

TEORIA GERAL DO ESTADO

RACIONALIZAÇÃO DAS INCERTEZAS CONSTITUCIONAIS.

José Guilherme Giacomuzzi ^(*)

INTRODUÇÃO

Dado que a Constituição, qualquer Constituição, é norma jurídica, e tendo-se hoje por superada a visão segundo a qual a norma se encerra em si e contém todo o seu significado, nada restando ao aplicador do direito, visão essa tão cara aos juristas do século passado, vivemos nós, hoje, após o avanço da hermenêutica, sob a convicção de que a norma jurídica, em verdade, não se confunde com seu texto. Vale dizer, a Constituição, como norma jurídica, não equivale ao texto da Constituição.

Os juristas, ensina Friedrich Müller, quando falam e escrevem sobre 'a' Constituição, referem-se *ao texto* da Constituição; quando falam 'da' lei, referem-se ao seu *teor literal*¹. Nas fortes palavras de Eros Grau, entre nós um combativo defensor dessa referida visão hermenêutica, as normas resultam da interpretação, e, enquanto *disposições*, enquanto *textos*, não dizem nada, elas 'dizem os que os intérpretes dizem que elas

(*) Promotor de Justiça-RS, Mestrado em Direito do Estado e Teoria do Direito na UFRGS, Professor na PUC-RS.

¹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese Editora, 1999, p. 45.

dizem', i. é, o significado da norma é produzido pelo intérprete². Numa palavra: o intérprete produz a norma.

Se entendermos, como quer Hesse, a constituição como *ordem fundamental jurídica da coletividade*, determinante dos princípios diretivos segundo os quais devem formar-se a unidade política e as tarefas estatais a serem exercidas³, e acrescentarmos isso à visão dita acima de que o texto (constitucional) nada diz *per se*, mas é produzido pelo intérprete, chegaremos à conclusão de que o intérprete da Constituição não somente diz qual a ordem fundamental da sociedade, mas também determina seus princípios diretivos e estabelece, ao fim de tudo, as tarefas estatais.

Mas a constituição-texto, suas regulações, não são nem completas, nem perfeitas⁴. Muitos de seus preceitos são abertos, indeterminados, carentes, por vezes, de intensa valoração, e mesmo ambíguos. Enfim, incertos. Nem a Constituição tem a intenção de completude⁵, podendo-se dizer que as incertezas

² GRAU, Eros Roberto. Quem tem Medo dos Juízes (na Democracia) ? *Justiça e Democracia*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1 - 1º semestre de 1996, p. 102.

³ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998, p. 37.

⁴ HESSE, Konrad. (nota 3), p. 38.

⁵ São palavras de Hesse: "A Constituição, portanto, não é uma ordem da totalidade da colaboração sócio-territorial e essa atividade não é, de forma alguma, mera 'execução da Constituição'. Tampouco ela é uma unidade já concluída - lógico-axiomática ou hierárquica de valores - sistemática. Seus elementos, todavia, dependem um do outro e repercutem um sobre o outro e somente o concerto de todos produz o todo da configuração concreta da coletividade pela Constituição. Isso não significa que esse concerto seja livre de tensões e contradições, porém, sim, que a Constituição somente pode ser completamente compreendida e exatamente interpretada se ela for entendida nesse sentido como *unidade* e que Direito Constitucional está dirigido muito mais para ordenação de conjunto do que para demarcação e exclusão." HESSE, Konrad. (nota 3), p. 38-39.

constitucionais são produto da humildade do constituinte ou de seu pragmatismo⁶.

A idéia de Constituição carrega consigo a idéia de racionalização, de limitação do poder político. O significado histórico da Constituição liga-se às revoluções francesa e americana do século XVIII, surgindo ela, pois, como estatuto da liberdade, de defesa do cidadão e da sociedade em relação às investidas do poder⁷.

A Constituição quer então racionalizar o poder. Mas seu texto, como todo texto jurídico, repete-se, nada diz *per se*. Necessita de interpretação, a qual 'cria' a norma, como se viu, interpretação essa que é feita das mais variadas formas e pelas mais diversas vias, seja por órgãos estatais ou não-estatais, produtores de normas positivas ou costumeiras, oriundos dos poderes do Estado ou da sociedade civil.

Com efeito, tem-se *interpretação constitucional* no parlamento, na administração pública, nos tribunais ou juízos, nas associações, sociedades ou qualquer lugar onde a *normatividade*⁸ é produzida. Não é - diz Friedrich Müller - o

⁶ É a correta lição do Professor Tupinambá Pinto de Azevedo, em extenso e rico trabalho com o mesmo título deste - Racionalização das Incertezas Constitucionais -, apresentado na disciplina de Teoria da Constituição, Mestrado em Direito da UFRGS, Professor Dr. Luís Afonso Heck, ano 1997, não publicado, p. 21.

⁷ Conforme CARRION, Eduardo Kroeff Machado Carrion. *Apontamentos de Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 16.

⁸ Normatividade aqui no sentido proposto por Friedrich Müller: "Por outro lado a *normatividade* ... não é produzida por esse mesmo texto. Muito pelo contrário, ela resulta dos dados extralingüísticos de tipo estatal social: de um funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; portanto, de dados que, mesmo se quiséssemos nem pöderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia de sua pertinência." MÜLLER, Friedrich. (nota 1), p. 45.

teor literal da norma (constitucional) que regulamenta um caso jurídico concreto, mas o órgão legislativo, o órgão governamental, o funcionário da administração pública, o tribunal que elaboram, publicam e fundamentam a decisão regulamentadora do caso⁹.

Não nos interessa nesse trabalho as formas de racionalização das incertezas constitucionais feitas por órgãos não-governamentais e pelos Poderes Executivo ou Legislativo. Importa-nos tão-somente a feita via Poder Judiciário, isto é, por meio das decisões judiciais. Porque são essas que conformam, última instância, o Estado Democrático de Direito.

Encarada a decisão judicial, nos contornos acima ditos, como produtora da norma constitucional, e portanto regulamentadora dos princípios diretivos de uma sociedade, integradora de sua unidade política e estabelecadora das tarefas estatais a serem seguidas, preocupa-nos sobremaneira a forma de controle da *legitimidade* de tais decisões, no sentido de deverem ser elas racionalmente rastreáveis e juridicamente justificáveis em um Estado Democrático de Direito.

Como aceitar-se, legitimamente, ante o princípio da separação de poderes, consagrado na Constituição, que uma decisão judicial seja - e possa ser - sempre a última palavra sobre matéria constitucional, inclusive anulando, o juiz singular, uma lei aprovada pela maioria do povo ? Ou que um pequeno grupo de juízes, indicados muitas vezes por razões subjetivas não racionalmente rastreáveis, ditem a política pública via decisão judicial ? Ou que um Tribunal, freqüentemente distante da sociedade, em muitos casos de costas a ela, decida sobre a vontade popular ou diga enfim o que, no caso, consubstancia o interesse público ?

