta, da mesma maneira como nos Estados Unidos, a "mens legis-
latoris", bem como os anais constituintes.

Assim, temos em Seifert/Hörig: "Passgebend für die Ausle-
gung jeder Verfassungsnorm und damit auch der Grundrechte ist
der darin zum Ausdruck kommende objektive Wille des Normgebers,
so wie er sich aus Wortlaut und Sinnzusammenhang ergibt. Ergän-
zen kann auch die Entstehungsgeschichte herangezogen werden. 'Im Zweifel ist diejenige Auslegung zu wählen, welche die rechtl.
Wirkungskraft der Grundrechtsnorm am stärksten entfaltet." (Das
Deutsche Bundesrecht Taschenkommentar, p. 34-5). Ou seja: uma
medida para a interpretação das normas constitucionais, e bem
assim dos Direitos Fundamentais, é a que está na expressão de '
vontade objetiva futura do Constituinte, i.é., como ele as con-
cebeu no texto original e no sentido do contexto. Para comple-
tar, também pode ser atraída a história das origens e do desen-
volvimento. Não dúvida, é de se ser sempre aquela que desenvolve a
maior eficiência da norma de Direito Fundamental.

Depois de salientar que o "originalismo", tal como o "li-
teralismo", encontrou grandes defensores na Corte Suprema, En-
rique Alonso apresenta algumas dificuldades no uso do método
do "originalismo" para a interpretação constitucional. A pri-
meira reside no fato de as palavras mudarem o conteúdo semânti-
co com o passar do tempo; a segunda pertine às contradições
dos dados históricos e, por último, o material histórico é tão
intenso que é praticamente impossível eleger algum para deter-
minar a vontade dos constituintes (v. g., artigos da confedera-

ção, as leis que as desenvolveram, os boletins das sessões da convenção, os borradores e anteprojetos, o diário da convenção de Madison, a literatura federalista e antifederalista durante a campanha de ratificação, os diários das sessões dos Estados que a ratificaram, os debates e a legislação do primeiro congresso e os escritos e obras dos homens considerados autênticos "framers".

Esta dificuldades, de ordem técnica, podem apresentar complexidades, mas não impede o exame da intencionalidade subjetiva dos constituintes. (Conforme Enrique Alonso. Op. cit., páginas 139 e 140).

3.4. O VALOR DO SILOGISMO COMO ARGUMENTO EM SI MESMO

Enrique Alonso trata desta matéria, começando por afirmar que ninguém se tem valido do silogismo, expressamente, como base de decisões constitucionais. Roscoe Pound a denominou de "jurisprudência mecânica" (aspas do autor). Jerome Frank lhe aplicou a fórmula seguinte: $R(\text{rule}) \times F(\text{facts}) = D(\text{decisão})$. (Op. cit., p. 105).

No juízo de Enrique Alonso, tem sido Wassertrom quem melhor sistematizou os argumentos arguidos pelos realistas contra a lógica como fonte primária e básica do ajuizamento: "comenzando por la premisa de que el sistema angloamericano ha respondido históricamente a las necesidades y deseos de la comunidad se derivó de ello que la teoría deductiva, por ese motivo (las reglas que constituyen la premisa mayor no tendrían que haber cambiado según la teoría deductiva) no describe correctamente el proceso de decisión que ha sido usado por los tribunales en el método de enjuiciamiento. Todavía más, la teoría deductiva necesariamente es incorrecta, porque a) no tiene en cuenta el hecho de que jamás hay dos casos idénticos; b) no toma en consideración que la operación de clasificación (de los hechos en los conceptos) es lo crucial, y ese fenómeno no es un fenómeno deductivo, y c) ignore que puede no haber reglas jurídicas previas que aplicar." (Op. cit., p. 106).

Esta crítica à lógica levou às seguintes consequências: "... a la búsqueda de los fundamentos de la decisión judicial en otros factores, como el intuicionismo o hunch, el de la per-

sonalidad del juez como elemento decisivo o el de la reacción emocional del juez ante los hechos, llegándose a crear una especie de "teoría de la gastronomía jurídica", que pregonaba la "idea de que el producto de la decisión judicial venía impuesto por lo que había desayunado el juez aquella mañana". (Aspas do autor). (Op. cit., p. 186).

Não obstante o enorme prestígio do realismo norte-americano, hoje está-se repensando a questão da lógica, por dois motivos: o primeiro deve-se ao fato da distinção feita entre processo de descobrimento e processo de justificação. Criticar o uso de lógica dedutiva no primeiro, não deve levar a se criticá-la em seu uso no segundo; o segundo relaciona-se ao fato de que, embora se use a lógica dedutiva no processo de descobrimento, ela não se constitui, por isso, no elemento necessário da sentença. (Conforme Enrique Alonso. Op. cit., p. 187).

Conclui Enrique Alonso: é pacífico hodiernamente nos Estados Unidos a doutrina que expressa ser a lógica um elemento necessário, porém não uma fonte das decisões constitucionais. A própria Suprema Corte tem decidido que o silogismo em si mesmo não comanda absolutamente nada. O problema não é de lógica, mas de premissas. (Op. cit., p. 188).

Quando analisarmos o método tópico de interpretação novamente voltaremos a abordar a questão das premissas.

3.5. CONCLUSÃO DO EXPOSTO

Antes de proseguirmos em nossa pesquisa, achamos conveniente estabelecer uma espécie de bloco conclusivo. O que desejamos salientar é o seguinte: a interpretação constitucional na América do Norte possui matizes próprios e característicos, e nos filhos da tradição romanística e mais fruto e consequência de sua História, com todas as suas condicionantes. Lembramos apenas, a título de ilustração e, "ipso facto" como prova de nossas assertivas, duas obras que delucidam este aspecto. Trata-se do livro "A ética protestante e o espírito do capitalismo", de Max Weber e a obra de Karl Mannheim, intitulada "Ideologia e utopia". A evolução política da sociedade americana impregnou a adaptabilidade de sua vetusta Constituição e, nesse sentido, a interpretação constitucional também ficou influen-

21
ciada. Ela, a interpretação, obedece mais a um discurso dialético e menos a fórmulas lógico-formais, tão a gosto dos pitagóricos.

O processo de interpretação constitucional europeu carrega uma herança cultural histórica, cuja característica-exsurge em compreender as leis e Constituições por meio de abstrações, às vezes, já desatualizadas para o momento. Não se pode olvidar que os colonos americanos partiram do Continente (no sentido geográfico) com uma idéia fixa: fundar a terra prometida no novo mundo. Nessa perspectiva, foi-lhes mais fácil e cômodo adaptarem à realidade os instrumentos teóricos. A Europa, por sua vez, teve de suportar duas grandes guerras até aprender que a harmonia e o equilíbrio são antes conceitos teológicos e não políticos. Como teremos ocasião de ver, os chamados métodos de interpretação constitucional modernos foram elaborados em nossa centúria, mais exatamente, após a primeira grande guerra.

Estas reflexões se fazem necessárias para, justamente, estabelecer o contraste. Este não se pode perder de vista, pois é um meio de compreensão de certos fatores.

4. A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NA EUROPA

Uma parte de nosso trabalho está dedicado à pesquisa dos processos de interpretação constitucional usados na Europa. Aqui são necessários dois esclarecimentos: um diz respeito à abrangência do título do tópico. Pode dar a impressão de que vamos recorrer a vários países e perscrutá-los. Na verdade, nossa atenção ficará mais restrita à Alemanha. E isso por dois motivos: primeiro, porque há uma unidade cultural no Continente, responsável por uma certa homogeneidade em ver as questões básicas, como é o caso da interpretação constitucional; segundo, porque a forma de encarar o problema pela doutrina alemã, é seguida, com pequenas variações, pela Itália, Espanha e Portugal, países que possuem Tribunais Constitucionais. O simples fato da existência desses Tribunais oferece uma certa direção nas questões de interpretação constitucional; a outra informação pertinente ao aspecto de que iremos tocar em certas particularidades no tocante à Constituição brasileira. Isso também se deve a dois fatores: o primeiro se relaciona com as nossas origens. O tra-

sil é tributário da família românico-germânica, assim como o são os países supra mencionados. Isso significa que temos um substrato cultural-filosófico comum, o que permite afirmar a existência de uma comunhão em solucionar certos problemas; e o segundo fator se deve ao fato de que pensamos ser mais útil conectar a análise de questões atinentes à Constituição brasileira no decorrer e dentro da pesquisa (em seu âmbito geral) do que reservar-lhe um subtópico à parte. Isso provavelmente quebraria a linha da observação e, para resgatá-la haveríamos de fazer digressões que fugiriam ao nosso desiderato.

Havendo então traçado desta maneira o nosso rumo, resta dizer que daremos um tópico para o exame de certos pressupostos e/ou informações propedêuticas. Não vamos discutir se o Direito veio antes da Sociedade. Isso se assemelha a questão de se saber se o ovo precedeu a galinha ou vice-versa. Desejamos tão somente frisar que o Direito não plasma a realidade, por si só. Encontramos, sob este ponto, o melhor exemplo na Constituição da Weimar (11 de agosto de 1919). Basta dizer que ela não impediu a eclosão da segunda grande guerra.

4.1. QUESTÕES PRELIMINARES

Este subtópico será dividido em dois outros, onde desejamos insistir em dois pontos. Um deles se refere a compreensão do que subjaz por debaixo dos métodos de interpretação. O outro se relaciona com a óptica de como é vista a Constituição atualmente.

4.1.1. O SUBSTRATO TEÓRICO DOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO

Ocorre no campo da interpretação constitucional algo semelhante ao enfatizado por Platão em relação a Filosofia. Diz o filósofo que a Filosofia é mãe-ciência, uma vez que cabe a ela interrogar as bases de todas as outras. Nesse sentido, a Filosofia representa uma espécie de laboratório (não estamos nos referindo ao seu sentido biologizante) por onde desaguardam todas as matérias que se desejam legitimar. Coisa parecida acontece com a interpretação das leis, principalmente com a Constituição. Isso mais se acentua se levarmos em conta o ensinamento de Kelsen

exposto em seu livro "Teoria geral das normas". Ao analisar a norma fundamental como o supremo fundamento de validade de uma ordem normativa, declara: "É o enunciado sobre a validade de uma norma que tem de ser pressuposto no pensamento de um cristão para fundamentar a validade das normas da moral cristã. É a norma fundamental da moral cristã que fundamenta a validade de todas as normas da moral cristã, uma norma-"fundamento", porque acerca da razão de sua validade não mais pode ser indagado." (Página 326). Isso pode ser traduzido numa afirmação de Rudolf Smend a respeito dos Direitos Fundamentais, nada impedindo que se estenda a todas as normas constitucionais: "La parte de derechos fundamentales contiene los factores objetivos de integración de la Constitución y expresa "un determinado sistema cultural y axiológico", que "debe ser el sentido de la vida estatal establecida por esa Constitución." (Aspas do autor). (Apud., Hans-Peter Schneider. "Especificidad y función de los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático, p. 15).

