

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

LARISSA CIBELE DE ALMEIDA MARGARIDO BRAGA

**LÓGICA E JUSTIÇA: HERMENÊUTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL
CONTEMPORÂNEA**

**CURITIBA
2014**

LARISSA CIBELE DE ALMEIDA MARGARIDO BRAGA

**LÓGICA E JUSTIÇA: HERMENÊUTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL
CONTEMPORÂNEA**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná – EMAP.

Orientador: Prof. André Peixoto de Souza

**CURITIBA
2014**

TERMO DE APROVAÇÃO

LARISSA CIBELE DE ALMEIDA MARGARIDO BRAGA

LÓGICA E JUSTIÇA: HERMENÊUTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL
CONTEMPORÂNEA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2014.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pelo dom da vida, da fé, do amor, do perdão, da esperança, da perseverança, e pela força que se renova a cada dia.

Agradeço ainda ao meu marido Reinaldo Braga por sonhar os meus sonhos, comemorar minhas vitórias, chorar minhas lágrimas, sorrir o meu sorriso e estar ao meu lado em cada dificuldade, pelo apoio, pela confiança e pelo incentivo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	11
2.1 NOÇÕES GERAIS.....	11
2.2 DO CONSTITUCIONALISMO PRIMITIVO AO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.....	11
3 HERMENÊUTICA	15
3.1 ETIMOLOGIA DA PALAVRA HERMENÊUTICA.....	15
3.2 CONCEITO.....	16
3.3 INTEPRETAÇÃO VERSUS APLICAÇÃO.....	18
4 HERMENÊUTICA FILOSÓFICA	21
5 MÉTODOS HERMENÊUTICOS CLÁSSICOS	25
5.1 GRAMATICAL.....	27
5.2 LÓGICO.....	29
5.3 SISTEMÁTICO.....	29
5.4 HISTÓRICO.....	30
5.5 TELEOLÓGICO.....	31
5.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	32
6 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	32
7 HERMENÊUTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA	37
7.1 NOÇÕES GERAIS.....	37
7.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À HERMENÊUTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL.....	39

7.2.1 Noções Gerais.....	39
7.2.2 Princípio da Unidade da Constituição.....	41
7.2.3 Princípio da Concordância Prática (ou Harmonização).....	42
7.2.4 Princípio da Eficácia Integradora (ou Efeito Integrador).....	44
7.2.5 Princípio da Força Normativa da Constituição.....	45
7.2.6 Princípio da Máxima Efetividade.....	46
7.2.7 Princípio da Razoabilidade (ou Proporcionalidade).....	46
7.2.8 Princípio da Conformidade (ou Justeza Constitucional).....	47
8 TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	53
8.1 NOÇÕES GERAIS.....	53
8.2 TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE VALORES (OU INTERESSES).....	53
8.3 TÉCNICA DA OPTIMIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS.....	55
8.4 TÉCNICA DA FILTRAGEM CONSTITUCIONAL.....	56
9 CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS.....	62

RESUMO

O presente trabalho monográfico realizado sobre o tema Lógica e Justiça: Hermenêutica Jurídica Constitucional Contemporânea no programa de pós-graduação *lato sensu* na Escola da Magistratura do Paraná tem por objetivo verificar quais são os métodos, critérios, técnicas ou formas utilizadas na contemporaneidade relacionadas à hermenêutica jurídica Constitucional e quais têm sido os reflexos práticos da utilização de tais técnicas. Pretende primeiramente fazer uma abordagem sobre a etimologia da palavra hermenêutica, para então avançar para seu conceito e para a diferença entre interpretação e aplicação, utilizando para isso, o posicionamento de alguns estudiosos. Posteriormente se pretende verificar superficialmente algumas reflexões filosóficas hermenêuticas e avançar, então, para os métodos e critérios hermenêuticos clássicos. E enfim, para uma análise constitucional, ou seja, como são utilizados tais métodos e critérios hermenêuticos jurídicos contemporâneos, sob a perspectiva da aplicação dos princípios constitucionais como critério hermenêutico aplicável à Constituição Federal de 1988. Pretende ainda, realizar pesquisas doutrinárias e também análises de alguns julgados realizados pelo Supremo Tribunal Federal e por alguns Tribunais de Justiça sobre os tópicos em análise, diante de julgamento de casos concretos. Desse modo, foi realizada pesquisa bibliográfica, sendo adotado o método dialético, com a contraposição e comparação de teses doutrinárias e jurisprudenciais para alcançar os objetivos almejados.

Palavras-chave: hermenêutica jurídica constitucional, métodos hermenêuticos; Supremo Tribunal Federal, contemporaneidade;

1 INTRODUÇÃO

A convivência em sociedade implica na formação de diversas relações e muitas vezes no surgimento de diversos conflitos.

E, na tentativa de solucionar tais conflitos, ou de regular tais relações, surge o Direito.

Algumas das fontes diretas do Direito são: a lei, os costumes e os princípios gerais do direito. E fontes indiretas são: a doutrina e a jurisprudência.

É cediço que a jurisprudência é fonte direta do Direito apenas nos países em que se verifica o sistema da *common law* ou direito consuetudinário. Nestes países os precedentes judiciais são vinculantes e servem de parâmetros a todas as decisões futuras em relação às controvérsias semelhantes resolvidas no passado, pelo princípio conhecido como *stare decisis*. Apesar de ser crescente no Brasil, a tendência de se reconhecer a jurisprudência como fonte direta do Direito.

Já no sistema da *civil law*, adotada no Brasil, a lei é a fonte principal e a expressão máxima do Direito, revelada através do postulado constitucional da legalidade, conforme preceitua o artigo 5º inciso II da Constituição da República dispondo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Portanto, somente no caso de omissão da lei é que o aplicador do Direito poderá se valer das demais fontes de expressão do direito positivo, nos exatos termos em que dispõe o artigo 4º caput da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Em relação à lei, o método clássico utilizado pelo aplicador do Direito é a chamada subsunção. Ou seja, da ocorrência de um fato controvertido, é aplicada uma norma correspondente levando a uma decisão.

O alcance de cada norma é extraído através de sua interpretação, existindo, assim, duas ideologias. A primeira encara um Direito estático. Preza, portanto, a segurança jurídica, e a certeza das relações. Assim, o significado das normas jurídicas é a vontade do legislador, não admitindo que a interpretação se afaste da intenção legislativa no momento da sua elaboração. A segunda é a ideologia que encara a interpretação como um produto de seu tempo. Ou seja, o direito deve se adaptar à realidade vigente. A interpretação deve se afastar da vontade do legislador no momento em que elaborou a norma, cabendo ao intérprete contextualizá-la

diante da análise de um caso concreto. A ideologia adotada neste estudo será vista no desenvolvimento deste trabalho.

Neste cenário é cediço que as relações sociais, assim como a própria sociedade e inclusive o próprio Direito, estão em constante transformação, modificação. Enfim, em constante evolução. Por isso é crescente, nos dias atuais, a discussão a respeito dos métodos e critérios tradicionais utilizados na interpretação das normas.

Ora, com o simples passar do tempo e com os avanços das relações sociais, há transformações das relações humanas, sendo que novos anseios, novas necessidades, novos conflitos vão surgindo. E o Direito deve acompanhar as mudanças, não podendo ficar a mercê ou se omitir na prestação jurisdicional. Já que o legislador, no momento da elaboração da norma, não pode prever todas as formas de regular todas as relações sociais possíveis.

Muitas vezes, no entanto, critérios clássicos, que eram utilizados como orientadores para adequada aplicação da lei, ou à sua interpretação, podem se tornar arcaicos e se forem aplicados somente eles, insuficientes.

Portanto, na sociedade contemporânea em que vivemos muitas vezes os métodos tradicionais não são suficientes, porque o Direito, as relações sociais são dinâmicas. Exige-se neste contexto que o intérprete/aplicador da norma se socorra de outros critérios para solução dos conflitos, como será visto no contexto deste trabalho.

Não se deve olvidar, entretanto, que acima de todo o ordenamento jurídico encontra-se a Constituição Federal de 1988, devendo todas as leis estar em conformidade aos seus preceitos formais e materiais, bem como aos seus valores e princípios.

No entanto, a interpretação das leis, das normas constitucionais não pode significar a violação da própria norma a pretexto de se respeitá-la ou de se cumpri-la, não podendo basear-se em critérios aleatórios ou casuísticos.

Neste contexto, faz-se necessário analisar qual seria, nos dias atuais, a interpretação da norma que melhor atenda aos fins sociais para o qual ela foi criada diante do contexto das inúmeras demandas levadas a julgamento à Suprema Corte brasileira, guardiã máxima da Constituição Federal, nos termos do artigo 102 da Carta da República.

Deve-se verificar se algumas das decisões do Supremo Tribunal Federal estão conseguindo na prática, na maior medida possível, realizar os fins a que se destina o Direito, como a pacificação social, a solução dos conflitos de interesses e etc. (art.5º, LINDB).

Portanto este trabalho buscará analisar quais parâmetros interpretativos estão sendo utilizados na contemporaneidade nas decisões do Pretório Excelso, se eles estão alcançando os objetivos visados pelo Direito e se estão correspondendo aos anseios sociais de justiça.

E ainda se existem outros critérios que devem ser utilizados ou observados que possibilitem uma tutela jurisdicional realmente efetiva, que atendam as novas aspirações da sociedade e que respeitem a dignidade da pessoa humana.

A primeira parte deste trabalho buscará discorrer sobre os antecedentes históricos do chamado Constitucionalismo primitivos até o chamado neoconstitucionalismo. Adentrando posteriormente ao conceito e a etimologia da palavra hermenêutica e a diferença entre interpretação e aplicação da norma.

A segunda parte será consagrada ao exame da Hermenêutica Filosófica, aos métodos clássicos de interpretação e à mutação constitucional.

Será objeto da terceira parte a análise da hermenêutica jurídica constitucional contemporânea.

Para tanto, serão utilizadas as reflexões de estudiosos como Hans-George Gadamer, Konrad Hesse, Uadi Lammêgo Bulos, Miguel Reale, Celso Antonio Bandeira de Melo, Lenio Streck entre outros.

A conclusão revelará que o grande tema da atualidade, hermenêutica jurídica constitucional, ganha cada vez mais força na medida em que cresce as demandas sociais submetidas a julgamento pelo Pretório Excelso.

Será, então, realizada uma análise conclusiva particular sobre o tema estudado, resgatando o problema inicial, indicando possíveis respostas encontradas, arriscando considerar quais as perspectivas para o futuro relacionado ao tema estudado, bem como a opinião da autora sobre os resultados obtidos.

Não é objetivo deste trabalho a profunda discussão filosófica sobre hermenêutica tampouco se pretende esgotar o tema proposto, mas sim uma abordagem contemporânea da hermenêutica jurídica constitucional, diante de algumas decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e alguns Tribunais de Justiça diante de alguns casos práticos submetidos à sua análise e julgamento.

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1 NOÇÕES GERAIS

Antes de se adentrar ao tema deste trabalho, buscar-se-á trazer à baila a evolução da atividade jurisdicional em relação à interpretação das leis, discorrendo sobre a história do constitucionalismo até a chegada do chamado constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo.

2.2 DO CONSTITUCIONALISMO PRIMITIVO AO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

A palavra “constitucionalismo” já existe há muito tempo, desde a época de Platão o qual preconizava um Estado Constitucional. Claro que o significado de lei naquela época era diferente do adotado atualmente. Naquela época a comunidade política herdava e passava a seus pósteros um sentimento próprio de lei, uma substância espiritual comum, que, escrita ou costumeira, ficava soberanamente gravada no coração dos homens.

É bem verdade que Constitucionalismo no seu sentido amplo, significa a existência de uma constituição (sic) no Estado, independente do regime político ou perfil jurídico deste Estado. Ou seja, é um simples documento que confere poderes ao soberano, independentemente de impor limites a esses poderes.

A Constituição era apenas *institutio*, isto é, um conjunto de normas desenvolvidas historicamente, em geral, contratualmente conformadas, orientadas por teorias jusnaturalistas, ou simplesmente, normas que tratavam da distribuição de poder resultante das forças existentes (STERN, 1987, p.191)

No chamado constitucionalismo primitivo (de 30.000 anos a.C até 3.000 anos a.C) sequer havia constituições escritas, onde o elemento consuetudinário somava-se ao chamado politeísmo. Importante ainda destacar a existência nesta época dos chamados “precedentes judiciários”, onde os chefes de família e anciãos firmavam a tendência de julgar os litígios de acordo com as soluções dadas a conflitos semelhantes.

Para Loewenstein, pois, o marco do nascimento do movimento constitucionalista foi entre os hebreus, que em seu Estado teocrático estabeleceram limites ao poder político pela imposição da Bíblia. Então caberia aos profetas, dotados de legitimidade popular, fiscalizar e punir os atos dos governantes que ultrapassem os limites bíblicos. Eis aí a primeira experiência constitucionalista de que se tem registro. (LOEWENSTEIN apud BULOS, 2011, p.67).

