

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: NOTAS SOBRE PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO

Caio Henrique Lopes Ramiro¹

Luiz Henrique Martim Herrera²

Resumo: Neste artigo nos ocuparemos basicamente de investigar a possível relação entre procedimentalismo e substancialismo como eixos analíticos de interpretação constitucional. Para tanto, leva-se em consideração o confronto entre as correntes com a tentativa de se expor seus argumentos. Com efeito, não se pretende esgotar o tema nesta breve reflexão, notadamente em razão da amplitude e complexidade. O objetivo específico é ao final tentar alinhar tais eixos analíticos e concebê-los, frente à Constituição Federal de 1988, como concepções que se complementam. Importa dizer, de como a dicotomia de aludidas correntes de interpretação filosófica implicam numa dialética possível e salutar frente uma leitura hermeneuticamente correta da norma constitucional.

Palavras-chave: Filosofia do direito, Interpretação Constitucional, Procedimentalismo, Substancialismo.

¹ Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo UNIVEM/ Marília - SP. Possui especialização em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/Pr. Integrante dos grupo de pesquisa Bioética e Direitos Humanos UNIVEM/CNPq. Bolsista CAPES. Advogado.

² Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo UNIVEM/Marília – SP. Pós-graduado em Filosofia Moderna e Contemporânea e Pós-graduado em Filosofia Política e Jurídica ambos pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/Pr. Ex-bolsista da FUNADESP. Professor de Direito Constitucional. Integrante do grupo de pesquisa Bioética e Direitos Humanos UNIVEM/CNPq. Advogado.

Abstract: In this article we will deal basically to investigate the possible relationship between proceduralism and substantialism as analytical axes of constitutional interpretation. To do so, it takes into account the confrontation between the chains with trying to expose their arguments. Indeed, it is not intended to exhaust the subject in this brief reflection, mainly because of the breadth and complexity. The specific objective is to try to end basting such analytical axes and conceive them, facing the Federal Constitution of 1988, as concepts that complement each other. It is, of how the dichotomy alluded currents imply a dialectical philosophical interpretation possible and salutary front hermeneutically correct reading of constitutional rule.

Keywords: Philosophy of law, Constitutional Interpretation, proceduralism, Substantialism..

I. INTRODUÇÃO



debate acerca de procedimentalismo e substancialismo ou entre procedimentalistas e substancialistas se encontra, atualmente, no centro das atenções dos teóricos da Constituição, sobretudo acerca das concepções contemporâneas sobre o valor da constituição e a atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito. Importa ressaltar, entretanto, que o estudo de aludidos eixos analíticos não é original do Direito, sendo antes correntes de interpretação filosófica protagonizadas por pensadores como Hegel (encarado como substancialista) e Kant (visto como um procedimentalista), o que demonstra que ambas as linhas de pensamento irradiam acuidade e relevância acadêmica.

Em outras palavras, quando discutimos a maneira de interpretar a Constituição temos de um lado, os chamados substancialistas que trabalham sob a ótica de “jurisdição constitui-

onal como instrumento de defesa dos direitos fundamentais” e, do outro, os procedimentalistas, segundo a qual teríamos a “jurisdição constitucional como instrumento de defesa do procedimento democrático”³.

A teoria *substancialista* defende, enquanto função da Constituição, a adoção de determinados valores/princípios reputados relevantes para sociedade e, por conseguinte, a sua retirada do âmbito decisório popular. Na fileira dos substancialistas destacam-se nomes como Mauro Cappelletti, Ronald Dworkin, Laurence Tribe, Ingo Wolfgang Sarlet, Paulo Bonavides, Eros Roberto Grau, Fábio Konder Comparato, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Clèmerson Merlin Clève, Lenio Luiz Streck, dentre outros. Em sentido oposto temos o *procedimentalismo*. De acordo com esta teoria, a Constituição se encontra desprovida de derivações valorativas. Defensores desta corrente destacam-se Marcelo Cattoni, Rogério Gesta Leal, Gisele Cittadino, Cláudio Pereira de Souza, Jürgen Habermas e John Hart Ely.

