OS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO E AS FUNÇÕES DA TEORIA CONSTITUCIONAL

GLI INTERPRETI DELLA COSTITUZIONE E LE FUNZIONI DELLA TEORIA COSTITUZIONALE

Cesare Pinelli*

Recebido para publicação em setembro de 2005

Resumo: O autor procura relevar as funções da teoria constitucional, referindo-se à interpretação dos textos constitucionais, e, especialmente, à sua contribuição para a solução dos diversos, mesmo se coligados, problemas da escolha entre valores e concepções constitucionais conflitantes, e dos critérios da interpretação. Ao expor as respostas avançadas pela teoria constitucional em primeiro plano, o Autor assume que as teorias abrangentes, tanto àquelas orientadas por um método procedimental quanto àquelas mais versadas a um método substancial, sejam as mais adequadas para enfrentar os desafios que os conflitos, entre valores e concepções constitucionais, possam colocar em termos de exatidão da interpretação constitucional. Por outro lado, tais teorias não parecem aptas a exaurir a totalidade das questões colocadas pela peculiar estrutura dos princípios constitucionais à medida que se distinguem das regras. As teorias da argumentação jurídica, conduzidas pela necessidade de sugerir critérios exatos aos intérpretes da constituição, aparecem particularmente úteis a tal propósito. Embora nem sempre coligadas, na origem, ao direito constitucional, essas teorias se fundam em um método probabilístico à interpretação que, segundo o Autor, não só oferece uma moldura geral de úteis técnicas interpretativas, mas concorre também para definir uma comum compreensão dos princípios constitucionais.
Palavras-chave: Constitucionalismo. Argumentação. Lógica do provável. Pluralismo dos valores. Interpretações exatas. Distinção entre princípios e regras. Positivismo legalístico.

Riassunto: L'Autore cerca di porre in rilievo le funzioni della teoria costituzionale in riferimento all'interpretazione dei testi costituzionali, e in particolare il suo apporto alla soluzione dei diversi anche se collegati problemi della scelta fra valori e concezioni costituzionali confliggenti e dei criteri dell'interpretazione. Nell'esporre le risposte avanzate dalla teoria costituzionale sul primo terreno, l'Autore assume che le teorie comprensive, sia quelle orientate da un approccio proceduralista che quelle più inclini a un approccio sostanzialista, siano le più adatte a fronteggiare le sfide che i conflitti fra valori e concezioni costituzionali possono porre in termini di correttezza dell'interpretazione costituzionale. D'altra parte, tali teorie non sembrano in grado di esaurire l'intero arco delle questioni poste dalla peculiare struttura dei princìpi costituzionali in quanto distinti dalle regole. Le teorie dell'argomentazione giuridica, guidate dal bisogno di suggerire corretti criteri agli interpreti della costituzione, appaiono particolarmente utili a tale proposito. Sebbene non sempre collegate, in origine, al diritto costituzionale, queste teorie si fondano su un approccio probabilistico all'interpretazione che secondo l'Autore non solo offre una cornice generale di utili tecniche interpretative ma concorre anche a definire una comune comprensione dei princìpi costituzionali.
Parole chiave: Costituzionalismo. Argomentazione. Logica del probabile. Pluralismo dei valori. Interpretazioni corrette. Distinzione tra princìpi e regole. Positivismo legalistico.

Abstract: The Author attempts to elucidate the functions wich constitutional theories are expected to exert with respect to constitutional interpretation, particularly to the different albeit connected pro-

---

*Texto traduzido por Juliana Salvetti.

*Professor Titular de Instituições de Direito Público na Universidade de Macerata. Membro do Comitê Executivo da Associação Internacional de Direito Constitucional (IACL).

blems of choice among competing constitutional values and conceptions on the one hand, and of the criteria of interpretation on the other hand. While exposing the responses given to the first problem on theoretical grounds, the Author assumes that comprehensive theories, driven from a proceduralist or from a substantialist approach, are well equipped in facing the challenges which conflicts among constitutional values and conceptions are believed to determine with respect to the correctness of constitutional interpretation. On the other hand, these theories are not likely to exhaust the whole range of problems raised from the peculiar structure of constitutional principles as distinguished from rules. Theories of legal reasoning, driven from the need of suggesting the correct criteria of interpretation, appear particularly useful at this respect. Although not always connected, at their origins, with constitutional law, these theories are grounded on a probabilistic approach to interpretation which according to the Author not only affords a general framework of useful techniques for interpretation, but also concurs in defining a common understanding of constitutional principles.
Key Words: Constitutionalism. Reasoning. Probabilistic logic. Plurality of values. Correct interpretations. Distinction between principles and rules. Legalistic positivism

1. O título dessa participação pressupõe uma pergunta. A teoria constitucional pode servir, e em quais aspectos pode servir, aos intérpretes da constituição? Para individualizar o terreno onde colocar as possíveis respostas, devo esclarecer, antes de tudo, o sentido das minhas expressões: "intérpretes da constituição" e de "teoria constitucional".

Por intérpretes da constituição entendo todos aqueles que reconstroem os significados dedutíveis dos enunciados de um texto constitucional no desenvolvimento de uma atividade prática. Tal atividade pode ser muito diferente. Enquanto a reconstrução dos significados do texto une os intérpretes da constituição, a atividade prática que desenvolvem os diversifica.

Os juizes e as Cortes constitucionais interpretam a constituição à medida que são chamados a pronunciarem-se sobre um caso que, conforme a situação, solicite ou imponha a necessidade da constituição assumir um parâmetro de avaliação.