No Constitucionalismo medieval (do século V até o século XV), com evidências do surgimento do *Rule of law* (governo da lei), que excluiria, portanto, o poder arbitrário, surgiram as concepções jusnaturalistas, elevando o direito natural ao patamar de norma superior.

O constitucionalismo antigo engloba as experiências constitucionais que se caracterizam como um conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do poder (CANOTILHO, 2000, p.52).

Nesta época, alguns documentos jurídicos reconhecendo a primazia das liberdades públicas contra o abuso do poder se destacaram, como a *Magna Charta Libertatum* de 15 de junho de 1215, *Petition of Rights* de 1628; *Habeas Corpus Act* de 1689 e *Act of Settlement* de 1701.

No “Ancien Regime” o poder era concentrado nas mãos de um monarca. No Constitucionalismo há a separação dos poderes, ou divisão de poder, eliminando abusos, arbitrariedades e desrespeito aos direitos inalienáveis do ser humano. Assim, alicerçou normas escritas, instituições e princípios constitucionais relacionados aos direitos humanos fundamentais.

Então, é com o chamado Constitucionalismo em sentido estrito (do século XV até o século XVIII), ou Constitucionalismo moderno, surgido nos fins do séc. XVIII através do chamado “movimento constitucionalista”, que surge a técnica jurídica de tutela das liberdades públicas, o qual, referido documento, serviria para impor limites aos poderes dos soberanos e garantir aos cidadãos os direitos e as garantias fundamentais.

Constitucionalismo moderno é o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos políticos, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerido, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político (CANOTILHO, 2000, p.52).

O documento que inaugurou o Constitucionalismo Moderno foi a Constituição escrita e rígida dos Estados Unidos da América de 14 de setembro de 1787 e a Constituição da França de 3 setembro de 1791.

Enfim, foi com o Constitucionalismo Moderno, coincidindo com a fase do pós-positivismo, e posteriormente tendo continuidade no Constitucionalismo Contemporâneo, que introduziu no Direito os princípios, expressos ou implícitos, que deveriam integrar as Constituições escritas, lhes reconhecendo normatividade e vindo a influenciar os ordenamentos jurídicos do mundo todo. São alguns exemplos os princípios da legalidade, da igualdade, da separação dos Poderes, do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana etc.

O constitucionalismo moderno, portanto, representou o estágio da reaproximação entre os fundamentos éticos da vida humana e o Direito, reintroduzindo as concepções de justiça e legitimidade. Eis aí o que se pode chamar de *constitucionalismo principialista*, proveniente do reconhecimento da face principiológica do Direito, que irá encontrar notável sequência na etapa do constitucionalismo contemporâneo. (BULOS, 2011, p.73).

Lênio Streck, em sua obra *Hermenêutica jurídica em crise*, faz uma crítica veemente da introdução de tais princípios no campo jurídico, afirmando que referida técnica aposta no protagonismo judicial, dando origem a uma verdadeira “fábrica de princípios”:

(...) no campo jurídico brasileiro, a linguagem ainda tem um caráter secundário, uma terceira coisa que se interpõe entre sujeito e o objeto, enfim, uma espécie de instrumento ou veículo condutor de “essências” e “corretas exegeses” dos textos legais. Ou, na outra ponta do problema, sob pretexto da superação das posturas objetivistas, vê-se o surgimento das diversas (neo) teorias, como o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo, que apostam no protagonismo judicial e no instrumentalismo processual, dando azo a uma verdadeira fábrica de princípios. Isso para dizer o mínimo. (STRECK, 2014, p.19)

O Constitucionalismo Contemporâneo (do século XVIII aos dias atuais), por sua vez, marca a fase atual, com documentos escritos, rígidos, analíticos, extensos, a exemplo da Constituição brasileira de 1988. O Constitucionalismo Contemporâneo engloba o neoconstitucionalismo, sendo seu surgimento apontado por alguns a partir da Segunda Guerra Mundial.

O neoconstitucionalismo identifica uma série de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, nas últimas décadas, que tem **(i) como marco filosófico**, o pós-positivismo, que será objeto de comentário adiante; **(ii) como marco histórico**, a formação do Estado constitucional de direito, após a 2ª. Guerra Mundial, e, no caso brasileiro, a redemocratização institucionalizada pela Constituição de 1988; e **(iii) como marco teórico**, o conjunto de novas percepções e de novas práticas, que incluem o reconhecimento de força normativa à Constituição (inclusive, e sobretudo, aos princípios constitucionais), a expansão da jurisdição constitucional e o **desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional**, envolvendo novas categorias, como **os princípios**, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação. O termo neoconstitucionalismo, portanto, tem um caráter *descritivo* de uma nova realidade. Mas conserva, também, uma dimensão *normativa*, isto é, há um endosso a essas transformações. Trata-se, assim, não apenas de uma forma de descrever o direito atual, mas também de desejá-lo. Um direito que deixa a sua zona de conforto tradicional, que é o da conservação de conquistas políticas relevantes, e passa a ter, também, uma função promocional, constituindo-se em instrumento de avanço social. Tão intenso foi o ímpeto das transformações, que tem sido necessário reavivar as virtudes da moderação e da mediania, em busca de equilíbrio entre valores tradicionais e novas concepções. (BARROSO, 2014) (grifo nosso)

Neste cenário de evolução, conforme acima exposto, desde o Constitucionalismo primitivo até o Constitucionalismo moderno avançando para o Constitucionalismo Contemporâneo, muita mudança se verificou em relação à importância dada aos princípios (principalmente aos constitucionais) e não somente às leis.

Parte-se da premissa que começou a surgir uma nova hermenêutica constitucional, tendo em vista não só os princípios, mas as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação, tendo em vista o marco teórico do neoconstitucionalismo.

Portanto verifica-se o surgimento de uma nova teoria dos direitos fundamentais, pautada sobre o manto dos princípios constitucionais e edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana.

Assim o objeto de estudo deste trabalho será desenvolvido a partir das premissas edificadas no marco teórico do neoconstitucionalismo, numa abordagem sobre esta nova hermenêutica jurídica, delimitada sobre a análise mais detida dos princípios constitucionais.

3 HERMENÊUTICA

3.1 ETIMOLOGIA DA PALAVRA HERMENÊUTICA

Etimologicamente a palavra hermenêutica remonta ao grego *hermeneuein*, que significa interpretar, declarar e traduzir; e também ao substantivo *hermeneia*, ou seja, interpretação. (GERBIER, 2007, p.368). Está ainda relacionada com a palavra grega *ermeneutike*, que significa ciência e técnica. (ASENSI, 2014, p.52)

A hermenêutica é a filosofia que permite buscar instrumentos que facilitam a arte de compreender, de interpretar, de traduzir de maneira clara os signos inicialmente obscuros. A primeira função da hermenêutica foi entregar aos profanos o sentido de um oráculo. Progressivamente foi ela penetrando no domínio das ciências humanas e da filosofia. (MACIEL, 2012, p.64)

A principal referencia desta palavra encontra-se na Mitologia Grega, ligada ao nome do deus Hermes, filho de Zeus e Maia, sendo o responsável, graças a sua imensa sabedoria e inteligência, em transmitir, revelar, traduzir, explicar, interpretar aos humanos as mensagens dos deuses aos homens. Algo totalmente inimaginável

ou impossível de ocorrer sem a intermediação do deus Hermes. Semelhante ao que ocorre com a atividade de interpretação que se aplica para compreender o sentido e alcance dos textos. Ou seja, o hermeneuta é o intermediador entre o texto e o leitor, entre o texto e o significado dado a ele.

Hermes é chamado o mensageiro divino, aquele que transmite as mensagens dos deuses aos homens: No relato de Homero, ele costuma executar verbalmente a mensagem que lhe fora confiada. Mas frequentemente, e em especial no uso profano, a tarefa dos *hermeneus* consiste em traduzir para uma linguagem acessível a todos o que se manifestou de modo estranho ou incompreensível. Assim a tarefa da tradução sempre tem uma certa “liberdade”. (GADAMER, 2010, p.112)

Na antiguidade, verifica-se que o significado de hermenêutica era o de traduzir o conteúdo de um texto, enchendo-o de significados e significações. Primeiramente acreditava-se que tal tarefa incumbia aos deuses. Posteriormente a atividade de aplicar a ciência hermenêutica passou à tradução de textos sagrados, em sentido teológico.

Já na modernidade, hermenêutica passou a significar o surgimento de métodos e de uma nova ciência.

Posteriormente alguns estudiosos entenderam superados tais métodos clássicos hermenêuticos, o que será estudado mais adiante.

Vale ressaltar que a palavra hermenêutica (escrita desta forma, em latim) foi utilizada como título de um livro pela primeira vez na história, em 1654, na obra de “J.C Dannhauer denominada *hermeneutica sacra sive methodus exponendarum sacrarum litterarum*”. (MACIEL, 2012, p.64)

3.2 CONCEITO

Antes de se adentrar ao tema deste trabalho, faz-se necessário, conceituar o significado da palavra hermenêutica.

Hermenêutica é a ciência que estuda a arte de interpretar um texto. Ou seja, os métodos e as técnicas aplicáveis à interpretação.

É costume dizer que Hermenêutica e interpretação se diferenciam porque aquela é ciência, e a interpretação é arte. A ciência Hermenêutica estuda a arte de interpretar. A interpretação é seu objeto de estudo. A tarefa da Hermenêutica consiste em fornecer parâmetros, técnicas e instrumentos para auxiliar o intérprete em seu trabalho. (MARQUES, 2003, p.37)

Hermeneuta é o intérprete que se utiliza da Hermenêutica, ou da ciência hermenêutica, para poder realizar a interpretação. A hermenêutica apresenta a teoria das técnicas interpretativas. E a interpretação é a prática em que se aplicam as técnicas e os métodos hermenêuticos, visando à compreensão do texto de forma mais eficaz.

Hermenêutica significa em primeiro lugar práxis relacionada a uma arte. Sugere a “tekhene” como palavra complementária. A arte, em questão aqui, é a arte do anúncio, da tradução, da explicação e interpretação, que inclui naturalmente a arte da compreensão que lhe serve de base e que é sempre exigida quando o sentido de algo se acha obscuro e duvidoso. (GADAMER, 2010, p.112)

Cumprir observar, que a hermenêutica era utilizada, antes de tudo, na interpretação das Escrituras, dos textos sagrados, em especial à Bíblia Cristã. O intérprete destes textos era chamado de exegeta. Portanto exegese é o mesmo que interpretação.

Inicialmente relacionada aos oráculos, a hermenêutica mantém estrita ligação com a interpretação de textos religiosos ao se relacionar com a Bíblia, sendo aplicada desde a época dos patriarcas do judaísmo, passando pela teologia medieval e a Reforma, até a teologia moderna. (MACIEL, 2012, p.64)

Atualmente, a hermenêutica é compreendida como um ramo da filosofia relacionada à compreensão humana da linguagem. No direito ela busca captar o sentido do texto, transformando-o em norma jurídica, garantindo a sua aplicabilidade, estabelecendo reflexão sobre sua validade, eficácia e significado dos conceitos jurídicos, entre outros.

Hermenêutica jurídica pode ser entendida como uma modalidade de conhecimento que busca problematizar os pressupostos, a natureza, os caracteres, a metodologia e o escopo da interpretação do direito, aqui considerada como uma atividade de mediação comunicativa estabelecida entre o ordenamento jurídico e a sociedade, por meio da qual os cidadãos, os estudiosos e os profissionais do direito definem o sentido e o alcance das expressões linguísticas das normas jurídicas. (SOARES, 2013, p.15)

Portanto, no Direito a ciência hermenêutica é utilizada para propiciar a interpretação dos textos jurídicos, de forma que a simples interpretação pode ser realizada por qualquer pessoa. Mas quando houver necessidade de aplicar o Direito em casos práticos, ou seja, transformar a interpretação dos textos em norma jurídica, tendo como consequência uma decisão, não é qualquer pessoa que poderá fazê-lo, como se verá a seguir.

3.3 INTERPRETAÇÃO VERSUS APLICAÇÃO

Interpretar não é o mesmo que aplicar. Segundo o autor alemão PETER HÄBERLE, a arte da interpretação pode e deve ser realizada por qualquer pessoa.

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. (HÄBERLE, 2002, p.15)

Segundo este autor, estudantes de Direito, professores e profissionais da área jurídica, jornalistas, a sociedade como um todo - todos interpretam a lei, possuindo ou não alguma formação jurídica - ao discutirem, falarem, refletirem sobre os textos jurídicos, formarem suas opiniões sobre os acontecimentos e implicações do Direito na sociedade e na vida das pessoas.

A estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralista da interpretação constitucional). (HÄBERLE, 2002, p.30)

No entanto, a aplicação do Direito ocasionando numa decisão, que pressupõe a interpretação, somente pode ser feita pelos titulares da jurisdição constitucional, responsáveis por transformar a norma abstrata em norma concreta aplicável a cada caso concreto.

Portanto Eros Roberto Grau em seu “ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito” nos ensina que há uma distinção entre normas jurídicas e norma de decisão. Ou seja, apesar de serem muitos os intérpretes do Direito, somente o juiz está autorizado a ir além, ou seja, passar da interpretação do texto, para extrair dele o que ele convencionou chamar de “norma da decisão”:

De outra banda, é importante também observarmos que todos os operadores do direito o interpretam, mas apenas uma certa categoria deles realiza plenamente o processo de interpretação, até o seu ponto culminante, que se encontra no momento da definição da norma de decisão. Este, que está autorizado a ir além da interpretação tão-somente como produção das normas jurídicas, para dela extrair normas de decisão, é aquele que Kelsen chama de “intérprete autêntico”: o juiz. (GRAU, 2002, p.18)

A diferença da interpretação realizada pela sociedade como um todo, da interpretação realizada pelo juiz, por exemplo, é que as demais pessoas apenas interpretam o texto. Claro que elas também aplicam a norma no seu dia-a-dia, quando, por exemplo, alguém tendo consciência que furtar é crime deixa de fazê-lo, cumprindo, portanto, o comando exigido pela norma, ou seja, de não furtar.

O juiz, ao contrário, além de interpretar o texto da lei (dever ser), reproduzindo em seguida a norma jurídica, também interpreta os fatos da realidade (ser) a partir dos elementos do caso o qual ela será aplicada. E em seguida produz a norma decisão. “O intérprete autêntico procede à interpretação dos textos normativos e, concomitantemente, dos fatos, (...) o modo sob o qual os acontecimentos (...) apresentam vai também pesar de maneira incisiva na produção da norma (...)”. (GRAU, 2002, p.63)

É claro que os elementos do caso concreto ao qual lhe são submetidos para julgamento não corresponde à verdade dos fatos, mas tão somente a descrição do modo de ver a realidade daquele que a vivenciou.

Assim caberá ao juiz não somente a interpretação do texto para extrair a norma, mas também dos fatos, através do ponto de vista daquele que os descreveu. Por exemplo: se diversas pessoas forem indagadas a descreverem sobre determinado fato ocorrido e experimentados por elas no mesmo tempo, modo e local, cada uma descreverá o mesmo fato de formas diferentes, pois cada uma destas pessoas terá diferentes pontos de vistas versando sobre o mesmo fato. Assim, é papel do juiz extrair destes relatos a melhor interpretação daquele único fato ocorrido, mas expressado de diversas formas, buscando a única Verdade, despida, inclusive, de pré-compreensões (Gadamer). Assim como descrito em João 8, 32: “Conhecereis a verdade e a verdade vos libertará”.

Lembro a observação de Frosini: a decisão judicial considera e é determinada pelas palavras da lei e pelos antecedentes judiciais; pela figura delitiva que se imputa; pelas interpretações aleboradas pelas duas ou mais partes em conflitos; pelas regras processuais; pelas expectativas de justiça nutrida pela consciência da sociedade; finalmente, pelas convicções do próprio juiz, que pode estar influenciado, de forma decisiva, por preceitos de ética religiosa ou social, por esquemas doutrinários em voga ou por instâncias de ordem política. (GRAU, 2002, p.31-32)

Já em relação ao intérprete do texto jurídico, ele reproduz a norma jurídica. No entanto ele não a produz, não a cria, mas como dito, a reproduz. Ou seja, assim como o músico é o intérprete da partitura de obras primas clássicas, reproduzindo as músicas para o público, o intérprete da lei reproduz a norma jurídica que já estava

contida no texto. “O produto da interpretação é a norma. Mas ela já se encontra potencialmente no invólucro do texto normativo” (GRAU, 2002, p.22).

Significa dizer que, assim como afirmava Michelangelo que “a obra já estava na pedra, ele apenas retirava o excesso e deixava a forma fluir”; a norma já se encontra no texto, o que o intérprete faz é somente compreendê-la e extraí-la dele através de sua interpretação, da mesma forma como o escultor que esculpe uma pedra, ou um intérprete que reproduz uma música.

4. HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Não seria possível desenvolver um estudo sobre o tema hermenêutica jurídica sem abordar, ainda que brevemente, as origens das reflexões hermenêuticas desenvolvida por estudiosos, que se dá no campo da filosofia.

Neste momento, abordaremos de forma perfunctória as principais ideias filosóficas desenvolvidas no campo da hermenêutica.

No início do século XIX, Friedrich Schleiermacher, teólogo protestante, defende a idéia de se desenvolver uma hermenêutica geral, como arte da compreensão. Assim, não há uso de métodos específicos a serem aplicados em um texto isolado, como, por exemplo, a Bíblia. Há sim o uso de métodos diversificados aprovados pela ciência hermenêutica, destinado à compreensão de qualquer obra. Para tanto seria necessário abandonar a literalidade da interpretação gramatical em prol de uma interpretação psicológica.

A hermenêutica se relaciona com o agente social concreto e atuante no processo dialógico da compreensão, o que a torna uma arte da compreensão, que engloba todos os setores da expressão da cultura humana. Por força disto, a interpretação se orienta não somente para o texto, mas, sobretudo, para o diálogo com o seu autor, a fim de que o hermeneuta possa reencontrar a sua intenção originária. (SCHLEIERMACHER, 1999, p.5)

Logo em seguida surge o pensamento de Wilhelm Dilthey, no final do século XIX, o qual valoriza a experiência humana no processo hermenêutico. Para ele as

ciências humanas são diferentes das ciências da natureza. Desta forma, ambas precisam ter metodologias distintas. Assim ele conclui que para as ciências humanas é na hermenêutica que será encontrada a ciência interpretativa.

Ora, se as ciências da natureza apresentam tais diferenças em relação às ciências humanas, não é adequado que estas adotem uma metodologia pensada para as primeiras. Há que se buscar, portanto, uma metodologia própria para as humanidades, a qual seria encontrada justamente na hermenêutica, que é o instrumental adequado quando se trata de ciências fundamentalmente interpretativas. (REALE e ANTISERI, 2007, p.455)

Posteriormente, na primeira metade do século XX, surge o pensamento de Martin Heidegger, afirmando que a existência humana é ontologicamente hermenêutica. Ou seja, a interpretação é algo existencial do ser humano. Uma vez que o homem está no mundo ele o interpreta constantemente.

A hermenêutica não estaria inserida no quadro gnoseológico, como um problema de metodologia das ciências humanas. Não se traria, como em Dilthey, de opor o ato de compreensão, próprio das ciências humanas, ao caminho da explicação, via metodológica das ciências naturais. A compreensão passa a ser visualizada não como um ato cognitivo de um sujeito dissociado do mundo, mas, isto sim, como um prolongamento essencial da existência humana. Compreender é um modo de estar, antes de configurar-se como um método científico. (HEIDEGGER, 1997, p.11)

Já em Hans-Georg Gadamer a compreensão se baseia no contexto histórico presente, e é determinante para a atividade interpretativa, ou seja, a compreensão é um ato histórico. Gadamer tem como pressuposto a experiência hermenêutica, que é toda compreensão que temos ao longo da vida e que no encontro hermenêutico tem que ser experimentada.

Enfim, Hans-Georg Gadamer, considerado o “pai da hermenêutica”, através de seus estudos sobre o tema, discorre qual deve ser a postura do intérprete diante de um texto a ser analisado.

Pare ele, o intérprete que se propõe à compreensão do texto, não deve se entregar “as próprias opiniões prévias”. Antes deve deixar que o texto se expresse

por si e só posteriormente deve o intérprete confrontar as sua opinião prévias com a do texto:

Aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à casualidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar [...] a opinião do texto – até que este, finalmente, já não possa ser ouvido e perca sua suposta compreensão. Quem quer compreender um texto, em princípio, deve estar disposto que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. [...] O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias (GADAMER, 1997, p.405).

Hans- Georg Gadamer faz ainda estudos sobre o que o intérprete tem a descobrir ao se interpretar um texto, e que o seu significado surge através do diálogo permanente entre o intérprete e o objeto hermenêutico:

(...) O sujeito, ao interpretar uma dada obra humana, está já situado no horizonte aberto por ela própria, descortinando-se o que ele denomina círculo hermenêutico. Logo, a interpretação consiste na explicação do liame que o intérprete estabelece em a tradição, pois, na exegese de textos, o significado não espera ser desvendado pelo intérprete, mas, ao revés, é gestado no diálogo permanentemente estabelecido entre o intérprete e o objeto hermenêutico (GADAMER, 1997, p.10).

Para esclarecer melhor a abordagem sobre o tema, seguem algumas reflexões de estudiosos mais modernos sobre a evolução da hermenêutica até os dias atuais.

Miguel Reale em sua obra - Lições Preliminares de Direito - fala sobre a necessidade do apego, que era imposto à época, à intenção do legislador no momento da elaboração da norma, sob o extremo de se afirmar que o Judiciário, ao interpretar a lei de maneira diversa à original vontade do legislador, estaria legislando. Para tanto explica:

Determinar a intenção do legislador passou a ser um imperativo de ordem jurídica e política, visto como, em virtude de rígido e desmedido apego ao princípio constitucional da divisão dos poderes, - que foi uma das vigas mestras do constitucionalismo liberal, - chegava-se ao extremo de afirmar: “se o intérprete substituir a intenção do legislador pela sua, o Judiciário estará invadindo a esfera de competência do Legislativo...” (sic) (REALE, 2014, p.280).

Mais adiante, porém, Miguel Reale esclarece que paulatinamente, como é próprio das ciências jurídicas, foram sendo exigidas novas formas de se interpretar a ciência do Direito:

Era inevitável, porém, que novas formas de compreensão do direito passassem a ser exigidas, como o decorrer do tempo, dada a mudança operada nos usos e costumes, e sob o influxo da ciência do Direito não se verificou, porém, *ex abrupto*, mas obedeceu a uma elaboração gradual, como é o próprio da experiência jurídica (REALE, 2014, p.280).

Mais a frente Miguel Reale destaca que a regra do direito não obedece a uma “razão natural”, mas que é influenciada por fatores diversos e que desta forma o jurista ao identificar uma lacuna, transforma-se no “pesquisador do direito”:

Cada fenômeno social já traz em si mesmo, no seu próprio desenvolvimento, a razão de ser de sua norma. O social, no seu bojo, contém em esboço a solução jurídica que lhe é própria. A regra de direito não é algo que obedece a uma *ratio juris*, o que quer dizer à *razão natural das causas*. A *natureza das cousas* (sic) implica a apreciação de vários elementos, demográficos, econômicos, históricos, morais, religiosos etc. O jurista, quando a lacuna é evidente, transforma-se, dessa forma, em um *pesquisador do Direito*, para determinar a norma própria concernente ao caso concreto, de conformidade com a ordem geral dos fatos. (REALE, 2014, p.285).

Karl Larenz, estudioso igualmente do tema relacionado à hermenêutica jurídica, estabelece uma diferença entre a teoria subjetiva e a teoria objetiva. Para ele aquela está direcionada a buscar a intenção do legislador no momento da elaboração da norma.

E a teoria objetiva, ao contrário, vai além daquilo que o legislador havia imaginado e que, desta forma, a lei alcança outras situações não previstas por ele no momento da elaboração da norma:

A verdade da teoria subjetivista é que a lei jurídica, ao invés da lei natural, é feita por homens e para homens, é expressão de uma vontade dirigida à criação de uma ordem tanto quanto possível justa e adequada às necessidades da sociedade. Por detrás da lei está uma determinada intenção reguladora, estão valorações, aspirações e reflexões substantivas, que nela acharam expressão mais ou menos clara. (...) A verdade da teoria objetiva é que uma lei, logo que seja aplicada, irradia uma ação que lhe é peculiar, que transcende aquilo que o legislador tinha intentado. A lei intervém em relações da vida diversas e em mutações, cujo conjunto o legislador não podia ter abrangido e dá respostas as questões que o legislador ainda não tinha colocado a si próprio. Adquire, com o decurso do tempo, cada vez mais como que uma vida própria e afasta-se, deste modo, das ideias dos seus autores (LARENZ, 1997, p.446).

Esta teoria objetivistas, em que o intérprete se distancia da intenção do legislador no momento da elaboração da lei, para se concentrar na finalidade desta, independentemente da intenção de seu autor, começa a ser desenvolvida a partir dos pensamentos desenvolvidos por Friedrich Carl von Savigny, posterior a 1814, sendo possível, a partir de então, a interpretação restritiva e extensiva de alguns institutos.

