

INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Marcus Gouveia dos Santos

Sumário: O presente artigo tem como objetivo analisar a interpretação e aplicação das normas constitucionais. Para tanto, será analisada a teoria do direito, notadamente a concepção jusnaturalista, positivista e doutrinas pós-positivistas, para assim se verificar a função dos valores éticos e morais para o direito e demarcar os limites do intérprete ao desvendar os sentidos do texto normativo.

1. POSITIVISMO



O positivismo jurídico tem como objeto de dogmática as normas jurídicas vigentes em determinado Estado e em um período específico. Segundo essa concepção, as relações jurídicas e os direitos somente seriam reconhecidos a partir da formação do Estado e de sua positivação no ordenamento jurídico, na medida em que seria baseado no direito decidido e não teria compromisso com ideais moralistas, éticos ou filosóficos.¹

O positivismo jurídico clássico do Século XVIII e XIX, com base no primado da lei, teve seu ápice com o Estado Liberal, altura na qual a burguesia ansiava por conter o Poder Absolutista do monarca e os privilégios feudais². Com a hegemonia do parlamento, representado basicamente pela nova classe burguesa, a lei foi uma forma de limitar os poderes estatais frente ao cidadão e de assegurar uma igualdade formal de tratamento

¹ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 155.

² in “Teoría de la Constitución”, Carl Schmitt, versão espanhola de Francisco Ayala, Alianza Universidad Textos, Alianza Editorial, 1996, páginas 70-74.

perante a lei.³ No positivismo clássico havia a desvalorização da Constituição como norma jurídica, havendo uma supremacia da lei no sistema das fontes do direito. Ademais, se pregava o total afastamento entre o direito e a moral, assim o Juiz seria mero aplicador da lei, faria mera subsunção do fato à norma, sem qualquer juízo de valor. Não havia atividade criativa na interpretação, uma vez que os juízes seriam meros repetidores da literalidade da lei⁴, em que havia um predomínio do método gramatical de interpretação, da subsunção mecânica e a busca pela vontade do legislador, através da construção teórica da Escola da Exegese na França e da Jurisprudência de Conceitos na Alemanha. Nesse sentido, a Jurisprudência de Interesses representa uma primeira crítica ao positivismo clássico, no qual imperava a subsunção mecânica. Esta Escola Hermenêutica defendia a relevância do método histórico e teleológico de interpretação, nos quais para se interpretar o sentido da lei se deveria ter em conta os interesses históricos da sociedade e a finalidade da própria norma.⁵

Mas foi a partir da concepção da rigidez constitucional e com o controle de constitucionalidade das leis exercido pelos Tribunais Constitucionais que o papel do intérprete ganhou expressão e a lei deixou de ser o centro das fontes do to.⁶ Tais fatos não importariam em uma superação do positivismo jurídico, mas sim uma evolução do positivismo clássico na qual o papel do intérprete era de simples subsunção mecânica do fato a norma. A idéia central do positivismo estaria man-

³ in “História das Idéias Políticas”, Diogo Freitas do Amaral, Volume II, Lisboa 1998, pág. 91-104.

⁴ Segundo Montesquieu, os juízes “são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei”. In “O espírito das leis”, São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, v.1, pág. 170.

⁵ in “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, Claus-Wilhelm Canaris, 5ª Ed., Editora Fundação Calouste Gulbenkian, tradução A. Menezes Cordeiro, págs. IX – XVI; 28-38; 55- 66.

⁶ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 155.

tida, uma vez que permaneceu o primado dos atos normativos estatais como principal fonte do direito, sendo certo que enquanto o positivismo clássico se baseava no primado da lei, o positivismo atualizado tem como base a Constituição. Disto resulta que a Constituição como centro do sistema jurídico não se contrapõe ao paradigma do primado das normas estatais, que configura o cerne da teoria positivista.

Em fins do século XIX, surge o positivismo normativo idealizado pela Escola de Viena. Segundo Hans Kelsen, em seu livro “Teoria pura do Direito”, o direito objetivo seria um sistema de normas integradas entre si, no qual não haveria incompletude e não haveria normas incompatíveis umas com as outras. A norma inferior retiraria seu fundamento de validade na norma hierarquicamente superior, tendo como ápice da estrutura normativa a norma hipotética fundamental pressuposta. Esta última não seria revelada e seria aceita como fundamento de validade e unidade da ordem jurídica⁷. Ademais, a ciência jurídica deveria ser afastada da moral e não haveria previsão de princípios jurídicos. A principal crítica que se faz à Teoria de Kelsen seria a de que se funda em uma norma pressuposta e não em uma norma de direito decidido, bem como supõe uma concretização da norma de hierarquia superior por normas mais densas de nível inferior, que inexistem nas funções administrativas e judiciárias uma vez que não desempenham função normativa. Se não bastasse isso, o sistema de normas desconsidera o processo de decisão estatal consistente na produção, aplicação e fiscalização das normas, ou seja, quem produz, aplica e fiscaliza a validade das normas jurídicas.⁸

⁷ in “Teoria Pura do Direito”, Hans Kelsen, coleção studium, 1962, páginas 88-89. Segundo Kelsen, a *Grundnorm* “não é uma norma posta através de um acto jurídico, mas (...) uma norma pressuposta, pressuposta sempre que o acto em questão seja de entender como acto constituinte, como acto criador da Constituição, e os actos postos com fundamento nesta Constituição como actos jurídicos”.

⁸ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 155 e 195.