O desdobramento da discussão entre procedimentalismo e substancialismo é enorme⁴. Com efeito, não se pretende esgotar o tema nesta breve reflexão, notadamente em razão da amplitude e complexidade. O objetivo é demonstrar os fundamentos de cada uma das correntes, para ao final alinhar tais eixos

³ Cf. BINEMBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁴ Sobre o tema: CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre, Fabris, 1988. CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999. HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia – entre facticidade e validade. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997. VILHENA, Oscar. A constituição e sua reserva de justiça, 2001, p. 93 e seg. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria constitucional e democracia deliberativa, 2005. STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito, 8ª. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009. STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006. BONAVIDES, Paulo. A Constituição Aberta. Belo Horizonte, livraria Del Rey, 1993.

analíticos e concebê-las, frente a Constituição Federal de 1988, como concepções que se complementam. Importa dizer, de como a dicotomia de aludidas correntes de interpretação filosófica implicam numa dialética possível e salutar frente uma leitura hermeneuticamente correta da norma constitucional.

II. AS DIMENSÕES SUBSTANCIALISTA E PROCEDIMENTALISTA DA CONSTITUIÇÃO

O procedimentalismo pode ser encarado como um método ou forma de análise e fundamentação de pretensões normativas, sendo que tais procedimentos são totalmente isentos de conteúdo axiológico. Segundo André Ramos Tavares, ao argumentar a par de um procedimentalismo ligado ao jurídico, aduz o seguinte:

De acordo com esta teoria, a Constituição se encontra desprovida de derivações valorativas. A Constituição, nestes termos, não possui qualquer conteúdo ideológico, predisposição ao humano, ao social ou ao econômico. Sua preocupação central seria apenas estabelecer procedimentos formais de composição de interesses, quaisquer que sejam estes. (TAVARES, 2007, p. 338-339)

A análise procedimental do direito defende a idéia de que o direito depende de uma fundamentação moral de princípios, o que caracteriza esta teoria como crítica do positivismo jurídico, inclusive sendo nominada por alguns autores como pós-positivismo.

Habermas (2003, p.213) argumenta que somente as teorias da justiça e da moral ancoradas no procedimento prometem um processo imparcial para a fundamentação e a avaliação de princípios. Ainda, o autor de *Direito e Democracia* esclarece:

[...] o direito procedimentalista depende de uma fundamentação moral de princípios, e vice-

versa, não é mera suposição sem fundamentos. A legalidade só pode produzir legitimidade na medida em que a ordem jurídica reage 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 [...]. Os procedimentos oferecidos pelas teorias da justiça para explicar como é possível julgar algo sob o ponto de vista moral só têm em comum, o fato de que a racionalidade dos procedimentos deve garantir a ‘validade’ dos resultados obtidos conforme o processo. (HABERMAS, 2003, p. 215-216)

Neste sentido, a fundamentação moral de princípios não é encarada como um conteúdo que deve ser dado ao direito, principalmente a Constituição, uma vez que baseada em Kant, esta teoria que encara a moralidade como procedimental significa dizer o estabelecimento de procedimentos para análise das ações humanas conforme a lei moral.

Desse modo, o que pretende a teoria procedural é definir procedimentos para que sejam institucionalizados processos de decisão jurídica que carregam consigo debates acerca de princípios, sejam estes morais ou políticos que já estão ou podem ser positivados.

A corrente conhecida hoje como pós-positivismo, que tem em Robert Alexy⁵, talvez, seu principal expoente, debate, inclusive, as possíveis distinções entre princípios e regras, caracterizando estes últimos como espécies do gênero norma jurídica. Assim, o procedimentalismo é o ponto de vista moral, de método ou formal, que está ligado às questões de justiça, defendendo a tese de que é preciso um procedimento para determinar a validade das normas, inclusive as Constitucionais.

⁵ Cf. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

Habermas, nesse ponto propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma “nação de cultura”, mas, sim, em uma “nação de cidadãos”.