Se a Constituição transpira toda uma ordem de valores e de cultura de uma sociedade em uma determinada época, naturalmente, a sua efetivação, que está na dependência da interpretação, toca todo o plasma orgânico, por se assim dizer, da sociedade a qual ela rege. Assim, por exemplo, a obra de Karl Engisch, "La idea de concreción en el derecho", está permeada do pensamento jurídico-filosófico de forma abrangente. Os argumentos e justificativas dos filósofos e juristas, de todas as escolas, são postos na liça para uma dissecação de como eles viam o problema da efetivação do Direito e, em consequência, a sua interpretação. De certa maneira, o mesmo se passa com a obra de Antonio Hernandez Gil, "Metodología de la ciencia del derecho", principalmente em seu volume I; e também com o livro de Karl Larenz, "Methodenlehre der Rechtswissenschaft" ("Metodologia da ciência do Direito), para só mencionarmos alguns, dentre outros autores.

O que queremos dizer com o parágrafo supra? Nossa pretensão é demonstrar o caminho de retorno, por se assim dizer, das fórmulas de interpretação constitucional. O caminho de retorno às fontes (entendido este em seu sentido lato) vem demonstrar que essas são múltiplas e complexas. Ao advogado e ao ju

iz, em geral, basta o conhecimento da lei, o seu aspecto exterior, a sua enunciação, também não precisando ir além no que toca aos métodos de interpretação. Já ao juiz constitucional, a-
quele que interpreta a Constituição (lembramos aqui os Tribunais constitucionais) se exige algo mais. Ele precisa e deve conhecer a lei no seu aspecto interno, o seu âmago, a vida da lei, o mesmo se passando com os métodos de interpretação constitucional. Seja-nos permitido trazer um paralelo: o Executivo, o Legislativo (que também devem interpretar a Constituição e as leis) e o Judiciário (incluindo aí os advogados, a título de exemplificação), são os consumidores da lei, da mesma forma que o cidadão consome o iogurte. Para o fim a que o iogurte se destina, não é necessário que o cidadão saiba do mecanismo químico do produto, assim como os consumidores da lei não estão necessariamente adstritos ao conhecimento interno da lei e das fórmulas para que estas cumpram o seu papel. O mesmo não ocorre com o intérprete constitucional judicial. Os juizes dos Tribunais Constitucionais são os químicos da lei e das fórmulas, uma vez que sua responsabilidade os obriga a isso. Esta responsabilidade, Bachof a deixa manifesta: "la labor, llena de responsabilidad, de interpretación normativa de la Constitución y de protección de su sistema de valores, necesita una instancia especializada en estas cuestiones, requiere personas de notoria experiencia en cuestiones de Derecho y de práctica constitucionales; una experiencia — en definitiva — que no tiene el juez ordinario, ni puede tenerla." (Jueces y constitución, p. 55).
Esta visão de conjunto, que abarca o conteúdo teórico que a fundamenta, nunca deve ser desprezada na análise dos mecanismos da interpretação constitucional. E por uma razão muito simples: para determinados julgamentos, o conhecimento parcial conduz inevitavelmente a erronia. A arte do pedreiro não inclui o conhecimento do solo, não assim a do engenheiro, embora ambos se dediquem a construção.

4.1.2. O ASPECTO METAFÍSICO-TEOLÓGICO DA CONSTITUIÇÃO

O título pode causar impressão. Mas é de propósito. Dele extraímos um princípio que consideramos de fundamental importância, qual seja, o de que a Constituição tem um valor "em si" e

é a partir deste valor que ela é interpretada de uma ou de outra(s) forma(s).

O livro de Eduardo García de Enterría "La constitución como norma y el tribunal constitucional", já mencionado no tópico 2., supra, levanta certas questões que merecem atenção.

O autor, depois de citar Kelsen e Santi Romano, de cujas formulações sobreveio a diferença entre Constituição em sentido material e Lei em sentido formal, García de Enterría asser-te: "Para unos y para otros, pues, como resultado de teorizar una análoga y determinada situación deficiente, la Constitución vendría a concretarse en una simple pieza lógico-sistemática presente en cualquier Estado, de cualquier época y de cualquier signo y contenido, de modo que la Constitución pasa a ser, pues, un concepto formal y abstracto hasta el extremo, positivista consecuentemente, puesto que es una pura realidad estructural de hecho, sean cuales sean los valores materiales que exprese. Esta concepción encuentre quizá su mejor expresión en el concepto de Carl Schmitt: el Estado no tiene Constitución, es *Constitución*; todo es cualquier Estado, obviamente." (página 43).

Depois de acentuar que uma concepção destas hodiernamente é completamente inadmissível, argumenta: "La idea de la Constitución debe ser referida, para no volatilizarla en abstracciones descarnadas e inoperativas, a una corriente que viene de los siglos medievales, que se concreta a fines del siglo XVIII y en XIX en el movimiento justamente llamado constitucional y que, tras la segunda guerra mundial y el tragico fracaso de los totalitarismos que en ella perecieron, ha vuelto a reanudar su mismo sentido específico, tanto para los países que entonces recuperaron sus Constituciones, como para aquéllos, como es nuestro caso, que se han reintegrado después a la misma corriente y para los demás que aún aspiran, legítimamente, a alcanzar ésta en el futuro." (página 44).

Conclui o autor: "En la Constitución como instrumento jurídico ha de expresarse, precisamente, el principio de la autodeterminación política comunitaria; que es presupuesto del carácter originario y no derivado de la Constitución, así como el principio de la limitación del poder. Ninguno de los dos, y...

por supuesto no el último, son accesorios, sino esenciales." (Página 45).

Após comentar a situação nos Estados Unidos (já visto no tópico 3., supra), o autor se pergunta porque na Europa não ocorreu processo semelhante. E responde: "Resulta sorprendente que el constitucionalismo europeo quedase totalmente al margen de esta formidable construcción del constitucionalismo americano, lo cual solamente puede explicarse por la degradación de la idea constitucional que supuso la prevalencia del "principio monárquico" como fuente formal - exclusiva o participante - de la Constitución, que implica reducir a ésta a un simple Código formal de articulación de los poderes del Estado, sin otra trascendencia general. En concreto, el propio poder monárquico, titular personal de la burocracia y del ejército, es un poder preconstitucional respecto del cual la Constitución será a lo sumo un cuadro de limitaciones "a posteriori", pero nunca una fuente originaria de competencias y de Derecho. Sobre esa base material hubo de elaborarse la teoría del Derecho público en casi todo el mundo europeo." (Página 55).

Referindo-se ao mito da vontade geral, existente em França, esclarece Garcia de Enterría: "En el jacobinismo histórico aparece, en efecto, el mito de la Asamblea (la "Convención", expresión absoluta de la voluntad general) como el lugar donde se posa el Espíritu Santo, o en términos más secularizados, el espíritu colectivo infalible y certero, en una suerte de unión mística lograda a través del debate incesante y de la catarsis que éste procura." (Página 164).

Em outra oportunidade, ao se referir a Justiça Constitucional, comenta o autor: "Es el modelo constitucional francés, correlativo a su jacobinismo dogmático que consagra la soberanía absoluta de las Cámaras, y la verdadera alternativa al sistema de justicia constitucional." Conclui citando Schwartz: "Esta notable experiencia es una ilustración (refere-se ao sistema americano) perfecta de la dualidad propia de todo sistema jurídico: el Derecho debe ser estable, pero no puede, sin embargo, permanecer estático." (Página 126-7). O autor ainda observa o grande número de Constituições que a França teve, em comparação com os Estados Unidos.

Uma primeira conclusão que se pode retirar dessas citações

é a de que houve uma mudança nas modernas constituições europeias do pós segunda grande guerra. Esta mudança reside na normatividade da Constituição. Isso quer dizer: não só os cidadãos, mas também os poderes públicos estão submetidos à Constituição. Nesse sentido, podemos dizer que são Constituições normativas: a Lei Fundamental de Bonn, 1949, artigo 20, alínea 3ª; a Constituição da Espanha, 1978, artigo 9ª, alínea 1ª, e a Constituição de Portugal, 1976, artigo 3ª, alínea 2ª. A concepção normativa da Constituição provém da criação dos Tribunais Constitucionais.

Uma segunda pergunta se impõe: quais as consequências se se entende a Constituição como não normativa? Aqui há de ser perseguidos dois aspectos.

O primeiro diz respeito as normas programáticas, "dirigidas como simples recomendaciones no vinculantes al legislador y sin efecto propio para los ciudadanos y para los jueces", no entender de Garcia de Enterría. (Op. cit., p. 33). Estas normas programáticas levam a Loewenstein. Segundo Pedro de Vega Garcia, "Debemos a Loewenstein el haber recordado con mucha insistencia que, al lado de las constituciones que se aplican (normativas), la experiencia histórica nos demuestra que existen también constituciones cuya eficacia real es prácticamente nula (nominales y semánticas)". (Jurisdicción constitucional y crisis de la constitucion, p. 95). Em outra passagem, Pedro de Vega, novamente menciona o constitucionalismo nominal, que nos ajuda a considerar a Constituição "como un relicario de principios que hoy no tienen ninguna virtualidad". (Op. cit., p. 106). Agora se entende melhor porque os Tribunais Constitucionais eliminaram as normas programáticas. Elas não são interpretáveis ou o que é mais grave, aceitam interpretações oportunísticas.