A doutrina do positivismo jurídico normativista de Kelsen subdividiu-se em várias vertentes. Dentre estas pode ser citado o positivismo exclusivista, na qual há a defesa de absoluta exclusão da influência da moral no direito. Nesse sentido, criticam a estrutura de Kelsen baseada em uma norma hipotética pressuposta, uma vez que esta seria uma norma não positivada e derivada da aceitação de um ato de crença, o que significa que tal concepção de Kelsen seria contrária a neutralidade axiológica que caracteriza o positivismo. Segundo os positivistas exclusivistas, entre os quais o seu maior expoente seria Joseph Raz⁹, a existência e o conteúdo da norma jurídica dependem de fatos sociais, mas não dos juízos de ordem moral. Assim, a moral teria um valor extrajurídico e não poderia constituir referência de validade ou constitucionalidade.¹⁰ No entanto, tal vertente positivista seria criticada ao desconsiderar que a Constituição pode incorporar valores morais como normas jurídicas e, por isso, estes poderiam constituir parâmetros de validade.¹¹

Já o positivismo decisionista de Carl Schmitt critica a noção de norma hipotética pressuposta, estabelecendo que a decisão política constituinte seria a fonte de todo o ordenamento jurídico. Desta maneira, o fundamento do direito seria uma decisão política fundamental fundada no exercício da soberania¹². Entretanto, ao dar grande relevância a soberania e a decisão política do poder constituinte, acabou por desconsiderar o papel dos Tribunais Constitucionais como intérpretes e atuali-

⁹ in “Incorporation by Law”, Joseph Raz, *Legal Theory*, vol. 10, publicado pela Universidade de Cambridge, 2004, páginas 1-17. O autor critica a concepção do positivismo inclusivo, defendido por Hart, Jules Coleman e S. Shapiro, de que a moral poderia ser incorporada pela lei e constituir referência de validade.

¹⁰ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 157-159.

¹¹ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 195.

¹² in “Teoría de la Constitución”, Carl Schmitt, versão espanhola de Francisco Ayala, Alianza Universidad Textos, Alianza Editorial, 1996, páginas 45-47; 66; 93-94.

zadores da Constituição.¹³

De outro ponto, o positivismo inclusivo resultou de uma aproximação do positivismo normativo com o institucionalismo. A partir daí, por construção principalmente de Hebert Hart, passou-se a admitir que a ordem jurídica pudesse ter como fundamento de validade não somente elementos de ordem fática, mas também princípios de justiça e valores de ordem moral. Assim, a existência e o conteúdo das normas jurídicas seriam dependentes dos fatos sociais, que eventualmente poderiam externar valores morais. Quando esses valores morais fossem incorporados pela Constituição e fossem declarados por esta como fundamento de validade das normas inferiores, a moral teria caráter jurídico vinculante¹⁴. Outrossim, diante de lacunas jurídicas, o poder judiciário poderia excepcionalmente decidir discricionariamente, com base em razões extra- jurídicas¹⁵. Esta concepção dá margem ao papel criativo do intérprete, principalmente diante de enunciados normativos que comportem várias interpretações, notadamente para se desvendar o significado dos princípios positivados na Constituição.¹⁶

Em consequência, o positivismo atual incorporou o papel criativo do intérprete¹⁷, na qual haveria uma constante relação entre o texto normativo e o intérprete, do qual resultaria a norma. Essa evolução metodológica se deve, como dito acima, principalmente à interpretação e aplicação da Constituição como norma jurídica constituída de regras e princípios, na qual a função criativa do intérprete sobressai frente aos conceitos ju-

¹³ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 162-165; 196- 197.

¹⁴ in “O Conceito de Direito”, Herbert L. A. Hart, 6ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução de A. Ribeiro Mendes, pós- escrito, pág. 332.

¹⁵ in “O Conceito de Direito”, Herbert L. A. Hart, 6ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução de A. Ribeiro Mendes, pós- escrito, pág. 335-339.

¹⁶ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 159-162.

¹⁷ in “O Conceito de Direito”, Herbert L. A. Hart, 6ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução de A. Ribeiro Mendes, pós- escrito, pág. 220- 221.

rídicos indeterminados e aos princípios constantes do seu texto constitucional. Neste ponto, cabe ressaltar que os princípios encampariam valores e também seriam responsáveis por conferir unidade ao sistema jurídico. Quando positivados na Constituição, passariam a ter normatividade e, com isso, seriam interpretados e aplicados ao caso concreto como qualquer outra norma constitucional, observando-se somente a sua maior fluidez. Já quando não positivados na Constituição, não seriam dotados de normatividade e, por isso, não teriam o condão de constituir fundamento de validade, sua única função seria de conferir unidade ao sistema. Disto resulta que os valores teriam normatividade quando correspondentes a princípios previstos na Constituição¹⁸.

Nesse sentido, deve ser seguido um método de interpretação que confira cientificidade e segurança jurídica na interpretação e aplicação do direito¹⁹. Nestes termos, deve ser adotado preferencialmente o modelo hermenêutico clássico proposto por Savigny, utilizando-se os métodos gramatical, histórico, teleológico e sistemático. Dessa forma, caberia ao intérprete buscar o verdadeiro significado do enunciado normativo para aplicá-lo, o que não dispensaria a criatividade do intérprete ao interpretar a norma abstrata e aplicá-la ao caso concreto, formulando a norma da decisão²⁰. Aqui a atividade criativa estaria balizada por fatores objetivos, consistentes nos métodos de interpretação e aplicação²¹, no qual o texto normativo seria o ponto de partida e o limite da interpretação²². Dessa forma,

¹⁸ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 175.

¹⁹ in “O Conceito de Direito”, Herbert L. A. Hart, 6ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução de A. Ribeiro Mendes, pós-escrito, pág. 220.

²⁰ in “Curso de Direito Constitucional”, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, 4ª Edição, Saraiva, 2009, página 122-123.

²¹ in “Curso de Direito Constitucional”, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, 4ª Edição, Saraiva, 2009, página 145.

²² Segundo Elival da Silva Ramos, no positivismo moderado ou renovado “o que prevalece é a vontade da lei, não no sentido de um pressuposto prévio, pronto e acabado, que o juiz tenha que meramente atender, mas no sentido de que o texto

embora a interpretação e a aplicação do direito sejam também um ato de vontade do intérprete, os métodos de exegese conferem uma justificação racional e um controle objetivo nesse processo. Nessa medida, o conhecimento e o juízo de valor prévio do intérprete acabam por sofrer a fiscalização e adequação aos limites objetivos do texto²³.