Em última análise, o certo é que são os juízes, no sistema constitucional moderno, dentre eles o brasileiro, que têm o poder

⁹ MÜLLER, Friedrich. (nota 1), p. 46.

de dizer o que é a dignidade da pessoa humana, a moralidade e a legalidade administrativas, a igualdade perante a lei e o direito, as liberdades de expressão ou de manifestação do pensamento, para citarmos apenas alguns – ainda que talvez os mais importantes – dos princípios (ou garantias) constitucionais e direitos fundamentais.

Tomarei, na primeira parte do trabalho, o termo racionalização, em si mesmo um tanto incerto, como oposto ao arbítrio da vontade¹⁰, à intuição ou à emoção¹¹. Na segunda parte, já mais especificamente, como equivalente à necessidade de lógica argumentação racional ao trato da interpretação da norma e da solução do caso concreto, ou concreção na norma. Quer-se mostrar que a racionalização das incertezas constitucionais passa sempre pela concreção, e supõe, antes de tudo, uma pré-compreensão da realidade dada, da função e dos limites da decisão judicial, o que, em suma e ao final de tudo, só se pode aferir por uma análise da fundamentação da decisão judicial, hoje regra constitucional entre nós (artigo 93, IX, da Constituição Federal Brasileira de 1988).

1ª PARTE: A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A FORÇA (POLÍTICA) DAS DECISÕES JUDICIAIS

A interpretação constitucional – lembra Inocêncio Mártires Coelho – sempre suscitou as mais variadas controvérsias doutrinárias, provocando discussões que vão desde as questões pertinentes à especificidade dessa interpretação em face da

¹⁰ A 'razão artificial' e o juízo da lei, dizia Edward Coke, não eram a 'razão natural'. A razão natural é sempre razão, não vontade, é razão que se opõe à vontade arbitrária do rei. Ver FASSÒ, Guido. *La Legge Della Ragione*. Imola: Il Mulino, 1966, p. 222.

¹¹ Conforme ensina CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia Jurídica - Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 35.

hermenêutica jurídica geral até às polémicas sobre o carácter acentuadamente político com que é interpretada a Constituição¹².

À análise do problema da racionalização das incertezas constitucionais é interessante ressaltar a força - ou poder - das decisões judiciais enquanto decisões forçosamente políticas, porque aplicam normas de direito, essas mesmas necessariamente políticas¹³. Daí ser difícil a delimitação entre a legitimidade do carácter mais ou menos político da decisão judicial. Acrescenta-se aí o nítido e sabido perfil 'ainda mais político' das normas constitucionais e teremos, já numa breve e suficiente análise, bem salientada a supra-referida polémica sobre o carácter político da interpretação constitucional.

Sobre o poder (das decisões judiciais), talvez nenhum outro na história seja tão característico quanto o da Suprema Corte americana, que tanta influência tem e teve, hoje e ontem, nos Estados Unidos¹⁴. Naquele país, lembra Dalmo Dallari, a expressão 'governo dos juízes' não é considerada um despropósito, tamanha a influência política do Poder Judiciário, podendo-se falar numa 'revolução constitucional' promovida pelos juízes¹⁵.

As decisões judiciais, que têm ínsita força coativa estatal externa, encontram sua legitimidade *formal* nas Constituições. Os juízes agem, enquanto órgãos de poder, em nome do povo¹⁶.

¹² COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997, p. 25.

¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. O Poder Político dos Juízes. *Justiça e Democracia*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1 - 1º semestre de 1996, p. 93. Sobre o poder político dos juízes, consultar, do mesmo autor, *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

¹⁴ Ver GAVIOLA, Carlos A. *El Poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos*. Buenos Aires: Tipografia Editora Argentina, 1965.

¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. (nota 13), p. 97.

¹⁶ Constituição Federal Brasileira de 1988: artigo 1º, § único; Constituição Americana: artigo III, Secção 1ª.

Formalmente, pois, sua legitimidade vem da própria Constituição¹⁷.

No entanto, e mormente se considerarmos a natureza criadora da função do intérprete, essa legitimidade passa a ser questionada quando se atenta ao caráter contramajoritário do poder judicial, expressão cunhada por Alexander Bickel, jurista

¹⁷ No entanto, nem mesmo nos Estados Unidos talvez se possa, olhando sua história, perceber uma real (material) legitimidade democrática do Poder Judiciário. Para tanto, importante consultar-se a obra de GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. O autor espanhol faz minuciosa análise da realidade social sob a qual nasceu o Judiciário Americano. A tanto, aponta que o crescimento do poder da Justiça americana foi paralelo ao crescimento do poder e da influência da cidadania sobre as legislaturas locais. Os camponeses americanos, indvidados até não poder e descontentes com a falta de realização concreta das promessas sob as quais se dispuseram a participar da revolução (de 1776), estavam sendo obrigados a saldar as dívidas para com os proprietários de terras, os quais deviam, por sua vez, à Inglaterra. Como não havia *moeda dura* suficiente, os camponeses, que não pediam a anulação ou perdão das dívidas, mas queriam evitar ter de vender seus bens para obter dita moeda, passaram a pressionar e a influenciar, com êxito, as assembléias legislativas locais, que começaram a subscrever tais reclamações, determinando a emissão de papel moeda de cunho forçado. A opinião dos historiadores - diz Gargarella -, parece ser unânime nesse sentido. Era a força da lei dos estados, e não a anarquia ou a ausência de leis, que estava 'afetando as novas repúblicas'. Vendo o que ocorria nos estados com as legislaturas, o político Alexander Hamilton denunciou a 'usurpação' do poder da legislatura e preveniu seus pares ante a possibilidade de os representantes populares tornarem-se 'ditadores perpétuos'. George Washington percebeu 'prejuízos' em tais atitudes das legislaturas; Theodore Sidgwick (um dos intelectuais mais importantes do conservadorismo em tal período) afirmou que o partido controlador das legislaturas ameaçava, como as leis, os mesmos objetivos que no passado ameaçava alcançar com as armas. Chegou, então, a classe dirigente à conclusão de que as assembléias legislativas haviam atuado com inaceitável imprudência, e que habitualmente assim o faziam, devendo por isso ser limitadas. A questão das 'maiorias' teve essa conotações histórica, que desembocou na necessidade do sistema de 'freios e contrapesos'. Duas idéias fizeram-se presentes desde o início da convenção constituinte: a de que era necessário frear as assembléias legislativas, e a de que os membros do poder

americano que renovou a discussão, nos Estados Unidos, sobre a possibilidade de revisão judicial dos atos legislativos¹⁸. Em sua opinião, a revisão judicial representa “o poder de aplicar e dar forma à Constituição, em questões da maior importância, contra os desejos das maioria legislativas que são, à sua vez, incapazes de torcer a decisão judicial”¹⁹.