Neste momento, imperioso aprofundar um pouco nos ensinamentos desenvolvidos por este estudioso, que desenvolveu métodos clássicos de interpretação de textos jurídicos – destinado, á época, à interpretação do Código Civil - que muito foi utilizado e serve de grande valia até mesmo nos dias atuais.

5 MÉTODOS HERMENÊUTICOS CLÁSSICOS

“Os métodos clássicos de interpretação do Direito remonta aos estudos realizados por Friedrich Carl von Savigny, fundador da Escola Histórica do Direito em sua obra *System des heutigen romishes Rech*, p.5 e s”. (BULOS, 2011, p.445)

Nesta época eram utilizados os métodos clássicos, criados para interpretar as regras de direito civil: gramatical, sistemático e histórico. Posteriormente foram acrescentados os métodos teleológico, lógico e os demais métodos de interpretação.

Nesta época utilizava-se a técnica e os métodos hermenêuticos através da simples subsunção do fato à norma correspondente, sem, todavia, perscrutar outros critérios.

Obviamente atualmente tais critérios sozinhos não se revelam suficientemente capazes de corresponder aos anseios sociais vigentes ou de satisfazer as necessidades hermenêuticas da Constituição de 1988.

Mas os métodos de Savigny, por assim chama-los, não foram capazes de resolver a unanimidade dos problemas detectados nas constituições de nosso tempo. Quando foram criados, no século XIX, as constituições não eram grandes, prolixas, nem repetitivas, como as de hoje. Também não se falava em ponderação de bens jurídicos, otimização de princípios ou filtragem constitucional. As necessidades eram outras. Esses métodos se efetivam mediante subsunção, que é o processo silogístico pelo qual o juiz trilha o seguinte roteiro: norma constitucional (premissa maior) + fato (premissa menor) = sentença (aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto). (BULOS, 2011, p.445).

Portanto, diante da realidade contemporânea, os métodos clássicos de interpretação das normas, eles sozinhos se revelam insuficientes. Assim a subsunção clássica realizada pelos juízes, onde se resumia simplesmente em entender o fato concreto, interpretar a lei e aplicar ao caso em concreto a norma correspondente mediante uma decisão, em muitos casos, na atual realidade vigente, não satisfaz aos reclamos sociais de justiça.

Realmente pela dogmática interpretativa tradicional, o magistrado é "a boca que pronuncia as palavras da lei" (Montesquieu, O espírito das leis, p.176). Ele apenas revela o conteúdo presente nos comandos normativos, sem moderar-lhes a força e o rigor. Não empreende qualquer papel criativo. Estriba seu pensamento na cientificidade do Direito, empregando a lógica formal em busca de uma "pureza" teórica. Acredita no dogma da completude do ordenamento. Posta-se, muitas vezes, como um ser inanimado, um autômato de decisões, exercendo seu mister de modo mecânico ou puramente racional (GARAPON apud BULOS, 2011, p.446)

Mesmo que os métodos hermenêuticos se coexistam conjuntamente. Mesmo que um não exclua o outro e não haja hierarquia entre eles, não havendo predomínio de um critério ou uma técnica sobre a outra, sendo todas utilizadas harmonicamente. Mesmo assim eles sozinhos não bastam para realizar na prática a “vontade de constituição”. Porque na época em que foram criados havia uma realidade bem diferente da que se enfrenta atualmente.

Nisso, os métodos convencionais nem sempre realizam a vontade de constituição. Aplicados no bojo do silogismo tradicional, em que o juiz subsume os fatos à norma, não prestigiam os processos abertos de argumentação, porque surgiram numa época em que as constituições não eram como as de hoje: grandes, repetitivas, cheias de detalhes e valores conflitivos, muitos dos quais impróprios para documentos supremos que se pretendem duradouro. Quando foram criados, no século XIX, as necessidades eram diferentes. Não se falava, por exemplo, em teoria da argumentação na exegese jurídica, ponderação de valores, dimensão principiológica das constituições, otimização, filtragem constitucional etc. Aquela época, não se cogitava submeter à lente da constituição conflito de interesses, pois inexistia o totalitarismo constitucional, como hoje, em que as constituições têm a pretensão de regular tudo. (BULOS, 2011, p.446)

Neste diapasão, necessário analisar cada um desses critérios clássicos.

Frise-se, ainda, que não é objetivo deste trabalho abordar exaustivamente tais métodos, sendo assim, utilizar-se-á uma abordagem perfunctória sobre os mesmos.

5.1 GRAMATICAL

Este método gramatical ou filológico considera o texto da norma, o sentido literal das palavras, as regras de gramática, buscando o significado de cada vocábulo.

É cediço, no entanto, que as normas jurídicas, muitas vezes, apresentam palavras com sentidos plurívocos, às vezes arcaicos, significado jurídico técnico diferente do sentido popular, podendo as palavras apresentar diversos significados, a depender do modo que se constrói gramaticalmente uma frase. Não pode,

portanto, o intérprete se pautar apenas por este método, que é somente o primeiro método a ser utilizado.

Por exemplo, o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 dispõe: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Assim, em uma interpretação gramatical, os estrangeiros não residentes no País, como, por exemplo, os turistas, não teriam os direitos previstos no artigo 5º da CF/88. Poderiam, então, se fôssemos nos basear apenas no método gramatical, ser submetido à tortura, tratamento discriminatório, restrição da liberdade de ir e vir e responder a processos sem ampla defesa e contraditório, o que seria inadmissível e impensável num Estado Democrático de Direito como o nosso.

Esta também foi a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto, nos revelando que é possível o alargamento ou a restrição da interpretação dada às normas da CF/88 a fim de adaptá-las ao contexto vigente bem como harmonizá-las com os princípios e valores expressos e implícitos previstos nelas.

Conforme entendimento abaixo transcrito:

“o fato de o paciente ostentar a condição jurídica de estrangeiro e de não possuir domicílio no Brasil não lhe inibe, só por si, o acesso aos instrumentos processuais de tutela da liberdade nem lhe subtrai, por tais razões, o direito de ver respeitadas, pelo Poder Público, as prerrogativas de ordem jurídica e as garantias de índole constitucional que o ordenamento positivo brasileiro confere e assegura a qualquer pessoa que sofra persecução penal instaurada pelo Estado” (STF, HC 94016 MC/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 7/4/2008).

Portanto, não basta verificar apenas o sentido gramatical do texto, devendo o intérprete ir além, considerar outros critérios simultaneamente. Deve verificar qual ou quais são os demais sentidos das palavras, se ela possui significado unívoco ou plurívocos, técnico ou vulgar. Além do mais deve verificar em qual contexto histórico ela foi considerada, devendo adaptá-la ao contexto histórico vigente, porque o simples passar do tempo pode dar à palavra outro significado.

Por exemplo, antigamente nos anos 50, se alguém chegasse numa praia e se deparasse com uma placa dizendo que seria proibido trajar biquínis ou maiôs, a pessoa fatalmente iria vestir uma camiseta ou algo mais discreto, entendendo que aquela placa, dado o contexto histórico da época, estaria proibindo de se mostrar o corpo, pois tal atitude poderia configurar o crime de ato obsceno. Atualmente, se alguém se deparasse com uma placa destas, poderia entender que se trata de uma praia de nudismo, despindo-se, então, completamente, para atender ao disposto na placa.

5.2 LÓGICO

Utilizar-se da lógica para interpretar uma norma, é recorrer à relação lógica entre as partes e os elementos de um discurso. Ou seja, recorre-se a certas regras básicas, fornecidas pela lógica. Este método privilegia qual o espírito da lei, superando a interpretação meramente gramatical. Procura, portanto, a coerência e a harmonia da norma em si ou em conjunto.

O processo lógico propriamente dito consiste em procurar descobrir o sentido e o alcance de expressões do Direito sem o auxílio de nenhum elemento exterior, com aplicar ao dispositivo em apreço um conjunto de regras tradicionalmente e precisas, tomadas de empréstimo à lógica geral. Pretende do simples estudo das normas em si, ou em conjunto, por meio do raciocínio dedutivo, obter a interpretação correta (MAXIMILIANO, 2006, p.100).

5.3 SISTEMÁTICO

Ressalta a noção de sistema, de forma que a interpretação não pode contrariar o sistema jurídico de um modo geral, inclusive deverá obedecer aos preceitos constitucionais como centro de sistema. Ou seja, não é possível interpretar, por exemplo, as regras do Código Civil sem saber qual a sua relação com a Constituição.

Deste modo, a norma deve ser interpretada à luz de todo ordenamento, sendo que em caso de conflito entre normas, ou no caso de conflito entre normas e princípios, será possível solucioná-los sem perder de vista a noção de sistema, ou seja, de todos os preceitos constitucionais e não apenas de um preceito isolado.

Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos (MAXIMILIANO, 2006, p.105).

5.4 HISTÓRICO

Este método busca a interpretação da lei baseando-a no contexto histórico em que foi elaborada, nos precedentes legislativos e processo de elaboração, é o que a doutrina chama de *occasio legis*.

Este método é comumente utilizado na interpretação das leis dos países em que adota o sistema da Common Law (Direito inglês). Nos países que adotam o sistema da Civil Law (como é o caso do Brasil) esse sistema é mais utilizado para interpretação constitucional.

Um exemplo da utilização desta técnica é se utilizar, para a interpretação de uma norma, da exposição de motivos de determinada lei.

Cumprir verificar o desenvolvimento que tiveram no passado os institutos jurídicos, e também a sua evolução contemporânea, dentro e fora do país; toda a elaboração do Direito Positivo, as suas tendências recentes, os seus objetivos; os resultados obtidos pelos processos modernos de pesquisa da verdade, as regras, os métodos e os sistemas que melhor se adaptam ao progresso social e contribuem para o labor tranquilo do homem, isolado ou em coletividade (MAXIMILIANO, 2006, p.113).

Assim o intérprete/aplicador da norma deve verificar em qual contexto histórico ela foi elaborada, devendo adaptá-la ao contexto histórico vigente, porque o simples passar do tempo pode dar à palavra um significado diferente.

Por exemplo, antigamente nos anos 50, se alguém chegasse numa praia e se deparasse com uma placa dizendo que seria proibido trajar biquínis ou maiôs, a pessoa fatalmente iria vestir uma camiseta ou algo mais discreto, entendendo que aquela placa, dado o contexto histórico da época, estaria proibindo de se mostrar o corpo, pois tal atitude poderia configurar o crime de ato obsceno. Atualmente, se alguém se deparasse com uma placa destas, poderia entender que se trata de uma praia de nudismo, despindo-se, então, completamente, para atender ao disposto na placa.

Konrad Hesse afirma:

Toda Constituição é Constituição de seu tempo; a realidade social a que são referidas suas normas, está submetida à mudança histórica e esta, em nenhum caso, deixa incólume o conteúdo da Constituição. Quando se desatende dita mudança, o conteúdo constitucional fica petrificado e a curto ou longo prazo não poderá cumprir suas funções (HESSE apud DINIZ, 2013, p.55)

5.5 TELEOLÓGICO

É o fim social a que visa a norma jurídica. Tende à busca da análise: se a interpretação busca a vontade do legislador (*mens legislatoris*) ou a vontade da lei (*voluntas legis ou ratio legis*).

O artigo 5º da LICC diz expressamente sobre os fins sociais que o juiz deve buscar na interpretação da norma. É importante notar que a finalidade da norma não é perene, e pode se alterar com o passar do tempo, inclusive sem alteração do seu texto. É que se pode verificar, por exemplo, nos casos em que ocorre a mutação constitucional.

5.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, no entanto, não mais se aceita referidos fracionamentos, uma vez que a interpretação deve acontecer em conjunto, ou seja, devem-se considerar todos os métodos simultaneamente. Estes métodos não devem ser considerados ou aplicados isoladamente, ou um ou outro. Mas deve ser verificado em sequência, avançando para os demais na medida em que ocorre a interpretação do texto.

Além disso, na contemporaneidade, além de se aplicar tais técnicas, também são utilizados outros métodos modernos, notadamente no que se refere a interpretação da Constituição Federal de 1988, como se verá mais adiante.

6 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Urge lembrar, antes de tudo, que o Poder Constituinte divide-se em Poder Constituinte Originário, ou de criação, Poder Constituinte Derivado, ou de reforma e Poder Constituinte Difuso, ou de mutação constitucional.

“Poder Constituinte é a potencia que faz a constituição, e, ao mesmo tempo, a competência que a modifica”. (BULOS, 2011, p.384).

O Poder Constituinte Difuso difere-se do Poder Constituinte Originário, no sentido de que aquele não está formalizado nas constituições.

“Fazendo uma comparação: enquanto o *poder originário* é a *potência*, que faz a constituição, e o *poder derivado*, a *competência*, que a reformula, o *poder difuso* é a *força invisível* que a altera, mas sem mudar-lhe uma vírgula sequer”. (BULOS, 2011, p.424).