O segundo aspecto toca justamente ao título de nosso subtópico. O tão celebrado Poder Moderador, por exemplo, está acima e além da Constituição. Ele se assemelha ao demiurgo platónico, ou, para usarmos Kant, ele se constitui num "a priori" constitucional, o que o torna livre da experiência evolutiva da Constituição. Nesse sentido, o Poder Moderador é "Al eternum", fixo e inutável. Ele é, por se assim dizer, o pressuposto da norma fundamental. A inutabilidade traduz a ideia metafísica e a intangibilidade oferece o gosto teológico. Nesse contexto, é con-

preensível a afirmação de Eduardo García: "una Constitución será concebida como un compromiso ocasional de grupos políticos, sustituible en cualquier momento en que el equilibrio de éstos arroje un resultado diverso; lo cual se traduce en una incitación positiva al cambio constitucional, por la vía del cual cada grupo intentará mejorar sus posiciones y, si le resulta posible, eliminar a sus competidores." (Op. cit., p. 175). Compreende-se igualmente a crítica de García de Enterría ao que ele denomina de "duvergerismo" (com esta expressão ele se refere a Duverger), responsável pela confusão entre as ciências jurídicas, ciências políticas e ciências sociais. Esta corrente, informa Eduardo García, está hoje superada na própria França. Citando um trabalho de Louis Favoreu, de 1980, intenta demonstrar a superação: "Según este autor, en los últimos diez años el Derecho público francés ha emprendido una mutación tan importante que de ella deberá hablarse enseguida como de "revolución" y ello ha sido la obra de la jurisprudencia del Consejo Constitucional. Concretamente, ello ha supuesto "una especie de reunificación del Derecho público". Eso implica que el Derecho constitucional se "rejuridiza"; ya no estamos más ante "un catálogo de recetas políticas de carácter vagamente obligatorio en el cual la ciencia política tenía más importancia que el Derecho. Estamos ante el "Derecho de la Constitución", una Constitución cuyos artículos reciben interpretación y aplicación por parte del juez constitucional". El objeto del Derecho Constitucional se extiende y se retorna así a las fuentes: ya no es sólo un Derecho "institucional"; es también un Derecho "relacional" que, como en los orígenes, incluye las libertades y derechos fundamentales, como es el caso de otros países, tales como Estados Unidos y Alemania Federal". (Aspas do autor) (Op. cit., p. 31).

Do acima exposto, uma conclusão brota naturalmente, qual seja, a de que o Legislador Constituinte brasileiro perdeu uma oportunidade em criar um Tribunal Constitucional e, em consequência, tornar nossa Constituição normativa. Não há na Carta Magna vigente um artigo semelhante aos mencionados supra. Os artigos 23, inciso I, 102, e 1º, das Disposições Transitórias, apenas mencionam a responsabilidade em guardar a Constituição, o que é bem diverso da sua submissão a mesma.

Nesse sentido, existem normas programáticas na vigente "Magna Carta". Se bem entendemos o pensamento do Professor Baracho, podemos também denominar as normas programáticas de "retórica constitucional". (Conforme parecer seu, intitulado: Taxa de juros - o art. 192 da Constituição de 1988 - Estrutura lógica de norma jurídica - diferença entre Direito e Retórica.)

Em nosso entender, as normas programáticas não se confundem com aquelas que dependem de legislação infraconstitucional, como demonstraremos infra.

Um corolário desse segundo aspecto é o denominado "legalismo e/ou positivismo". A respeito do assunto, Nelson Saldanha argumenta: "A ligação do legalismo com o saber jurídico típico do Ocidente é assim algo historicamente compreensível. A expressão "Ciência do Direito" foi consagrada, veiculada pela 'Historische Schule' num dos momentos culminantes daquele saber jurídico e com base no sentido de uma tradição continuada desde a Idade Média. Não poderia haver uma ciência jurídica como a Ocidental sem ter havido o legalismo: as condições culturais que estão ao lado deste foram também o humus daquela ciência, e a própria estrutura desta tem analogia com o regime de primado da lei." (Legalismo e ciência do direito, p. 118).

A famosa frase de Montesquieu, afirmando que os juízes são "a simples boca que pronuncia as palavras da lei", García de Enterría a denomina de "la ingenua teoría de la legalización completa del Derecho". (Op. cit., p. 223).

O legalismo e o positivismo estão, hoje, ultrapassados na Europa, principalmente na Alemanha. Ambos já não são mais um fator de controle, ao contrário, foram um fator de superação. Como resposta a pergunta do motivo pelo qual a Lei Fundamental depositou tamanho poder nas mãos dos juízes constitucionais, Bachof afirma: "esta concepción señala el abandono consumado del positivismo legalista en el pensamiento político y jurídico alemán, la pérdida de la creencia en la omnipotencia del legislador estatal. Esto significa un cambio en la historia del espíritu, cuya última y decisiva causa se produjo por la degeneración nacionalsocialista de las leyes en puros actos de poder y arbitrio, por la injusticia como sistema." (Jueces y constitución, p. 46).

É de se lembrar da equação de Tax Barber, segundo a qual,

el ejercicio de la jurisdicción constitucional que la hace especialmente susceptible a la crítica de que no se trata de una función jurídica.

"De nuevo, la explicación más extendida consiste en que el objeto sobre el que recae el enjuiciamiento es la gran política, y no las pequeñas políticas setoriales que se realizan en las normas inferiores, lo que, a su vez, conlleva que sea inevitable tener en cuenta las consecuencias políticas de los pronunciamientos, ya en que la célebre expresión de Bachof, "estas sentencias (constitucionales) pueden ocasionar catástrofes no sólo para el caso concreto, sino para un invisible número de casos; cuando estas sentencias son "políticamente inexactas o falsas" (en el sentido de que desbaratan las tareas políticas legítimas de la dirección del Estado), la lesión puede alcanzar a la comunidad política entera". (Op. cit., p. 24-5).

"(...). Sin embargo, junto a estas afirmaciones existe otra que realmente explica las anteriores y entra en lleno en el "meollo" del problema de la interpretación judicial de la Constitución: ocurre que los mandatos constitucionales son susceptibles de desarrollo infinito, tanto por el juez como por el legislador, y que ambos puedan llegar a soluciones divergentes.

"(...). Dada la cantidad de indeterminación, la "escasa densidad en la predeterminación de los actos sometidos (al mandato constitucional), su especificación puede pertenecer al pueblo-legislador o al juez.

"(...). La indeterminación es tan grande que todo acto está cubierto por la óptica de la Constitución, y ésta puede llevar por interpretación plenamente jurídica a una decisión acerca de su validez o nulidad.

"Pero el principio del pluralismo político presupone que los mandatos constitucionales son límite a la acción del juez constitucional. La indeterminación de los preceptos juega a la vez como presupuesto de especificación y como su límite.

"(...). Esto hecho elemental de que el juez constitucional, aunque pueda desarrollar jurídicamente una especificación correcta hasta el detalle, debe tener presente que la indeterminación lo habilita para ello, pero también habilita al legislador para optar por otras especificaciones, es precisamente lo que motiva de una manera especialísima la interpretación

de la Constitución.

"Sólo desde esta óptica puede entenderse que el Derecho Constitucional tenga una teoría de la interpretación paralela, pero distinta, a la teoría clásica de la interpretación." (Op. cit., p. 26-7).

Na verdade, a questão das cláusulas abertas se insere no contexto da classificação das normas constitucionais. Esta, por sua vez, está adstrita a um determinado sistema positivo. Não é possível então se estabelecer um critério universal para a interpretação dessas cláusulas. Para o sistema norte-americano, v. g., entende Dworkin que "es un error llamar 'vagas', en un sentido peyorativo, a estas cláusulas. 'Las cláusulas serán vagas solamente si las tomamos como intentos chapuceros, incompletos o esquemáticos de expresar 'concepciones' particulares. Pero si las tomamos como apelaciones a 'conceptos' morales, entonces comprendemos que no podrían ser más precisas por ser más detalladas'." (Conforme García de Enterría. Op. cit., p. 228-9).

Desde que Jellinek, no capítulo décimo primeiro de sua obra "Teoria general del estado" assentou uma classificação das normas, várias se têm seguido. Em relação a Constituição brasileira de 1988, ao que sabemos, esta classificação ainda está por ser feita.

Só para deixar registrado, nos Estados Unidos, após a jurisprudência do Tribunal Warren, Ely escreveu um livro intitulado "Democracy and distrust. A theory of judicial review", 1980, com o intuito de discutir novamente a questão da interpretação das cláusulas abertas. (Conforme García de Enterría. Op. cit., p. 213, nota de rodapé, nº 126).

Do exposto se extrai uma diferenciação: em todas as constituições existem cláusulas abertas, praticamente; entretanto, a sua interpretação depende do modo em que as mesmas devam ser preenchidas. É preciso então que sejam, primeiro aplicadas, recebendo para tanto uma interpretação; em seguida, as críticas doutrinárias servirão como balizes ao entendimento das mesmas.

4.1.4. O CAMPO DE INQUISIÇÃO E AS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS DEPENDENTES DE LEGISLAÇÃO INTRACONSTITUCIONAL, NA

CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como já havíamos dito no subtópico 4.1.2., supra, faremos uma breve análise de nossa atual Constituição no que toca ao Mandado de Injunção em relação as cláusulas que, para serem aplicadas, dependem de legislação complementar e/ou infraconstitucional.

Dois categorias de cláusulas já foram vistas, qual sejam, as "cláusulas programáticas", ou normas programáticas, e as "cláusulas abertas". As cláusulas constitucionais que estão na dependência de legislação complementar e/ou infraconstitucional, assim nos parece, não se confundem com as outras duas.

Diz o inciso LXXI, do artigo 5º, da Constituição Federal: "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de normas regulamentadoras torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania."