A Constituição é um instrumento de garantia de competências e procedimentos bem aos moldes do Estado mínimo de ideologia liberal. A segurança jurídica assume um viés formal, tolerando que os direitos e garantias preconizados no texto constitucional possam vir a ser, de fato, um elenco esvaziado de conteúdo.

Por outro lado o substancialismo liga-se à teoria material da constituição. Seria olharmos a jurisdição constitucional como instrumento de defesa dos direitos fundamentais. Nessa, a democracia vai além do respeito às “regras do jogo”, de cunho procedimental: vem coligada à idéia de maior efetividade da jurisdição constitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugurou o paradigma do Estado Democrático de Direito, que veio agregar o Estado Liberal de Direito com o Estado Social de Direito, fazendo com que o Direito passasse a ser transformador. Significa dizer que o texto constitucional passou a deter as condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade (STRECK, 2002, p. 75).

Nesse sentido, é preciso entender a Constituição do Brasil como algo substantivo, uma vez que contém valores (direitos sociais, fundamentais etc.) que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização. Por isso é de se deixar assentado que em seu texto há um “núcleo essencial”, não-cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que necessita ser resgatado (STRECK, 2001, p. 115).

É a Constituição, pois, este texto que consagra direitos

fundamentais, princípios e fins públicos que realizam relevantes valores de uma sociedade (justiça, liberdade e igualdade), e que os juízes e tribunais podem implementar tais aspirações constitucionais para que tais valores não se transformem em promessas esquecidas.

[...] mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidencia, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. O modelo substancialista – que, em grande parte aqui subscrevo – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político – estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social. [...] Na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de checks and balances. (STRECK, 2000, p. 40)

Gilberto Bercovici bem pondera que a constituição “não fixa apenas os meios, sem se comprometer com os fins” (BERCOVICI, 2002, p. 280). Corrobora-se a isso o prescrito no art. 3º do texto constitucional que estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que direcionam todo o agir dos poderes públicos e também dos particulares.

Em outras palavras, a teoria substancialista defende, enquanto função da Constituição, a adoção de determinados valores/princípios reputados relevantes para sociedade e, por conseguinte, a sua retirada do âmbito decisório popular. Integra uma pauta de valores previamente estabelecidos, especialmente

por se tratar da realização, pelo Direito, de princípios jurídicos já admitidos socialmente.

Com efeito, as posturas substancialistas têm valorizado a Constituição como instrumento vinculante e programático, argumentativo da conservação do Estado Democrático de Direito que ainda resguarda a ordem e a liberdade nos países de modernidade tardia, não olvidando a politicização do Direito.

Pretende conciliar a idéia de constituição com duas exigências fundamentais do estado democrático constitucional: 1) a legitimidade material, o que aponta para a necessidade de a lei fundamental transportar os princípios materiais informadores do estado e da sociedade, 2) a abertura constitucional: pois a constituição deve possibilitar o confronto e a luta política dos partidos e das forças políticas portadores de projectos alternativos para a concretização dos fins constitucionais. (Canotilho, 2003, p. 1336)

A postura substancialista revela, pois, que a jurisdição constitucional deve proteger a primazia da Constituição, sendo o meio do Estado contemporâneo para a realização dos valores superiores e fundamentais que os homens reconhecem como tais, por exemplo, dignidade humana, liberdade, igualdade etc. O Intervencionismo substancialista, alberga, assim, o cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais sociais e ao referencial de Estado Social.

Em suma, para os substancialistas, uma Constituição deve consagrar direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem relevantes valores de uma sociedade: justiça, liberdade e igualdade. Para que tais valores não se transformem em promessas esquecidas, os juízes e tribunais podem implementar tais aspirações constitucionais.

Já os procedimentalistas não vêem no intérprete constitucional a possibilidade de sê-lo um aplicador de princípios de

justiça. Seria ele um fiscal do correto funcionamento do processo político. Só extrairia da Constituição "condições procedimentais da democracia", cabendo à jurisdição constitucional protegê-las.

