



ACOMPANHAMENTO PLENUS

MAGISTRATURA

SINOPSE DE ESTUDO

- DIREITO CONSTITUCIONAL -
SEMANA 5





SUMÁRIO

7. Hermenêutica Constitucional	4
7.1 Breve História da Hermenêutica Jurídica.	4
7.1.1 Hermenêutica na Idade Média	4
7.1.2 O Início da Racionalidade Hermenêutica	4
7.2 Conceitos Básicos	6
7.2.1 Hermenêutica	7
7.2.2 Interpretação	7
7.2.3 Integração	7
7.2.4 Aplicação	8
7.2.5 Concretização	9
7.3 O que é interpretar?	9
7.3.1 O conceito semântico de norma: texto normativo versus norma	9
7.3.2 Norma como atribuição de sentido	10
7.4 Interpretação Jurídica Clássica e Constituição	11
7.4.1 Gramatical	11
7.4.2 Lógico	13
7.4.3 Sistemático	14
7.4.4 Histórico	15
7.4.4.1 Interpretativismo versus Não Interpretativismo	16
7.4.4.2 Living Constitution	19
7.4.4.3 Para além do Interpretativismo e Não Interpretativismo	20
7.4.5 Teleológico	21
7.4.6 Sociológico	22
7.4.7 Popular	23
7.5 Crise da Interpretação do Positivismo	24



7.5.1 Método Voluntarista do positivismo: a Teoria da Moldura de Kelsen...	24
7.5.2 Crise dos Paradigmas Filosóficos do Objetivismo e do Subjetivismo ..	27
7.6 Crise da Hermenêutica Jurídica Clássica; Reviravolta Linguística; Hermenêutica Filosófica e Pós-Positivismo: o nascimento de uma Nova Hermenêutica Constitucional.	29
7.6.1 Crise da Hermenêutica Jurídica Clássica	29
7.6.2 Filosofia da Linguagem.....	29
7.6.3 Nova Hermenêutica Constitucional	34

REFERÊNCIAS.....	41
-------------------------	-----------



7. Hermenêutica Constitucional

7.1 Breve História da Hermenêutica Jurídica.

Hermenêutica (*hermeneuein*), historicamente, é vista como a Filosofia ou arte da interpretação. A etimologia da palavra remete a Hermes, o mensageiro dos Deuses da mitologia grega, responsável por intermediar a comunicação entre os humanos e as divindades.

Não se deve confundir Hermenêutica com interpretação. A própria etimologia de cada uma dessas palavras ajuda a esclarecer as diferenças conceituais. Hermenêutica está ligada a intermediação do conhecimento e informações entre o emissor e o receptor, tal como Hermes, responsável por intermediar as comunicações, bem como considerado o deus grego inventor da linguagem e da escrita.

Por sua vez, interpretação vem do verbo interpretar, tendo origem latina, da junção das palavras *inter* + *prestes*, o que significa ver nas entranhas, remetendo ao trabalho dos adivinhos, oráculos e feiticeiros que buscavam ver o futuro nas entranhas dos animais.

7.1.1 Hermenêutica na Idade Média

A partir da Idade Média, a Hermenêutica passou a ser vigorosamente utilizada pela religião para a interpretação do texto bíblico. Esta é a fase da Hermenêutica Teológica. Os dois grandes nomes dessa fase foram Agostinho e Aquino, seguidos, posteriormente, pelos hermeneutas do movimento protestante.

7.1.2 O Início da Racionalidade Hermenêutica

A fase da Hermenêutica Teológica perdura até a modernidade, quando se inicia a fase da Racionalidade da Hermenêutica. Alguns autores irão se destacar neste período:

a) *Schleiermacher*: É o nome que marca a ruptura da tradição protestante e da Idade Média. Ele propôs a utilização do método histórico crítico para a análise das escrituras, abandonando a ideia da iluminação divina para compreender os textos bíblicos. Ele define a Hermenêutica como:

“a arte de compreender corretamente o discurso de alguém outro, predominantemente o escrito, e esta é a arte de avaliar corretamente e de constatar, à base de testemunhos e dados suficientes, a autenticidade dos escritos e das passagens”¹.