Os titulares das instituições políticas e os administradores públicos interpretam a constituição não como parâmetro, mas como uma regra de orientação ou limite da sua atividade, cujo acatamento poderá ser avaliado pelos juizes e pela Corte durante a *judicial review of legislation* ou em outra situação.

Até agora falamos de intérpretes pelos quais a reconstrução do significado do texto constitucional está inserida no âmbito de uma atividade prática que apresente uma incidência direta no ordenamento jurídico. Mas existem intérpretes cuja atividade, mesmo permanecendo do tipo prático, não apresenta tal incidência direta, e cuja interpretação pode, por isso, definir-se livre.

Os advogados interpretam livremente a constituição no conjunto da sua atividade de defesa de uma parte em juízo, e, assim sendo, a fim de investigar, entre as interpretações possíveis do texto, aquela que mais se amolda em vencer a controvérsia.

Os cidadãos interpretam livremente a constituição toda vez que acreditem fazer acatar, com os instrumentos jurídicos predispostos pelos vários ordenamentos, uma situação subjetiva garantida pela constituição, e toda vez que se acenda na opinião publica um debate sobre uma questão constitucional.

Os juristas, e entre estes os estudiosos do direito constitucional, interpretam livremente a constituição também com base no princípio constitucional da liberdade de ciência, e no desenvolvimento de uma atividade prática colocada a serviço da ciência.

No Estado constitucional, a interpretação da constituição é, contudo, um processo largo, que envolve uma grande variedade de assuntos em uma grande variedade de situações. A expressão oportuna da "sociedade aberta dos intérpretes da constituição" (P. Haberle) corresponde à característica pluralística das democracias contemporâneas. Uma democracia na qual existisse uma verdade oficial e não revogável, sobre tudo aquilo que está estabelecido constitucionalmente, renegaria a si mesma: de acordo com a democracia ninguém, nem ao menos o Corte constitucional, está investido do encargo de estabelecer de uma vez por todas a interpretação autêntica da constituição.

Certamente a atividade interpretativa apresenta uma diferente incidência no ordenamento jurídico conforme os assuntos que indicamos: a incidência não pode ser só direta ou só indireta, mas pode também ser de grau diferente. Pode ser direta ou indireta, conforme o quanto tenha estabelecido o próprio direito positivo. Não é a única estrutura do caso concreto a estabelecer quem tenha a faculdade de falar, 1 uma vez que o contexto ordinatório onde ela se insere delimita preventivamente tal possibilidade. Os critérios de habilitação à emissão das pronúncias dos juizes e os seus efeitos, que são ditados pelo ordenamento, são fatos distintos do caráter discursivo do processo de interpretação constitucional, que se revela na efetividade da experiência jurídica.

O caráter discursivo da interpretação constitucional não é por isso mesmo menos relevante. E justamente a efetiva experiência permite notar como a interpretação dos juizes e, sobretudo, das Cortes constitucionais apresenta a incidência de máximo grau no ordenamento. Por outro lado, mais a interpretação constitucional é também, de fato, um processo amplo, aberto a recíprocas representações e conhecimentos, menos os juizes constitucionais podem se comparar a sumos sacerdotes, que do alto de um templo nos expõem "a verdade oficial" sobre a constituição. Também eles fazem parte do processo. Também a sua interpretação, em resumo, está condicionada a todas as outras.

Recentemente um jurista, quando Presidente da Corte constitucional italiana, recolheu algumas das suas participações e discursos em um livro ao qual deu o título "A Constituição entre nós": não poderia ter sido melhor. Nesse livro, ele escreve que o juiz das leis "não trabalha para conservar alguma coisa, para manter embalsamado um simulacro ou para reenviar ao passado os progressos da história"; antes, trabalha para "conseguir dar, através da nossa interpretação, através da nossa própria historicidade e a sensibilidade de homens desse tempo, um conteúdo racional e historicamente compatível a alguns princípios". 2.

Como teoria constitucional entendo a pesquisa dos significados e das funções que a constituição como um todo pode ter para o ordenamento jurídico e para a convivência, ou se quisermos das idéias de constituição como forma fundamental de convivência. Mais que sobre a constituição de um único ordenamento, a teoria constitucional se concentra, por essa razão, nas constituições reunidas por certos princípios, e, especialmente, nas constituições dos estados democrático-pluralistas. Além do fato que para o objeto a teoria constitucional difere da interpretação constitucional pela natureza da atividade desenvolvida. Ela não tem início em um caso, no desenvolvimento de uma função pública, ou na exigência de tutelar um interesse individual: não é uma atividade prática. Tem início, talvez, por uma necessidade de conhecimento que induz a projetar hipóteses teóricas, sem reincidir necessariamente na praxe interpretativa.

Esse é também o exercício dos constitucionalistas quando privilegiam o as-

pecto teórico do seu trabalho. Mas teorias constitucionais são, cada vez mais freqüentemente, projetadas por teóricos do direito, por sociólogos e por filósofos, que por meio de percursos diferentes, encontram-se reunidos à teoria constitucional como a um ponto comum de chegada.

2. Das definições que propus, observasse uma diferença entre a atividade dos intérpretes da constituição e a teoria constitucional: prática no primeiro caso, teórica no segundo. Efetivamente, também quando a teoria constitucional ou a teoria do direito se fundamenta no caráter auto-referencial do sistema jurídico, ou seja, na sua capacidade de produzir e estruturar os elementos do qual é composto 3, e exalta assim ao máximo o caráter prático da interpretação, continua a descrever do exterior o sistema jurídico, sem ter escopos práticos. A diferença sinalizada está, portanto, sempre presente.