Uma primeira questão é de saber se o "Mandado de Injunção" está restrito ao Título II, da Constituição ou, ao contrário, se estende a todos os direitos e liberdades da Constituição (nela previstos em outros Títulos). Julgaríamos não ser possível fazer a restrição. Primeiro, porque o inciso fala em "direitos e liberdades constitucionais". Se se restringisse, os direitos e liberdades dos outros Títulos seriam o quê? Em segundo, porque temos já uma experiência na Constituição de 1946 que, em seu artigo 157, inciso IV, previa a "participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar". Todos sabem do destino deste inciso: sua regulamentação ficou para as "Calendas gregas". Ora, seria até má-fé afirmar que o legislador Constituinte quis repetir a Constituição de 1946, menos no que toca ao Título II da atual Constituição. Em terceiro, porque encontramos na Lei Fundamental da Bonn um inciso com semântica semelhante. O inciso 3º, do artigo 1º, da mencionada lei está assim redigido: "Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht." Tradução: "Os Direitos Fundamentais seguintes vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a título de direito diretamente aplicável." Geifert/Häming são claros ao afir-

mar que esta vinculação não apenas toca aos Direitos Fundamentais enunciados nos artigos 1º ao 19, mas a todos os direitos equiparados com os Direitos Fundamentais. (Op. cit., p. 44). Esta equiparação é feita pela própria Lei Fundamental, em seu artigo 93, alínea 1º, frase 4a.: "Über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthalten Rechte verletzt zu sein." Tradução: "sobre recursos de queixa por inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por toda aquela que se julgue ferido pelo poder público em um de seus direitos fundamentais, ou em um de seus direitos contidos nos artigos 20, alínea 4, 33, 38, 101, 103 e 104." (O "caption" do artigo dispõe: "O Tribunal Constitucional decide:"). Ocorre que a Lei Fundamental faz a equiparação, não deixando margem ao intérprete. A Constituição de 1986, ao contrário, não fez esta equiparação, pelo que não se pode restringir.

O parágrafo supra não teria sentido se não esclarecêsses que a vinculação da Lei Fundamental está correlacionada, em seu sentido prático, ao "Verfassungsbeschwerde". A tradução literal conduz à queixa constitucional. Na verdade, trata-se de um recurso extraordinário, como o próprio Tribunal Constitucional, por meio de suas decisões, o definiu: "Die Verfassungsbeschwerde ist ein dem Staatsbürger eingeräumter außerordentlicher Rechtsbehelf, mit dem er Eingriffe der öffentlichen Gewalt in seine Grundrechte abwehren kann." (Conforme Seifert/Widig. Op. cit., p. 452). Tradução: "A queixa constitucional é um recurso extraordinário concedido ao cidadão com o qual ele pode se defender e/ou resistir à violação dos poderes públicos a seus Direitos Fundamentais."

Esta "queixa constitucional" não se confunde com o nesso tendido de Injunção, pois enquanto aquela cuida de constitucionalidade ou não do ato do poder público que infringiu algum direito Fundamental (ou um direito a este equiparado), este serve para fazer valer um direito constitucionalmente previsto mas ainda não regulamentado. A primeira é um instrumento de proteção aos direitos, enquanto que o segundo é um instrumento de efetivação dos direitos.

Sob o aspecto processual, comentam Maunz et alii: "Durch"

das Recht zur Verfassungsbeschwerde werden nicht alle subjektiven Rechte einer Person, auch nicht alle subjektiven öffentlichen Rechte geschützt. Vielmehr wird die Rechtssphäre einer Person nur insoweit geschützt, als sie durch Grundrechte des Grundgesetzes oder durch einige den Grundrechten gleichgestellt, in einzelnen im Gesetz aufgeführte Rechte gewährleistet ist." (Grundgesetz. Kommentar, p. 33). Tradução: "Por meio do direito à queixa constitucional não são protegidos todos os direitos subjetivos de uma pessoa, e nem todos os direitos subjetivos públicos. Contudo, a esfera de direito de uma pessoa será protegida por meio dos Direitos Fundamentais da Lei Fundamental, ou por direitos a eles equiparados, especificamente enumerados na lei como Direitos garantidos."

Seria possível dizer o mesmo a respeito do nosso Mandado de Injunção? Pensamos que não. Somos da opinião de que é ilegítimo fazer a restrição apenas ao Título II, como já afirmamos no início. Tais razões enumeradas, defendemos a ideia de que todo direito ou liberdade constitucionalmente previsto, dependente da legislação complementar e/ou infraconstitucional para ser efetivado, está protegido com o Mandado de Injunção, caso inexistente a mencionada regulamentação.

A doutrina brasileira não cuidou do Mandado de Injunção sob o aspecto supra analisado. Assim, Vicente Greco Filho "Intelectual constitucional da liberdade", p. 179 e ss; Hely L. Telles, "Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção "habeas corpus", p. 131 e ss; e Ivo Dantas, "Mandado de injunção", p. 69 e ss.

Uma segunda questão toca ao problema de se saber se é possível o Supremo Tribunal Federal, que é o guardião da Constituição (artigo 102, "caput", da Constituição Federal), obrigar o Congresso a tomar providências legislativas. Sabemos que não há previsão nesse sentido, nada impedindo que o Poder Executivo decida a respeito. Temos duas razões para postular nessa direção.

A primeira é de ordem doutrinária, visando justamente reverter o ponto-de-vista da doutrina nacional que vê nesse expediente uma infração à sagrada doutrina da divisão dos poderes. Tal ideia venia, mas não é de se deixar de observar que tal argumento, puro e simplesmente, é o mais puro legalismo positivista.

vista, sob a ótica privatística.

Esta maneira de ver as coisas é típica da Europa do séc. passado e início deste. Todos sabemos a que resultados isso levou. Garcia de Enterría, na página 25 do seu trabalho já citado, chama a atenção à influência de Karl Schmitt. Seus ataques ao "formalismo" e ao "positivismo" foram tão eficientes que as melhores inteligências espanholas não vieram sentido em se aprofundarem nessas questões, preferindo outras áreas do conhecimento. As duas guerras ensinaram a ver o Direito não com pruridos metafísico-teológicos, mas com um olhar crítico e realista. Nesse sentido, a Alemanha, por exemplo, colocou dois artigos elucidativos na "Bundesverfassungsgerichtsgesetz" (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional). Um deles é o artigo 31, alínea 1ª: "Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden." Tradução: "As resoluções do Tribunal Constitucional Federal vinculam os órgãos constitucionais, federais e estaduais, bem como os Tribunais e Autoridades." O outro artigo é o de número 35: "Das Bundesverfassungsgericht kann in seiner Entscheidung bestimmen, wer sie vollstreckt; es kann auch im Einzelfall die Art und Weise der Vollstreckung regeln." Tradução: "O Tribunal Constitucional pode, em sua decisão, determinar o órgão ou funcionário que deve executá-la; e, se este tocar a ele, pode regular o seu modo e método."

A estes dois artigos pode-se aplicar a observação de Loewenstein, mencionada por Pedro de Vega: "Es cierto, como dice Loewenstein, que la teoría de la división de poderes es una teoría anticuada. Pero su condición de reliquia histórica no le viene impuesta por la presencia omnipotente del poder judicial, sino por la existencia de otros factores que la son completamente ajenos. Tienen que ver al aumento de la importancia del poder ejecutivo en el moderno Estado administrador, o en el fenómeno decisivo fenómeno de la particocracia, al que más arriba hacemos referencia. Condenar, por tanto, en nombre de una teoría periclitada, y políticamente destrozada, la cada vez más creciente significación del poder judicial, supone establecer una condena que ni tiene base histórica, ni cimentación lógica alguna. Que su utilización ideológica es patética lo demuestra el hecho de que si en nombre de la división de poderes se esta-

bleció en Francia un control político de constitucionalidad, en nombre de la negación de la división de poderes se llegó en la URSS, y en los países sometidos a su influencia, a los mismos resultados." (Op. cit., p. 113).

Aliás, esta argumentação em defesa da teoria da divisão dos poderes, em detrimento da normativização da Constituição não tem, no Brasil, base histórica, revelando-se pois, numa contradição. O líder deve estar lembrado do exposto nos tópicos 2. e 3., supra. Desde 1891 copiamos o modelo americano, mas se esquece que lá, a própria Suprema Corte pronunciou a supremacia do Judiciário sobre o Parlamento, contrariando a concepção inglesa e, ainda, o Judiciário tem por função resguardar os direitos que não se transmitiram com o pacto, uma vez que são anteriores ao mesmo.

A segunda razão é de ordem interpretativa. Já vimos no subtópico 4.1.2., supra, que não há na Constituição brasileira um artigo que submete os poderes públicos a ele. Isso resulta que há normas programáticas, dando-lhe um matiz nominalista e sacanítico. Como contrapartida, alvitramos que tendo o Supremo Tribunal Federal o poder de obrigar o Parlamento a fazer as leis das quais dependem direitos e liberdades constitucionalmente previstas, teríamos uma forma de normativizar a Constituição. Se isso ocorresse, a questão das cláusulas programáticas ficaria resolvida, praticamente.

Como agiria o Judiciário na efetivação de um direito que eventualmente não estivesse regulamentado? Pretendemos responder a essa questão no subtópico seguinte.

4.1.5. A UTILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PARA A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Estarão nos referindo, quando falamos de legislação infraconstitucional, ao artigo 5º, da Lei de Introdução do Código Civil brasileiro. Diz o artigo: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

A Espanha a questão é analisada também, se bem que com outros pressupostos. O artigo 3º, alínea 1ª, do Código Civil espanhol diz: "Las normas de interpretación según el sentido pro-

pio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados, atendiendo fundamentalmente al espíritu o finalidad de aquéllas." (apud. Enrique Alonso, p. 77).

A pergunta que se faz em Espanha é: esta norma vincula ou não o Tribunal Constitucional? Trujillo entende que sim, enumerando as razões: "a) el carácter materialmente constitucional de las normas sobre la interpretación, por referirse a la actividad suprema del Estado (esto es, a la actividad normativa y su desarrollo); b) el carácter general del Título preliminar, cuyos preceptos se refieren a la generalidad del ordenamiento jurídico; c) la naturaleza instrumental de las normas de interpretación que desaconseja plantear respecto de ellas una cuestión de rango; d) la falta de un precepto constitucional que obste a su aplicación en materia constitucional." (Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español, p. 157).

Enrique Alonso também trata do assunto na página 77 e ss., de sua obra. Ele entende que este artigo não vincula o Tribunal Constitucional espanhol, pois o artigo 1.º da sua Lei Orgánica o submete apenas à Constituição. Não é esse o caso brasileiro. Ademais, alega que este problema é praticamente geral na Europa, pois as leis infraconstitucionais previram regras de interpretação antes da implantação dos Tribunais Constitucionais. Estes, não obstante, desenvolveram regras próprias de interpretação. Também não toca o caso brasileiro, pelo que, considerando os argumentos de Trujillo, somos de que o nosso Judiciário, ao realizar um direito ou liberdade constitucionalmente previsto e ainda não regulamentado, pode e deve fazer uso do artigo 5.º da Lei de Introdução do Código Civil brasileiro.