Mutação Constitucional é, portanto, um processo informal de alteração da Constituição, isto é, altera-se o sentido da norma, sem, contudo alterar o seu texto. Trata-se de uma espécie de atualização do conteúdo da Constituição, dando-lhe um novo sentido não contemplado anteriormente, com a finalidade de melhor adequá-la ao atual anseio social, político, econômico e jurídico vigente.

Esse processo informal de alteração da Constituição, denominado mutação Constitucional, é fruto da doutrina alemã (1895) – Paul Laband em sua obra

Mutações na Constituição do Reich Alemão - e já é uma realidade nos julgados do Supremo Tribunal Federal. (VARGAS, 2014, p.33)

Paulo Bonavides ao versar sobre mutação constitucional dispõe:

(...) quanto mais rígida for uma constituição, mais flexíveis e maleáveis devem ser os seus métodos de interpretação, permitindo que as disposições constitucionais se acomodem ao meio político e social. A preservação da ordem constitucional depende, portanto, da via hermenêutica como fator de atualização das normas constitucionais. (BONAVIDES, 2006, p.458-459)

Portanto a Constituição positivada não pode ser considerada uma obra acabada.

É característica da nossa realidade a sua natureza instável. O que hoje pode ser aplicado em determinadas situações como sendo válido, amanhã pode não ter a mesma conotação em outras circunstâncias.

Com o passar do tempo as palavras passam a ter sentidos e conotações diversas. Tudo muda com o tempo. As coisas mudam, as pessoas mudam e assim, com o passar do tempo, já não somos mais os mesmos. Como dizia Heráclito em seus ensaios sobre a dialética: “um homem não toma banho duas vezes no mesmo rio. Pois no segundo banho não será o mesmo rio, tampouco o homem será o mesmo”.

Neste sentido, Uadi Lammêgo Bulos defende que as normas de uma Carta Suprema possuem uma “inalterabilidade relativa”, pois podem sofrer alterações no seus significados, independentemente das formalidades especiais oriundas do princípio da rigidez constitucional. (BULOS, 2011, p.425).

Sem embargo, a mutação constitucional é a aplicação de normas que se alteram lenta e imperceptivelmente, quando as palavras do texto maior que permanecem imodificadas recebem um sentido distinto do originário. [...] O fenômeno de mutações constitucionais, portanto, é uma constante na vida dos Estados. As constituições, como organismos vivos que são, acompanham o evoluir das circunstâncias sociais, políticas, econômicas, que, se não alteram o texto na letra e na forma, modificam-no na substância, no significado, no alcance e no sentido de seus dispositivos. (BULOS, 2011, p.426).

Um exemplo de uma norma constitucional que sofreu mutação é aquela prevista no artigo 5º, caput, CF/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Antigamente a interpretação dada a tal dispositivo constitucional, era dar um tratamento igual a todos, em quaisquer circunstâncias. Era o que se denominava de isonomia formal. Assim, não importava a peculiaridade de cada caso em concreto, ou a necessidade especial de um ou de outro indivíduo. O que se buscava era o tratamento igual a todos.

O problema que se criou foi que em determinadas situações indivíduos com necessidades especiais acabavam sendo tratados igualmente aos indivíduos que não possuíam tais necessidades, criando na prática manifestas injustiças, contrariando os propósitos para o qual a norma constitucional buscava proteger.

“Aristóteles já ponderava que a igualdade consistia em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” (MELLO, 2013, p.10). A isso se chama de isonomia material ou substancial.

Desta feita, a nova interpretação constitucional dada, sem, contudo, alterar o seu texto, foi respeitar os iguais e os diferentes, tratando os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades. Daí sim, proporcionando a verdadeira isonomia material ou substancial. Exemplo típico de mutação constitucional.

Neste sentido, Hans Kelsen faz a seguinte consideração:

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devem ser tratados de maneira idêntica nas normas em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria um absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres. (KELSEN, 1962, p.190)

Celso Antonio Bandeira de Melo, em sua obra Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade foi ainda mais longe, afirmando que o alcance do princípio constitucional da isonomia não se restringe em nivelar os cidadãos diante da norma

legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia.

O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se (sic) ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas. (MELLO, 2013, p.09)

Um exemplo prático de mutação constitucional está no histórico julgamento da ADPF n.132 e da ADIN n.4277, onde a Corte Suprema conferiu status jurídico-familiar às uniões homoafetivas.

No entanto este tema será estudado mais detalhadamente quando da análise do princípio constitucional “interpretação conforme”.

Conforme exposto acima, a constituição é dotada de uma “inalterabilidade relativa”, uma vez que a mutação constitucional está latente e é contínua, e novos anseios, novos conflitos, novas perspectivas surgem com simples passar do tempo.

E as normas constitucionais devem acompanhar o processo de mudança que a sociedade passa, tendo que adequá-la, contextualizá-las a tais transformações, sob pena de algumas normas da Constituição se tornarem inconstitucionais com o simples passar do tempo.

É neste cenário que a interpretação constitucional ganha força, pois para que a Constituição possa acompanhar essas transformações, as normas constitucionais devem ser interpretadas no sentido de acompanhá-las, sem, contudo, ser alterado o seu texto.

A pergunta que se faz neste momento é: Qual seria o limite à mutação constitucional?

O entendimento que tem prevalecido é que não há limite ao poder constituinte difuso. Assim o Poder Constituinte difuso seria capaz de alterar qualquer preceito constitucional, até mesmo as cláusulas pétreas.

No entanto, muitos estudiosos entendem, o qual também se filia o presente trabalho, que o intérprete deve se pautar, ao alterar a interpretação do texto constitucional, na sua consciência, na ponderação, no bom senso, nos valores, nos princípios, na razoabilidade, entre outros instrumentos limitativos de sua atuação.

A concretização da norma está limitada, dentro de um Estado Democrático de Direito, pelo programa da norma (dados linguísticos contidos no texto), de forma que o operador do direito não está autorizado a exercitá-la fora dos limites dos signos linguísticos contidos no texto normativo. (VARGAS, 2014, p.55).

Portanto, podemos citar como exemplo de instrumento limitativo da atuação do intérprete os métodos e critérios hermenêuticos aqui estudados, evitando para tanto subjetivismos, arbitrariedades que afronte o Estado Democrático de Direito, os valores, os princípios constitucionais, os direitos fundamentais e outras tantas garantias sociais já conquistadas, em respeito, inclusive, ao chamado princípio da vedação ao retrocesso social e etc.

O legislador está vinculado aos propósitos da Constituição, externados principalmente através de seus princípios, não podendo dispor de forma contrária ao que determinam. Assim, ainda que não se possa exigir judicialmente que o legislador regule o princípio, a fim de realizar seus objetivos, pode-se legitimamente pretender que o legislativo, poder constituído, não contravenha os fins constitucionais. Esta é a modalidade de eficácia negativa. (BARCELLOS, 2011, p.87-88)

Assim a Constituição só pode ser interpretada no sentido de se respeitar os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, tendo uma interpretação vinculada à concretização dos direitos fundamentais e não autônoma. Não deve o intérprete incorrer em desvios, devendo considerar critérios lógicos e razoáveis, dotados de objetividade:

Neste sentido, entende Streck:

Evidentemente, essa posição adotada pelas posturas substancialistas não autoriza a defesa de ativismos judiciais ou protagonismos ad hoc, a pretexto de estar-se concretizando direitos. A concretização só se apresenta *como* concretização na medida em que se encontra adequada à Constituição, não podendo estar fundada em critérios pessoais de conveniência política e/ou convicções morais. (STRECK, 2014, p.52 e 53)

E, ainda, é o posicionamento da Suprema Corte:

Interpretações regalistas da Constituição – que visem a produzir exegeses servilmente ajustadas à visão e à conveniência exclusivas dos governantes e de estamentos dominantes no aparelho social – representariam clara subversão da vontade inscrita no texto de nossa Lei Fundamental e ensejariam, a partir de temerária aceitação da soberania interpretativa manifestada pelos dirigentes do Estado, a deformação do sistema de discriminação de poderes fixado, de modo legítimo e incontestável, pela Assembléia Nacional Constituinte. (STF, MS 27.931-1/DF – medida cautelar – Rel. Min. Celso de Mello, j. em 27-3-2009).

7 HERMENÊUTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

7.1 NOÇÕES GERAIS

Interpretar a Constituição é um dos grandes temas da atualidade. O Supremo Tribunal Federal, em diversas decisões, revelou que este é o tema nuclear contemporâneo.

A interpretação constitucional é, nos nossos dias, um dos maiores desafios colocados para o aplicador do Direito e um dos campos mais fecundos e prioritários do labor científico dos juristas. (BULOS, 2011, p.437).

Por hermenêutica constitucional entende-se o estudo de princípios, fatos, e compreensão dos institutos da Constituição a fim de adequá-los perante a sociedade.

Discute-se entre alguns estudiosos se existem métodos próprios para se interpretar a Constituição, ou se são utilizados os mesmos métodos clássicos utilizados para a interpretação das demais leis.

Ora, interpretar a Constituição não é o mesmo que interpretar as demais leis infraconstitucionais. Para tanto, majoritariamente entende-se que são necessárias regras, métodos e princípios próprios.

Em sentido diverso, encontramos o estudo de Ernest Forsthoff, no qual se baseou Uadi Lammêgo Bulos, para o qual “inexiste uma interpretação especificamente constitucional, ou seja, o exercício mental para se interpretar a

constituição não difere daquele que fazemos para extrair o sentido e o alcance das leis comuns” (BULOS, 2011, p. 439). No entanto o autor se inclina ao reconhecimento que este entendimento não é majoritário.

Neste trabalho será adotado o entendimento segundo o qual é possível e, muitas vezes, necessário, para se interpretar a Constituição, se utilizar dos métodos clássicos de interpretação utilizados para leis comuns. No entanto, há que se reconhecer a existência de princípios próprios de interpretação constitucional que são aplicáveis apenas à interpretação da Constituição. Sem embargo, todas as demais técnicas, métodos, critérios e princípios de interpretação também são aplicáveis à interpretação constitucional, não existindo somente um caminho, mas vários.

Inexiste um só caminho para interpretar a *lex mater*. Os problemas constitucionais, oriundos da experiência jurídica são infinitos. Não há como milimetrá-los, imprimindo-lhes exatidão, elegendo este ou aquele método como o único possível ou viável. Por isso, em matéria de interpretação constitucional, não há método, princípio ou técnica por excelência. Tudo é bem vindo. Dos artifícios tradicionais aos modernos. (BULOS, 2011, p.444)

Imperioso esclarecer neste momento que qualquer preceito constitucional precisa ser interpretado, mesmo aqueles ditos claros, pois para saber que são claros, necessariamente passam por uma análise interpretativa do seu intérprete.

Por mais que os artigos, parágrafos, incisos e alíneas de constituição sejam claros, é necessário que sejam interpretados. O aforismo latino *in claris non fit interpretatio* (nas coisas claras não se faz interpretação) encontra-se desprovido de sentido no panorama das constituições de nosso tempo, pois nem sempre a inveterada subserviência ao conteúdo gramatical das normas constitucionais consegue dirimir os problemas da vida. (BULOS, 2011, p.437).

Uadi Lammêgo Bulos propõe métodos modernos de interpretação constitucional, baseando-se, para tanto, no estudo de diversos filósofos do tema. Segundo este autor, estes métodos modernos nada mais são do que uma releitura de velhos artifícios hermenêuticos, para se adaptarem às Constituições modernas

de caráter elástico, amplo, detalhista e minudente, a exemplo da brasileira de 1988. (BULOS, 2011, p.448-449).

Método tópico-problemático – propõe a descoberta mais razoável para a solução de um caso jurídico concreto, considerando a constituição um sistema aberto de regras e princípios. Parte do caso concreto para a norma (Theodor Viehweg). **Método hermenêutico-concretizador** – busca suprir deficiências normativas, preenchendo, se necessário for, lacunas constitucionais. Ao contrário do método tópico, que parte do caso concreto para a norma, o hermenêutico-concretizador parte da constituição para o problema, valendo-se das pré-compreensões do intérprete sobre o tema (pressupostos subjetivos), o qual atua como se fosse um mediador entre a norma e o caso concreto, que brota da realidade social (pressupostos objetivos). O intérprete, nesse método, atua num verdadeiro círculo hermenêutico, porque seu pensamento “vaivém”, até encontrar a saída para o problema (Hans-Georg Gadamer). **Método científico-espiritual** – as constituições devem ser interpretadas de modo elástico e flexível, para acompanhar o dinamismo do Estado, que é um fenômeno espiritual em constante transformação (Rudolf Smend). **Método normativo-estruturante** – o intérprete constitucional não pode separar o programa normativo, inserido nas constituições, da realidade social (Friedrich Müller); e **Método da comparação constitucional** – alia os métodos gramatical, lógico, histórico e sistemático, propostos por Savigny, ao Direito Comparado, de modo a buscar em vários ordenamentos jurídicos a melhor direção interpretativa das normas constitucionais de um Estado. Assim, ter-se-ia um quinto método de exegese (Peter Häberle). (BULOS, 2011, p.448)

7.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À HERMENÊUTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

7.2.1 Noções Gerais

Entende-se predominantemente que norma jurídica é gênero, da qual são espécies as regras e os princípios. Entende-se por princípios os expressos e os implícitos.