Foi a partir do trabalho de Bickel, lembra Roberto Gargarella, que o particular questionamento da legitimidade do poder judicial tornou-se tópico comum entre os acadêmicos e profissionais do direito²⁰.

As principais críticas ao caráter contramajoritário do poder judicial vêm do que se pode chamar de – a expressão é de Gargarella – ‘brecha interpretativa’²¹. Acusa-se o Poder Judiciário de adentrar em campo que deveria ser da vontade popular. Os juízes, silenciosamente, acabam tomando o lugar do povo.

judiciário eram o ‘melhor meio’ para a tarefa, devido aos seus estudos, modos de eleição, estabilidade, isolamento em respeito aos processos eleitorais etc. É em *O Federalista* que se vê o testemunho mais conhecido e influente a respeito dos debates constituintes. Ali, Madison deixa claro que, na nova constituição, os juízes iam ser conhecidos pessoalmente por uma pequena fração do povo e que, tanto pela maneira como seriam nomeados, como pela natureza e duração de seus destinos, os juízes se encontrariam demasiado longe do povo para participar de suas simpatias. Foi Hamilton, no entanto, quem escreveu as páginas mais importantes. Disse ele que a independência judicial era “necessária para proteger a constituição e os direitos individuais dos efeitos dos maus humores que as artes de homens intrigantes ou a influência de conjunturas especiais espalhem as vezes entre o povo”, e que a óbvia função da justiça parecia ser a de “manter a legislatura dentro dos limites assinados a sua autoridade”.

¹⁸ Ver GARGARELLA, Roberto. (nota 17), p. 57-58.

¹⁹ BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch* (Bobbs-Merrill Educational Publishing, Indianápolis, 1978, p. 17. *apud* GARGARELLA, Roberto. (nota 17), p. 58.

²⁰ GARGARELLA, Roberto. (nota 17), p. 58.

²¹ GARGARELLA, Roberto. (nota 17), p. 59.

Estamos no terreno dos limites da criação judicial da norma, ou, se quisermos, da legitimidade política dos juízes à criação judicial da norma. Esse campo de argumentação é vasto e não comporta, nos limites deste trabalho, maiores digressões. Convém, no entanto, dizer que se criaram, mormente nos Estados Unidos, as correntes dos *interpretativistas* ou *originalistas* e dos *não-interpretativistas* ou *não-originalistas* ²². Num resumo apertado, os primeiros consideram a criação judicial (em sentido forte) incompatível com um regime democrático; em suma, a essa corrente “interpretar não é criar” e não seria permitida “qualquer forma de interpretação normativa que ultrapasse o âmbito de seu significado lingüisticamente *possível*, porque isso implicaria atribuir aos juízes atribuir aos juízes uma legitimidade que é privativa dos titulares dos mandatos políticos”²³. Os segundos, de seu turno, entendem legítima, na interpretação constitucional, a invocação de outros valores substantivos, como *justiça*, *igualdade* e *liberdade*, e não apenas o valor democracia, para atribuir à magistratura uma competência interpretativa em sentido forte²⁴.

Críticas há a ambas as correntes.

Segundo Gargarella, Madison e Hamilton propugnavam os argumentos originalistas. Ao primeiro, não haveria possibilidade de se assegurar um governo forte e consistente se não se respeitasse o estabelecido pela Constituição e pelas Convenções que a ratificaram. O segundo sustentava que “a primeira e mais importante máxima na interpretação de um texto legal consiste em descobrir o significado que lhe deram aqueles que o

²² Inocêncio Mártires Coelho usa as expressões *interpretativistas* e *não-interpretativistas*. Gargarella prefere as expressões *originalistas* e *não-originalistas*.

²³ COELHO. Inocêncio M. (nota 12), p. 67-68.

²⁴ COELHO. Inocêncio M. (nota 12), p. 68-69.

redataram”²⁵. Era uma forma de evitar a ‘tirania dos juízes’, que deveriam guiar-se pela ‘mão morta do passado’, evitando-se que os magistrados ‘dessem vida à Constituição’ segundo seus próprios interesses.

O problema - a meu ver de todo insolúvel - da corrente originalista é de ‘descobrir o significado’ que os redatores da lei quiseram a essa emprestar. Ronald Dworkin, talvez o maior jusfilósofo americano vivo da atualidade, no seu *Império do Direito*, dedica-se a combater a tese que denominou ‘a intenção do locutor’²⁶. Referindo-se aos autores da lei, pergunta-se Dworkin, antes de tudo, quem são e que idéias tinham. Seriam as idéias de alguns - por exemplo, daqueles que falaram, ou falaram com mais freqüência nos debates - mais importantes que as idéias de outros ? Que dizer dos funcionários e auxiliares administrativos que preparam os projetos iniciais da lei ? E o que dizer do presidente que sancionou o projeto e o transformou em lei ? Será que suas intenções não têm mais valor do que qualquer senador em particular ? E o que dizer dos simples cidadãos que simplesmente escreveram cartas aos seus congressistas, prometeram ou ameaçaram votar a favor ou contra eles, fazer ou negar-se a fazer contribuições de campanha, dependendo do modo como eles votassem ? E quanto aos vários *lobbies* e grupos de ação que desempenharam seu papel, atualmente considerado normal ? Qualquer visão realista inclui a influência desses grupos. O juiz tem alguma boa razão para não levar em conta suas intenções ao determinar que lei eles criaram?²⁷

²⁵ GARGARELLA, Roberto (nota 17), p. 61.

²⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, capítulo IX, mormente p. 381-393.

²⁷ DWORKIN, Ronald. (nota 26), p. 383. A fim de explicar sua teoria sobre a impossibilidade de se querer descobrir a intenção do legislador, Dworkin criou a figura imaginária do juiz Hermes, o qual “é quase tão arguto quanto Hércules

Quanto à corrente não-originalista, ou não-interpretativista, suas maiores restrições dizem justamente com a necessidade de controle dos limites da 'criação' judicial. Coloco a palavra criação entre aspas porque há quem entenda não haver, em verdade, criação da norma pelo judiciário. É também Dworkin, crítico dos originalistas, quem sustenta a impossibilidade de criação judicial do direito. A esse importante jusfilósofo americano, o juiz descobre o direito, não o cria.