4.2. MÉTODOS DE HERMENÉUTICA (CONSTITUCIONAL)

Julgamos ser necessário fazer uma diferença entre interpretação e hermenêutica. Esta é a arte da interpretação, que contém, por isso, os vários métodos de se interpretar uma lei.

Existe, na doutrina, uma classificação dos métodos evolutivos de interpretação das leis. Em primeiro lugar vem o método clássico, aplicado a todas as leis; em segundo vem o que nós de

nominação de intermediário, já aplicável também às interpretações constitucionais; e, em terceiro lugar, surgem os "métodos" modernos de interpretação, tendo em vista precipuamente a interpretação constitucional, ao contrário do método clássico, de origem romanista.

Isso posto, duas perguntas devem ser postas.

A primeira é: todas as normas constitucionais são interpretativas ou, como quer Enrique Alonso, todas as normas constitucionais têm força interpretativa? Se a Constituição for normativa, sim; se se tratar de uma Constituição nominal ou semântica, não. Como já esclarecemos no subtópico 4.1.2., supra, o último tipo de constituição alberga normas programáticas que não tem sentido serem interpretadas ou, então, admitir uma interpretação oportunística. Isso porque são, em nosso entender, "normas-conselho", de conteúdo abstrato. Lembramos que a classificação, chamada por Maria Helena Ferreira da Câmara, de ontológica, da Constituição em normativa, nominal ou semântica é de Karl Loewenstein. (Conforme Maria Helena. "A interpretação constitucional e o controle da constitucionalidade das leis," p. 122).

A segunda pergunta se refere ao significado da expressão interpretar. Paula Baptista asseriu: "Interpretação é a exposição do verdadeiro sentido de uma lei obscura por defeitos de sua redação, ou duvidosa com relação aos fatos ocorrentes ou silenciosa. Por conseguinte, não têm lugar sempre que a lei, em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio, é clara e precisa." (Compêndio de hermenêutica jurídica, p. 4).

A segunda parte da definição é válida ainda hoje? Não. E Garcia de Enterría explica: "No se comprende que un jurista de la calidad de Schmitt se haya dejado llevar de su pasión impugnadora hasta desconocer que en todo proceso, necesariamente, hay siempre un problema de interpretación de la ley y, por tanto, de precisar el contenido de ésta. No existen leyes de contenido tan obvio que no requieran interpretación; la determinación de un particular sentido de la ley, aun en el de su supuesta claridad es siempre, y no puede dejar de serlo, el resultado ya de un proceso interpretativo de dicha ley (razón por la cual nadie acepta hoy el viejo apotegma in aliorum non fit interpretatio). Toda ley es, pues, imprecisa en el sentido de"

que requiere ser interpretada." (Op. cit., p. 233-4).

Achamos também conveniente fazer outro esclarecimento. Devo-se ter presente, o que nem sempre a doutrina faz, a diferença entre lei, norma e Constituição. Em primeiro lugar, a Constituição é também uma lei, apenas, no sentido kelseniano, está na cumeada da pirâmide; em segundo, toda lei contém normas. O que é então uma lei? Lei é um texto escrito, versado em palavras, que expressa suas normas por meio de artigos e parágrafos. Não é despidiêdo a observação, dentro do contexto do nosso trabalho. Ela serve para frisar que a Hermenêutica, como já foi dito, é um sistema de regras para a interpretação das leis. Lei, aqui, é também a Constituição. Apenas, como observa o Professor Baracho, "A hermenêutica constitucional tem princípios próprios do Direito Constitucional, entretanto não abandona os fundamentos da interpretação da lei, utilizados pela Teoria Geral do Direito, pelos magistrados ou pela administração". (Hermenêutica constitucional, p. 179).

Em síntese: quando se fala em interpretar a lei, o que se quer dizer é interpretar as suas normas, contidas pelos artigos e parágrafos; como a interpretação são várias regras ou métodos que compõe a Hermenêutica, as regras ou métodos aplicados hodiernamente à interpretação da Constituição têm particularidades específicas, não obstante fazem parte da Hermenêutica.

Nos subtópicos seguintes faremos referências aos vários métodos de interpretação das normas presentes nas leis. Para tanto, respeitaremos a classificação dos estágios posta supra.

4.2.1. O MÉTODO CLÁSSICO

Este método provém dos romanos. Foi Savigny quem o desenvolveu ou, pelo menos, se dedicou muito a ele.

Há quatro regras que o compõe, ou, como querem alguns, quatro técnicas de interpretação: a gramatical, a lógica, a histórica e a sistemática. Savigny aconselhava a não aplicá-las isoladamente, mas em conjunto, afim de evitar o erro. Não iremos definir a cada uma, pois isso está feito em qualquer manual de Direito Civil. Apenas faremos algumas observações que julgamos úteis.

Observe René David: "En definitiva, en todos los países de la familia romano-germánica la práctica prosigue, entre las doctrinas más variadas, una vía media, caracterizada por su empirismo, que varía según los jueces, las épocas y las diversas ramas del Derecho. Antes que mandatos, que imponen al intérprete una solución determinada, los textos legislativos se consideran frecuentemente como guías para llegar a descubrir soluciones justas. En todas partes se da, sin duda alguna, preferencia a una interpretación gramatical y lógica, y se subraya complacientemente la sumisión al legislador cuando dicha obediencia conduce a una solución de justicia. Sin embargo, la interpretación lógica supone por sí misma una elección, ya que debe optarse entre argumentos analógicos o a contrario, o por la combinación de principios diversos. El resultado es susceptible de corrección gracias a una interpretación histórica, mediante el esclarecimiento de los textos a la luz de la situación anterior y la consideración de la intención del legislador; a una solución semejante puede llegarse, en ocasiones, mediante el análisis de la ratio legis, de acuerdo con el principio de que esta esté ligada a las circunstancias históricas y que el sentido de los textos legislativos es susceptible de variación con el transcurso del tiempo." (Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, pl 93-4).

Aquí se deduz que o método clássico se desajou tão universal que até hoje é válido. Ele também se aplica à interpretação constitucional, mas relativizado pelos princípios interpretativos criados pelos Tribunais Constitucionais europeus.

Interessante é detectar a ideologia do racionalismo dos séculos XVIII e XIX. Ela se quer completa, totalizante, universal. Marcel Thorann atenta a respeito: "Volff qui connaît les progrès et les expériences de ses prédécesseurs affirme avoir enfin mis au point la méthode qui supprimera définitivement l'incertitude en matière de droit. 'La direction et la détermination de tous les actes humains peuvent être expliqués et déterminés a priori de la nature de l'âme, et ceci de manière aussi rationnelle que les phénomènes physiques'." (Après de autor). (Histoire de l'idéologie juridique au XVIII siècle, ou: 'le droit prisonnier des mots', p. 156-7).

Shering pense que não se trata de ideologia e sim de fal-

ta de maturidade ou desenvolvimento intelectual: "El apego á la palabra es uno de esos fenómenos que en derecho, como en otros ramos, caracteriza la falta de madurez y de desarrollo intelectual." (El espíritu del derecho romano, v.3. Página 147).

4.2.2. MÉTODOS DO ESTÁGIO INTERMEDIÁRIO

Este estágio compreende três métodos: o lógico-sistemático, o histórico-teleológico e o voluntarista da Teoria Pura do Direito.

O primeiro leva em conta que toda norma jurídica pertence a um sistema, de qual não pode ser isolada, sob pena de não se manter a coerência. Com isso, ele visa a unidade objetiva do sistema.

O segundo interroga a história, para determinar as condicionantes que influíram na feitura da lei (econômicas, sociais e políticas); o ponto teleológico joga com a intenção do legislador ao criar a lei.

O terceiro tem por mentor Hans Kelsen. Entendia ele que a interpretação é, antes, um ato de decisão, e não um ato de cognição. O intérprete, ao se dirigir à norma para interpretá-la, faz mais pela vontade do que pela inteligência.

Deste métodos se pode dizer o mesmo que foi afirmado em relação ao método clássico: para a interpretação das normas constitucionais os mesmos podem ser usados, apenas estão relativizados pelo labor dos Tribunais Constitucionais.

4.2.2.1. UMA BREVE REFLEXÃO

Dessejamos, antes de entrar no terceiro estágio, estabelecer algumas observações.

Primeira: é preciso reiterar e nunca olvidar que os dois estágios vistos até agora, com seus métodos e regras (ou técnicas), se desenvolveram na perspectiva romanista, privatista.

Segunda: duas escolas se distinguem nesses dois estágios: a Escola Subjetiva e a Escola Objetiva. A primeira dá mais peso, na interpretação das leis, à vontade do legislador. A segunda pesa a balança ao lado contrário, abafando a vontade do legislador e buscando a vontade da lei. Aquela busca a "ra

legislatoris"; esta, a "mens legis", para ficarmos com a terminologia latina.

Terceira: em nosso século, com a criação dos Tribunais Constitucionais, que fez nascer a jurisdição constitucional, dando aos mesmos o poder de interpretar a Constituição, a Hermenêutica ficou enriquecida com novos métodos ou técnicas de interpretação. Estes, isso é de suma importância, nasceram e se desenvolveram numa perspectiva constitucional, pública, tendo em vista o seu objeto: a Constituição e não leis de Direito Privado. Nunca é demais ressaltar que os métodos dos dois estágios já vistos não estão descartados. Entretanto, não podem ser aplicados em sua pureza, i.é, a ótica deve ser fixada tendo em vista que se trata de interpretar a Constituição, não cabendo enxergar esse processo com óculos romanos, privatistas. Esta observação apenas não cabe, em sua inteireza, ao método imaginado por Welson, devido a sua originalidade.

4.2.3. OS MÉTODOS MODERNOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O terceiro estágio se caracteriza, ao nosso ver, pela especificidade. Os dois primeiros são amplos, abrangentes, valendo para qualquer lei (norma). Este, ao contrário, visa a Constituição (e Lei chamada Constituição e suas normas), daí o seu caráter mais específico, restrito.

Existem três métodos nesse estágio: dois especificamente constitucionais e um, mais abrangente, não obstante ser inteiramente aplicável à interpretação constitucional. Trata-se do método tópico, de Theodor Viehwag, que tem hoje um corolário, desenvolvido por Friedrich Küller, com fundamento concretista.