III. DA DICOTOMIA À COMPLEMENTARIDADE: PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO COMO EIXOS ANALÍTICOS DA CONSTITUIÇÃO

Não desenvolvemos o presente trabalho com o objetivo de defender uma teoria constitucional adequada que permita equacionar as dimensões procedimentais e substancias da Constituição de 1988, vistas, possivelmente por conta do debate entre procedimentalismo e substancialismo, como antagônicas.

Entendemos, de outra ordem, ser necessário revitalizar a autonomia do direito, superando a velha dicotomia do procedimentalismo e substancialismo, para evoluir a uma nova etapa de análise onde as duas concepções possam ser reunidas, dotando a jurisdição constitucional de um novo olhar, mesmo sendo da compreensão dos teóricos que, no Brasil, longe estamos de identificar a aplicação de qualquer das correntes.

[...] na esteira das teses substancialistas, entendendo que o Poder Judiciário (especialmente a justiça constitucional) deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absenteísta, própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira. Importa ressaltar, entretanto, que, no plano do agir cotidiano dos juristas no Brasil, nenhuma das duas teses (procedimentalismo e substancialismo) é perceptível. (STRECK, 2009, p. 48).

Para tanto, buscamos a confrontação das concepções substancialistas e procedimentalistas, para compreender-se que

a construção da legitimidade do judiciário implica num diálogo com dois caminhos de legitimação: a aceitação de valores formal-procedimentais “abertos” na constituição, com a processualização de seus conteúdos, e a concretização de direito fundamentais por uma atividade hermenêutica concretizante da normatividade constitucional.

As teorias procedimentalistas, segundo Robert Alexy, caracterizam-se pela plasticidade, ou seja, nelas cabe tudo. Embora se deva reconhecer a importância do procedimento na concretização constitucional, a adoção de uma teoria procedimental não será a solução para todos os procedimentos constitucionais (BERCOVICI, 2002, p. 278).

Nessa altura, não é difícil sustentar que a defesa de um substancialismo material-constitucional não prescinde – e não pretende prescindir –, do papel fundamental que deve ser exercido pelo procedimento. Na verdade, o problema é exatamente o oposto, ou seja, o problema está na pretensão de autonomização das teorias processuais. Ora, a Constituição não pode ser meramente procedimental a dispor sobre regras de formação de vontade política exclusivamente. Entretanto, aduz, também não poder ser uma ordem dura de valores. É sim, uma simbiose que assume as formas jurídicas e se limita às suas contigências, ao seu tempo e a ao seu povo (SAMPAIO, 2002, p. 19).

Nesse sentido, Laurence Tribe (*apud*, STRECK, 2006, p. 20) corrobora a crítica dos valores adjetivos ou procedimentalistas, para as quais a constituição somente garante o acesso aos mecanismos de participação democrática no sistema. Nesse sentido, afirma que o procedimento deve complementar-se com uma teoria dos direitos e valores substantivos.

Com efeito, a perspectiva procedimentalista não deve ser completamente descartada, até porque denuncia eventuais excessos e vicissitudes de uma visão substancialista menos apeçada às dificuldades concretas na busca de efetivação dos anseios constitucionais. Contudo, o procedimentalismo também

tem seus perigos.

Será que as bandeiras procedimentalistas tais como liberdade de participação, a não violência e a força do melhor argumento sempre serão preservadas? Será que a exagerada plasticidade dos procedimentos não permitiria a inclusão de lógicas egoísticas e manipulações de vontade distantes do bem comum? Quem domina os conteúdos a serem aferidos no discurso estritamente procedimental? Os afetados pela via procedimental sempre estarão satisfeitos com os resultados alcançados? As escolhas feitas tão somente pela via procedimental refletirão sempre a vontade dos atingidos pelo procedimento? Finalmente, ainda que os procedimentos sejam democráticos, sérios, bem intencionados e despidos de coerção, será que sempre a vontade da maioria está escoreita? E os interesses de minorias hipossuficientes? E se as escolhas procedimentais aparentemente democráticas violarem cláusulas pétreas? A propósito:

Como ter cidadãos plenamente autônomos, como Habermas propugna, se o problema da exclusão sócia não foi resolvido? Como ter cidadãos plenamente autônomos se suas relações estão colonizadas pela tradição que lhes conforma o mundo da vida? (STRECK, 2002, p. 174).