Schleiermacher cria, assim, uma Hermenêutica que está na transição entre a Hermenêutica Teológica, focada exclusivamente nos textos bíblicos, e Hermenêutica Racionalista, que poderia ser utilizada nas interpretações mais diversas. Para isso, ele desenvolve uma metodologia que se dividia em interpretação em gramatical e técnica. A interpretação gramatical era a mais evidente busca dos sentidos das palavras. A interpretação técnica, por sua vez, se dividia em divinatória e comparativa. A análise divinatória era a busca da vontade do autor do texto, e a análise comparativa era o estudo do contexto em que o autor escreveu o texto interpretado.

¹ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermeneutica e Crítica*. Volume I. Editado e introduzido por Manfred Frank a partir da edição original de Friedrich Lücke. Tradução de Aloísio Ruedell. Ijuí: Editora Unijuí, 2005. P. 87.



b) *Dilthey*: Foi biógrafo de Schleiermacher. Dividiu as ciências em ciências da natureza e ciências do espírito. Segundo ele, o texto deveria ser interpretado pelo contexto de sua época. Ele pretendia libertar a Hermenêutica do psicologismo de Schleiermacher, tornando-a mais objetiva:

“a conexão das ideias, a constituição das alusões, depende da apreensão dos modos de combinação individuais. O ato de levá-los em consideração foi o momento que Schleiermacher introduziu na Hermenêutica. No entanto, ele é divinatório e nunca traz consigo uma certeza demonstrativa”².

Assim, ele propõe uma Hermenêutica específica para as ciências da cultura (humanas), levando em conta: a vivência humana em busca de significados; os valores; a parte em relação ao todo; e o estudo científico da biografia de quem escreve como forma de apreender os intuítos do autor.

A Hermenêutica que decorre das obras de Schleiermacher e Dilthey é nitidamente baseada em “etapas a serem percorridas” até se alcançar o sentido dos textos interpretados, sendo, por isso, chamada de Metodológica. Essa compreensão será fortemente criticada na contemporaneidade, como se pode ver abaixo.

c) *Heidegger*: Após Schleiermacher e Dilthey, surgiram diversas linhas interpretativas de cunho metodológico, ou seja, buscando estabelecer um método para interpretar. Heidegger, todavia, contrapõe-se à noção de método. Entende o autor que as produções culturais não têm um sentido objetivo válido. Tratam-se, na verdade, de instrumentos de manifestação do *Ser*.

Nota de Aprofundamento:

O que é o *Ser*?

Heidegger foi o grande fundador da ontologia contemporânea. Ontologia é o estudo do *ontós*, ou seja, do *Ser*. Com a noção de *Ser*, Heidegger busca exprimir a realidade existencial humana, seja do ponto de vista individual ou comunitário, sempre construída a partir do mundo e do tempo em que se vive. Em outras palavras, o meu *Ser* é quem *sou*, mas eu *sou* determinado pelo mundo em que vivo, pela realidade ao meu redor, pela coletividade em que estou, pelo tempo em que me insiro etc. Uma frase que traduz tal pensamento é a do filósofo perspectivista espanhol Ortega y Gasset: “Eu sou eu e minhas circunstâncias, e se não salvo a elas, não me salvo a mim”³.

Desse modo, cada intérprete perceberia uma abertura diferente do *Ser*. A cultura é a manifestação do *Ser* no mundo. Logo, a Hermenêutica, como produto cultural que é, não teria como ser científica ou epistemológica. A Hermenêutica seria, assim, filosófica ou existencial.

Nesses termos, antes de Heidegger, prevalecia uma Hermenêutica Metodológica, que buscava interpretar os textos de modo científico, aplicando um método para extrair o sentido. Com Heidegger, a ideia de sentido correto do texto deixa de prevalecer, uma vez que a interpretação retira um sentido do texto diferente para cada intérprete em razão das visões de mundo que cada *Ser* carrega.

2 DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. Tradução Marco Casanova. São Paulo: Editora UNESP, 2010. P. 215.