Com efeito, na sua visão de direito como integridade²⁸, não vê Dworkin possibilidade à criação da norma, negando a

e igualmente tão paciente, e também aceita o direito como integridade assim como aceita a teoria da intenção do locutor na legislação" - p. 382. Hércules, como se sabe, é o juiz-filósofo imaginário criado por Dworkin e dotado de "super-humanas habilidades, conhecimento, paciência e perspicácia", a fim de solucionar referidos casos e servir de "juiz-modelo" à aplicação de sua teoria do direito. Hércules estaria apto a, sopesando valores existentes no sistema jurídico, estabelecer qual a "força gravitacional" (*gravitational force*) de um precedente sobre outro (afeito ao sistema da *common law*), ou de um princípio sobre o outro. Pois além das indagações acima feitas no texto, diz Dworkin que há ainda, uma complicação adicional: "Uma lei deve sua existência não apenas à decisão de algumas pessoas para promulgá-la, mas igualmente à decisão de outras pessoas, posteriormente, no sentido de não a emendar ou revogar. É claro que o termo 'decisão' pode ser muito forte para descrever as atitudes negativas que permitem a permanência da maioria das leis, algumas vezes muito tempo depois de terem sido úteis. Elas sobrevivem por desatenção ou omissão, mais do que por qualquer decisão coletiva inconsciente. Contudo, mesmo a desatenção pode refletir um certo desentendimento comum sobre o interesse e as conseqüências detalhadas de uma lei, que é diferente dos entendimentos que tinham os legisladores que primeiramente a aprovaram; em casos mais extremos, quando as pessoas fizeram campanha para emendá-la ou rejeitá-la, a decisão de deixá-la em vigor pode ser mais ativa e explícita. Seria que Hermes deveria levar em consideração as intenções dos vários legisladores que poderiam ter revogado a lei no decurso de anos e décadas, mas não o fizeram?" - p. 383. Gargarella também faz menção às indagações de Dworkin - ver GARGARELLA, Roberto. (nota 17), p. 62.

²⁸ Visão defendida em seu famoso *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts; e, depois, em *Law's Empire*, donde lemos a tradução, *O Império do Direito* (nota 26).

possibilidade de discricionariedade judicial. Necessária breve análise do seu pensamento, em linhas gerais.

O positivismo jurídico²⁹ – argumenta Dworkin – sustenta que, diante de um caso o qual não pode subsumir-se a uma norma clara (*hard cases*), o juiz tem um *poder discricionário* para decidir o caso em um ou outro sentido³⁰. Tal tese é defendida por H. Hart, o qual entendia que “... em situação de falta de clareza o juiz deve necessariamente legislar”³¹. Kelsen, embora nesta parte não

²⁹ Já ao início de sua obra básica - *Taking Rights Seriously* - fica clara a proposta explícita de combater o positivismo jurídico. Importante se frise qual positivismo. O próprio Dworkin esclarece, vez que se tem no original da dita obra, na Introdução: “The conceptual part of his theory - legal positivism - has been much improved. The most powerful contemporary version of positivism is that proposed by H. L. A. Hart, and it is Hart’s version which is criticized in this book.”, in *Taking Rights Seriously*, p. ix. Importante fazer-se um esclarecimento: efetivamente não há “um só positivismo”, mas “várias teorias juspositivistas”. Bobbio, na sua obra *O Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito* (Ícone Editora, São Paulo, 1995, pp. 131-134), elenca sete “características fundamentais do positivismo jurídico”, e faz “dois esclarecimentos importantes”, quais sejam: “... quando se diz que uma certa doutrina é própria do positivismo jurídico, em primeiro lugar, não se quer dizer que tal doutrina seja sustentada por todos os pensadores que pertencem a esta corrente - para ser um positivista jurídico não é necessário acolher todos os sete pontos enunciados na Introdução desta Parte; em segundo lugar, não se quer dizer que tal doutrina tenha sido enunciada pela primeira vez pelos juspositivistas, mas somente que estes a formularam com maior rigor e a conservaram constantemente” (ob. cit., p. 147). Assim se colhe, das palavras de um positivista, a lição de que de fato não há “um só positivismo”.

³⁰No original: “Legal positivism provides a theory of hard cases. When a particular lawsuit can not be brought under a clear rule of law, lay down by some institute in advance, then the judge has, according to that theory, a ‘discretion’ to decide the case either way”. - *Taking Rights Seriously*, p. 81.

³¹ Citação do original feita por AGUIAR JR., Ruy Rosado de, Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas, *Revista AJURIS*, Porto Alegre, v. 70, jul./97, p. 22, classificando Hart como “o filósofo do direito positivista mais importante do pós-guerra”. O original diz, *verbis*: “he thought that in the penumbral situation judges must necessarily legislate”, *apud* H. L. A. Hart, *Positivism and the Separations of law and Morals*, *Harvard Law Review*, 71/753 e ss., 1958; *The Concept of Law*, 1961, p. 144

citado por Dworkin, afirma expressamente que o juiz cria direito, e “também ele é, nessa função, relativamente livre”³². Para o autor da Teoria Pura do Direito, fixada a moldura onde se podem enquadrar as várias - não só uma - solução jurídica, a escolha desta é um ato de vontade³³.

Casos difíceis (*hard cases*), portanto, seriam aqueles não abarcados pela norma. Em última análise, seriam o que chamamos de lacunas do direito. Aqui, enquanto a tese positivista atacada por Dworkin propõe a solução pelo uso da discricionariedade, o autor entende ser possível a resolução do caso via aplicação dos princípios, de onde, em suma, emanam todas as regras.

O combate a essa *discricionariedade judicial* é um dos principais pontos da teoria de Dworkin.

Com efeito, a existência de regras e princípios - sustenta Dworkin - possibilita ao julgador, mesmo nos *hard cases*, “reconhecer” o direito, após “descobri-lo”, sem jamais “criá-lo”, como se legislador fosse. É dever do juiz dizer qual das partes tem razão, mas esta atitude não é, nem pode ser, discricionária, mesmo quando o litígio não se pode subsumir claramente em uma norma jurídica.

A essa busca do juiz em descobrir o direito, no entanto, não há um procedimento mecânico para demonstrar que direitos as partes têm, e inclusive - sustenta Dworkin - pode ocorrer que razoáveis juízes e advogados discordem sobre a solução a ser adotada, como cidadãos por vezes discordam sobre direitos políticos. A melhor resposta, então, será aquela que “justifique e explique melhor o direito histórico e o direito vigente”³⁴.

³² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, trad. de João batista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1988. p. 393.

³³ Idem, *ibidem*.

³⁴ É o ensinamento de A. Calsamiglia, no prólogo da edição espanhola *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel Derecho, 1ª edição, 3ª reimpressão 1997, p. 14.

Diz Dworkin que a conhecida teoria segundo a qual em casos que tais os juízes, explícita ou implicitamente, estariam a legislar e deveriam agir não só como deputados, mas como representantes da legislação, com um nível de subordinação mais profundo, é enganosa. Argumentos políticos não são, ensina Dworkin, argumentos de princípios. Aqueles “justificam uma decisão política demonstrando que favorece ou protege uma meta coletiva da comunidade como um todo. O argumento em favor do subsídio aos fabricantes de aviões que diz que o subsídio protegerá a defesa nacional é um argumento político. Argumentos de princípios justificam uma decisão política mostrando que ela respeita ou assegura algum direito individual ou social. O argumento em favor da antidiscriminação estabelece que a minoria tem direito a igual respeito e consideração é um argumento de princípio”³⁵.

Dworkin sugere, partindo desta distinção, que os *hard cases* devem ser resolvidos por princípios, não por políticas³⁶.