Dessa forma, deve a Constituição ser interpretada preferencialmente com base no modelo hermenêutico jurídico clássico, ajustado às especificidades da interpretação constitucional²⁴. Logo, deve ser conjugado o modelo tradicional com os princípios de interpretação constitucional, como da unidade da constituição, concordância prática, força normativa da Constituição, da máxima efetividade, da interpretação conforme, da proporcionalidade, dentre outros²⁵. Como resultado, a atividade do intérprete deve ter como limite os possíveis sentidos do conteúdo semântico do enunciado normativo. Deve ser ressaltado, no entanto, que o limite textual do enunciado normativo não corresponde à interpretação gramatical. O método literal ou gramatical de interpretação é uma das formas de se desvendar o sentido do texto, juntamente com o sistemático, teleológico e histórico. Friedrich Muller defende que na interpretação constitucional, em caso de dúvida, deve-se dar preferência ao método gramatical e ao sistemático por serem mais objetivos²⁶, no en-

normativo objeto de exegese contém algo de objetivo, que não pode ser desconsiderado, embora constitua apenas um limite no trabalho de construção da norma da decisão, em que também conta (embora não com o mesmo peso) a vontade do intérprete.” In “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 137.

²³ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 170.

²⁴ in “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro-março, 2012, página 185.

²⁵ in “Curso de Direito Constitucional”, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, 4ª Edição, Saraiva, 2009, página 119.

²⁶ Segundo Friedrich Muller “os resultados parciais das interpretações gramatical e sistemática precedem os dos outros elementos de concretização”. In “Métodos de

tanto, nada impede que seja dada maior relevância ao método histórico ou teleológico quando, diante do caso concreto e desde que obedecidos os parâmetros do texto, se busque uma solução mais justa²⁷.

Tais limites textuais e os métodos de exegese devem ser obedecidos tanto para a interpretação das normas- regras como das normas – princípios. Embora os princípios previstos na Constituição sejam dotados de menor densidade normativa e possibilitem algumas interpretações conformes a constituição²⁸, deve ser obedecido o conteúdo semântico do texto normativo a que se referem²⁹. Nesse ponto, a técnica da ponderação seria útil somente para a resolução de casos difíceis, no qual as normas jurídicas não se mostrem aptas a solução da controvérsia diante de uma colisão de princípios. Mesmo no uso da ponderação, devem ser utilizados critérios objetivos para lhe conferir racionalidade e reduzir a discricionariedade³⁰. Nas demais situações, a técnica da subsunção, dotada de maior objetividade, conferiria maior certeza, objetividade e segurança na aplicação da norma constitucional³¹.

Trabalho do Direito Constitucional”, pág. 96, 3ª Ed., Ed. Renovar. Friedrich Muller foi o criador do método normativo estruturante, no qual a interpretação e aplicação da Constituição seriam realizadas em duas etapas. A primeira, através dos métodos de interpretação clássicos. A segunda, por meio da análise dos fatos sociais. Disto resultaria a norma da decisão. Na primeira etapa não há afastamento do positivismo.

²⁷ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 172-173.

²⁸ in “O Conceito de Direito”, Herbert L. A. Hart, 6ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução de A. Ribeiro Mendes, pós- escrito, pág. 220 -221.

²⁹ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 177.

³⁰ in “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direito sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 188.

³¹ in “O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direito sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 187.

2. PÓS-POSITIVISMO

Dentre as correntes doutrinárias que propõem uma ruptura com o positivismo jurídico, pode ser citada uma de caráter sociológico e outra de caráter axiológico³². Todas elas apresentam uma crítica ao formalismo exacerbado do positivismo, na qual o intérprete seria mero aplicador da lei. Criticam ainda o método de hermenêutica tradicional, sob o fundamento de que não serviria para a interpretação adequada das normas constitucionais.³³

Nos Estados Unidos há uma grande discussão doutrinária sobre a interpretação e aplicação da Constituição. As concepções poderiam ser divididas em interpretativismo (mera interpretação gramatical do texto da Constituição e descoberta da intenção do constituinte)³⁴ e não interpretativismo ou *construction* (o juiz não deve ater-se somente a interpretação gramatical da Constituição, mas também aos valores, princípios e fatos sociais). Quanto aos não interpretativistas, haveria uma subdivisão entre aqueles que obedecem aos parâmetros semânticos dos dispositivos constitucionais, embora encampem os valores e fatos sociais (conceitualista) e outra em que os valores teriam papel corretivo e supletivo das regras constitucionais (simbolismo). Registre-se que doutrina não interpretativista conceitualista não constitui uma crítica ao positivismo atual, pois ambas encampam a idéia de valores, fatos sociais e limites textuais para a interpretação constitucional. A divergência proviria da vertente não interpretativista simbolista.³⁵

A primeira vertente não interpretativista simbolista, de

³² in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 47.

³³ in “A eficácia dos direitos sociais”, Ana Cristina Costa Meireles, editora juspodivm, 2008, pág. 62.

³⁴ in “O império do direito”, Ronald Dworkin, tradução Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, São Paulo, 1999, pág. 431-441.

³⁵ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 75 e 134.

índole sociológica, teria como base os elementos fáticos e uma visão pragmática do direito. O realismo ou pragmatismo coloca a jurisprudência como fonte primária do direito e os atos legislativos em segundo plano. Dessa forma, a lei deixa de ser a fonte principal do direito e a metodologia de interpretação das normas jurídicas deixa de ter importância, uma vez que o juiz somente leva em conta os diversos aspectos do caso concreto para escolher a melhor decisão, dando-se ênfase aos fatos ao invés das normas³⁶. Dessa forma, o juiz decidiria de acordo com as necessidades sociais, sem contenção normativa³⁷.

Nesse sentido, o método tópico problemático, desenvolvido por Theodor Viehweg, consistiria em um processo aberto de argumentação, com vários intérpretes, no qual tem a finalidade de adequar a norma constitucional ao caso concreto. Neste método o problema (fato concreto) teria uma primazia frente à norma, sendo o ponto de partida do aplicador do direito³⁸. Com a hegemonia do problema perante o sistema jurídico, este método se ajusta ao pragmatismo³⁹. Segundo J.J. Gomes Canotilho, tal método poderia conduzir a uma tamanha subjetividade⁴⁰. Entretanto, tal método pode ter utilidade quando o intérprete estivesse diante de lacunas legais, de remissões legislativas ao senso comum e perante decisões com equidade.⁴¹

³⁶ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 75 e 134.

³⁷ Segundo Dworkin, “(...) o pragmatismo rejeita a idéia de direito e de pretensões juridicamente protegidas (...)” (pág. 119). In “O Império do Direito”, Ronald Dworkin, tradução Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, 1999, São Paulo, pág. 119; 195.