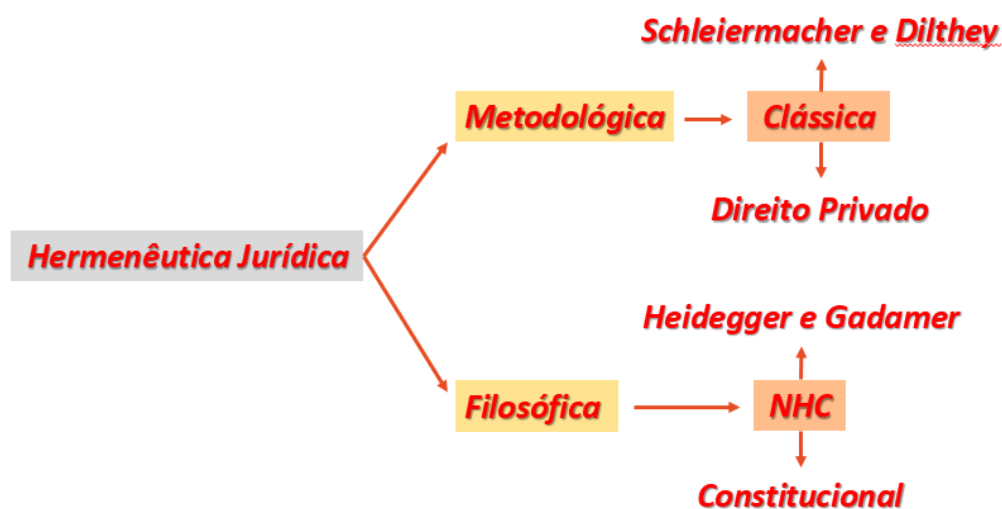
3 “Devemos procurar nossa circunstância, tal e como ela é, precisamente no que tem de limitação, de peculiaridade, o lugar acertado na imensa perspectiva do mundo. Não nos detenhamos perpetuamente em êxtase diante dos valores hieráticos, mas conquistemos nossa vida individual (...). Em suma: a reabsorção da circunstância é o destino concreto do homem. (...) Eu sou eu e minha circunstância, e se não a salvo também não poderei me salvar”. ORTEGA Y GASSET, José. *Ortega y Gasset – Textos Seleccionados*. Tradução: José Gabriel Perissé Madureira. Recife: Fundação Joaquim Nabuco; Editora Massangana, 2010. P. 119.



Heidegger desenvolve ideias fundamentais como pré-compreensão; horizonte de compreensão e círculo hermenêutico. Conceitos utilizados por posteriores estudiosos da Hermenêutica, que serão aprofundados mais adiante.

d) *Gadamer*: Segue a linha da Hermenêutica Filosófica. Para Gadamer, o método não leva à verdade, pois predefine arbitrariamente o que seria a verdade a que se quer chegar. Para Gadamer, a compreensão decorre de um diálogo entre o intérprete e o texto. A compreensão é condicionada por pré-conceitos e pré-juízos. A fusão de horizontes seria a fusão de horizonte do texto com o do intérprete. Desenvolve a ideia de Espiral Hermenêutica.

Exemplificando a evolução da Hermenêutica acima desenvolvida, o esquema abaixo ilustra que a Hermenêutica Metodológica deu origem à Hermenêutica Jurídica Clássica, a qual influenciou principalmente o Direito Privado, enquanto a Hermenêutica Filosófica influenciou fortemente Direito Constitucional, proporcionando o surgimento da Nova Hermenêutica Constitucional. Veja-se:



Heidegger e Gadamer serão melhor estudados adiante.