É cediço que os princípios possuem enorme importância para o direito. É tão importante que Celso Antonio Bandeira de Mello considera que ferir um princípio é mais grave do que ferir uma regra:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. Eis porque: violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, 2009, p.53)

Usando-nos brevemente dos estudos realizados por Robert Alexy, sobre a diferença de regras e princípios, verificamos que:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas existentes. São mandamentos de otimização, podendo ser cumpridos em diferentes graus, sendo que a medida de seu cumprimento não depende exclusivamente das possibilidades materiais, mas também das possibilidades jurídicas, que é determinado pelos princípios e regras em oposição. As regras, ao contrário, são normas somente podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra é válida, então se há de fazer exatamente o que ela exige: nem mais, nem menos. Logo, as regras são determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa, e não de grau, e que toda norma é uma regra ou um princípio (ALEXY apud GRAU, 2002, p.161).

Os princípios, portanto, são postulados fundamentais que inspiram a elaboração das normas jurídicas, que por sua vez são editadas em consonância com os princípios. São premissas, postulados éticos que orientam a elaboração, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas.

Esses princípios, às vezes, encontram-se contidos numa norma. A norma que contém um princípio é denominada de norma diretiva, exercendo importante papel na hermenêutica, pois na dúvida acerca da adoção de uma ou outra interpretação, o hermeneuta deve adotar a exegese que mais atenda ao princípio contido na sobredita norma. “Entende-se que a interpretação das regras contempladas na Constituição é determinada pelos princípios” (GRAU, 2002, p.138).

Salienta-se, porém, que diversos princípios encontram-se implícitos, guardando valores fundamentais da ordem jurídica.

A doutrina estabeleceu “princípios instrumentais da interpretação”, muito importantes por servirem como postulados da interpretação constitucional que podem ser extraídos da Carta Magna de 1988. Não possuem caráter normativo, não sendo, pois, obrigatórios, mas tão apenas possuem a função de orientar a interpretação da Constituição. São, portanto, princípios implícitos, que servem de norte para o desenvolvimento do processo hermenêutico.

7.2.2 Princípio da Unidade da Constituição (art.9º da Constituição da Tchecoslováquia)

Também conhecido como princípio hierárquico-normativa da constituição, compreende a Constituição como sendo uma unidade, assim considerada em seu conjunto, no seu todo.

Por este princípio não há que se falar em hierarquia de uma norma constitucional sobre a outra, que, em caso de confronto num caso prático, deverão ser harmonizadas.

Pode-se, para isso, reduzir ou ampliar o alcance de seus preceitos, mas sempre buscando, num caso concreto o respeito aos seus princípios, valores e ao fim buscado pela norma.

Pela unidade da constituição, o texto maior não comporta hierarquia entre suas próprias normas, pois o que se busca, por seu intermédio, é o todo constitucional, e não preceitos isolados ou dispersados entre si. Por isso, no caso de confrontos normativos, a palavra de ordem é apaziguar os dispositivos conflitantes do sistema. (BULOS, 2011, p.449).

O Supremo Tribunal Federal, em diversas decisões tem aplicado o princípio da unidade da constituição, assim dispondo:

Os postulados que informam a teoria do ordenamento jurídico e que lhe dão o necessário substrato doutrinário assentam-se na premissa fundamental de que o sistema de direito positivo, além de caracterizar uma unidade

institucional, constitui um complexo de normas que devem manter entre si um vínculo de essencial coerência. (STF, 1,^a T., RE 159.103-0/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v.u. decisão de 11-10-1994, DJU de 4-8-1995, p.22493)

Neste diapasão, a Corte Suprema não aceita a tese da hierarquia entre normas constitucionais, isto é, a teoria das normas constitucionais inconstitucionais criadas pelo professor alemão Otto Bahoff.

Neste sentido:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impõe ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido. (STF, Pleno, ADIn 815-3/RS, Rel. Min. Moreira Alves, decisão de 20-3-1996, DJ, 1, de 10-5-1996, p.153).

Portanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite a tese de normas constitucionais originárias serem consideradas inconstitucionais, mas apenas admite controle de constitucionalidade de normas constitucionais derivadas.

Assim, se normas constitucionais se conflitarem ou princípios constitucionais se colidirem, devem ser compatibilizados, em obediência ao princípio da unidade constitucional.

7.2.3 Princípio da Concordância Prática (ou Harmonização)

Este princípio, construção do eminente jurista alemão Konrad Hesse, visa harmonizar as normas constitucionais, evitando sacrificá-las diante da análise de um caso em concreto. Evita, portanto, colisão entre direitos e garantias fundamentais. Assim, quando da análise de um caso em concreto se verifica que normas constitucionais devem ser harmonizadas. E para não sacrificá-las, o interprete deverá fazê-lo, sob o manto da ponderação de interesses.

O princípio da concordância prática tem como meta coordenar, harmonizar e combinar bens constitucionais conflitantes, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros. [...] E, nos ordenamentos que possuem constituições grandes, conflitivas e repetitivas, como o nosso, referido princípio é muito importante, porque serve para evitar colisões entre direitos e garantias fundamentais. (BULOS, 2011, p.450)

Neste sentido:

TJ MG: TUTELA INIBITÓRIA – DIREITOS DA PERSONALIDADE – HONRA – LIBERDADE DE EXPRESSÃO E MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO – **PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA OU DA HARMONIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**. O objetivo da tutela inibitória é impedir, inibir ou coibir o ato ilícito de modo que este não cause sequer lesão ao direito de seu titular ou, se já ocorreu o dano, que ele não se alastre ou amplie. Em face da colisão entre direitos fundamentais, em consonância com o Princípio da Concordância Prática ou da Harmonização das normas constitucionais deve-se analisar, no caso concreto, qual deve ser aplicado. Os direitos à liberdade de expressão e manifestação do pensamento devem ser exercidos de maneira razoável, cabendo à responsabilização daqueles que dele abusam. (TJ-MG AC 10024082537861001 Relator: Alexandre Santiago julgamento 03/07/2013). (grifo nosso)

TJ PR: PREQUESTIONAMENTO - INTELIGÊNCIA DO ART. 655-A DO CPC - MEDIDA EXCEPCIONAL - MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ANTERIOR - INTERPRETAÇÃO SEGUNDO O PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA E DA HARMONIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO . RECURSO REJEITADO. Mesmo com o advento do art. 655-A do CPC , é inegável que o conflito entre o direito à efetividade (art. 5º , LXXVIII da CF) e à privacidade (art. 5º , X da CF) ainda permanece vivo, já que, na verdade, a norma em comento agora vigente apenas positivou o que na prática já vinha ocorrendo, daí porque, em tese, não há nenhuma razão de fato ou de direito para não dar à hipótese fática ora questionada o mesmo tratamento que até então a ela se dava, no sentido de que as informações que estão sob sigilo legal só devam ser requisitadas excepcionalmente, dependendo, assim, do caso concreto. Portanto, o sigilo só poderá ser quebrado em havendo necessidade de preservar um outro

valor com status constitucional, que se sobreponha ao interesse na manutenção do sigilo. (TJ PR Processo 425456602 Relator: Fernando Wolff Filho. Julgamento 21/11/2007) (grifo nosso)

7.2.4 Princípio da Eficácia Integradora (ou Efeito Integrador)

Esse princípio trata de uma releitura do método sistemático.

Ele se consubstancia no fato de que a Constituição Federal não deve ser interpretada em tiras, em pedaços, separadas do todo.

Assim os textos devem ser interpretados considerando o direito como um todo, o sistema jurídico em seu conjunto, com todas as suas regras e seus princípios.

Mediante esse princípio, o intérprete desenvolve um raciocínio eminentemente crítico e global da constituição, para dela extrair a verdadeira finalidade de suas normas. O princípio do efeito integrador prioriza a integração política e social do Estado, reforçando, assim, a sua unidade política. (BULOS, 2011, p.450)

Portanto o texto deve ser considerado em relação a sua posição que ocupa em relação a todo ordenamento jurídico, considerando, assim, ordenamento jurídico como um todo..

“A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição” (GRAU, 2002, p.113)

Este princípio remete-nos à assertiva descrita em 2ª Carta aos Coríntios 3, 6: “porque a letra mata, mas o espírito vivifica”.

Neste sentido, está implícito este princípio em alguns acórdãos do Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido:

Ao apreciar globalmente o Texto de 1988, a Corte decidiu, em tema de revisão salarial, que o Judiciário poderia corrigir a inconstitucionalidade de uma discriminação, nulificando critérios diferenciadores, quando a lei estabelecesse privilégios para uma pessoa. Do contrário, atentar-se-ia

contra a finalidade do princípio constitucional da isonomia. (CF, art. 5º caput) (STF, Pleno, ROMS 22.307-7/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 19-2-1997).

7.2.5 Princípio da Força Normativa da Constituição

Este princípio proclamado por KONRAD HESSE em sua obra *A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft Der Verfassung)* estabelece a necessidade de uma interpretação que assegure maior eficácia, aplicabilidade e estabilidade às normas constitucionais.

Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). (HESSE, 1991, p.19)

“Por seu intermédio, é dado ao intérprete atualizar os preceitos constitucionais, tornando-os efetivos e estáveis; afinal, eles possuem força normativa, devendo ser cumpridos e aplicados” (BULOS, 2011, p.451).

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a importância deste princípio, conforme enunciado abaixo:

Cabe destacar, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de ‘guarda da Constituição’ (CF, art.102, caput), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido analisado, com

particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema: 'A interpretação do texto constitucional pelo STF deve ser acompanhada pelos demais Tribunais. A não observância da decisão desta Corte debilita a **força normativa da Constituição**' (RE 203.498-AgR/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes) (STF, Recl. 2986-MC/SE, Rel. Min. Celso de Mello, decisão de 11-3-2005). (grifo nosso)

7.2.6 Princípio da Máxima Efetividade

Este princípio tem por finalidade garantir a máxima eficácia social ou efetividade às normas constitucionais. Assim, a interpretação constitucional, diante da análise de um caso concreto deve possibilitar a aplicação prática de seus preceitos, de modo a torná-los efetivos.

Também chamado de princípio da eficácia interpretativa ou da interpretação efetiva, seu objetivo é imprimir eficácia social ou efetiva às normas constitucionais, extraindo-lhes o maior conteúdo possível, principalmente em matéria de direitos fundamentais. A palavra de ordem é conferir às normas uma interpretação que as leve a uma realização prática, fazendo prevalecerem os fatos e os valores nelas consignados. (BULOS, 2011, p.451)

Neste sentido é o julgamento dado pelo Supremo Tribunal Federal:

STF: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO RESCISÓRIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343. Inaplicabilidade da Súmula 343 em matéria constitucional, sob pena de infringência à força normativa da Constituição e ao **princípio da máxima efetividade da norma constitucional**. Precedente do Plenário. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF AI 555806 MG. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento 01/04/2008). (grifo nosso)

7.2.7 Princípio da Razoabilidade (ou Proporcionalidade)

“Este ‘princípio’ considera que toda e qualquer interpretação constitucional deve considerar o bom senso, a prudência, a moderação, imprescindíveis à exegese e de toda e qualquer norma constitucional” (BULOS, 2011, p.451).

Cabe observar que há divergências doutrinárias em relação a chama-lo de ‘princípio’ da razoabilidade ou da proporcionalidade. Isso porque muitos estudiosos entendem que não se trata de um princípio, mas de um comando, um postulado normativo a orientar a interpretação/aplicação do direito. Ou seja, não há possibilidade de seu conteúdo normativo ser modificado no caso de entrelchoque com outros princípios. Neste trabalho será adotado este entendimento.

A máxima da razoabilidade ou da proporcionalidade (ou princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, a depender da doutrina que se adote) foi extraída como critério hermenêutico pelos norte-americanos do *due of process of Law* e hoje está expressamente previsto na Carta da República em seu artigo 5º,

LIV. Ele é uma garantia aos cidadãos, dispondo que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal

Neste sentido:

A norma legal que concede a servidor vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa (gratificação de férias) ofende o princípio da razoabilidade. (STF, ADIn 1.158-8/AM, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 26-5-1995).