Mas a referência à teoria de Niklas Luhmann permite ainda notar que de tal diferença podem ser obtidas múltiplas versões. Um ponto é considerar que, a atividade prática dos intérpretes da constituição, se refira a um sistema fechado em direção ao exterior, outro ponto é considerar que ela se refira a um sistema estruturalmente aberto. Enquanto no primeiro caso, a contribuição da teoria à interpretação constitucional se exauriria ao descrever as práticas do intérprete, no segundo poderia desenvolver funções ulteriores. Constituindo uma barreira ou um forte redimensionamento dos contributos da teoria constitucional, não é, portanto, a natureza prática da interpretação constitucional, mas a afirmação do caráter fechado, ou auto-refencial, do sistema jurídico.

Tal afirmação não é exclusiva da teoria de Luhmann. Recua, ainda antes, ao jurispositivismo referente ao estadismo, dominante na Europa até a metade do século XX, e em seguida, também, muito influente. A colocação do jurispositivismo relativo ao estadismo está muito distante daquela de Luhmann, ainda porque confiava a uma "Teoria geral do direito e do Estado" o encargo de descobrir os conceitos e os institutos jurídicos comuns a todos os Estados. Ela visava, assim, prolongar na escala universal, e com uma pretensão metafísica, a experiência jurídica do único Estado. Para o sociólogo Luhmann, o sistema jurídico é, ao contrário, um subsistema do sistema social. Não obstante essas diferenças, em ambos os casos, o sistema jurídico está configurado como um sistema fechado a contributos exteriores, sobre as quais teorias constitucionais, ou seja, as teorias da constituição como idéias ou concepções das formas de convivência, não podem, portanto, incidir de modo algum.

Esse aspecto comum é ainda o único que nos interessa. Além do sistema fechado, poderiam existir aqui formas diversas. O mesmo sistema fechado poderia ser composto de diferentes materiais: por exemplo, a tese da incorporação dos princípios de direito natural nas constituições contemporâneas bem que poderia ser compatível com uma colocação jurispositivista diferente daquela de matriz relativo ao estadismo. Não é então a antiga dicotomia jurispositivismo / jurisnaturalismo que nos interessa nesse momento. Interessa-nos a única representação do sistema jurídico como sistema fechado.

Não é difícil contestar uma representação do gênero baseando-se no constitucionalismo contemporâneo. Se as constituições exprimissem um "direito mais alto" da legislação só porque de grau hierárquico superior, e tal de tornar invalida a lei inconstitucional, se confirmaria a antiga crença do positivismo estadístico nas virtudes de um sistema fechado, compacto, capaz de produzir autonomamente as respostas que os interpretes da constitui-

ção buscam na sua atividade prática. Mas o direito introduzido pelas constituições é "mais alto" em relação à legislação mesmo em um sentido mais rico de significados. Com ele se introduzem de fato alguns princípios destinados a orientar a futura convivência, que faz da lei um direito contingente, seja produzido pela maioria política de uma certa legislatura, seja baseado predominantemente em regras.

A distinção entre princípios e regras, formuladas por Dworkin e Alexy, é decisiva para compreender a relação entre constituição e lei. Os princípios comportam uma "tomada de posição" de frente à realidade, são normas privadas de casos que não conduzem a um *aut-aut,* mas a uma ponderação e, por conseguinte a um equilíbrio, enquanto as regras são normas pelas quais a realidade toma, de vez em quando, forma somente como caso que comporta uma subsunção e um *aut-aut*. Os equilíbrios consistem em uma prudente avaliação e compor os princípios conflitantes que constelam o horizonte pluralístico do Estado constitucional. Um horizonte muito mais aberto, e, logo, muito mais incerto, daquele que caracterizava a época do positivismo estadístico. 4

É exatamente o "direito mais alto", graças à abertura dos seus princípios à realidade, que torna estruturalmente aberto o sistema jurídico. E é sempre o "direito mais alto" que põe em crise a pretensão dos cânones de interpretação dos textos normativos, eventualmente ditados pelo legislador, de fornecer respostas automáticas às dúvidas do intérprete. O fato que as constituições contemporâneas não ditem mais cânones do gênero descende também ele da sua estruturação por princípios.

Concluindo, se os intérpretes da constituição fossem sacerdotes que, em absoluto isolamento, estabelecem a verdade sobre o significado atribuível a um texto constitucional e aos seus únicos enunciados, e / ou se um só significado fosse atribuível ao texto constitucional e aos seus únicos enunciados, graças a uma predeterminação constitucional dos cânones de interpretação, os intérpretes da constituição não teriam necessidade da teoria constitucional. Mas, nas democracias pluralísticas contemporâneas, não acontece nenhuma das duas condições. O fato que, nele a interpretação constitucional, seja um processo amplo e sempre aberto corresponde à polissemia estrutural dos enunciados constitucionais. Ao mesmo tempo, tal polissemia estrutural, deriva do fato de que contém princípios de convivência que exprimem critérios de contemporização entre interesses potencialmente conflitantes, e, que, justamente, por isso requerem processos de interpretação abertos aos seus titulares.

Nessas condições, os principais problemas de interpretação do direito são a sua indeterminação e a presença de escolhas de valor no seu interior. 5. A teoria constitucional é convocada a pesquisar critérios de racionalidade da interpretação capazes de fornecer respostas a esses problemas. Pesquisar, isto é, como se diz, "as corretas interpretações". Onde o adjetivo "correta" reflete a consciência que a pesquisa da interpretação "verdadeira", e conseqüentemente "única", não pertence mais ao horizonte das democracias pluralísticas contemporâneas, caracterizado pela co-presença de valores conflitantes. Uma interpretação pode, de fato, considerar-se "correta" referindo-se a certas premissas e não a outras: o que pressupõe que as premissas de valor que orientam o intérprete da constituição possam variar.