7.2 Conceitos Básicos

Os conceitos explicados a seguir, de grande relevância para o estudo aqui desenvolvido, serão apresentados com base na lógica da Hermenêutica Jurídica Clássica (de base metodológica). Ressalte-se que, à luz da Hermenêutica Filosófica e da Nova Hermenêutica Constitucional, alguns conceitos básicos divergem da noção apresentada pela Hermenêutica Clássica, o que será visto com minúcias adiante. Por enquanto, todavia, é necessário fixar alguns pontos de partida que gerarão reflexões mais detalhadas na sequência. Vejam-se, então, esses conceitos iniciais:



7.2.1 Hermenêutica

É ciência da interpretação. Segundo Celso Ribeiro Bastos, com base em Emilio Betti, Hermenêutica é “uma ciência do espírito que engloba o estudo da atividade humana de interpretar”⁴. É assim o conjunto de normas e princípios que norteiam a interpretação. Trata-se de um saber teórico. Não se pode confundir a Hermenêutica, que é a ciência, com aquilo que são seus objetos, tratados logo aqui abaixo.

7.2.2 Interpretação

É o processo por meio do qual se busca extrair o sentido de um texto ou de um conjunto símbolos ou signos quaisquer. Tudo que expressa a comunicação humana pode ser interpretado, seja um texto colegial ou uma poesia de Olavo Bilac, um dispositivo legal ou um mapa astral, um quadro de Van Gogh ou uma pichação em uma parede aleatória de uma grande metrópole. Você está interpretando este texto neste exato momento (*assim se espera!*). Interpretar é, pois, “atribuir um sentido ou um significado a signos ou a símbolos, dentro de determinados parâmetros”⁵. É, portanto, o objeto da Hermenêutica.

Interpretar pressupõe um processo por meio do qual se busca determinar qual o *animus*, o contexto, os objetivos daquele que emitiu os símbolos e signos que estão sendo interpretados. No campo jurídico, a interpretação recai eminentemente sobre os dispositivos que enunciam o direito, buscando trazer para o campo consciente tudo o que for possível para compreender a norma que subjaz aquilo que é interpretado.

7.2.3 Integração

Não se concebe, por mais completo que possa ser, que um ordenamento jurídico consiga disciplinar todas as relações jurídicas por meio de dispositivos normativos. A sociedade é dinâmica e se altera independentemente de regulação estatal, pela própria dinâmica da vida, enquanto o Direito, em regra, precisa da articulação de uma série de sujeitos institucionais para que possa cambiar. Por isso, é frequente a existência de relações humanas sem previsão no ordenamento jurídico. Quando surgem conflitos humanos sem regulação normativa prévia no ordenamento jurídico, diz-se que há uma lacuna normativa. Em resumo: “a ausência de uma norma se chama, com frequência, de ‘lacuna’”⁶.

A integração é o exercício jurídico de preenchimento das lacunas eventualmente deixadas pelo legislador. A integração é a atividade de colmatação de lacunas legislativas. A integração é o processo lógico pelo qual se busca determinar como solver normativamente casos para os quais o sistema jurídico não previu uma norma expressa.

É importante destacar que a noção de integração está prevista no Brasil na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), nos termos de seu art. 4º:

Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.



Portanto, são meios básicos de integração do Direito:

a) *analogia*: pode ser explicada como a aplicação de determinado entendimento normativo a um certo fato não regulado pelo ordenamento jurídico (situação de lacuna) em razão de os fatos sobre os quais há entendimento norma do (regulados pelo ordenamento) sedimentarem-se sobre uma mesma lógica em relação ao fato que enseja a lacuna normativa.

Nota de Aprofundamento:

Analogia versus Interpretação Analógica.

A analogia caracteriza-se como a aplicação de uma norma que originariamente foi pensada para uma dada situação a uma outra situação não prevista. Isso é possível, visto que as características do caso concreto tornam os dois contextos (o regulado e o não regulado) semelhantes, fazendo a norma apta a ser utilizada a um caso para o qual não foi imaginada, posto que guarda semelhança à situação para a qual de fato foi prevista.