³⁸ in “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, Claus-Wilhelm Canaris, 5ª Ed., Editora Fundação Calouste Gulbenkian, tradução A. Menezes Cordeiro, págs. 245- 262.

³⁹ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 97.

⁴⁰ in “Direito Constitucional e teoria da Constituição”, J.J. Gomes Canotilho, Ed. Almedina, 7ª Ed., pág. 1212.

⁴¹ in “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, Claus-Wilhelm Canaris, 5ª Ed., Editora Fundação Calouste Gulbenkian, tradução A. Menezes Cordeiro, págs. 269- 271.

Aqui cabe realizar uma diferenciação entre o pragmatismo e a Escola do Direito Livre. Enquanto nesta haveria uma liberdade total do julgador com base em sua consciência, no pragmatismo a liberdade judicial seria limitada à funcionalidade social de suas decisões⁴². Segundo David M. Beatty, o pragmatismo seria a melhor forma de garantia dos direitos humanos, através da utilização da proporcionalidade no caso concreto. Segundo o mesmo autor, o interpretativismo poderia acarretar soluções injustas no caso concreto e se revelar ineficaz para garantia dos direitos humanos, uma vez que deixaria de analisar os elementos fáticos envolvidos para se ater somente à interpretação da lei.⁴³

Em âmbito europeu, como crítica ao positivismo clássico, surgiu no início do século passado o pensamento institucionalista de Santi Romano e Maurice Hauriou, na qual teria como fim integrar o direito com a realidade social, sendo o ordenamento jurídico produto dessa relação. As instituições sociais seriam fontes jurídicas, que moldariam o direito estatal. Essa doutrina questionava a identificação do direito com a lei, assim deveria ser obtido um equilíbrio entre a forma e o conteúdo, no qual este teria prevalência e seria consubstanciado na ordem social.⁴⁴

Já a vertente axiológica, denominado moralismo, tem como pressuposto a aproximação entre direito e moral, na qual haveria uma ordem objetiva de valores que serviria de referência ao direito positivo. A teoria da interpretação das normas jurídicas seria baseada em valores morais, tendo como diretriz a concretização de normas constitucionais⁴⁵. Seria a base da

⁴² in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 134.

⁴³ in “The forms and limits of Constitutional Interpretation”, David M. Beatty, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 49, no. 1, winter 2001, pág. 79-120.

⁴⁴ in “Antiformalismo jurídico – uma abordagem institucionalista da integração regional”, Clarissa Franzoi Dri, *Cadernos PROLAM/USP*, ano 8- vol 1, 2008, págs. 121-147. Também em “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 142-143.

⁴⁵ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 49-

concepção não interpretativista simbolista americana e do método hermenêutico alemão denominado científico espiritual, tendo como representantes Habermas⁴⁶, Robert Alexy^{47 48} e Ronald Dworkin⁴⁹.

Na Alemanha, foi elaborado por Rudolf Smend o método denominado científico- espiritual, na qual teria relevância o aspecto valorativo. A Constituição seria um sistema de valores, ao invés de um sistema de normas defendido por Kelsen, e o papel do juiz seria de concretizar a norma constitucional, ao invés de interpretar. A técnica da ponderação e o princípio da proporcionalidade teriam fundamental importância na concretização dos princípios constitucionais. Na ponderação deveria sobressair a vontade ou ‘espírito’ da constituição, ou seja, os valores que informam a Constituição⁵⁰.

Haveria uma ordem objetiva de valores que condicionaria a interpretação e a aplicação das normas constitucionais. Partindo-se da sua teoria de direito como integridade e de uma função interpretativa criativa do juiz, Dworkin defende que essa ordem objetiva de valores seria decorrente de tradição

50.

⁴⁶ in “Direito e Democracia – entre facticidade e validade”, Jürgen Habermas, v. II, Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, páginas 193- 247. Nesse sentido o autor aduz que “A legalidade só pode produzir legitimidade, na medida em que a ordem jurídica reagir à necessidade de fundamentação resultante da positivação do direito, a saber, na medida em que forem institucionalizados processos de decisão jurídica permeáveis a discursos morais.” (página 216).

⁴⁷ in “Teoria dos direitos fundamentais”, Robert Alexy, tradução Virgílio Afonso da Silva, Ed. Melheiros, 2008, página 144- 179; 543-544.

⁴⁸ in “Derechos sociales y ponderación”, Robert Alexy e outros, Ed. FundaciónColoquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, pág. 45-84.

⁴⁹ Dworkin entende que: “Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e do devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.” (pág. 272). In “O império do direito”, Ronald Dworkin, tradução Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, São Paulo, 1999.

⁵⁰ in “A eficácia dos direitos sociais”, Ana Cristina Costa Meireles, editora Juspodivm, 2008, pág. 71, 62, 65.

democrática americana^{51 52}. Ao contrário do positivismo, na concepção simbolista esses valores poderiam não estar positivados em normas constitucionais e, mesmo que não constitucionalizados, poderiam servir de fundamento para a análise de constitucionalidade dos atos praticados pelo poder público⁵³. Esses valores estariam consignados nos princípios e corresponderiam aos ideais de justiça, aos quais se teria chegado ao se firmar o pacto constitucional.⁵⁴ Como decisão fundamental, estes princípios deveriam reger a atividade legislativa, judiciária e administrativa, havendo uma nítida leitura moral da constituição⁵⁵.

Ainda segundo a concepção moralista, não seria a mera legitimidade formal que conferiria legitimidade à constituição, também seria necessário que a idéia de direito fosse legítima (legitimidade material). Seria a consonância entre aquilo que a comunidade considera justo e a constituição que conferiria adesão social à idéia constituinte e continuidade à ordem jurídica⁵⁶. A participação do povo no processo constituinte constitui uma exigência da concepção democrática moderna, entretanto, somente a sua participação, com a criação de um órgão legitimado e o estabelecimento de um procedimento adequado, não seria suficiente para caracterizar a ordem constitucional como

⁵¹ Segundo Dworkin, “A história é importante porque esse sistema de princípios deve justificar tanto o status quanto o conteúdo das decisões anteriores” (pág. 274). In “O império do direito”, Ronald Dworkin, tradução Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, São Paulo, 1999, pág. 273-275.

⁵² in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 133.

⁵³ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 131.