Para Dworkin, o poder discricionário do juiz positivista é inconcebível em uma democracia, porque fere o sistema de divisão de poderes. Ademais, os juízes, porque não são representantes

³⁵ Minha tradução do original, *verbis*: “Arguments or policy justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community as a whole. The argument in favor of a subsidy for aircraft manufacturers, that the subsidy will protect national defense, is an argument of policy. Arguments of principles justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right. The argument in favor of anti-discrimination statutes, that a minority has a right to equal respect and concern, is an argument of principle”. *Taking Rights Seriously*, p. 82.

³⁶ A palavra “políticas” nada tem a ver, aqui, com a visão positivista de que o direito e a política não se influenciam ou interligam, mas sim com o sentido de “políticas” expresso e definido no texto. Aliás, como se verá abaixo, uma das características da teoria dworkiana é a dimensão ‘política’ e ‘moral’ do seu conceito de direito.

eleitos pelo povo, não podem criar direito³⁷. Nem poderiam fazê-lo, doutro norte, sob pena de violentar o princípio da irretroatividade da lei, pressupondo, a discricionariedade, uma forma de criação jurídica *ex post facto*, o que é normalmente considerado como injusto³⁸.

A função judicial é encontrar no ordenamento jurídico a resposta correta (*right thesis*), a qual é capaz de justificar do melhor modo os materiais jurídicos vigentes, contrapondo-se aos modelos silogístico-formalista (lógico-mecanicista), realista (no qual as decisões são fruto das preferências pessoais dos juízes), e discricionário (positivista, como o entende Dworkin)³⁹. Tal modelo dworkiano – diz A. Calsamiglia – (i) evita que o juiz se converta em legislador; (ii) é compatível com a teoria da separação dos poderes; (iii) não dá ao juiz (que nem o pode ter) poder político; (iv) estabelece que os juízes devem julgar os casos difíceis embasados por princípios que fundamentam direitos, não por diretrizes políticas.

Em assim sendo, e feitas essas breves considerações sobre as concepções interpretativistas ou originalistas e não-interpretativistas ou não-originalistas da atividade judicial, as quais, se não esgotam, ao menos indicam o caminho da polêmica questão sobre os limites dessa atividade, interessa tentar expor uma forma de se aceitar, num sistema democrático, a legitimidade da atividade judicial ‘criadora’ da norma, enquanto atividade racionalizadora das incertezas constitucionais. Racionalização – digo mais uma vez, e agora com mais força diante da exposição supra – como forma de oposição ao arbítrio.

³⁷ Este, segundo Rodolfo Luis Vigo, seria o “argumento democrático” contra a discricionariedade judicial. Ver VIGO, Rodolfo Luis, *Perspectivas Jusfilosóficas Contemporâneas - Ross, Hart, Bobbio, Dworkin, Villey*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991, p. 184-185.

³⁸ Seria este, segundo Vigo, o “argumento de justiça”, VIGO, Rodolfo Luis. (nota 37), p. 185.

³⁹ CALSAMIGLIA, A. (nota 34), p. 20-21.

2ª PARTE: CONCREÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL E IMPORTÂNCIA DA PRÉ-COMPREENSÃO.

Ocorre que muitas vezes é necessário que os juízes façam mais que uma simples 'leitura constitucional'. Os artigos mais claros da lei maior tornam-se relativamente imprecisos ante casos concretos, e exigem um complexo processo interpretativo. Se há casos onde não há dúvidas, como lembra Hesse, e então não se interpreta, e se há outros onde não é necessária a interpretação⁴⁰, é certo que a indeterminação – já mencionada – das normas constitucionais torna ainda mais importante a tarefa judicial.

E a teoria da interpretação constitucional tem-nos colocado – ensina Peter Häberle – duas questões essenciais: (i) a indagação sobre as tarefas e os objetivos dessa interpretação, e (ii) a indagação sobre os métodos, ou processo, regras, dessa interpretação⁴¹.

A resolver o problema da racionalização das incertezas constitucionais é necessário que se façam algumas considerações em torno da hermenêutica jurídica. Diga-se, com Jacques Lenoble, que a hermenêutica jurídica, entendida como ciência interpretativa dos textos jurídicos, é muito antiga. Podemos fazê-la remontar a Aristóteles, tendo conhecido no entanto seu 'renascimento', para não dizer seu título de nascimento explícito, em meados do século XVII⁴².

O que passa é que, ruído o sistematismo dogmático-conceitual próprio do normativismo moderno e continuado no positivismo legalista do século XIX, como acentua Castanheira Neves⁴³, os problemas atuais do pensamento jurídico são novos, importando termos hoje presentes dois pontos fundamentais.

⁴⁰HESSE, Konrad. (nota 3), p. 54.

⁴¹HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997, p. 11.

⁴²LENOBLE, Jacques. La théorie de la cohérence narrative en droit. Le débat Dworkin-MacCormick. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris: Sirey, v. 33, 1988, p. 124.

⁴³CASTANHEIRA NEVES, A. (nota 11), p. 25.

Primeiro, o de que o direito não é direito antes de sua realização, pois só na sua realização adquire a sua autêntica existência e vem à sua própria realidade. Já Ihering dizia que “o direito existe para se realizar” e que “a realização do direito é o próprio direito”⁴⁴. O que não passa à realidade, ainda diz Ihering, o que não existe senão nas leis e sobre o papel, “não é mais do que um fantasma de direito, não são senão palavras”. É isso, fácil ver, o que quer dizer Eros Grau quando afirma que as normas, enquanto textos, nada dizem ⁴⁵. Assim também Friedrich Müller, quando sustenta que: “Conceitos jurídicos em textos de normas não possuem ‘significado’, enunciados não possuem ‘sentido’ segundo a concepção de um dado orientador acabado [eines abgeschlossen Vorgegebenen]”⁴⁶.

O segundo ponto é o de sabermos hoje que o direito realizado não o temos todo, nem intencionalmente, nem extensivamente, na normatividade prévia e dogmático-prescritivamente positivada, e que a realização do direito não se esgota nas prévias e positivas normas jurídicas⁴⁷.

Numa palavra, sabemos hoje que o direito só é direito quando realizado (concretizado)⁴⁸, e que a concretização não é tão-só a mera subsunção da fato ao texto (mera concretização). É com essa verdade que Robert Alexy introduz o problema da fundamentação das decisões jurídicas, citando a Karl Larenz: “Já ninguém pode ... afirmar a sério que a aplicação das normas

⁴⁴CASTANHEIRA NEVES, A. (nota 11), p. 25.

⁴⁵Ver supra, parágrafo 2º da introdução, e nota 2.

⁴⁶MÜLLER, Friedrich. (nota 1), 47.

⁴⁷CASTANHEIRA NEVES, A. (nota 11), p. 26.