Noutro giro, a interpretação analógica é aquela que traz um rol de situações e, por fim, uma “cláusula de abertura” que autoriza que aquela norma poderá ser aplicada em situações que se adequem a essa disposição normativa geral. Pode-se usar como exemplo o art. 23 da Constituição Federal: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos”. Quando a Constituição protege “outros bens de valor histórico”, não protege um bem específico, mas todos que eventualmente possam se enquadrar nesse conceito. Isso se chama de “cláusula de abertura”. O enquadramento de bens nessa cláusula depende de um processo interpretativo. Nota-se que, diferente da analogia, há uma norma a regular o caso, mas essa norma possui um espectro bastante amplo de enquadramento. Logo, não é um caso de lacuna, mas de interpretação analógica.

b) *Costumes*: são práticas humanas reiteradas no tempo e aceitas socialmente como regras, sendo, por isso, consideradas normas não escritas. O tema dos costumes constitucionais foi desenvolvido no capítulo sobre normas constitucionais.

c) *Princípios Gerais do Direito*: tratam-se de proposições fundamentais do ordenamento jurídico. São valores, cânones desenvolvidos pela literatura jurídica e pela jurisprudência, compondo um rol de noções estruturais do sistema do direito. A noção de princípios gerais do direito do art. 4º é vista pelo Direito Constitucional hodierno como algo defasado, ante a atual concepção de princípios constitucionais, nos termos estudados em normas constitucionais⁷.

7.2.4 Aplicação

É o resultado de todo o processo hermenêutico. Depois de interpretar ou integrar o Direito, passa-se à aplicação. Aplicação é o ato de o intérprete transformar a norma geral e abstrata em concreta e individual (ou coletiva) para a solução de um caso concreto.

É importante mencionar que, para a Hermenêutica Filosófica, não é possível separar os momentos de interpretação e aplicação, sendo, portanto, fenômenos que ocorrem simultaneamente. Isso será melhor desenvolvido mais adiante.



7.2.5 Concretização

Pressupõe o entendimento do conteúdo da norma, como uma (pré)-compreensão do intérprete e do problema fático a ser resolvido, enquadrando-o dentro de sua existência histórica, mais especificamente na situação histórica de momento, na qual ele se encontra, erguendo a norma a partir daí⁸.

A ideia de concretização substitui a noção acima apresentada segundo a qual existem dois momentos distintos: um de interpretação e outro de aplicação. Para a ideia de concretização, a interpretação ocorre simultaneamente à aplicação. São atos concomitantes e indistinguíveis. Tudo à luz das circunstâncias históricas do texto e sob os efeitos da pré-compreensão do sujeito intérprete. Essa perspectiva tem forte base *heideggeriana* e *gadameriana*, deixando clara sua força junto à Hermenêutica Filosófica e, consequentemente, à Nova Hermenêutica Constitucional.

7.3 O que é interpretar?

7.3.1 O conceito semântico de norma: texto normativo versus norma.

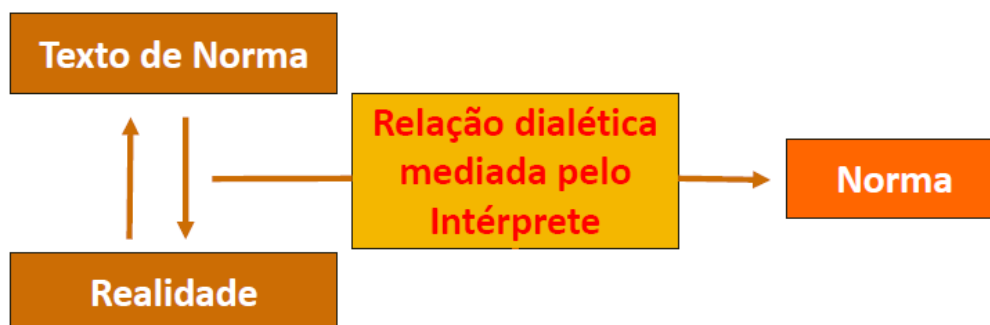
Para entender o que é interpretar, faz-se necessário relembrar o conceito semântico-deôntico de norma, trabalhado anteriormente, que se amolda linearmente ao estudo hermenêutico aqui empreendido.

O conceito semântico-deôntico considera norma como o resultado da interpretação de uma prescrição ou de um mandamento formulável por meio de modais deônticos de permissão, obrigação ou proibição, ou seja, a norma é um sentido, o resultado de uma interpretação.