Ao mesmo tempo, dizer que a função da teoria constitucional consiste em pesquisar as interpretações corretas pressupõe uma esperança. A esperança que o horizonte pluralístico das democracias contemporâneas e a mesma estruturação

por princípios das normas constitucionais não constrinjam a concluir que toda a interpretação é correta, com a conseqüente inutilidade de todo discurso sobre a interpretação constitucional.

3. Dissemos como e porquê o problema da ineliminabilidade das escolhas de valor está coligado àquele da indeterminação do significado das normas constitucionais de princípio. Todavia, não se identifica com ele. O intérprete não pode não cumprir escolhas de valor, porque os princípios constitucionais representam algumas válvulas de abertura para a realidade e, por conseguinte, à historicidade da convivência. Mas a indeterminação dos princípios não deriva somente da pluralidade das escolhas de valor. Deriva também, como já vimos, da ausente predeterminação constitucional dos cânones de interpretação, mas também da maior indeterminação dos princípios no tocante às regras. Conseqüentemente, mesmo sendo entre eles coligados no modo e pelas razões indicadas, o primeiro problema deve ser tratado distintamente do segundo.

A ineliminabilidade das escolhas de valor não é um problema só para o intérprete. É antes de tudo um problema para a própria teoria constitucional, na medida em que essa se proponha a mostrar ao intérprete o campo das interpretações corretas, e se proponha a fazê-lo em ordenamentos constitucionais sinalizados por um horizonte pluralístico. Se assim for, como poderia *uma única* teoria constitucional, por exemplo, liberal ou comunitária, mostrar ao intérprete o campo das interpretações corretas sem expor o próprio intérprete à acusação de parcialidade e de subjetivismo? Nesse caso, a exatidão da interpretação seria tirada de premissas de valor que não poderiam não resultar arbitrárias aos sustentadores de outras teorias e, principalmente, para outros intérpretes. A possibilidade, para a teoria constitucional de mostrar ao intérprete as interpretações corretas é então subordinada à condição de apresentar-se como teoria compreensiva de teorias rivais.

Teorias constitucionais compreensivas, no sentido acima indicado, podem ser consideradas a teoria do discurso de Habermas e a teoria do pluralismo compreensivo de Rosenfeld, as quais se diferenciam pela metodologia: procedimental no primeiro caso e tendenciosamente substancialista no segundo, aos problemas da interpretação.

3. 1. A teoria do discurso de Habermas se apresenta como compreensiva, na medida em que oferece uma saída do circulo vicioso cuja interpretação jurídica estaria exposta na escolha entre as teorias do círculo hermenêutico e do realismo jurídico, que levam em consideração os fatores extrajurídicos que influenciam nas decisões judiciárias, mas arriscam assim confirmar a incerteza dos êxitos interpretativos, e a teoria do positivismo jurídico, que confere certezas, mas só no âmbito de um sistema jurídico impermeável a contributos externos. Baseando-se no conceito do agir comunicativo, o método procedimental de Habermas por um lado apela ao consenso dialógico como fonte de legitimidade do direito, por outro assume o fundamento jurídico, não ético, dos direitos fundamentais, que parece eliminar a necessidade de justificar posteriormente tais direitos com base em concepções inevitavelmente conflitantes. 6.

O aspecto que me parece mais importante, e contínuo, na perspectiva de Habermas consiste em ter conseguido encontrar o sinal de um "nexo interno" entre direitos humanos e soberania popular, levando em conta o que os cidadãos, por um lado podem exercitar adequadamente a sua autonomia pública somente quando estejam

suficientemente independentes em virtude de uma autonomia privada a eles igualmente concedida, e por outro lado podem beneficiar-se igualmente da sua autonomia somente quando façam uso adequado da sua autonomia política. 7.

Todavia, o método procedimental, também na elaborada e consciente versão de Habermas, nem sempre permite alcançar, na ausência do suporte de normas substanciais, um acordo comum na justiça entre diferentes perspectivas. Por exemplo, sobre a questão do aborto, falta na sociedade o suficiente fundamento para alcançar um acordo dialógico sobre o status do aborto, seja pelos direitos fundamentais seja pela legislação adotada por maioria simples 8. A dúvida avançou não por causa de uma perspectiva teórica também ela compreensiva, mas que considerara não poder prescindir da ancoragem em parâmetros normativos substanciais, o que bloqueia uma neutralidade entre diferentes concepções do bem em questão.

3. 2. A teoria do "pluralismo compreensivo" de Rosenfeld origina-se da intenção de "abraçar o maior número de concepções antagonistas do bem possíveis, e de promover a sua pacífica coexistência" 9. Ela se diferencia tanto pelo "monismo", segundo o qual existiria uma única concepção correta do bem, quanto pelo "relativismo", segundo o qual todas as preferências avaliadoras seriam puramente subjetivas: "diferentemente do monismo, o pluralismo normativo sustenta que o bem se estenda além de cada única concepção do bem; e diferentemente do relativismo, que nem todas as concepções do bem sejam equivalentes na qualidade de meras projeções de perspectivas contingentes" 10.

Nessa maneira Rosenfeld se afasta de maneira convincente a eventual objeção da não neutralidade da sua teoria, radicalizando-a solidamente no terreno do constitucionalismo contemporâneo. Dizer que "a liberdade, a igualdade, os direitos humanos, a justiça, a virtude cívica, a solidariedade e a fidelidade ao grupo são todos valores dignos de ser perseguidos, e o único problema é estabelecer o modo em que eles devem ser harmonizados ou combinados a fim de advir uma melhor reconciliação entre si mesmo e o outro 11", é uma transcrição teórica do constitucionalismo contemporâneo. O qual por um lado admite uma pluralidade de valores em competição, e conseqüentemente leva a desacreditar como partidárias as concepções monistas, e por outro lado, nega que os valores correspondentes às possíveis concepções do constitucionalismo sejam todos os valores possíveis, e por isso mesmo exclui toda suspeita de confusão com o relativismo.