A razoabilidade ou proporcionalidade, no entanto, não se resume em apenas um comando normativo. Ele acaba sendo norteador de todo sistema jurídico. Assim, só haverá respeito ao devido processo legal se todas as demais regras e demais princípios previstos no ordenamento jurídico forem respeitados, devendo ser garantida a aplicação de todos eles conjuntamente.

7.2.8 Princípio da Conformidade (ou da Justeza Constitucional)

A Interpretação conforme a Constituição além de um critério de exegese constitucional é também uma técnica de controle de constitucionalidade.

Significa dizer que as leis, os regulamentos e a ordem infraconstitucional como um todo devem ser interpretados de forma a serem compatibilizados com a Constituição Federal.

A eficácia interpretativa descreve de forma simplificada, a possibilidade de exigir do Judiciário que os comandos normativos de hierarquia inferior sejam interpretados de acordo com os de hierarquia superior a que estão vinculados. Isso acontece, *e.g.*, entre leis e seus regulamentos e entre a Constituição e a ordem infraconstitucional como um todo. Não se trata apenas de verificar a validade da norma inferior em face da superior, mas de selecionar, dentre as interpretações possíveis da norma hierarquicamente inferior, aquela que melhor realiza a superior. (BARCELLOS, 2011, p.96-97)

Neste sentido:

Em matéria de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, admite-se, para resguardar dos sentidos que eles podem ter por via de interpretação, o que for constitucionalmente legítimo - é a denominada interpretação conforme a Constituição (STF, Pleno, ADIn 1.344-1ML/ES Re. Min. Moreira Alves, DJ, 1 de 19.04.1996, p.12212).

Ou seja, qualquer interpretação dada pelo Judiciário, não poderá confrontar, colidir, ferir a Constituição Federal. Portanto, o intérprete deverá selecionar dentre as diversas interpretações possíveis àquela que melhor realize a vontade de Constituição.

Note-se que foi dito que o intérprete deverá fazer uma escolha interpretativa. Assim, se depende de uma escolha, é porque existe mais de uma possibilidade.

Portanto, neste ponto é importante consignar que qualquer interpretação feita pelo intérprete da norma, para então poder aplicá-la, como no caso, por exemplo, do juiz, a interpretação poderá conduzi-lo a um caminho tortuoso, obscuro e por muitas vezes confusos, já que dependerá de uma escolha. Sim porque o Direito é uma ciência humana, e como próprio de tais ciências nada é absoluto, nenhum

entendimento é direcionada apenas em um único sentido, havendo divergências e possibilidades diferentes sobre os mais variados assuntos.

Nesta linha de raciocínio, o intérprete da norma, dentre as várias normas possíveis a serem aplicadas, deverá escolher uma. E dentre os vários fatos colocados a seu julgamento ele deverá escolher qual será o determinante para a sua decisão. A escolha de tais elementos poderá ser determinante para o resultado final. Aliado a isso não podemos nos olvidar que o aplicador da norma carrega consigo experiência pessoais, conceitos, valores, opiniões das quais certamente o irá influenciar em todos os momentos de sua vida e inclusive em suas decisões.

Portanto, sejam nos casos clássicos de subsunção, sejam nos casos de ponderação, deverá o intérprete respeitar limites interpretativos orientadores do sistema jurídico como um todo, ou seja, os princípios constitucionais, para não incorrer em abusos, arbitrariedades, resultando em afronta ao Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, ainda que não seja possível eliminar essa partícula volitiva e indeterminada da interpretação jurídica, e talvez nem fosse aconselhável fazê-lo, é certamente necessário algum tipo de balizamento que limite esse elemento do processo interpretativo, sob pena de frutar-se a realização dos valores constitucionais pela substituição da concepção de Estado e de direito escolhida pela assembleia constituinte por aquela individualmente adotada pelo intérprete – a despeito de sua consagração em texto positivo e de todas as sofisticadas técnicas de interpretação. A conclusão é que os princípios constitucionais deverão de funcionar como essas balizas, tendo em conta a modalidade interpretativa da eficácia jurídica que se lhes atribui. (BARCELLOS, 2011, p.101).

É claro que o intérprete estará vinculado a sua escolha. Ou seja, assim como a fundamentação de toda decisão judicial prevista no artigo 93, IX da Constituição Federal vincula o magistrado, obrigando-o a demonstrar o caminho e o raciocínio percorrido para se aplicar esta ou àquela decisão, bem como qual a norma aplicável ao caso concreto; a escolha de um ou de outro princípio, de um ou de outro fato, obrigará o magistrado a demonstrar as razões e motivos de sua escolha que o levaram a percorrer determinado caminho trilhado em busca de sua decisão final.

É claro que os princípios constitucionais, por sua relativa indeterminação (verificada uma vez ultrapassado o seu núcleo básico), oferecem ainda uma margem considerável de subjetividade, o que, todavia, não reduz a importância de seu papel interpretativo. O intérprete deverá demonstrar explicitamente a adequação de suas opções tendo em vista o princípio constitucional pertinente à hipótese. Por mais vago que um princípio possa se apresentar em determinadas circunstâncias, a escolha interpretativa deverá estar vinculada a ele de forma expressa, ao sentido que o intérprete atribua ao princípio naquele momento, e não a quaisquer outras circunstâncias, muitas vezes não declaradas. (BARCELLOS, 2011, p.102).

Neste sentido:

Em suma: o princípio da interpretação conforme a constituição, ao reduzir a expressão semiológica do ato impugnado a um único sentido interpretativo, garante, a partir de sua concreta incidência, a integridade do ato do Poder Público no sistema de direito positivo. Essa função conservadora da norma permite que se realize, sem redução do texto, o controle de sua constitucionalidade (STF, ADIn 581/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 12.8.1992, voto do Ministro Celso de Mello, RTJ, 144:146).

Portanto, a interpretação conforme visa à preservação da norma, ou seja, compatibilizando-a com a Constituição Federal, evita-se a declaração de sua inconstitucionalidade.

Podemos observar, pois, que o princípio da conformidade constitucional funciona como paradigma de controle, usado para evitar interpretações inconstitucionais, que desrespeitem, implícita ou explicitamente, a forma e a substância das constituições. Seu escopo maior, portanto, é combater o cancro da interpretação inconstitucional de preceitos constitucionais. (BULOS, 2011, p.452)

Importante neste momento considerar que referido princípio “interpretação conforme” não pode servir para exegeses absurdas ou deturpadas, de forma a alterar o sentido original da norma. Não pode, portanto, querer o intérprete utilizar de tal princípio para “salvar” a lei, utilizando-se para tanto teses *contra legem*.

O objetivo da técnica é, respeitados os limites semânticos dos textos, preservar a supremacia das normas constitucionais ao mesmo tempo em que observa a deferência que merecem as opções do Legislativo e do Executivo. Nesse sentido, a técnica da interpretação conforme a Constituição consiste em buscar, para um determinado dispositivo infraconstitucional, uma interpretação plausível e alternativa, apta a compatibilizá-lo com a Constituição. (BARCELLOS, 2011, p.104)

Não é dado, igualmente, aos juízes a possibilidade de usar tal princípio como um mecanismo disfarçado de legiferação. Neste sentido o Supremo Tribunal Federal já se posicionou, vedando ao Judiciário se posicionar como se fosse o próprio Poder Legislativo:

Por isso, se a única interpretação possível contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme à constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo. No caso, não se pode aplicar a interpretação conforme à constituição, por não se coadunar essa com a finalidade inequivocamente colimada pelo legislador, expressa literalmente no dispositivo em causa, e que dele ressalta pelos elementos da interpretação lógica. (STF, Pleno, Repr. 1.417-7, Rel. Min. Moreira Alves, v.u., j. em 9.12.1987)

Não foi o que ocorreu, no entanto, no caso em que a Corte Suprema conferiu status jurídico-familiar às uniões homoafetivas.

Veja o julgado da Suprema Corte:

Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir interpretação conforme a Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME)”. RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADI 4277/DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011)

Ora, é cediço que existe em nosso ordenamento jurídico comandos principiológicos que devem orientar a interpretação e a aplicação da norma. É o caso, por exemplo, do Princípio da Dignidade da Pessoa humana, tendo previsão legal no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal sendo considerado um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Desta feita, deverá o intérprete da norma levar em consideração tal comando normativo na oportunidade de se interpretar uma determinada norma.

E mais: se fôssemos retomar aos estudos realizados por Friedrich Carl Von Savigny, verificaremos que este estudioso levava em consideração, no momento da interpretação da norma, o contexto histórico vigente. Ele considerava que a lei poderia estar sempre defasada, porque a sociedade é dinâmica e o Direito é estático. E para que a lei pudesse acompanhar a evolução social, deveria ser aplicada uma interpretação histórica, acompanhando o contexto social vigente, não precisando ser alterada a letra da lei, mas somente adaptar a interpretação dada a ela. Assim, deve-se aplicar o direito segundo a norma histórica, a nova concepção histórica dos institutos compreendidos na contemporaneidade. Portanto, “o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo, considerando o direito como um todo, e não apenas um determinado texto normativo” (GRAU, 2002, p.32).

Sobre a interpretação conforme, a Suprema Corte firmou seguinte entendimento:

O mesmo ocorre quando a Corte dessa natureza (constitucional), aplicando a interpretação conforme à constituição, declara constitucional uma lei com a interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna, pois, nessa hipótese, há uma modalidade de inconstitucionalidade parcial (a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto), o que implica dizer que o tribunal constitucional elimina – e atua, portanto como legislador negativo – as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição (STF, Pleno, Repr. 1.417-7, Rel. Min. Moreira Alves, v.u. j. em 9.12.1987, DJ de 15.4.1988, RTJ, 126:48)

Importante, ainda, destacar que a “interpretação conforme” tem eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, nos termos do artigo 28, parágrafo único da Lei 9868/99.

8 TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

8.1 NOÇÕES GERAIS

As técnicas de interpretação constitucional são ferramentas criadas para a finalidade de socorrer o intérprete da norma. Elas ajudam na interpretação de casos difíceis (*hard cases*), sendo nada mais do que um aprimoramento das técnicas clássicas de interpretação.

Por isso é que estas técnicas visam abrandar o formalismo estéril e o simples silogismo clássico (...). Embora sejam verdadeiros cânones de interpretação constitucional, não equivalem a princípios (...). Constituem um aprimoramento da própria interpretação sistemática, superando-a em muitas situações. (BULOS, 2011, p.453).

8.2 TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE VALORES (OU INTERESSES)

Nesta técnica, tendo como defensor Robert Alexy, o intérprete deve, diante de um caso em concreto e verificando a ocorrência de bens, princípios constitucionais em conflito, avaliar qual deverá prevalecer naquela situação. Ou seja, não existe hierarquia de bens ou de princípios constitucionais, somente diante da análise de um caso em concreto é que se poderá verificar qual deverá preponderar.

À vista da situação prática, o intérprete analisa qual o bem deve ceder perante o outro, sempre buscando o resultado socialmente desejável. O exegeta faz concessões recíprocas, sacrificando determinado princípio a fim de priorizar o interesse mais racional para reger o caso concreto. (BULOS, 2011, p.453)

É cediço que o método clássico de interpretação das normas se opera por via da subsunção, que como visto acima se trata de adequar a premissa maior à premissa menor para se chegar a uma decisão final.

No entanto, muitas vezes a técnica clássica da subsunção não é suficiente para solução de um caso concreto, onde o que se verifica não é a incidência de regras em conflito, mas de valores, bens, princípios.

Do ponto de vista metodológico, porém, a ponderação é exatamente a alternativa à subsunção, quando não for possível reduzir o conflito normativo à incidência de uma única premissa maior. Isso é o que ocorre quando há diversas premissas maiores igualmente válidas e vigentes, de mesma hierarquia e que indiciam soluções diversas e contraditórias. Nesse contexto, a subsunção não tem elementos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes: sua lógica de funcionamento tentará isolar uma única premissa maior para o caso, o que não será possível. (BARCELLOS, 2005, p.31-32)

Portanto, muitas vezes, o método da subsunção não se revela suficiente para resolver um problema prático, devendo o intérprete se socorrer da ponderação.

É bem verdade que existem muitas críticas a respeito da utilização da referida técnica, tanto de autores que defendem o seu uso quanto dos autores que são contra a sua utilização. Pautam-se as críticas principalmente no fato de as decisões que se utilizam desta técnica, serem baseadas em excessivos subjetivismos, dando lugar, portanto, às arbitrariedades e voluntarismos, transmudando o Estado de Direito em “Estado de Ponderação”.

Ana Paula de Barcellos reconhece “que de fato a ponderação enseja excessiva subjetividade e não dispõe de mecanismos que previnam o arbítrio” (BARCELLOS, 2005, p.53). Mas esta autora se inclina ao entendimento segundo o qual “a despeito de todos os inconvenientes, os conflitos normativos (...) de fato existem, é preciso solucioná-los e não há outra maneira de fazê-lo a não ser por meio da ponderação” (BARCELLOS, 2005, p.55).