⁴⁸Isto é, com Friedrich Müller: “Não é possível descolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentado nem o caso da norma”. MÜLLER, Friedrich. (nota 1), p. 54.

jurídicas *não é senão* uma subsunção lógica sob premissas maiores formadas abstratamente”⁴⁹.

Mais que nunca, pois, ganha relevo o papel da hermenêutica jurídica. Novamente com Lenoble, devemos dizer que o ponto de vista sobre o direito é um ponto de vista de compreensão, um ponto de vista hermenêutico⁵⁰.

Nessa perspectiva é possível entender-se o que diz Hesse, quando expressamente declara que “interpretação constitucional é concretização”⁵¹ e, mais adiante, que “não existe interpretação constitucional independente de problemas concretos”⁵². Aliás, já Martin Kriele, com a adesão de Karl Larenz, afirmava que um texto jurídico – qualquer texto jurídico – “não se pode interpretar senão colocando-o em relação com problemas jurídicos *concretos*, reais ou imaginários, isto é, com soluções que se procuram para os casos ocorrentes, posto que *sic* na sua aplicação aos casos e na concretização, que assim necessariamente se processa, é que se revela, completamente, o conteúdo significativo de uma norma e esta cumpre sua função de regular situações concretas”⁵³.

Esse o ponto, às vezes deixado de lado, que em verdade é o cerne da problemática jurídica, mesmo da filosofia jurídica: a análise do problema concreto⁵⁴. E porque essa *concretização* é o fio vermelho da racionalização das incertezas constitucionais, temos de com ela nos preocupar.

⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 23.

⁵⁰ LENOBLE, Jacques. (nota 42), p. 124.

⁵¹ HESSE, Konrad. (nota 3), p. 61.

⁵² HESSE, Konrad. (nota 3), p. 62.

⁵³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 1ª ed. Lisboa: Gulbekian, 1978, p. 239, apud COELHO, Inocêncio M. (nota 12), p. 37.

⁵⁴ Em estudo preliminar ao livro de Karl Englich, *La Idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales*, trad. Juan Jose Gil Cremades,

Antes de tudo, de dizer-se, com Hesse, que sobressai, como primeiro pressuposto da interpretação constitucional, a necessidade de um prévio 'entendimento' do conteúdo da norma a ser concretizada. Esse não se deixa desatar da '(pré)-compreensão' do intérprete e do problema concreto a ser resolvido⁵⁵. Aqui avulta a imensurável contribuição, por todos reconhecida, de Hans-Georg Gadamer à hermenêutica jurídica. É dele, referindo-se à hermenêutica, o ensinamento, aqui já dito e por todos os autores repetido, de que: "A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua *aplicação*"⁵⁶. Quanto à pré-compreensão, desenvolvida por Gadamer a partir de escritos de Heidegger⁵⁷, leva ela em conta a necessária historicidade da interpretação jurídica, e acabará por servir, a igual que para concretizar, também para limitar a função judicial.

Dito isso, não há como negligenciar-se a importância do tema da racionalização das incertezas constitucionais, feita, como se viu, a partir do e no caso concreto pelos juízes, que, última forma, aplicam a Constituição e dizem – aqui sem rodeios – o que ela é ou quer ser.

O ponto crucial, depois de tudo, é a forma com que se dá a racionalização. Como a concreção, foi dito supra, não é mera

Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1968, Juan Jose Gil Cremades adverte: "Arthur Kaufmann ha señalado recientemente que en Alemania, desde Radbruch, no hay una filosofía del derecho, aunque existan valiosas aportaciones iusfilosóficas. Con ello parece aceptarse que, más que de nuevos sistemas, se trata hoy de proceder al estudio de cuestiones concretas de la filosofía del derecho y, en buena parte, se pone de manifiesto un cierto desencanto de la experiencia anterior." - p. 22.

⁵⁵HESSE, Konrad. (nota 3), p. 61.

⁵⁶GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 2ª ed. trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 1998, p. 489.

⁵⁷Gadamer diz, explicitamente, falando sobre a concreção da consciência histórica dentro da teoria hermenêutica, que "... a descrição e a fundamentação existencial do círculo hermenêutico, devidas a Heidegger, representam uma mudança decisiva". GADAMER, Hans-Georg. (nota 56), p. 439.

aplicação subsuntiva do fato à norma, e como justificação ou fundamentação não são suficientes a tornar 'racional' uma decisão judicial, deve-se ver como é possível, no discurso jurídico, uma fundamentação racional, e em que consiste essa.

Antes de tudo, ninguém ignora – lembra Castanheira Neves – que “o tema da racionalidade é um dos temas mais complexos e mais controvertidos da nossa atualidade cultural”⁵⁸. No entanto, aos fins deste trabalho, é possível aceitar-se a visão de que um discurso é racional quando é sustentável pela referência a certos pressupostos, através de uma medição estruturada de pensamento, o que faz o mesmo autor antes citado dizer que “a *racionalidade* será a característica de um pensamento que tem ou se propõe ter *validade* objetiva e que esta validade se afere pela capacidade de fundamentação e pela criticabilidade da medição racional-discursiva das afirmações desse pensamento (das posições ou conclusões por ele manifestadas)”⁵⁹.

Alexy, na tentativa de racionalizar o discurso jurídico, para ele um caso especial de discurso prático geral⁶⁰, formula diversas regras, que podemos chamar de 'racionalizadoras', algumas atinentes ao discurso prático geral, outras ao discurso jurídico⁶¹.

A decisão judicial racionalizadora de incertezas constitucionais deve, portanto, ser racionalmente rastreável, isto é, calcada em lógico raciocínio jurídico, capaz esse de resistir à contra-argumentação discursiva de pensamento, partindo do caso concreto.

No entanto, bem analisadas as palavras acima ditas, soam elas como retórica se não houver, a limitar o raciocínio jurídico,

⁵⁸CASTANHEIRA NEVES, A. (nota 11), p. 34.

⁵⁹CASTANHEIRA NEVES, A. (nota 11), p. 35.

⁶⁰ALEXY, Robert. (nota 49), p. 35.

⁶¹São elas o resultado do seu fabuloso trabalho citado na nota 49. O resumo das regras, em forma de 'tábua de regras', está nas páginas 283-287 da tradução mencionada.

balizas de interpretação. Essas balizas, no discurso jurídico, são, antes de tudo, determinadas pelo texto da norma. O direito, não olvidemos, é ciência normativa (prática).

Pois bem, a Constituição escrita - diz-nos Hesse - é um limite insuperável da interpretação constitucional, é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição. Inclui ele a possibilidade de uma mutação constitucional por interpretação, mas exclui um rompimento constitucional - o desvio do texto em cada caso particular - e uma modificação constitucional por interpretação. Onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão modifica ou rompe a Constituição⁶².