É, todavia, significativo que o mesmo Rosenfeld considere que, a determinação da interpretação correta, seja um objetivo impossível de realizar, mesmo assumindo a perspectiva do pluralismo compreensivo. Tudo o que essa perspectiva pode indicar é apenas "uma direção de curso" que permita aproximar-se principalmente da interpretação correta, em um contexto caracterizado pelas duas polaridades opostas do estado de fato reais, lacerado por um conflito que exija efetiva solução, e o plausível horizonte de concretas soluções possíveis daquele conflito. 12.

Essa limitação das potencialidades da teoria do pluralismo compreensivo não deriva somente do realismo do seu autor. Pode-se ainda ser explicada pelo fato que as teorias até agora examinadas visam principalmente acertar com a ineliminabilidade dos processos de valor em um horizonte pluralístico, buscando, além do mais, as condições preliminares da sua própria exatidão, principalmente, quando se tornam teorias compreensivas de outras teorias, que não, diretamente, os possíveis

critérios de exatidão das interpretações constitucionais. Não é de se admirar que, o êxito dessas buscas, se revele aos seus próprios autores muito mais persuasivo e fértil de utilizações, na primeira frente do que na segunda.

Por outro lado, a ineliminabilidade das escolhas de valor é uma das razões da incerteza determinada pela polivalência semântica dos enunciados constitucionais de princípio. Talvez seja ainda a principal razão, mas decerto não a única. Imaginemos uma disposição política e social especialmente homogênea, regida por uma constituição caracterizada por princípios. Os intérpretes seriam então orientados por valores comuns, ou por concepções comuns do bem controvertido. Os intérpretes seriam então orientados por valores comuns, ou por concepções comuns do bem contestável. Isso reduziria a incerteza, mas não as eliminarias. À parte do fato que nem mesmo em uma disposição política e social homogênea poderia ser menor a diversidade das experiências e das culturas jurídicas dos intérpretes, aqui é para se considerar que, junto a esse caso, a polivalência semântica dos enunciados pode apresentar um gênero de incerteza ulterior em relação àquele da ineliminabilidade das escolhas de valor.

As teorias constitucionais compreensivas dão um passo adiante indispensável na busca das interpretações corretas, mas não exaurem as utilidades potenciais que as teorias constitucionais podem assegurar aos intérpretes da constituição. Temos necessidade de teorias voltadas para suportar mais diretamente os deveres dos intérpretes da constituição.

4. As teorias da pré-compreensão de Esser, as teorias da argumentação de Perelman e Giuliani, a teoria do raciocínio jurídico de Alexy parecem ser do nosso interesse. Elas apresentam muitos pontos em comum com as teorias constitucionais até aqui examinadas, mas são de origem e seguem percursos algumas vezes diferentes, tendo sido elaboradas mais ao abrigo da interpretação jurídica exatamente entendida.

Também essas teorias, como as precedentes, não se limitam a derrubar a hipótese de cada busca do verdadeiro significado de um texto. Tanto a derrubam, como a assumem, retomando uma longa tradição abandonada à época do positivismo legalístico, que a lógica jurídica em referência a um caso judicial cujo raio está circunscrito pelo consenso que, para esses significados e somente para eles, está atribuído pela comunidade dos intérpretes.

A lógica do provável não tem nada de niilístico, não convida a resignar-se ao direito livre: o fato que a jurisprudência não pode prescindir da avaliação não admite "um espaço livre para as convicções morais subjetivas de quem aplica o direito" 13. A re-proposição da lógica do provável move-se talvez pela descoberta que o racionalismo de matriz cartesiana, identificando o domínio da razão com aquele das provas demonstrativas, terminava por relegar ao irracional uma área muito vasta de relevância dos fenômenos objeto das ciências sociais 14.

O intérprete que se inspira na lógica do provável não está somente em frente ao texto e em frente à realidade, mas se encontra imerso em uma rede de mútuos conhecimentos de interpretação apresentadas de forma dialógica, não peremptória: ns teorias da argumentação a discussão como tal é o momento fundador da deliberação prática 15. Finalmente a lógica do provável, pressupondo uma seleção dos significados admitidos, indica as possibilidades, mas também os limites da interpretação: Perelman fala de "uma maior liberdade" do juiz na interpretação das normas de lei, no tocante a uma sua "aplicação rígida e irrefletida" 16.

As teorias da argumentação. É preciso acrescentar, nem sempre partem de uma contestação generalizada do positivismo, e às vezes compartilham somente o *modus operandi* das argumentações típicas de uma parte da tradição júris naturalística, mas nem mesmo os fundamentos. Nem foram elaboradas em referência ao direito constitucional 17.

Como propostas teóricas de solução dos problemas interpretativos que surgiram em referência a textos normativos de qualquer tipo, as teorias da argumentação relatam a lógica do provável na interpretação de textos legislativos como aquela de textos constitucionais, exceto que exigir uma maior latitude interpretativa, as teorias da argumentação permitem um método suficientemente crítico e seletivo das operações interpretativas, cumpridas pela jurisprudência. Permitem, conseqüentemente, superar a aquiescência dos comentadores às premissas e às opções, mais ou menos, latentes em tais operações, e ajudam a lembrar que todos aqueles que participam da precisão e da mudança da linguagem constitucional exercitam um poder, e conseqüentemente assumem uma responsabilidade 18.