Conforme salienta Luís Roberto Barroso apud José Fábio Rodrigues Maciel:

Em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia

que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas. (BARROSO apud MACIEL, 2012, p.91).

A ponderação é sim uma técnica que utiliza principalmente uma análise subjetiva do intérprete. Mas este não é um argumento suficiente para que tal técnica não seja aplicada, já que todas as técnicas interpretativas se valem do subjetivismo do intérprete.

No entanto, é claro que tal operação ponderativa deverá se socorrer dos limites impostos pela própria Carta Constitucional, bem como da proporcionalidade, da razoabilidade e de todos os demais princípios, valores previstos na Magna Carta de 1988.

8.3 TÉCNICA DA OPTIMIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Optimização de princípios é a técnica que permite ao intérprete extrair o que existe de melhor na substância das disposições constitucionais.

Os princípios constitucionais são passíveis de uma exegese otimizada, pelo simples fato de que o exegeta deve buscar a melhor saída para descortinar o sentido mais profundo das constituições. Ao observar os condicionamentos fáticos e jurídicos que envolvem o problema concreto, cumpre-lhe balancear valores e interesses conflitivos, ponderando, harmonizando e realizando a vontade de constituição. (BULOS, 2011, p.457)

Segundo o Pretório Excelso, ao analisar este princípio concluiu:

Quando se tratar de matéria tributária, impõe-se, ao Estado, no processo de elaboração das leis, a observância do necessário coeficiente de razoabilidade, pois, como se sabe, todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do '*substantive due process of law*' (CF, art.5º, LIV), eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se

como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade matéria dos atos estatais, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (STF, RE 374.981/RS, Rel. Min. Celso de Mello, decisão de 28-3-2005).

Portanto, diante da análise do concreto, o intérprete procura uma interpretação que melhor atenda a “vontade de constituição”, tornando ótimo o conteúdo dos princípios, ampliando, reduzindo, harmonizando e compatibilizando os interesses em disputa.

8.4 TÉCNICA DA FILTRAGEM CONSTITUCIONAL

Esta técnica, concebida em 1938 pelo penalista italiano Arturo Santoro, compreende a técnica de que toda norma jurídica deve ser interpretada à luz da Constituição.

Essa técnica serve para evitar incompatibilidades entre o velho ordenamento e o novo texto maior, preservando a superioridade hierárquica das normas supremas do Estado. Saber se o direito infraconstitucional posterior ao advento de uma nova constituição está em consonância com ela. Interpretar e reinterpretar os institutos dos diversos ramos do Direito à luz da carta maior. Combater o cancro da inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos, extirpando excesso de condutas alheias ao fiel alcance dos preceitos e ditames constitucionais e realizar a tábua de valores depositadas nas constituições. (BULOS, 2011, p.457)

Filtrando valores constitucionais, o Supremo Tribunal Federal tem asseverado:

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Motivos de relevante interesse público, ou exigências derivadas do princípio da convivência das liberdades, legitimam, mesmo de modo excepcional, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, observados os termos previstos na Constituição. (STF, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ, 173:807-808).

Portanto, conforme visto acima, devem ser utilizados para interpretar a Constituição, além das técnicas clássicas, utilizadas conjuntamente, outros métodos como os princípios constitucionais expressos e implícitos, como por exemplo, os vistos acima.

Assim, como o exegeta não é um robô, uma máquina, destituído de vontade, a norma jurídica (dever ser) será o produto da sua interpretação realizada sobre os textos legais, considerando os elementos da realidade (ser), seus aspectos históricos, políticos sociais e econômicos.

9 CONCLUSÃO

Este trabalho procurou inicialmente situar o leitor no momento histórico em que se encontra a discussão sobre o tema proposto.

Propôs, então, uma exposição desde a fase do chamado Constitucionalismo primitivo, onde se verificava a existência de um documento simples que conferia poderes ao soberano, independentemente de impor limites a esses poderes. Desde a fase do chamado neoconstitucionalismo, movimento teórico, onde se verificou a possibilidade de realizar uma reavaliação da interpretação constitucional, possibilitando a concretização ao máximo dos chamados princípios constitucionais, como, por exemplo, o da dignidade da pessoa humana, com o entendimento de que os princípios precisam ser respeitados e aplicados como normas.

Assim, antes de adentrar propriamente à exposição do tema hermenêutica jurídica, se buscou fazer uma análise do geral para particular, ou seja, discorrer primeiramente sobre a etimologia da palavra hermenêutica seu conceito e a discussão a respeito da diferença entre interpretação e aplicação. Chegou-se, portanto, à conclusão que qualquer pessoa pode e deve interpretar os textos legislativos, bem como aplica-los no seu dia –a –dia, ou seja, obedecê-los. Já que ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece (art.3º, LINDB). No entanto, somente o juiz pode transformar esta interpretação em norma de decisão, ou seja, somente a ele caberá aplicar a lei a um caso concreto, caso seja provocado a fazê-lo, em respeito ao princípio a inércia da jurisdição (art.2º, CPC), apenas reproduzindo a norma, e não produzindo, como ocorre com um intérprete quando reproduz a música, ou com o escultor ao esculpir uma pedra.

Posteriormente se procurou expor brevemente alguns posicionamentos filosóficos sobre o tema em análise destacando-se entre eles o considerado “pai da hermenêutica filosófica”, Hans-Georg Gadamer, onde procurou demonstrar que o intérprete da norma, ao ler o texto, deve deixá-lo fluir, em sua própria alteridade. Isso porque o intérprete do texto possui suas próprias opiniões prévias, que podem influenciar naquilo que realmente está escrito.

Portanto ao ser interpretado um texto, o leitor deve deixar suas próprias opiniões prévias de lado, e somente depois de compreender o exato sentido do texto é que deverá confrontar as suas verdades com o real significado do texto.

Em seguida, utilizando-se dos ensinamentos de Friedrich Carl von Savigny, se adentrou aos métodos clássicos de interpretação como gramatical, sistemático, histórico, lógico e teleológico, chegando se à conclusão que eles continuam sendo muito utilizados na contemporaneidade. No entanto eles não devem ser aplicados isoladamente, mas em conjunto.

Abordou-se então, a questão sobre a mutação constitucional, prevalecendo na doutrina o entendimento segundo o qual não há limites ao Poder Constituinte Difuso, podendo ser alteradas inclusive as cláusulas pétreas.

No entanto, não é este o posicionamento adotado neste trabalho. O que se entendeu é que há sim limites ao poder constituinte difuso, como, por exemplo, os direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo toda e qualquer interpretação ser direcionada e fundamentada em total respeito, valores, aos fundamentos, aos princípios aos objetivos da República Federativa do Brasil e aos direitos e às garantias fundamentais.

Adentrando-se ao tema proposto no trabalho, primeiramente urge salientar que existem autores que não consideram princípios próprios de interpretação aplicável à Constituição. No entanto o posicionamento adotado neste trabalho é que além dos métodos clássicos de interpretação devem sim ser consideradas regras próprias para se interpretar a Constituição Federal. Portanto todos os artifícios hermenêuticos devem ser considerados a fim desvendar os significados das normas constitucionais.

Primeiramente procurou-se discorrer sobre o princípio da unidade de Constituição, verificando que a Constituição é considerada com um todo único, não havendo hierarquia de normas sobre outras, sendo rechaçada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a teoria das normas constitucionais inconstitucionais de Otto Bahoff.

No entanto, este trabalho adota referida teoria. Explico. Não é possível considerar em um Estado Democrático de Direito a possibilidade de não haver limites ao poder constituinte originário. Sob pena de se subverter toda a ordem

criada por anos na sociedade. Nesta linha de raciocínio deve sim haver limites, e este limite são os chamados direitos naturais, superiores, suprapositivos, limitadores de reformas que sejam destinadas a corromper valores conquistados por normas democraticamente construídas.

Discorreu-se ainda sobre alguns princípios orientadores da atividade hermenêutica, como o princípio da concordância prática ou harmonização, princípio da eficácia integradora ou efeito integrador, princípio da força normativa da Constituição, princípio da máxima efetividade, princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, princípio da conformidade ou da justeza constitucional. Além de algumas técnicas utilizadas para a interpretação constitucional como a técnica da ponderação de valores ou interesses, técnica da otimização de princípios e a técnica da filtragem constitucional.

Portanto foram identificados critérios interpretativos relacionados à Constituição Federal de 1988 que estão sendo utilizados por alguns Tribunais em determinadas decisões nos dias atuais a fim de se analisar se está ocorrendo uma interpretação efetiva que atenda aos anseios sociais de justiça e foi verificado que a interpretação constitucional deve ser realizada conforme o contexto histórico vigente, adaptando seus preceitos, seus vocábulos, seus valores à realidade que o intérprete do texto vivencia naquele momento, aplicando os princípios vistos acima, aliados aos métodos clássicos de interpretação e tantos outros quando forem necessários.

Assim a ideologia a qual este trabalho adotou é a ideologia que encara a interpretação como um produto de seu tempo. Ou seja, o direito deve se adaptar à realidade vigente. A interpretação deve se afastar da vontade do legislador no momento em que elaborou a norma, cabendo ao intérprete contextualizá-la diante da análise de um caso concreto.

Portanto, na sociedade contemporânea em que vivemos muitas vezes os métodos tradicionais não são suficientes, porque o Direito, as relações sociais são dinâmicas. Exige-se neste contexto que o aplicador da norma se socorra de outros critérios para solução dos conflitos – oposição entre regras, e de outros para solução de colisões – oposição entre princípios (Alexy), como, por exemplo, a ponderação. Assim, verificando-se na prática a ocorrência de colisão entre princípios, deverá, através do sopesamento e da análise de cada

caso em concreto, ser verificado pelo intérprete da norma qual princípio deverá prevalecer, sem que os demais sejam sacrificados.

No entanto, a interpretação das leis, das normas constitucionais não pode significar a violação da própria norma a pretexto de se respeitá-la ou de se cumpri-la, não podendo basear-se em critérios aleatórios ou casuísticos. Portanto, não é dado ao intérprete a realização de juízos de discricionariedade, mas somente de juízos de legalidade.

O tema estudado hermenêutica jurídica está em constante desenvolvimento e muitas mudanças neste cenário devem ocorrer com o passar do tempo e com o avanço das relações sociais. E assim deve ser, porque a realidade é dinâmica e o Direito deve acompanhar esta realidade. A vida é mais rica do que a imaginação do legislador. A realidade é o presente, e o Direito deve se adequar à realidade da vida e não ao contrário. Somente desta forma será possível atender aos anseios sociais de Justiça.

Pois conforme ensinamentos de Eduardo Juan Couture: “Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça!”

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrecht**. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986 apud GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

ASENSI, Felipe Dutra. **Hermenêutica e argumentação jurídica**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **A verdade não tem dono: a ascensão do Judiciário e a indeterminação do Direito no mundo contemporâneo**. Setembro 2014. Disponível em: <<http://jota.info/academia/academia1-a-verdade-nao-tem-dono-a-ascensao-do-judiciario-e-a-indeterminacao-do-direito-no-mundo#.VCFkUwt-fDE.facebook>> Acesso em: 17 out. 2014.

_____. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. In: Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004 apud MACIEL, José Fabio Rodrigues. **Formação humanística em direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BÍBLIA SAGRADA. **Traduzida em português por João Ferreira de Almeida**. Revista e Atualizada no Brasil. 2 ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Atualidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: fundamentos de hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997.

GARAPON, Antonie. **Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997 apud BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

GERBIER, Laurent. Herméneutique. In: BLAY, Michel (Org.). **Dictinonnaire des concepts philosophiques**. Larousse, CNRS Editions, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a intepretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução de Ênio Paulo Giachini; revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante-Schuback. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição** tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, Reimpressão 2002.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009 apud DINIZ, Maria Helena. **Atualidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução francesa da 2ª edição alemã, por Ch. Einsenmann, Paris, Dallonz, 1962.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOEWENSTEIN, Karl. **Political power and the governmental process**. Chicago, 1965 apud BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACIEL, José Fabio Rodrigues. **Formação humanística em direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, Alberto. **Roteiro de hermenêutica. Técnicas para interpretar o direito e construir argumentações jurídicas convincentes**. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. 22ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

_____. **Curso de direito administrativo**. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia: antiguidade e idade média**. São Paulo: Paulus, 2007.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermenêutica**. Petrópolis: Vozes, 1999.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

STERN, Klaus. **Derecho del Estado de la república federal Alemanha**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

VARGAS, Denise Soares. **Mutação constitucional via decisões aditivas**. São Paulo: Saraiva, 2014.