Parte-se do problema dado - aí a importância da tópica - e tenta-se, nos limites do texto constitucional, via fundamentação de argumentação racional, a solução ao caso concreto. Como 'a' norma jurídica não está pronta nem 'substancialmente' concluída - como ensina Friedrich Müller -, e porque ela é um núcleo materialmente circunscritível da ordem normativa, tal núcleo é concretizável no caso individual na norma de decisão e com isso quase sempre também tornado nítido, diferenciado, materialmente enriquecido e desenvolvido dentro dos limites do que é admissível no Estado de Direito, limites que são determinados sobretudo pela função limitadora do texto da norma ⁶³.

O que se quer, na aplicação do direito, é a mais ampla racionalidade possível, porque impossível a racionalidade integral. Admitir esta última, diz Müller, significaria ignorar o

⁶² HESSE, Konrad. (nota 3), p. 69-70.

⁶³ MÜLLER, Friedrich. (nota 1), p. 52-53. Alexy também propugna pela preponderância, sobre outros, dos argumentos que dão prevalência ao teor literal da lei, a não ser que possam aduzir-se motivos racionais que concedam prioridade a outros argumentos. Ver ALEXY, Robert (nota 48), p. 239.

caráter de decisão e de valoração do direito⁶⁴. A racionalidade não pode equiparar-se à certeza absoluta⁶⁵.

A maior amplitude das 'normas' (texto) constitucionais por certo dificulta a concretização de suas normas. Com efeito, se para a interpretação/concretização da norma jurídica (infraconstitucional), ao lado da vaguidão da linguagem jurídica, devemos considerar a dificuldade imposta pela possibilidade de conflitos normativos, pelo fato de que há casos que necessitam regulação sem que haja correspondente norma jurídica vigente e a pela possibilidade de dedicar-se, em casos especiais, contra o teor literal da norma tornam mais árdua a tarefa⁶⁶, para a interpretação/concretização da norma constitucional conta o intérprete com adicionais dificuldades, que perpassam pelo caráter histórico-político de uma Constituição e pelo sentido fundamentalmente ordenador do sistema jurídico global⁶⁷.

⁶⁴ MÜLLER, Friedrich. (nota 1), p. 56.

⁶⁵ Conforme ALEXY, Robert (nota 49), p. 177.

⁶⁶ São esses as quatro razões que aponta Alexy para enunciar o problema da fundamentação das decisões jurídicas, como lembrado na parte do texto referente à nota 49. Ocorre que, mesmo depois de formular as regras de argumentação (geral e jurídica), conclui Alexy que se pode, com tais regras, limitar a área do possível discursivamente (no discurso jurídico mais que no discurso geral), mas nunca se pode por completo eliminar a incerteza - p. 274. Mais adiante - p. 278 -, salienta Alexy que seguridade e racionalidade não são equiparáveis, e quem quer equipará-las deve renunciar a uma teoria da argumentação jurídica racional, aduzindo que não há nenhum motivo para tal equiparação, eis que nem nas ciências naturais, que têm sido com frequência contrapostas ao Direito enquanto paradigma de verdadeiras ciências, pode falar-se da formação de uma seguridade definitiva. Não é a produção de seguridade o que constitui o caráter racional do Direito, mas o cumprimento de uma série de decisões, critérios ou regras.

⁶⁷ Essa maior dificuldade de instituição e constituição das normas constitucionais é lembrada por Friedrich Müller (nota 1), p. 57-58, o que o fez concluir pela necessidade de desenvolvimento de um método próprio do direito

Isso considerando, pode-se dizer que a necessidade e a importância da pré-compreensão aumentam quando aumenta a incerteza da 'norma' (texto), e, dado o caráter ainda mais vago das normas (texto) constitucionais, somado à importância de suas 'normas', torna-se ainda maior a importância da pré-compreensão na concreção da norma constitucional.

Assim posto o problema, significa que a racionalização das incertezas constitucionais passa, ante a especial 'natureza' das normas constitucionais – seja porque e como reguladoras jurídicas do estatuto político, seja porque e como garantidoras de direitos fundamentais, seja porque e como estabelecedoras de valores básicos na sociedade –, por uma especial e afinada pré-compreensão (dos valores político-sociais, dos direitos fundamentais e garantias individuais).

O intérprete, ensina Hesse, não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto situado fora da existência histórica, senão somente na situação histórica concreta, na qual ele se encontra, cuja maturidade conformou seus conteúdos de pensamento e determina seu saber e seu (pré)-juízo⁶⁸. Quanto maior a pré-compreensão, maior a razoabilidade da concretização do direito. Em se tratando de normas constitucionais, de forte caráter político, sociológico, econômico, cultural etc., importante a pré-compreensão do intérprete nas áreas da política, da sociologia, da economia⁶⁹.

constitucional, independente da metódica da história do direito, da metódica da teoria do direito, da metódica do Direito Civil e do Direito Penal e que se oriente segundo essas dificuldades. São esses métodos de trabalho do direito constitucional que o emérito Professor da Universidade de Heidelberg propõe e analisa na sua obra aqui sempre mencionada. O trabalho da racionalização das incertezas constitucionais não desce a tal análise dos métodos, mas quer fazer ver da importância crucial de dois fatores: a pré-compreensão e a concretização.

⁶⁸ HESSE, Konrad. (nota 3), p. 61.

⁶⁹ Friedrich Müller propõe: "A partir da estrutura da norma jurídica e da concretização, a exigência da política universitária de um treinamento em

Da mesma forma, e por tudo o que foi dito, cresce a importância da interpretação judicial e da pré-compreensão na 'constituição' da norma no particular caso dos chamados 'conceitos jurídicos indeterminados', 'conceitos de valor' e 'cláusulas gerais', esses todos, em verdade, janelas normativas que fazem a comunicação do 'sistema jurídico' com a realidade, ou, se quisermos, com os demais sistemas.

É nesse passo de concretização/criação da norma jurídica, de racionalização de incertezas pelo Poder Judiciário, que vemos a importância da jurisprudência no mundo do direito. E, sob os argumentos apresentados, enquanto buscamos legitimidade material da atividade dos juízes num Estado Democrático de Direito, só podemos encontrá-la, um momento antes da argumentação racional, na necessidade – no dever constitucional – de fundamentação das decisões judiciais.

Não é este o espaço para o trato aprofundado da matéria da garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais, em verdade pouco estudado entre nós, em que pese sua importância. De toda sorte, interessante lembrar, entrelaçando os temas, as razões históricas dessa garantia, a fim de compreender o porquê da sua íntima relação com o tema da racionalização das incertezas constitucionais.

O dever constitucional de motivação nasce de fato da crise do Estado – pessoa, autocrático e estranho à sociedade civil, e por conseguinte afirma-se no princípio de que a soberania diz respeito ao povo. Sob o plano da jurisdição, quer dizer que a Justiça não é uma manifestação da vontade do soberano, mas resulta de um poder que o povo delegou ao juiz⁷⁰.

disciplinas básicas, que entrevê no horizonte distante um formação de juristas que mereça esse nome, bem como o desejo da cooperação interdisciplinar são irrecusáveis". (nota 1), p. 77.