Ao mesmo tempo, as teorias da argumentação procuram evitar o risco que a interpretação, da reconstrução dos significados do texto, com base em certos cânones, ordenados segundo critérios colocados pelo legislador – como na época do positivismo estadístico -, reduza-se a uma escolha, constatada a não vinculatividade daqueles critérios, entre teorias ou exatamente ideologias rivais. Isso tudo proceder claramente do que afirma Alexy no quadro da busca da "justificação externa", ou seja, da "justificação das premissas utilizadas na justificação interna", das decisões judiciais. Depois de ter apontado tais premissas conforme se trate do direito positivo, proposições empíricas e premissas que não são nem proposições empíricas, nem regras do direito positivo, ele se concentra no último grupo, e, em particular, nos cânones da interpretação (literal, da intenção do legislador, sistemático, comparativo), para dizer que a teoria do discurso, mesmo não podendo prover uma solução hierárquica entre os vários cânones, ou a favor da teoria objetiva ou subjetiva da interpretação, "pode, no entanto, dar um contributo à solução do problema, na medida em que as diversas formas de argumento são empregadas em modo significativo" 19. Alexy indica oportunamente o seguinte exemplo: para assegurar que a discussão orientada pela averiguação de "um resultado correto, ou seja, racional" seja vinculada ao direito vigente, deve-se pretender que os argumentos que exprimem tal vínculo tenham *prima facie* o relevo maior, exceto o ônus pela parte que alegue um fim racional, mas não previsto pelo texto legislativo, de demonstrar que os seus argumentos sejam mais fortes 20.

Como se vê, estamos mais uma vez às voltas com a averiguação das interpretações corretas. O que muda é o objeto ou o perfil da investigação, constituído pela necessidade de responder, não mais ao problema da ineliminabilidade das escolhas de valor, mas ao problema da ineliminabilidade de uma escolha entre os cânones interpretativos, usualmente, adotados pelos intérpretes na falta de uma predeterminação legislativa dos mesmos.

5. Do que falamos até agora, poderíamos suspeitar que as teorias da argumentação, mesmo refletindo uma inspiração notavelmente semelhante às teorias constitucionais que averiguam a exatidão das interpretações em referência ao problema da ineliminabilidade das escolhas de valor, terminem por resolver-se em simples sugestões das corretas técnicas argumentativas a disposição dos intérpretes do direito, e não podem, contudo, se considerar teorias constitucionais autênticas. A suspeita

surge, sobretudo, pela observação que as teorias da argumentação aludem à lógica do provável aos textos legislativos como aos textos constitucionais, exceto que postular uma maior latitude interpretativa do juiz, na presença de disposições constitucionais de princípio.

A primeira parte da afirmação, comportando uma classe de indiferença das teorias da argumentação pelo texto normativo de vez em quando em questão, confirma que tais teorias não se apresentam sempre e necessariamente como teorias constitucionais. Mas agora devemos dar um passo adiante, que diz respeito à exceção. Dando-se atenção à seguinte alternativa. A maior latitude interpretativa atribuída ao juiz pelas teorias da argumentação, diante de textos constitucionais, é simplesmente fruto de uma necessidade prática e dependendo do fato que as "zonas de penumbra", para usar uma famosa expressão de Hart, são muito mais freqüentes nos enunciados constitucionais que nos enunciados legislativos? Ou mesmo aquela maior latitude interpretativa reflete uma diversidade de estrutura normativa dos enunciados constitucionais, pelo fato de serem estruturados por princípios, dos enunciados legislativos? Respondendo ao primeiro sentido, poderemos concluir que a coligação das teorias da argumentação à teoria constitucional é razoavelmente transitória. Respondendo ao segundo sentido, poderemos, ao contrário, buscar o tipo de coligação das teorias da argumentação, além da sua origem, com a teoria constitucional.

A pergunta dever ser necessariamente relacionada a um certo contexto de experiências jurídicas, que no nosso caso será dado pelas Constituições européias, do segundo pós-guerra, como condensados de uma evolução específica do modo de entender o direito constitucional.

Não se deve esquecer que a Revolução da qual se emanou o constitucionalismo europeu revelou uma tensão irredutível entre a concepção conteudística de constituição implicada pelo art. 16 da Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789 (*Toute société dans laquelle la garantie des droits de l'homme n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution),* e a promessa de um poder constituinte sempre ativo, sancionada pelo art. 28 da Declaração premissa à Constituição do ano III (*Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer a Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures).*

Aquela tensão era irredutível, porque tinha a ver com o problema do equilíbrio entre estabilidade e mudança, ou com as expectativas atribuídas ao texto constitucional no decorrer do tempo. Enquanto uma concepção conteudística de constituição resolve-o de uma vez por todas em termos de verdade, logo, de algo independente do tempo e do espaço, a promessa de um poder constituinte sempre ativo exclui de uma vez por todas poder resolvê-lo em nome da soberania, logo, de algo dependente do tempo e do espaço.

Mais tarde, o positivismo estadístico teria invertido a promessa do poder constituinte sempre ativo, rebaixando o poder constituinte a um mero fato, ou resolvendo-o em poder constituído, e teria neutralizado, com a teoria dos direitos subjetivos, a instância relativa ao garantismo inserida na Declaração de 1789. Assim, o problema das expectativas de atribuição ao texto se perderia de vista, e a constituição teria sido atraída pelo universo da legalidade, um sistema de regras considerado perfeito até o ponto de antecipar ou de absorver todas as expectativas de mudança, portanto, esterilizado pelas incógnitas do tempo.