Para procedimentalistas de vulto é necessário solidificar um processo de complicada “desjuridificação”, mecanismo que aparentemente favorecia o racionalismo e o pluralismo jurídico, ampliando espaços de participação e elevando, conseqüentemente, a cidadania. Em síntese, os procedimentalistas não tem pudor de dizer que a Constituição não seria capaz de disciplinar as sociedades atuais e suas complexidades, devendo diminuir sua amplitude. Atacando, com virulência, a tese de desjuridificação no constitucionalismo brasileiro, Gilberto Berco-vici aponta o seguinte:

Os adeptos dessas teorias entre nós esque-

cem-se de que a desjuridificação, no Brasil, deve ser entendida de modo distinto do que nos países europeus ou nos Estados Unidos. Como muito bem afirmou Marcelo Neves, o nosso problema não é de juridificação, mas de desjuridificação da realidade constitucional. Aqui, a desjuridificação, bem como a inconstitucionalização, favorecem a manutenção dos privilégios e desigualdades (BERCOVICI, 2002, p. 18)

Cumpra ainda dizer que muitas das orientações procedimentalistas, principalmente as regras das cartilhas de Alexy e Habermas, ao tentarem aquilo que se chama de “reabilitação da razão prática”, servem primordialmente como instrumento de fundamentação de valores.

O procedimento só se justifica, portanto, se tiver como horizonte que seu aperfeiçoamento e cumprimento escorreito resultará em escolhas notadamente axiológicas, substanciais, principiológicas. Portanto, parece que a razão de ser do procedimento é o encontro de assertivas materiais.

IV. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

É importante também revelar que até alguns axiomas nas regras iniciais do discurso procedimental são notoriamente materiais. Toda vez que forem expressas, por exemplo, terminologias clássicas como “ausência de violência”, “não limitação para a participação de todos no procedimento”, “seriedade” e “força do melhor argumento”, em verdade, estas pretensas bandeiras procedimentais são sinônimos de diretrizes substanciais como liberdade, igualdade, tolerância e justiça. Desta forma, aquilo que se considera como estritamente procedimental tem um conteúdo mínimo substancial dirigente.

Por fim, cabe ainda lembrar que procedimentalistas de destaque (Habermas e Alexy) também são capazes de indicar

que as premissas meramente procedimentais nem sempre são facilmente reproduzíveis na prática, de maneira que seriam reputadas como contrafáticas. Ora, se se reconhece que até mesmo o procedimentalismo é incapaz de integral adoção concreta, não é produtor menosprezar o viés substancialista apenas porque ele também enfrenta problemas de tornar efetivas as promessas constitucionais. O fato de dizermos que deve haver uma constituição procedimental não significa que o texto se reduza a apenas um esqueleto normativo, sem sustância, sem verbo, sem espírito, sem matéria.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis. Problemas abiertos en la filosofía del derecho. Trad. Juan Ruiz Manero. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante. n. 1, p. 11-14.1984.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.
- _____. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N. 23, Alicante, p.197-230. 2000.
- BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASALMIGLIA, Albert. Problemas abiertos en la filosofía del

- derecho. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante. n. 1, p. 43-47.1984.
- CELANO, Bruno. Justicia procedimental pura y teoría del derecho. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 24, Alicante, 2001, p. 407-427.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003
- RAWLS, John. A Teoria da Justiça como equidade: uma teoria política, e não metafísica. In: *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes. 2003.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. Constitucionalismo, jurisdição constitucional e estado democrático de direito. In: *Anuário do programa de pós-graduação em direito. Mestrado e doutorado 2001*. Centro de ciências jurídicas. São Leopoldo: Unisinos, 2001.
- _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. *Verdade e consenso Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- TAVARES, André Ramos. A constituição é um documento valorativo? In: *Revista brasileira de direito constitucional*. n. 09 – jan./jun. 2007.