⁵⁴ in “A Recepção da Declaração dos Direitos do Homem pela Constituição Portuguesa. Um fenômeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional”, Jorge Miranda, Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 199, págs. 1- 20, jan./mar, 1995.

⁵⁵ in “Una metateoría del positivismo jurídico”, Roberto M. Jiménez Cano, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 95.

⁵⁶ in “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I volume, 2º Tomo, 1999, Lisboa, pág. 344- 346.

legítima⁵⁷. Segundo Habermas, seria um indício de legitimidade⁵⁸ e, para Gomes Canotilho, a legitimidade processual não absorve a legitimidade material⁵⁹⁶⁰. Tal constatação acarretaria o questionamento sobre a identidade entre justo e legal, no sentido de que tudo que a lei ordena seria justo e tudo que proíbe seria injusto⁶¹.

As teorias do contrato social já haviam dado início ao processo de justificação do poder, uma vez que os procedimentos por si só não serviriam para legitimar a norma. O conteúdo da norma, que seria resultado de uma decisão, também deveria ser legítimo e a Constituição, como norma fundamental de um Estado, seria o reconhecimento do direito natural já existente. Segundo os defensores do jusnaturalismo, a redução da legitimidade ao seu conceito meramente formal teria sido a justificativa de Hitler para concentrar em si os poderes estatais⁶². Em virtude disso, no pós- guerra, ressurgiu o direito natural, particularmente na Alemanha recém saída do nacional- socialismo. Segundo Radbruch⁶³, contra as posições positivistas que defen-

⁵⁷ in “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 11-33.

⁵⁸ in “Direito e Democracia – entre facticidade e validade”, Jürgen Habermas, v. II, Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, páginas 25- 41; 181-187.

⁵⁹ in “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, J. J. Gomes Canotilho, Ed. Almedina, 7ª Ed., página 66.

⁶⁰ in “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, Claus-Wilhelm Canaris, 5ª Ed., Editora Fundação Calouste Gulbenkian, tradução A. Menezes Cordeiro, págs.190-196.

⁶¹ in “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 37-50.

⁶² in “Introdução à Filosofia do Direito”, Gustav Radbruch, tradução Jacy de Souza Mendonça, 3ª Ed. 1965, pag. 94-95.

⁶³ in “Introdução à Filosofia do Direito”, Gustav Radbruch, tradução Jacy de Souza Mendonça, 3ª Ed. 1965, pag. 20- 37; 34- 35; 39-41; 94-95. Também citado em “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 67, nota de rodapé.

dera, haveria necessidade de um direito supra- estatal (origem em Deus ou baseado na razão humana) que permitisse avaliar a justiça ou injustiça das leis estatais. Nesse sentido, após a queda do nacional- socialismo na Alemanha, a maioria das constituições dos Estados federados e a própria Lei Fundamental de Bona passaram a adotar em seus preâmbulos a referência a Deus como última fonte do direito⁶⁴. Esses valores superiores seriam preexistentes ao ato constituinte, assim o poder constituinte se limitaria a reconhecê-los e positivá-los na constituição material⁶⁵.

No entanto, esse pretenso direito natural baseado em valores teológicos universais e inquestionáveis não poderia se impor em uma sociedade democrática laica e em um mundo com tamanha diversidade cultural e religiosa.⁶⁶⁶⁷ Dessa forma,

⁶⁴ in “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 37-67.

⁶⁵ in “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I volume, 1º Tomo, 1998, Lisboa, pág. 169- 186. Também em “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I volume, 2º Tomo, 1999, Lisboa, página 71.

⁶⁶ Nesse sentido, Hesse menciona que “a idéia de ordem objetiva de valores suscita mais interrogações do que aquelas a que responde”. In “Escritos de Derecho Constitucional”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1883, página 6. Também em “Direito e Democracia – entre facticidade e validade”, Jürgen Habermas, v. II, Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, página 241.

Na mesma direção, Antonio Enrique Perez Luño alega que “é difícil universalizar esta fundamentação relativamente àqueles que não crêem na transcendência ou, que, sem excluí-la, preferem uma justificação racional e imanente para uma realidade radicalmente humana como são os direitos humanos”. In “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, Tecnus, 6ª Ed., 1999, Madrid, página 140.

Também Alexandro Passerin d’Entreves Courmayeur: “Plantear la noción del Derecho Natural como estrechamente ligada a una creencia religiosa significa condenarla por anticipado a ser rechazada por todos aquellos que no aceptan esta creencia; significa imponer a los juristas y a los filósofos políticos una profesión de fe metafísica que pueden con razón encontrar difícil (...)”. In “Crítica del Derecho Natural”, obra coletiva, Taurus, Madrid, 1966, página 198.

In “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 75-80.

Peter Häberle propõe que a teoria da constituição deveria se relacionar mais com os direitos humanos, fruto de um processo histórico, e com o desenvolvimento do princípio da soberania popular⁶⁸⁶⁹⁷⁰. Portanto, a partir da concepção de Hans George Gadamer, há uma alteração da percepção de direito natural, diferente do jusnaturalismo. Segundo Gadamer, a hermenêutica jurídica seria uma interpretação- aplicação do direito baseado em uma pré-compreensão, sendo esta última resultado de uma relação do intérprete com o processo histórico do qual faz parte⁷¹. Desta feita, o direito natural seria produto de um processo histórico, social e cultural da humanidade. Não mais seria uma lei moral prefixada por Deus ou pela natureza humana, em uma ordem de valores que o homem tivesse que aceitar, como defendiam os jusnaturalistas. O direito natural passaria a ser cria-

⁶⁷ in “Direito e Democracia – entre facticidade e validade”, Jürgen Habermas, v. II, Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, páginas 240 -242.

⁶⁸ in “De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano”, Peter Haberle, tradução Héctor Fix- Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, série Ensayos Jurídicos - núm 12.

⁶⁹ Para o autor, a concepção de direito natural conferida pelo jusnaturalismo seria plúrima e contraditória. Nesse sentido, “a teoria e a prática constitucionais de uma comunidade política devem, para justificar determinada posição, desenvolver, sem recurso ao direito natural, autonomamente, argumentos, fundamentos, princípios materiais e processuais, princípios constitucionais”. Citado em “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, página 80.