Em ordem cronológica, os métodos do terceiro estágio podem ser assim enunciados: método integrativo, de Rudolf Smend; método tópico, de Theodor Viehwag e método concretista, de Konrad Hesse.

4.2.3.1. MÉTODO INTEGRATIVO

A respeito desse método, García de Enterría fez uma exposição didática: "Smend, com su conocida teoría de la integración, formulada originalmente en 1928, ha ejercido un extraordinario

rio influjo sobre los criterios interpretativos a emplear para la aplicación de la Constitución, influjo declarado en las decisiones del Tribunal Federal Constitucional. "La Constitución, dice Smend, no puede ser comprendida sólo como un estatuto de la organización, que estructura el Estado y que faculta e impone ciertas actividades al mismo, sino a la vez, como una forma vital de los ciudadanos que participan en la vida del Estado". Los valores comunes expresados y servidos por la Constitución operan, pues, como valores de integración colectiva de los ciudadanos y así deben sobre todo ser comprendidos y aplicados. Para Forsthooff este método sería propio de las ciencias del espíritu, extraño a la sobriedad y a la formalidad del método jurídico; su generalización implicaría que la Ley Constitucional quedaría deshecha, transformada en un sistema de simples vivencias psicológicas, lo que volatilizaría su positividad. La polémica posterior no resultó favorable a este postura, y más bien fue clarificadora para concluir de perfilar la significación inequívocamente jurídica del "sistema material de valores" de la Constitución, sistema que no es una adición postiza y retórica a un esquema legal, sino además de supuesto implícito o explícito de todo ordenamiento, algo completamente inevitable para la norma constitucional por resultar de la toma primaria de posición sobre el orden político, sobre su función y sus límites, que, como pudimos ver al comienzo de este estudio sobre la Constitución, ésta necesariamente supone." (Hermeneutica e supremacía constitucional, p. 36-7).

Stein, por su vez, usa a teoría da integração para a interpretação dos Direitos Fundamentais: "En los derechos fundamentales vio Smend, en primer lugar, un medio de "integración" objetiva". Su contenido objetivo tiene un efecto integrador: constituyen partes esenciales de nuestro ordenamiento democrático y libre gracias a las cuales prestan su consentimiento al Estado la mayoría de los ciudadanos. Concretizan la libertad y la garantizan bajo esta figura concretizada, no en el sentido de una expresión descriptiva de la realidad, sino en el sentido normativo de una meta que hay que alcanzar. Por ello, no pueden limitarse a emancipar parcialmente al individuo frente al Estado y a proporcionarle protección frente al mismo, sino que deben concebirse como relaciones vinculantes entre el indi

viduo y el Estado; es decir, como el fundamento de la unidad política." (Derecho político, p. 239-40).

É esclarecedor, para o entendimento dos dois parágrafos, mencionar a alínea 1ª, do artigo 1º, da Lei Fundamental: "Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt." Tradução: "A dignidade das pessoas é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público." A dignidade da pessoa humana tem, na Lei Fundamental, um valor que informa todos os Direitos Fundamentais. Por isso estes são direitos diretamente aplicáveis. Não há como o legislador tergiversar sobre o valor dos mesmos.

4.2.3.2. O MÉTODO TÓPICO

Em sua obra "Topik und Jurisprudenz", editada pela primeira vez em 1954, Theodor expõe, no capítulo 3º (Analyse der Topik), o que seja a Tópica e os seus objetivos.

"Der wichtigste Punkt bei der Betrachtung der Topik ist die Feststellung, dass es sich hier um diejenige denkrische Technik handelt, die sich am Problem orientiert." (Página 31). Tradução: "O ponto mais importante da reflexão sobre a Tópica é o de que aqui se trata da técnica de pensar."

"Sie ist daher die Technik des Problemdenkens." (Página 31). Tradução: "Por isso ela é a técnica de pensar o problema."

"Denn es gibt nicht nur die überall verwenbaren Topoi, von denen Aristoteles, Cicero und ihre Nachfolger handeln, sondern auch solche, die für ein bestimmtes Fach approbiert sind" (Página 36). Tradução: "Pois não existe somente a Tópica utilizada em todos os lugares, a de Aristóteles, de Cicero e seus procedimentos posteriores, mas também há Tópicos específicos para uma determinada disciplina e/ou matéria."

"Die Funktion der Topoi, gleichgültig, ob sie als allgemeine oder besonders auftreten, besteht also darin, der Problemerkörterung zu dienen." (Página 38). Tradução: "A função da Tópica, sendo indiferente se sua manifestação é geral ou específica, consiste em que ela serve ao exame de discussão."

"Die Topik muss erst einmal zeigen, wie man Prämissen findet. Die Logik nimmt sie hin und verarbeitet sie." (Página 40).

Tradução: "A Tópica precisa somente mostrar uma vez, como se 'ache' premissas. A Lógica as toma então e as trabalha." Aqui é de se observar que a Tópica corrige a Lógica, embora isso pareça paradoxal. Porque isso ocorre? Porque, segundo Salmon, "a lógica trata da relação entre premissas e conclusão, deixando de importar-se com a verdade das premissas". (Lógica, p. 15). E a Tópica trata justamente de problematizar as premissas. Isso fazendo, ajuda a estabelecer uma correta relação entre as premissas e a conclusão, o que vai resultar num argumento logicamente correto, pois a correção ou incorreção lógica de um argumento está tão somente dependente da relação entre premissas e conclusão.

Paulo Bonavides, num trabalho intitulado "O método tópico de interpretação constitucional", afirma que "os métodos clássicos de interpretação, quais os formulou Savigny, sempre tiveram grande voga na jurisprudência dos séculos XIX e XX. Toda a velha metodologia está porém debaixo de pressões renovadoras. Em nenhum ramo do direito sua influência se fez mais patente do que no Direito Constitucional. De origem civilista, os métodos clássicos tinham já dificuldades em acomodar-se ao seu objeto - a Constituição - que sobre a dimensão jurídica comporta uma outra mais lata, de natureza política, entrecidada de valores - o que fazia deveras precário o emprego da hermenêutica tradicional". (Página 68).

"(...) A tópica parece haver chegado assim na hora exata, quando mais prementes e angustiantes exigências metodológicas põem claramente a nu o espaço em branco deixado pela hermenêutica constitucional clássica, característica do positivismo lógico-dedutivo." (Página 68).

O autor conclui o seu artigo, dizendo que "A tópica representa, enfim, o tronco de onde partem na Alemanha as direções e correntes mais arrojadas em renovar a metodologia contemporânea de interpretação das regras constitucionais". (Página 70).

4.2.3.3. O MÉTODO CONCRETISTA

Konrad Hesse é um dos representantes do método concretista da interpretação constitucional. Em seu famoso livro "

Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutsch-
land", o autor dedica um capítulo a "Verfassungsinterpretation"
(Interpretação constitucional). Sua primeira colocação consis-
te em determinar quando a interpretação se faz necessária: "Ver-
fassungsinterpretation ist hier zu erörternden engern Sinne
wird notwendig und zum Problem, wenn eine verfassungsrechtli-
che Frage zu beantworten ist, die sich an Hand der Verfassung
nicht eindeutig entscheiden lässt." (página 19). Tradução: "A
interpretação constitucional, no sentido mais restrito de nos-
sa discussão, será necessária e se constituirá num problema,
quando uma pergunta de Direito Constitucional necessita ser
respondida, e que por via da Constituição não se deixa resol-
ver claramente."

Hesse entende que a interpretação tem uma tarefa: "Aufgabe
der Interpretation ist es, das Verfassungsmässig "richtige" Er-
gebnis in einem rationalen und kontrollierbaren Verfahren zu
finden, dieses Ergebnis rational und kontrollierbar zu begrün-
den und auf diese Weise Rechtsgewissheit und Voraussehbarkeit
zu schaffen - nicht etwa nur, um der Entscheidung willen zu ent-
scheiden." Tradução: "A tarefa de interpretação é achar o resul-
tado constitucional exato, por meio de um procedimento racio-
nal e claramente controlado, fundamentar este resultado racio-
nal e claramente controlado e produzir um método jurídico dota-
do de certeza e previsibilidade - e não decidir para a decisão
somente por acaso."

Como entende Hesse a interpretação constitucional? Como
ela se realiza? "Verfassungsinterpretation ist Konkretisierung.
Gerade das, was als Inhalt der Verfassung noch nicht eindeu-
tig ist, soll unter Einbeziehung der zu ordnenden "Wirklich-
keit" bestimmt werden. Insofern trägt juristische Interpreta-
tion schöpferischen Charakter: der Inhalt der interpretierten
Norm vollendet sich erst in der Auslegung; freilich trägt sie
auch nur insofern schöpferischen Charakter: das auslegende Tun
bleibt an die Norm gebunden." Tradução: "A interpretação cons-
titucional é individualização. Justamente o que, como conteúdo
da Constituição, ainda não está claro, deverá ser fixado sob a
integração que ordenará a realidade. Assim, a interpretação ju-
rídica traz um caráter criador: o conteúdo da norma interpreta-
da se conclui apenas na interpretação; com toda a certeza, ela

também apenas traz nisso um caráter criador: a ação interpretativa ficará vinculada à norma."

E o que seria a individualização para Hesse? "Konkretisierung setzt ein "Verstehen" des Inhalts der zu konkretisierenden Norm voraus. Dieses lässt sich nicht von dem "Vorverständnis" des Interpreten und von dem jeweils zu lösenden konkreten Problem ablösen." Tradução: "A individualização estabelece antecipadamente um entendimento do conteúdo da norma individualizada. Isso não se deixa substituir pela compreensão antecipada do intérprete ou pelo desate do respectivo problema concreto."

O "Verstehen", o entendimento, representa que papel no método de Hesse? "Verstehen und damit Konkretisierung ist nur im Blick auf ein konkretes Problem beziehen, wenn er ihren hier und nun massgeblichen Inhalt bestimmen will." Tradução: "Entender, e com isso individualizar, só é possível na análise de um problema concreto. O intérprete deve cobrir o problema com a norma que ele quer entender, para que ele possa determinar imediatamente, e de forma decisiva, o seu conteúdo."