O texto normativo é então uma proposição, uma frase, uma prescrição que vai trazer uma permissão, obrigação ou proibição. A norma, por sua vez, é o resultado da interpretação desse texto normativo. A norma jurídica só ganha seus contornos finais depois da interpretação (sai-se de um texto de norma e, por meio da interpretação, chega-se à norma em si).

Isso leva, como já visto, a uma distinção entre norma e texto de norma. Normas nascem quando da interpretação de textos escritos, mas, antes disso, estes são apenas limites de possibilidades para normas.

Vale lembrar o seguinte esquema:



8 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 61.



Esta imagem busca sintetizar a diferença entre texto e norma. O texto normativo é mero fragmento escrito ao qual se outorga a condição de ser o limite da atribuição de sentido possível para o intérprete, mas que não fecha por completo as possibilidades de compreensão e aplicação a um ou mais casos concretos, dependendo sempre da interpretação para ganhar vida. Nesses termos, a norma nasce quando a Hermenêutica dá o sopro de vida sobre o seu corpo textual (o dispositivo normativo).

Nesses termos, a lição básica da Hermenêutica, em especial, da Constitucional, é: *norma é diferente de texto de norma*. As consequências dessa distinção serão tratadas mais abaixo.

7.3.2 Norma como atribuição de sentido

Destacando o conceito de norma como resultado da interpretação do texto normativo, e, portanto, indicando a norma como atribuição de sentido, assinala Eros Grau:

“Texto e norma não se identificam. A norma jurídica é produzida pelos juízes ao interpretarem textos normativos, resulta da interpretação! Mais, interpretação e aplicação não se realizam autonomamente: o intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso, de sorte que a interpretação consiste em tornar concreta a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação. A norma é construída, pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do Direito. Caminhamos do texto até a norma jurídica, em seguida dela até a norma de decisão, a que determina a solução do caso. Só então se dá a concretização da norma, que envolve também, necessariamente, a compreensão da realidade. Pois a norma é determinada histórica e socialmente. O texto normativo é uma fração, não é ainda a norma. É abstrato e geral. A realidade constitui o seu sentido, que não pode ser perseguido apartado da realidade histórico-social. Na norma estão presentes inúmeros elementos do “mundo da vida”. O ordenamento jurídico é conformado pela realidade””.

Nesse sentido, o intérprete pós-moderno da Constituição deve compreender a norma dentro do seu contexto histórico, considerando os valores da sociedade em que ela se desenvolve. O intérprete deve, a partir do ir e vir dialético entre a realidade social e o texto normativo, construir a norma.

A compreensão do conceito aqui trabalhado de norma é importante, por exemplo, para entender a noção de mutação constitucional. Muda-se a interpretação de determinado texto constitucional em razão de mudanças dentro da sociedade, ou seja, *o texto normativo segue o mesmo, mas a norma que dele se extrai se transforma*, pois a interpretação é alterada em razão da mudança do espectro fático ao qual o texto normativo se destina.



7.4 Interpretação Jurídica Clássica e Constituição

Normalmente, atribui-se o surgimento da Hermenêutica Jurídica Clássica à *Escola da Exegese*¹⁰, na França, juntamente com a *Escola Histórica*, oriunda da Alemanha. Trata-se, contudo, de um movimento muito mais amplo que possui defensores até os dias atuais.

A Hermenêutica Clássica tem suas bases filosóficas em Schleiermacher e Dilthey, partindo da concepção de que interpretação e aplicação do Direito são etapas distintas, aquela precedendo esta. Assim, extrai-se o sentido da norma para depois aplicá-la ao caso concreto.

Em que pese a Hermenêutica Jurídica Clássica não seja, nos termos da literatura jurídica contemporânea¹¹, suficiente para explorar todas as potencialidades da Constituição, dadas as características das atuais normas constitucionais¹², os cânones estabelecidos por esse movimento hermenêutico ainda são utilizados, possuindo grande valia até os dias de hoje.

Friedrich Carl von Savigny, jurista alemão do século XIX, grande nome da *Escola Histórica do Direito*, sistematizou os primeiros pressupostos interpretativos da Hermenêutica Clássica, sendo, por isso, comumente chamados de *cânones jurídicos de Savigny*.