O problema das expectativas de atribuição ao texto surgirá pontualmente com a primeira crise do positivismo estadísti-

co, quando se notará que toda constituição traz consigo uma soberba pretensão de perdurar, que a distingue de toda outra disposição do poder estadual 21. Se a assimilação da constituição em um sistema de regras que pretenda tudo prever, operada na época do positivismo estadístico, reflete uma falácia epistemológica, o mesmo não deveria ser dito da mais forte razão da soberba pretensão das constituições de durar além da contingência política?

As Constituições européias, do segundo pós-guerra, deviam responder ao interrogatório, canalizando de forma democráticas os processos de identificação coletiva que os totalitarismos conseguiram derrotar em direção à barbárie. A idéia de um progresso orgulhoso e autopropulsionado, inata nas técnicas de racionalização do constitucionalismo do século XX, revelava-se insuficiente para essa finalidade. A convivência constitucional deveria estabelecer-se antes sobre o respeito da dignidade da pessoa humana, e encontrar um limite no e sobre um texto construído ao redor de princípios, de modo a entregar um horizonte de possibilidades aos conhecimentos amadurecidos pelas interações entre pessoas livres no decorrer de mais gerações. Princípios caracterizados, como tais, pela imperfeita capacidade de previsão, mas justamente por isso dotados da flexibilidade necessária para enfrentar condições de incerteza. Fazia-se assim uma introjeção naqueles textos da consciência de limites mesmo de ordem cognitiva da razão humana.

Aqui é o ponto de conjunção do constitucionalismo contemporâneo com as teorias da argumentação, que como vimos partiam da exigência de recuperar terrenos que o racionalismo cartesiano havia abandonado à emotividade e ao subjetivismo. A consideração que por ela a discussão como tal, portanto a dimensão intersubjetiva, é o momento fundador da deliberação prática que corresponde às características da interpretação constitucional como interpretação de textos destinados a compor de modo variado, no curso do tempo, os princípios que distinguem o sentido do Estado constitucional: porque os mútuos conhecimentos que da discussão são o resultado mais prolongado adquirem eles mesmos um significado de princípio próprio quando as interpretações refiram-se a textos estruturados por princípios, que é, pois, o modo com o qual o direito constitucional é capaz de reagir às incógnitas do tempo.

Uma hipótese do gênero não se limita a repropor o cânone de interpretação evolutiva, mas não reflete nem ao menos uma específica teoria constitucional. Indica, até, uma moldura ou um substrato comum a posições teóricas que de resto podem ainda diferenciar-se notavelmente.

A coligação, entre as teorias da argumentação e as teorias constitucionais, pode então ser asseverada por um direito constitucional, estruturado por princípios na medida em que esse, admitindo uma (não indefinida) pluralidade de opções interpretativas que, necessariamente, se desdobram no tempo, corresponde à lógica do provável, que é o eixo condutor das teorias da argumentação.

A maior latitude interpretativa, exigida pelos princípios constitucionais não é, conseqüentemente, somente fruto de uma necessidade prática, mas reflete disso a diferente estrutura normativa em relação àquela das regras, constitucionais e legislativas, e uma correlata específica evolução do modo de entender o direito constitucional. Nesse sentido, o encontro entre teorias da argumentação e teorias constitucionais é o encontro entre a lógica do provável e historicidade do direito constitucional como *ius quo utimur*.

6. A possibilidade de considerar as teorias da argumentação como uma moldura ou um substrato comum a mais teorias

constitucionais, ao invés de, como um simples quadro de sugestões de correta técnica argumentativa endereçados aos intérpretes da constituição, é também demonstrável em um outro terreno.

Com esse objetivo, é preciso analisar mais profundamente o problema da distinção entre princípios e regras. Até agora, essa distinção foi apresentada como uma contraposição entre a constante abertura do possível, implicada pela estruturação dos princípios constitucionais e o universo fechado das regras jurídicas. Agora é preciso especificar que tal distinção, muito útil para apreender o sentido profundo e geral do constitucionalismo contemporâneo, não exclui a presença de regras constitucionais, e induz conseqüentemente à interrogação sobre sua função.

Para a teoria dos princípios, "os catálogos dos direitos fundamentais, na medida em que efetuam consignações definitivas, possuem a estrutura de regras" e "o ponto determinante é que atrás e próximo às regras existem os princípios. O oposto da teoria dos princípios, conseqüentemente, não é uma teoria segundo a qual os catálogos dos direitos fundamentais contenham igualmente regras, mas uma teoria que afirme que os catálogos dos direitos fundamentais consistam, só e somente, de regras" 22.

Tal especificação convida a investigar a função que as regras, a partir das regras constitucionais, adquirem para o direito constitucional justamente a partir da sua relação com os princípios. O aspecto proeminente dessa função parece constituído da instrumentalidade das regras constitucionais à afirmação dos princípios constitucionais.

Demonstram-no em primeiro lugar as doutrinas dos princípios e do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, na medida em que ambos se traduzem em uma norma de reconhecimento graças à qual é previamente individualizado, e, por conseguinte, conhecido e aceitado, o ponto além do qual, a interpretação e a revisão constitucional, configurariam como uma ruptura constitucional. Se as Constituições organizam ao longo de dois eixos da interpretação e da revisão os primeiros equilíbrios entre estabilidade e mudança de modo a satisfazer a sua pretensão de perdurar no tempo, aquelas doutrinas indicam até onde a pretensão pode ainda encontrar cumprimento. E esse ponto é sinalizado por princípios que, cada um dos quais pode valer-se de mais regras, não vice-versa.