⁷⁰ Nesse sentido, Peter Haberle: “A democracia do cidadão está muito próxima da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo o qual o povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca.” (página 38). In “Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”, Peter Haberle, Tradução Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002, páginas 36- 40.

⁷¹ Nesse sentido o autor menciona que “A forma lingüística e o conteúdo da tradição não podem ser separados na experiência hermenêutica.” (página 640). In “Verdade e Método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica”, Hans- Georg Gadamer, Tradução Flávio Paulo Meurer e Ênio Paulo Giachini, Ed. Vozes, 3ª Ed., Petrópolis, 1999, páginas 123- 131; 636-662.

do pelo próprio homem, de acordo com sua interação com o mundo, pelo que o constituinte tão somente concretizaria princípios preexistentes e ordenadores da prática comunitária.⁷²⁷³⁷⁴⁷⁵⁷⁶⁷⁷

Segundo Otto Bachoff, a validade de uma Constituição compreenderia a legitimidade no aspecto de positividade (existência como plano e expressão de um poder efetivo) e obrigatoriedade (vinculação dos destinatários da norma). Assim, conclui que a violação do direito supra-estatal pelo poder constituinte acarretaria a falta de legitimidade e, como consequência, a invalidade de normas constitucionais originárias⁷⁸⁷⁹.

⁷² in “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 81-86.

⁷³ in “Direito e Democracia – entre facticidade e validade”, Jürgen Habermas, v. II, Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, páginas 193- 247.

⁷⁴ in “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951, página 40-48.

⁷⁵ in “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, Claus-Wilhelm Canaris, 5ª Ed., Editora Fundação Calouste Gulbenkian, tradução A. Menezes Cordeiro, págs 190.

⁷⁶ Decorrente também da concepção de Hans- Georg Gadamer surge a jurisprudência de valorações, na qual as valorações do direito seriam uma interpretação ou atualização do texto do passado nas condições do presente. Não haveria uma realidade de sentido definitivamente dada, haveria uma constante mobilidade da história humana, baseadas nas instituições e na vida em comum. Em desfavor do positivismo clássico encamparia a dimensão axiológica do jurídico, ao passo que ao jusnaturalismo oporia a dimensão histórica, caracterizada como a história institucional, cultural e normativa de uma dada comunidade. Conforme Karl Larenz, a jurisprudência de valoração estaria baseada “nas instituições e nas formas de vida em comum”. Nesse sentido, haveria uma aproximação com o institucionalismo. In “Metodologia da Ciência do Direito”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, página 153. Também em “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 81-97.

⁷⁷ in “A Recepção da Declaração dos Direitos do Homem pela Constituição Portuguesa. Um fenómeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional”, Jorge Miranda, Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 199, págs. 1- 20, jan./mar, 1995.

⁷⁸ in “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José

Já no início do Século XX, Max Weber, de vertente positivista, propõe uma definição reducionista de legitimidade, na qual esta estaria conectada com dominação, uma vez que todas as formas de dominação procuram fomentar uma crença em sua legitimidade. O autor propõe três formas de dominação: carismática, a tradicional e a racional, sendo que esta última seria a crença da legalidade nas ordenações estatuídas. Por se tratar de um ato de crença, a legitimidade não necessitaria da incorporação de um ideal de justiça.⁸⁰⁸¹

De outro ponto, Kelsen não nega a correlação da justiça com o direito, mas somente a da justiça com a verdade, uma vez que poderia haver várias idéias de justiça igualmente justificáveis. O direito seria justo na medida em que se apropriasse de qualquer dessas medidas de justiça. Nesse sentido, a *Grund-norm* justificaria qualquer regime como medida de justiça, ao contrário, para o jusnaturalismo somente os valores por eles proclamados serviriam como medida de justiça.⁸²

Já na vertente positivista decisionista de Carl Schmitt, a Constituição não precisa ser justificada em uma norma de justiça, basta sua existência política. Segundo Schmitt, essa legitimidade poderia ser dinástica (baseada no poder do monarca)

Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951, página 42; 62-64; 67-68.

⁷⁹ No mesmo sentido é a doutrina de Paulo Otero. In “Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais”, Paulo Otero, O Direito, 1990, III-IV, p. 613-614.

⁸⁰ in “Economia y Sociedad – esbozo de sociología compresiva”, Max Weber, tradução José Medina Echavarría e outros, Fondo de Cultura Economica, Mexico, 1996, 2ª Ed, 10ª reimpressão, páginas 170- 173.

⁸¹ in “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 23. Segundo a autora, a legitimidade na concepção de Weber deixaria de ser uma questão de direito para se tornar uma questão de fato.

⁸² Ensina Kelsen que “a validade do direito positivo é independente da sua relação com uma norma de justiça: esta afirmação constitui a diferença essencial entre a teoria do direito natural e o positivismo jurídico”. In “Justicia y derecho natural”, Critica del derecho natural, Taurus, Madrid, 1966, página 33; 103.

ou democrática (com base no poder exercido pelo povo)⁸³. Na mesma direção, a perspectiva funcional-estruturalista de Luhmann nega a própria relação entre justiça e direito, pelo que não importaria o direito justo, mas somente o direito legal. Seguindo a linha decisionista de Carl Schmitt e a concepção de Weber, para Luhmann o direito é posto e é aquilo que seria escolhido por uma decisão, na qual a constituição não deveria ser compreendida como ideal de justiça, mas como uma norma que regeria as demais normas no sistema jurídico⁸⁴. Segundo a teoria de Luhmann seria desnecessária qualquer legitimação material da constituição, uma vez que bastaria a legitimidade procedimental consubstanciada em um processo eleitoral⁸⁵.

Nestes termos, a função da linguagem ética seria somente de exprimir sentimentos morais, que poderia ser variável de indivíduo para indivíduo⁸⁶. Portanto, não existiria uma só decisão moral, sendo assim o legislador constituinte poderia se apropriar de qualquer dessas concepções morais para elaboração e legitimação da constituição. O direito constitucional seria, então, a expressão de uma vontade dotada de força imposi-

⁸³ Segundo Carl Schmitt, a constituição “no necesita justificarse en una norma ética o jurídica: tiene su sentido en la existencia política” (pág. 104). In “Teoría de la Constitución”, Carl Schmitt, versão espanhola de Francisco Ayala, Alianza Universidad Textos, Alianza Editorial, 1996, páginas 45-47; 66; 93-94.