⁷⁰ TARUFFO. Michele Il Significato Costituzionale Dell'obbligo di Motivazione. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 41.

Já não mais se justifica a noção, outrora vigente e lembrada por René David, de ver-se nos julgamentos um exercício de autoridade, o qual não tinha de ser justificado⁷¹.

Essa mudança de concepção de conceber a soberania e o título em base ao qual se traduz o exercício da jurisdição corresponde uma profunda transformação ao na concepção do poder. A passagem do Estado absoluto – ou totalitário nos tempos modernos – ao Estado de Direito implica o fim do poder absoluto e oculto do Estado. O exercício do poder jurisdicional deve portanto ser transparente, racional e controlável, como o exercício de qualquer poder no âmbito do Estado Democrático de Direito⁷².

É fácil fazermos a ligação dessa mudança de concepção da soberania com uma visão histórica da hermenêutica. Na concepção tradicional da interpretação jurídica, o *texto* normativo-prescritivo é o objeto de estudo e responde à questão de saber *o que se interpreta*⁷³. Essa visão carrega consigo uma história, podendo-se apontar origens culturais, conjugadas a fatores políticos. A origem cultural tem a ver com a concepção de direito medieval (vigente do século XI ao século XIX), marcada pelo *princípio de autoridade*. Queria-se saber o que diziam as autoridades sobre o texto, ele em si expressão da *ratio* e da *aequitas*. A origem política está ligada ao legalismo contratualista-constitucional assumido pelo positivismo jurídico, este redutor do direito ao direito posto (imposto) nas leis (autoridade legislativa). A lei – o texto da lei – passou a então a representar o freio à rebeldia do poder ou função judicial⁷⁴.

⁷¹ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 125.

⁷² TARUFFO, Michele (nota 70), p. 41-2.

⁷³ Conforme CASTANHEIRA NEVES, A. (nota 11), p. 85.

⁷⁴ Conforme CASTANHEIRA NEVES, A. (nota 11), p.86-88.

À hermenêutica é essencial a fundamentação. Gadamer alerta para o fato de que somente a fundamentação, a garantia do método, confere ao juízo sua dignidade. A falta de fundamentação não deixa espaço a outros modos de certeza, pois significa que o juízo não tem um fundamento da coisa, que é um juízo 'sem fundamento'⁷⁵.

Tudo isso pode ser sintetizado em dois elementos: (i) é válido (ou legítimo) o exercício da jurisdição somente onde há motivação, ou seja, a administração da justiça se legitima através da justificação e da controlabilidade do provimento jurisdicional; (ii) a fundamentação configura-se como uma forma de participação popular na administração da justiça (claro que de forma delegada, mas importantíssima). Através do controle, o povo se reapropria da soberania e a exercita diretamente, evitando que o mecanismo da delegação de poder se transforme em uma expropriação definitiva da soberania da parte dos órgãos que tais poderes exercitam em nome do povo⁷⁶. Tal a importância da garantia de motivação das decisões judiciais que César de Faria Júnior entendeu devesse ser elencada no artigo 5º da Constituição Federal, como decorrência da Garantia do Devido Processo Legal⁷⁷, e não no capítulo referente ao Poder Judiciário, como hoje está.

Conclui-se que a autoridade do juiz, enquanto detentor de poder, só se legitima (formal e materialmente) via fundamentação, a qual deve buscar o ponto ótimo de racionalidade.

⁷⁵GADAMER, Hans-Georg. (nota 56), p. 408.

⁷⁶TARUFFO, Michele (nota 70), p. 42.

⁷⁷FARIA JR. César de. A Motivação das Decisões Como Garantia Constitucional e seus Reflexos Práticos. *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre, v. 4, n. 1, jan./fev./mar., 1991, p. 40.

CONCLUSÕES

Não se quis, no presente trabalho, apontar uma fórmula ou método de racionalização da decisão judicial, ou de solução racionalizada das incertezas constitucionais. No entanto, é possível extrair-se do dito que:

1- O Direito só o é quando realizado. Não há Direito sem faticidade, que lhe dá vida, sendo que a norma jurídica, enquanto texto, nada diz.

2- Quem dá vida ao Direito é o intérprete, concretizando a norma jurídica. A decisão judicial, nesse contexto, é o último e mais importante estágio da concreção jurídica.

3- Nessa tarefa da concreção, importa sobremaneira a pré-compreensão da realidade dada, enquanto fenômeno histórico que é o Direito.

4- As normas de direito constitucional, por sua natural largueza, necessitam de acurada interpretação, onde avulta ainda mais a importância da concreção e da pré-compreensão, nessa sobressaindo a historicidade.

5- O texto da Constituição é um limite à interpretação constitucional. Além dele, há usurpação de funções.

6- A atividade do juiz, na busca de solver as incertezas constitucionais, deve, sob pena de extrapolar os poderes pelo povo a ele conferidos no Estado Democrático de Direito, ser feita sob racional fundamentação, buscando a ótima racionalidade. Somente via fundamentação – racional – é legítima (formal e materialmente) a atividade judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR Jr., Ruy Rosado de, Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas, *Revista AJURIS*, Porto Alegre, v. 70, jul./97, p. 07-33.
- ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. *Racionalização das Incertezas Constitucionais*. Inédito. Trabalho apresentado no Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Mestrado em Direito da UFRGS, disciplina de Teoria da Constituição, ano de 1997.

- CARRION, Eduardo Kroeff Machado Carrion. *Apontamentos de Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia Jurídica - Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. O Poder Político dos Juízes. *Justiça e Democracia*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1 - 1º semestre de 1996, p. 93-100.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- _____. *Los Derechos en Serio*, Barcelona: Ariel Derecho, 1ª edição, 3ª reimpressão 1997.
- ENGISH, Karl. *La Idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales*, trad. Juan Jose Gil Cremades, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1968.
- FARIA JR. César de. A Motivação das Decisões como Garantia Constitucional e seus Reflexos Práticos. *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre, v. 4, n. 1, jan./fev./mar., 1991, p. 34-40.
- FASSÒ, Guido. *La Legge Della Ragione*. Imola: Il Mulino, 1966.
- GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.
- GAVIOLA, Carlos A. *El Poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos*. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1965.
- GRAU, Eros Roberto. Quem tem Medo dos Juízes (na Democracia) ? *Justiça e Democracia*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 1 - 1º semestre de 1996, p. 101-111.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, trad. de João batista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1988.
- LENOBLE, Jacques. La théorie de la cohérence narrative en droit. Le débat Dworkin-MacCormick. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris: Sirey, v. 33, p. 121-139.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese Editora, 1999.
- TARUFFO, Michele. Il Significato Costituzionale Dell'obbligo di Motivazione. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 37-50.
- VIGO, Rodolfo Luis, *Perspectivas Jusfilosóficas Contemporaneas - Ross, Hart, Bobbio, Dworkin, Villey*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991.