A diferença dos valores éticos, para que fortaleçam os princípios, não pode contar com a única força da persuasão. Podem ter necessidade de regras e institutos. A hipótese não é meramente compatível com a perspectiva de um direito constitucional como direito por princípios, mas, interna e congruente, em relação a ela. Assumindo a diferente estrutura normativa das regras e dos princípios, a hipótese deduz, de fato, algumas conseqüências acerca da respectiva operatividade e as modalidades de recíproca correlação. As quais, se por um lado confirmam que o horizonte do ponto de vista do direito constitucional está munido pelos seus princípios, por outro lado compreendem uma atribuição às regras de uma função crucial, não só pela atuação, mas também pela interpretação dos princípios.

Na presença de uma densa e articulada trama de correlações entre princípios e regras, como é usualmente extraível dos textos constitucionais, torna-se impossível encontrar entre uns e outras um ponto conceitual, que somente uma teoria dividida pela interpretação e pelo direito como ciência prática poderia permitir-se; ao mesmo tempo, torna-se possível individuar um critério geral de leitura das operações jurisprudenciais que solicita as responsabilidades dos intérpretes da constituição. Ambos os aspectos correspondem a tudo que foi dito das teorias da argumentação.

7. Procuramos fornecer um quadro das teorias constitucionais conscientemente dirigidas a averiguar as soluções corretas aos dois principais problemas colocados para os intérpretes da constituição, pela polissemia estrutural dos enunciados constitucionais, ou seja, a presença de escolhas de valor e a indeterminação do significado das normas constitucionais de princípio. Vimos que os dois problemas estão coligados um ao outro, e que as teorias que buscam as respectivas soluções compartilham inspirações comuns. Todavia, elas revelam ainda uma significativa diferença no método da interpretação constitucional.

O grupo de teorias dirigidas a enfrentar a questão da ineliminabilidade das escolhas de valor, na medida em que se predeterminam o objetivo da compreensibilidade das próprias teorias constitucionais, fornecem um relevante contributo à busca de soluções não partidárias dos problemas interpretativos. Justamente por tais características, todavia, elas aparecem mais distantes do trabalho cotidiano dos intérpretes da constituição.

As teorias da argumentação, enquanto apontadas a averiguar as interpretações corretas culminando por meio de aproximações sucessivas a ausente predeterminação constitucional de cânones interpretativos e de hierarquias entre argumentos, aparecem vice-versa elaboradas às costas do trabalho dos intérpretes. Mas, seja pela sua matriz, seja pelos seus próprios êxitos, podem, à primeira vista, resultar desprovidas das características que já atribuímos à teoria constitucional. Procuramos dissipar essa suspeita, primeiramente buscando o substrato epistemológico que combina a lógica do provável típica das teorias da argumentação à estruturação por princípios das constituições contemporâneas, depois demonstrando que tais princípios, diferentemente dos valores éticos, têm necessidade de regras e institutos para se afirmar, confirmando a subsistência de uma conexão claramente crucial nos progressos de teoria da argumentação.

A nossa averiguação deveria ter demonstrado pelo menos uma coisa. Que a busca teórica das soluções corretas, no momento da interpretação, não coloca tanto um problema de individuação das obrigações da teoria constitucional, quanto o problema da sua exata distância do trabalho dos intérpretes da constituição.

NOTAS

1 Como afirma M. Cavino, *Interpretazione discorsiva del diritto. Saggio di diritto constituzionale*, Milão, Giuffré, 2004, 169.

2 C. Ruperto, *Costituzione e Corte costituzionale: un'esperienza* (2002) em *La Costituzione em mezzo a noi*, obra e introdução de A. De Nitto, Giuffrè, 2005,7.

3 N. Luhmann, *Essays on Self-Reference*, Nova York, Columbia University Press, 1990,3.

4 G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Turim, 1992,129.

5 G. Bongiovanni, *Costituzionalimo e teoria del diritto*, Laterza, Bari, 2005,152 ss.

6 J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milão, 1996, 238 ss.

7 J. Habermas, *L'inclusione dell'altro. Saggi di teoria politica*, Feltrinelli, Milão, 1998, 218 ss. Para qualquer outro comentário ver C. Pinelli, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Il Mulino, Bolonha, 144 ss.

8 M. Rosenfeld, *Interpretazioni. Il diritto fra ética e política*, Il Mulino, Bolonha, 2000, 227.

9 M. Rosenfeld, *Interpretazioni*, cit. 352.

10 M. Rosenfeld, *Interpretazioni*, cit. 334.

11 M. Rosenfeld, *Interpretazioni*, cit. 360.

12 M. Rosenfeld, *Interpretazioni*, cit. 367-368.

13 R. Alexy, *Teoria dell'argumentazione giuridica* (1978), Giuffré, Milão, 1998, 12.

14 C.. Perelman e L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* (1958), Einaudi, Turim, 1989, 3 ss.

15 M. La Torre, *Teorie dell'argomentazione giuridica e concetti di diritto. Un'approssimazione*,

App. All'edicione italiana, em R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 365.
16 C. Perelman, *Logica giuridica nuova retorica*, cit., 153.
17 C. Perelman, *Logica giuridica*, cit., 77.
18 G. Silvestri, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, em Cadernos constitucionais, 1989, 255.
19 R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 196.
20 R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 197.
21 O. Kircheimer, *Il problema della Costituzione* (1929), em O. Kircheimer, *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, obra de A. Bolaffi, De Donato, Bari, 1982, 33.
22 R. Alexy, *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, em M. La Torre e A. Sapdaro (obra de), *La ragionevolezza nel diritto,* Giappichelli, Turim, 2002, 38.