⁸⁴ Nesse sentido, Niklas Luhmann aduz que a legitimidade seria baseada na crença na legalidade das ordenações estabelecidas, que se daria através de um sistema político. Assim, segundo o autor, “Agora o direito já não pode ser verdadeiro ou falso, mas apenas válido”. In “Legitimação pelo procedimento” (pág. 122), Ed. Universidade de Brasília, Tradução Maria da Conceição Côrte-Real, páginas 30-32; 139-143; 122-125.

⁸⁵ in “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 37-62.

⁸⁶ Nesse sentido, A. J. Ayer: “Exprimo simplesmente certos sentimentos. E o homem que abertamente me contradiga exprime também, e apenas, os seus sentimentos morais. Assim não faz sentido discutir qual de nós terá razão porque nenhum de nós emite uma proposição genuína. A função da linguagem ética é, portanto, emotiva, no sentido de estimular emoções e de conduzir á ação, mas é impossível encontrar um critério para determinar a validade dos juízos éticos”. In “Language, verdad y logica”, Ed. Martinez Roca, Barcelona, 1971, pagina 125.

tiva, na qual se transformaria essa vontade em fonte de normas obrigatórias.⁸⁷ Bastaria a elaboração de normas por uma autoridade legitimada para que passem a integrar o direito, uma vez que somente juízos de fato poderiam ser empiricamente comprovados. Já os juízos valorativos não poderiam ser verificados empiricamente e, portanto, seriam pseudoproposições, pelo que não se poderia julgar a legitimidade com base em critérios racionais e objetivos, uma vez que ideologias políticas, religiosas, morais e jurídicas seriam questões de valor, não de direito. Esses valores gerariam uma crença no cidadão, as quais justificariam a dominação preexistente das classes dominantes⁸⁸.

Ademais, o moralismo poderia acarretar subjetivismo na interpretação constitucional⁸⁹, na qual o Tribunal Constitucional substituiria o sistema de valores constitucionais pelo sistema de valores dos julgadores, se transformando de guardião da constituição em “dono da constituição”⁹⁰, bem como poderia acarretar um governo dos juízes e, inclusive, um despotismo judicial⁹¹.

Carlos Blanco de Moraes alerta para o fato de existir pontos de aproximação entre o constitucionalismo moralmente reflexivo e o positivismo inclusivo, uma vez que este último

⁸⁷ in “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, página 45.

⁸⁸ in “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 22-29; 39-40.

⁸⁹ in “O Conceito de Direito”, Herbert L. A. Hart, 6ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução de A. Ribeiro Mendes, pós-escrito, pág. 220.

⁹⁰ Segundo Ernst Forsthoff citado em “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 75-80.

⁹¹ Conforme menciona George Morange citado em “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 75-80.

aceita a encampação de valores éticos ao direito na medida em que estes valores seriam necessários à sua essência e aos seus fins. Daí porque serem aceitos os princípios jurídicos como normas impregnadas de valores morais, que deteriam baixa densidade normativa e alta capacidade de se adaptar às evoluções sociais.⁹² Em que pese estes pontos de aproximação, o mesmo autor ressalta que haveria incompatibilidades ligadas à segurança jurídica, ao princípio democrático e a um método jurídico dotado de cientificidade. Segundo o autor, o apelo desordenado aos princípios constitucionais poderia ocasionar uma perda da normatividade constitucional, uma vez que haveria o risco de decisões interpretativas sujeitarem as normas aos fatos (e não o contrário), o que geraria grande insegurança jurídica. Ademais, decisões judiciais baseadas unicamente em valores teriam o efeito de ameaçar o império da lei e, consequentemente, a própria legitimidade democrática como corolário da vontade da maioria. Por fim, a hermenêutica criativa e evolutiva do moralismo reflexivo poderia acarretar uma ruptura com a identidade constitucional e com a própria vontade do poder constituinte, no qual seria substituída a vontade soberana e democrática do povo (manifestada através do poder constituinte) por um suposto poder de revisão exercido pela Corte Constitucional.⁹³

Portanto, não se deve abdicar da moral para o desenvolvimento do direito, pelo que haveria uma conexão entre os valores morais e o direito positivado. Entretanto, não se pode considerar que essa moral seja padrão de validade jurídica, salvo quando tal referência conste expressamente na Constituição. Dessa forma, princípios morais ou de justiça não devem servir como critério de validade jurídica⁹⁴, sob pena de viola-

⁹² in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 178-179.

⁹³ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 177-182.

⁹⁴ in “O Conceito de Direito”, Herbert L. A. Hart, 6ª Ed., Ed. Fundação Calouste

ção do princípio democrático e da segurança jurídica.

CONCLUSÃO

Nesse sentido, deve ser adotado um método que confira cientificidade e segurança jurídica na interpretação e aplicação da Constituição, no qual a atividade criativa estaria balizada por fatores objetivos e o texto normativo seria o ponto de partida e o limite da interpretação. As doutrinas pós-positivistas, tanto de caráter sociológico como de caráter axiológico, podem acabar por conferir interpretação ao enunciado normativo que escape ao seu conteúdo semântico.

Como espécie de norma jurídica, a Constituição necessita de um método científico de interpretação que confira segurança jurídica, uma vez que os valores morais objetivados na Constituição não são cartas adaptáveis a todas as situações de acordo com a vontade do intérprete, bem como a técnica da ponderação somente deve ser utilizada nos chamados *hard cases*, quando a ausência de normas diretamente aplicáveis torne necessária a solução do caso concreto em que haja a colisão de princípios. O abandono da tradicional metodologia interpretativa acarreta subjetivismo na aplicação das normas constitucionais e enseja o ativismo judicial, que seria caracterizado pela ausência de vinculação do Poder Judiciário ao texto da constituição, com invasão das competências reservadas ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, resultando na violação do princípio da separação de poderes e do princípio democrático.