O autor tedesco é de opinião de que a interpretação constitucional tem limites. Em síntese: a interpretação está de certo modo vinculada às leis. Por isso, os limites da interpretação constitucional estão onde nenhum é obrigatoriamente estabelecido pela Constituição, onde as possibilidades de uma compreensão conveniente dos textos normativos acabam, ou onde uma solução se põe claramente (manifestamente) em contradição com o texto normativo. Assim, onde o intérprete ultrapasse a Constituição, ele não mais a interpreta, mas sim, ele modifica ou quebra (rompe) a Constituição. Ambos os casos estão interditados por meio do direito vigente. (Op. cit., p. 28-9).

Partindo-se da ideia dos limites da interpretação constitucional posta por Hesse, é possível que haja, em seus confines (dos limites), o que a doutrina denomina de "mutação constitucional". Para Anna Cândida da Cunha Ferraz, "ocorre mutação constitucional por via de interpretação constitucional quando, por esse processo, se altera o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional, sem que haja modificação na letra da Constituição". (Op. cit., p. 57).

Ainda é preciso lembrar o que a doutrina alemã denomina de "Verfassungskonforme Auslegung". A expressão não significa

traduzir facilmente. Não obstante, pode-se dizer que ela consiste numa interpretação em harmonia (em conformidade) com a Constituição. Nesse a entende como um princípio, i. é, o princípio da interpretação em harmonia com a Constituição - "Der Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung". Ele a explica da seguinte forma: "Nach dem Grundsatz ist ein Gesetz nicht für nichtig zu erklären, wenn es in Einklang mit der Verfassung ausgelegt werden kann. Dieser "Einklang" (aspeto do autor) ist nicht nur dann vorhanden, wenn das Gesetz ohne die Heranziehung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte eine Auslegung zulässt, die mit der Verfassung vereinbar ist; er kann auch dadurch hergestellt werden, dass ein mehrdeutiger oder unbestimmter Inhalt des Gesetzes durch Inhalte der Verfassung bestimmt wird. Im Rahmen verfassungskonformer Auslegung sind Verfassungsnormen also nicht nur "Prüfungsnormen", sondern auch "Sachnormen" (aspeto do autor) zur Inhaltsbestimmung einfacher Gesetze." (Op. cit., p. 29-30). Tradução: "Segundo este princípio, uma lei não é de ser interpretada como nula se pode ser explicada de acordo com a Constituição. Este "acordo" não só existe se a lei, sob o ponto-de-vista constitucional, admite uma explicação em conformidade com a Constituição, como também quando pode ser restabelecido, v. g. no caso de a ambigüidade e indeterminação do conteúdo da lei poderem ser determinados por meio do conteúdo da Constituição. Na moldura da interpretação em harmonia com a Constituição, as normas constitucionais não são somente "normas de controle", como também "normas objetivas" para a definição do conteúdo de leis simplesmente." E Fix-Zarudis asseriu que este instrumento (ele assim denomina o princípio) é de maior transcendência na justiça constitucional alemã dos últimos anos. " (Los instrumentos procesales internos de protección de los derechos humanos en los ordenamientos de Europa continental y su influencia en otros países, p. 373).

A "verfassungskonforme Auslegung" não se confunde, entretanto, com o que Schleier denomina de "verfassungserorientierten Auslegung", i. é, interpretação de orientação constitucional. Trata-se, como esclarece o autor, da explicação e do emprego de normas capazes de explicar (preencher) espaços interpretativos vazios (Interpretationsspielraum) como, por exemplo, o artigo 226, do BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), assim enunciado: "Der,

de um modo atentatório contra os bons costumes, causar, dolosamente, um dano a um outro, estará obrigado, para com o outro, à indenização do dano." Ou de alcançar as decisões consideradas de base pela Constituição, como, por exemplo, de atentar à influência do artigo 5º, alínea 1ª, frase 2, da Lei Fundamental: (A liberdade de imprensa e a liberdade de informação por rádio e cinema estão garantidas. Não se exercerá censura.) sobre o emprego de disposições e princípios do Direito do Trabalho. (Das Bundesverfassungsgericht, p. 187-8).

5. OBSERVAÇÕES CRÍTICAS

O Professor Dr. Ernst-Wolfgang Böckenförde, em seu trabalho mencionado no início da nossa pesquisa, faz algumas observações, a título de crítica, aos vários métodos de interpretação. Tentaremos, em breves palavras, presentificar as suas ideias.

Em relação ao método clássico de interpretação (que compreende as regras e/ou técnicas por nós exposto no subtópico 4.2.1., supra), entende Ernst-Wolfgang que "A insuficiência das regras de interpretação clássicas, que foram mencionadas pelas particularidades, pressupõe a noção de lei, qualitativamente diferente dos atributos da Constituição, o que produz um flanco aberto que, sob o ponto de partida específico da posição metodológica não mais pode ser aceito. (Página 2091).

No que toca ao método integrativo (subtópico 4.2.3.1., supra) e ao método tópico (subtópico 4.2.3.2., supra), assere o autor: a problemática desse método de interpretação (ele está a se referir ao método integrativo) está na indeterminação e na passagem dos possíveis resultados de interpretação - atributo que ele reparte com o método tópico; por outra - o isso é importante - está ela (a problemática) na inversão do ponto de referência da interpretação. (Página 2095).

Tendo em vista o método concretista (da individualização) (subtópico 4.2.3.3., supra), comenta o professor no sentido de que, como a interpretação irá se vincular por meio daquilo que ela deve primeiro estabelecer? (Página 2096). O autor está a se referir aos limites desse método. Realmente, como estabelecer o limite se esse depende da individualização da norma?

6. ASPECTOS GERAIS QUE DEVER SER OBSERVADOS NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Embora Cesar Enrique Romero (Op. cit., p. 1130) e o professor Baracho (Hermenêutica constitucional, p. 186) denominem de regras de interpretação o que nós mencionamos como sendo aspectos gerais que devem ser observados no decorrer da interpretação constitucional, não causa nenhum prejuízo para o entendimento. Nós preferimos a denominação do tópico no lugar de regras, com o intuito de não causar confusão com as regras e/ou técnicas dos métodos de interpretação já vistos.

Na verdade, trata-se de certos balizamentos que Linares Quintana retirou da jurisprudência da Suprema Corte, com o fim de orientar, no geral, o intérprete constitucional. Daí estas regras não pertencerem a um método específico, antes são noções aplicáveis a todos eles.

Estas balizas se configuram nas seguintes regras ou, como quer Cesar Enrique, em pautas exegéticas, assim elencados por Linares Quintana:

a) "En la interpretación constitucional debe prevalecer siempre el contenido teleológico o finalista de la Ley Suprema. Aquí los propósitos del preámbulo tienen imper significación."

b) "La Constitución debe ser entendida con un criterio amplio, práctico y liberal; nunca estrecho, limitado y técnico, en forma que sus disposiciones tengan cabal cumplimiento en orden a sus fines."

c) "Las palabras que emplea la Constitución deben ser entendidas en su sentido general y común, salvo que su empleo técnico resulte claro, y que nunca ha de suponerse que un término constitucional es superfluo."

d) "La Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el cual el significado de cada parte debe determinarse en armonía con el de las partes restantes; ninguna disposición debe considerarse aisladamente y siempre debe preferirse la interpretación que armoniza y no la que coloca en pugna a las distintas cláusulas de la Ley Suprema."

e) "La Constitución, en cuanto instrumento de gobierno permanente, debe ser interpretada teniendo en cuenta, asimismo, las condiciones sociales, económicas y políticas que existen"

al tiempo de su aplicación."

f) "Las excepciones y privilegios deben interpretarse con criterio restrictivo."

g) "Los actos públicos se presumen constitucionales en tanto mediante una interpretación razonable de la Constitución puedan ser armonizados con ella." (Conforme Cesar Enrique. Op. cit., p. 1130).

7. PRESSUPÓSITOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Alberto Ramón Real, em seu trabalho "Los métodos de interpretación constitucional", enumera uma série de considerações, entendidas por ele como sendo pressupostos de uma interpretação constitucional. A contribuição do autor é valiosa e julgamos ser importante registrá-la em nosso trabalho. Como se trata de uma linguagem sintética e equilibrada, tememos trair o pensamento de Alberto Ramón ao tentar resumi-la. Daí os transcrevermos na íntegra.

"Para que se pueda hablar en serio de interpretación constitucional entendemos necesarios ciertos presupuestos inherentes a dicha hermenéutica, a saber: 1) que haya Constitución rígida, porque si la Constitución es flexible y modificable por simples leyes, el problema interpretativo constitucional pierde gran parte de su especialidad y de su interés, por la imposibilidad de practicar el control de constitucionalidad de las leyes; 2) que la Constitución exista en la vida, que se la cumpla, que el espíritu constitucional esté arraigado en los gobernantes y gobernados, que la filosofía democrática del constitucionalismo y su respecto al soberano poder constituyente del pueblo sean creencias y realidades duraderas y profundas en el alma popular. Para que la interpretación constitucional tenga utilidad y sentido es indispensable el clima de libertad civil y política, de garantías plenas, para que las controversias y disputas constitucionales se puedan resolver racionalmente y no por la imposición de la fuerza; 3) el autor de la interpretación ha de tener libertad para opinar si teme a lo que le puede ocurrir como consecuencia de su opinión, para que ésta sea admisible al debate constitucional; 3.1) para que quepa la interpretación legislativa - con efectos generales, pero no auténtica, es decir,

de rango subordinado a la Constitución misma y posible del control judicial de su acierto - es necesario que exista Poder Legislativo, democráticamente electo. De otra manera, hablar de interpretación legislativa de la Constitución no tiene sentido porque falta el típico Poder Legislativo al cual (y no a otro) la Constitución confía su interpretación general; 3.2) para que exista una interpretación judicial, propiamente dicha, de máxima importancia para el desarrollo de la jurisprudencia, se requieran jueces independientes, ya sea un Poder Judicial de estilo norteamericano o tribunales especializados, como la Corte Constitucional italiana, cuyos miembros tengan estabilidad, jerarquía e independencia, frente a los poderes políticos; 3.3) para que exista una interpretación doctrinal digna de ese nombre es necesario que los juristas, los profesores de Derecho, los abogados, las publicaciones jurídicas y la prensa, que se ocupa de cuestiones constitucionales, gocen de las tradicionales libertades de opinión, de cátedra, de defensa, de prensa etc., consustanciales a la ideología del constitucionalismo del mundo libre." (Página 51).