BIBLIOGRAFIA:

- “A Constituição burguesa: qu’est-ce que Le TierÉtat”, Emmanuel Joseph Sieyès, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.
- “A eficácia dos direitos sociais”, Ana Cristina Costa Meireles, editora juspodivm, 2008.
- “Antiformalismo jurídico – uma abordagem institucionalista da integração regional”, Clarissa Franzoi Dri, Cadernos PROLAM/USP, ano 8- vol 1, 2008.
- “Aplicabilidade das normas Constitucionais”, José Afonso da Silva, 6ª Ed., Editora Malheiros, 2002.
- “A Recepção da Declaração dos Direitos do Homem pela Constituição Portuguesa. Um fenômeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional”, Jorge Miranda, Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 199, jan./mar, 1995.
- “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, Ed. Saraiva.
- “Comentário n 3”, Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 14/12/90.
- “Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil”, Eduardo Appio, Juruá Editora, 2010.
- “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed.
- “Curso de Direito Constitucional”, 4ª Ed., Ed. Saraiva, Paulo Gustavo Gonet Branco, Inocêncio Mártires Coelho e Gilmar Ferreira Mendes.
- “Critica del Derecho Natural”, “Justicia y derecho natural”, Hans Kelsen, obra coletiva, Tradução Elias Diaz, Taurus, Madrid, 1966.
- “Critica del Derecho Natural”, “El Derecho Natural”, A. Passerin d’Entreves Courmayeur, obra coletiva, Tradução Elias Diaz, Taurus, Madrid, 1966.
- “Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums unter

- europäischem und innerstaatlichen Druck”, José Martínez Soria, Editado pela Berlin e-Working Papers on European Law - Chair of Public Law and European Law, Nr. 43, 2006.
- “Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais”, Paulo Otero, O Direito, 1990, III-IV.
- “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, Antonio Enrique Perez Luño, Tecnus, 6ª Ed., 1999, Madrid.
- “Derechos sociales y ponderación”, Robert Alexy e outros, Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.
- “De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano”, Peter Haberle, tradução Héctor Fix- Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, série Ensayos Jurídicos - núm 12.
- “Direito e Democracia – entre facticidade e validade”, Jürgen Habermas, v. II, Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.
- “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, J. J. Gomes Canotilho, Ed. Almedina, 7ª Ed.
- “Direitos Fundamentais: Introdução Geral”, José Melo Alexandrino, Principia Editora, 2ª Ed.
- “Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático”, Jorge Reis Novais, Coimbra Editora, 2012.
- “Direitos Humanos”, Ficha Informativa 16, Rev. I, Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.
- “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010.
- “Economia y Sociedad – esbozo de sociología compresiva”, Max Weber, tradução José Medina Echavarría e outros, Fondo de Cultura Economica, Mexico, 1996, 2ª Ed, 10ª reimpressão.

- “Escritos de Derecho Constitucional”, Konrad Hesse, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- “Ficha Informativa sobre Direitos Humanos” n 16 – Rev. I, Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.
- “Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”, Peter Habberle, Tradução Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.
- “História das Idéias Políticas”, Diogo Freitas do Amaral, Volume II, Lisboa 1998.
- “Incorporation by Law”, Joseph Raz, Legal Theory, vol. 10, publicado pela Universidade de Cambridge, 2004.
- “Introdução à Filosofia do Direito”, Gustav Radbruch, tradução Jacy de Souza Mendonça, 3ª Ed. 1965.
- “Justiça Constitucional”, Carlos Blanco de Morais, Tomo 2, Editora Coimbra, 2ª Ed.
- “Language, verdad y logica”, A. J. Ayer, Ed. Martinez Roca, Barcelona, 1971.
- “Legitimação pelo procedimento”, Niklas Luhmann, Ed. Universidade de Brasília, Tradução Maria da Conceição Côrte-Real.
- “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I volume, 2º Tomo, 1999, Lisboa.
- “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I volume, 1º Tomo, 1998, Lisboa.
- “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II.
- “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 2 ed. Coimbra, tomo IV.
- “Metodologia da Ciência do Direito”, Karl Larenz, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.
- “Métodos de Trabalho do Direito Constitucional”, Friedrich Muller, 3ª Ed., Ed. Renovar.

- “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951.
- “O Conceito de Direito”, Herbert L. A. Hart, 6ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução de A. Ribeiro Mendes.
- “O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012.
- “O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira”, Luís Roberto Barroso, 7ª, edição, renovar, 2003.
- “O espírito das leis”, Montesquieu, São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, v. 1.
- “O império do direito”, Ronald Dworkin, tradução Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, São Paulo, 2007.
- “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, José Carlos Vieira Andrade, 5ª Ed., Ed. Almedina, 2012.
- “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994.
- “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, Claus-Wilhelm Canaris, 5ª Ed., Editora Fundação Calouste Gulbenkian, tradução A. Menezes Cordeiro.
- “Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento”, Human Development Report – Oxford University Press.
- “Revista de Direito Sanitário”, “O Direito Social e o Direito Público Subjetivo à Saúde- O desafio de compreender um direito com duas faces”, Patrícia Ulson Pizarro

- Werner, Ed. LTR, vol 9, 2008, São Paulo;
- “Teoría de la Constitución”, Carl Schmitt, versão espanhola de Francisco Ayala, Alianza Universidad Textos, Alianza Editorial, 1996.
- “Teoria dos direitos fundamentais”, Robert Alexy, tradução Virgílio Afonso da Silva, Ed. Melheiros, 2008.
- “Teoria dos princípios – da definição e aplicação dos princípios jurídicos”, Humberto Ávila, Martins Fontes, 2008;
- “Teoria Pura do Direito”, Hans Kelsen, colecção studium, 1962.
- “The core of the case against Judicial Review”, Jeremy Waldron, The Yale Law Journal, 2006.
- “The Cost of Rights – Why liberty depends on taxes”, Stephen Holmes and Cass R. Sunstein, Ed. W.W. Norton & Company, New York and London, 1999.
- “The forms and limits of Constitutional Interpretation”, David M. Beatty, The American Journal of Comparative Law, vol. 49, no. 1, winter 2001.
- “Um olhar jurídico- constitucional sobre a judicialização da política”, J.J. Gomes Canotilho, Revista de Direito Administrativo, 245:91, maio/ago 2007, Fundação Getúlio Vargas.
- “Una metateoría del positivismo jurídico”, Roberto M. Jiménez Cano, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.
- “Verdade e Método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica”, Hans- Georg Gadamer, Tradução Flávio Paulo Meurer e Ênio Paulo Giachini, Ed. Vozes, 3ª Ed., Petrópolis, 1999.