Estas ideas de Alberto Rorón confirman o que colocávamos na introdução do nosso trabalho. Dificilmente alguém poderia localizar no parágrafo, supra indicações de ordem privatista, de lógica formal. A interpretação da Constituição entende não apenas um determinado caso de vida prática, levado a uma sala de Tribunal. Provavelmente não estejamos em erro ao afirmar que uma Constituição é muito digna para se deixar descharacterizar, teórica e praticamente, com concepções e técnicas que brotarão e se desenvolverão (e também cumprirán o seu papel, e ainda o cumpren, em seu devido lugar) num tempo em que não se podia sequer vislumbrar a complexidade do nosso século. Nesse sentido, e para completar o raciocínio, a interpretação constitucional exige e impõe condições que se alçam à categoria de "sine qua non". Isso é mais uma prova de que não é possível moldar uma sociedade política à força das leis, apenas.

8. A GUISA DE CONCLUSÃO

Existen certos processos que não admitem meio-termo e ninguem reside a sua grandeza. Não admitem arbitralidades, tergiversações

ções e quejandos. E a interpretação constitucional se constitui exatamente num processo dessa natureza. Deixando de lado a América do Norte que, como vimos, é um fenómeno, por se assim dizer, a parte, a Europa soube pagar o preço de uma concepção autêntica de Constituição. As Constituições Italiana e alemã já estão por completar quase uma metade de século de existência, sendo dois príncipes protagonistas da Segunda Grande Guerra. Sinal de que os Tribunais Constitucionais souberam cumprir com sua parte, máxime no tocante a interpretação e guarda da Constituição.

A experiência europeia permite uma conclusão: interpretar a Constituição, por meio de um Poder ou Órgão que tenha a dignidade de falar em nome dela, se constitui no último estágio de aperfeiçoamento do moderno Estado Social Democrático. Isso revela de maneira frisante e inconfundível a importância do assunto que tratamos em nosso trabalho. Revela também que, por meio de uma interpretação que assegure e revitaliza o próprio instrumento interpretado, é possível realizar uma superação dialética do Estado. Revela, enfim, que a Constituição deixou de ser um quadro dentro do Estado, configurando-se em sua própria moldura.

7. *Revista de Direito Constitucional*, v. 1, n. 1, p. 117 e ss.
8. *Revista de Direito Constitucional*, v. 1, n. 1, p. 117 e ss.
9. *Revista de Direito Constitucional*, v. 1, n. 1, p. 117 e ss.
10. *Revista de Direito Constitucional*, v. 1, n. 1, p. 117 e ss.
11. *Revista de Direito Constitucional*, v. 1, n. 1, p. 117 e ss.
12. *Revista de Direito Constitucional*, v. 1, n. 1, p. 117 e ss.
13. *Revista de Direito Constitucional*, v. 1, n. 1, p. 117 e ss.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALEMANHA. Leis, decretos, etc., Código Civil Alemão, traduzido diretamente do alemão por Souza Diniz, Rio de Janeiro, Ed. Record, 1960.
2. ALEMANHA. Leis, decretos, etc., Gesetz über das Landesverfassungsgericht, in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Dezember 1965.
3. ALEMANHA. Leis, decretos, etc., Verfassung, in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Dezember 1965.
4. BACHOF, Otto. Jueces y constitución. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1965.
5. BARACHO, José Alfredo de. "Hermenêutica constitucional." Rev. de Faculdade de Direito da UFMG, nº 18, v. 25. Maio, 1977. P. 175 e ss.
 Paracer: "Taxa de juros." O art. 192 da Constituição de 1988 - Estrutura Lógica da Norma Jurídica - Diferença entre Direito e Retórica." Rev. de Direito Público, nº 89, v.22. Jan./mar., 1989. P. 71 e ss.
6. BOCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. "Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik." Neue Juristische Wochenschrift, nº 46, November, 1973. P. 2689 e ss.
7. BONAVIDES, Paulo. Direito constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1986.
 "O método típico de interpretação constitucional" Rev. de Curso de Direito, Fortaleza, nº 22, jul./dez., 1981. P. 61 e ss.
8. BRASIL. Leis, decretos, etc., Código Civil Brasileiro, Ed. Saraiva, 1989.
9. BRASIL. Leis, decretos, etc., Constituição Federal, Ed. Malvi, 1989.
10. CÂMARA, Maria Helena Ferreira da. "A interpretação constitucional e o controle de constitucionalidade das leis." nº 95, jul./set., 1987. P. 117 e ss.
11. CARVALHO, Lorenzo. Tempo e direito. Rio de Janeiro, Ed. José Bonfina, 1968.
12. CARVALHO, Iris de. "Critérios valorativos de interpretação constitucional." Rev. Forense, v. 231, jul./set., 1985. P. 155 e ss.
13. CAVALCANTE, Francisco Ivo Santos. Paralelo de injunção. Rio de Janeiro, Ed. Cide, 1989.
14. DAVID, René. Les grands systèmes juridiques contemporains. Madrid, Ed. Aguilar, 1969.

15. ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 5 ed. Lisboa, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.
- La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales. Barcelona, Ed. Universidad de Navarra S.A., 1968.
16. ESPANHA. Leis, decretos, etc., Constituição da Espanha. Ed. Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1966.
17. FERRAZ, Anna Cândida de Cunha. Processos informais de mudança da constituição. São Paulo, Ed. Max Limonad, 1966.
18. FIX-ZAMUDIO, Néctor. "Los instrumentos procesales internos de protección de los derechos humanos en los ordenamientos de Europa continental e su influencia en otros países." Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, mayo/ago., 1979. P. 337 e ss.
19. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. "Hermenéutica e supremacía constitucional." Rev. de Direito Público, nº 19, jan./mar., 1966. P. 33 e ss.
- La constitución como norma y el tribunal constitucional. Madrid, Ed. Civitas S.A., 1966.
20. GARCIA, Enrique Alonso. La interpretación de la constitución. Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
21. GARCIA, Pedro de Vega. "Jurisdicción constitucional y crisis de la constitución." Rev. de Estudios Políticos, (nueva época) nº 7, ene./feb., 1979. P. 93 e ss.
22. GIL, Antonio Hernandez. Metodología de la ciencia del derecho. Madrid, Ed. Graficas Melendez Valdes, 1971.
23. GROSS FILHO, Vicente. Tutela constitucional das liberdades. São Paulo, Ed. Saraiva, 1969.
24. HEGEL, Georg W.F. Princípios de filosofia do direito. 3ª ed. Lisboa, Ed. Guineras Ltda, 1966.
25. HEGGE, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland. 16 ergänzte Auflage, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1968.
26. JELLINEK, G. Teoría general del estado. Buenos Aires, Ed. Albatros, 1943.
27. JÜRGENS, Rudolf von. El espíritu del derecho romano. 5ª ed. Madrid, Ed. Casa Editorial Bailly-Lilliere, v.3.
28. "KLEIN", Hans. Teoria geral das normas. Porto Alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris, 1966.
29. LARSEN, Karl. Rechtslehre der Rechtswissenschaft. Berlin, Springer Verlag, 1961.

- 57
30. LEFEBVRE, Henri. Lógica formal/lógica dialética. 4 ed. Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 1977.
 31. LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. 2 ed. São Paulo, Ed. Abril Cultural, 1970.
 32. MALMESBURY, Thomas Hobbes de. Leviatã. 2 ed. São Paulo, Ed. Abril Cultural, 1977.
 33. MARXISM, Karl. Ideologia e utopia. 4 ed. Rio de Janeiro, Ed. Quenebra, 1966.
 34. MAUNZ-DURIG et alii. Grundgesetz. Kommentar. München, 6. Auflage (Stand Sept. 1983).
 35. MEIRELLES, Mely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data". 12. ed. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1989.
 36. MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. "Metodologia constitucional." Rev. de Informação Legislativa, Brasília, nº 91, jul./set., 1986. P. 63 e ss.
 37. PAULA BAPTISTA, Francisco de. Hermenêutica jurídica. São Paulo, Ed. Saraiva, 1984.
 38. PORTUGAL. Leis, decretos, etc., Constituição da República Portuguesa, Ed. Trabalhistas, 1966.
 39. REAL, Alberto Ramón. "Los métodos de interpretación constitucional." Rev. de Direito Público, nº 13, jan./jun., 1980. P. 50 e ss.
 40. ROMERO, Cesar Enrique. "La corte suprema y la interpretación constitucional." Rev. Jurídica Argentina La Ley, nº 3, v.8. 1963. P. 1121 e ss.
 41. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. 2 ed. São Paulo, Ed. Abril Cultural, 1980.
 42. SALDANHA, Nelson. Legalismo e ciência do direito. São Paulo, Ed. Atlas S.A., 1977.
 43. SALMON, Wesley C. Lógica. Rio de Janeiro, Ed. Zahar, 1969.
 44. SCHLAICH, Klaus. Das Bundesverfassungsgericht. München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1975.
 45. SCHWETTER, Hans-Eber. "Especificidad y función de los principios fundamentales en el sistema constitucional democrático." Rev. de Estudios Políticos, Madrid, ene./feb., 1979. P. 47 e ss.
 46. SECUNDAT, Charles Louis de. Do espírito das leis. 2 ed. São Paulo, Ed. Abril Cultural, 1979.

47. GEFFERT, Karl-Heinz/WITTIG, Dieter. Das Deutsche Bundesrecht Taschenkommentar. 2 Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985.
48. STEIN, Ekkehart. Derecho político. Madrid, Ed. Aguilar, 1973.
49. THEBAUD, Marcel. "Histoire de l'idéologie juridique au XVIII^e siècle, ou: 'le droit prisonnier des mots.'" Archives de philosophie du droit, n° 16, 1983. P. 127 e ss.
50. TRUJILLO, Eumersindo. "Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español." Rev. de Estudios Políticos, n° 7, ene./feb., 1979. P. 145 e ss.
51. VERO, Pablo Lucas. "Problemática actual de la justicia constitucional y del exámen de constitucionalidad de las leyes." Universidad de Salamanca, mayo/oct., 1957. P. 99 e ss.
52. VIERKEG, Theodor. Topik und Jurisprudenz. 5 Auflage, München, C.F. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1974.
53. WIEBER, Max. A ética protestante e o espírito do capitalismo. 3 ed. São Paulo, Ed. Livraria Pioneira, 1983. Economía y sociedad. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1984.