Os *cânones de Savigny* são vetores para o processo hermenêutico, ou seja, são orientações interpretativas pré-estabelecidas para guiar o jurista na sua busca por sentidos. Em palavras iniciais do autor: “a interpretação, portanto, deve ter uma constituição tríple: lógica, gramática e histórica”¹³. Além dos três cânones mencionados no excerto, em seu *Metodologia Jurídica*, o autor também trabalha o cânone sistemático¹⁴.

Aos primeiros cânones de Savigny, a literatura foi acrescentando outros, como será visto. Em que pese esses vetores possuam um potencial limitado de utilização em sede constitucional, dadas as limitações já citadas, ainda assim, em um grande número de casos, eles podem ser aplicados (de modo isolado ou combinados) pela Hermenêutica Constitucional, conforme será observado a partir de agora.

7.4.1 Gramatical

Também conhecido por método literal ou filológico, prega a análise dos textos normativos de forma literal. Essa espécie de interpretação é interessante para a Hermenêutica Constitucional, mormente, no que diz respeito à análise de dispositivos de caráter criminal na Constituição:

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, “D” E “I”. ROL TAXATIVO. CRIMES DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COMETIDO CONTRA MENOR (CP, ART. 214 C/C 224, “A”) E DE PRODUÇÃO DE PORNOGRAFIA INFANTIL (ECA, ART. 241). ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA DE “FOTOGRAFAR” MENORES EM CENAS DE SEXO EXPLÍCITO À ÉPOCA DOS ACONTECIMENTOS. IMPROCEDÊNCIA. INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL E TELEOLÓGICA DO ART. 241 DO ECA, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 10.764/2003.



Contudo, o método não fica restrito apenas ao âmbito criminal. O Supremo Tribunal Federal (STF), por exemplo, apreciou a questão em caso em que se discutia a interpretação correta da expressão “folha de salários”, contida no art. 195, I, da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Discutia-se se a remuneração paga por uma empresa a trabalhadores autônomos, avulsos e administradores poderia ou não ser computada na folha de salários, o que permitiria que fosse considerada na base de cálculo de contribuição previdenciária instituída por lei ordinária. No voto do relator, Ministro Cezar Peluso, restou consignado:

“O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos do sentido técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceitos estabelecidos com a passagem do tempo, quer por força dos estudos acadêmicos quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios”¹⁵.

Não obstante os importantes usos da interpretação literal acima vistos, há uma tendência atual de menosprezá-la, tal como pontua (com ressalvas) Manoel Messias Peixinho:

“A interpretação literal não tem angariado grande relevo nos tribunais. Antes, tem, a cada dia, caído no descrédito (...) A interpretação literal ainda é importante, na medida em que o intérprete dela se utiliza para conhecer o seu idioma e se valer de uma linguagem clara e inteligente. Não se concebe mais tal mecanismo, porém, como método isolado de se buscar a verdade do enunciado”¹⁶.

Ainda assim, há importante segmento da literatura jurídica que defende a interpretação literal no seio constitucional, como um meio de, democraticamente, garantir a manutenção dos preceitos estabelecidos pelo Constituinte Originário:

“O caráter exíguo do texto constitucional não pode significar, porém, que ele não apresente o critério para solução de questões jurídicas práticas. (...) Essa deve partir dos cânones clássicos da metodologia da interpretação jurídica: em primeiro lugar, o textual-gramatical e o sistemático-conceitual (interno e de direito comparado, quando o texto permitir) e, em segundo lugar, o genético, o histórico, e, em última instância, tendo em vista o seu diminuto grau de racionalidade jurídica, o teleológico”¹⁷.

Nota-se, portanto, que, apesar das recentes limitações da interpretação gramatical, ela segue tendo relevância para a interpretação jurídica em geral e para a Hermenêutica Constitucional. Não obstante isso, devem ser, de fato, reconhecidos seus limites, posto que há uma série de outros aspectos político-sociológicos que orbitam o texto constitucional, tornando sua interpretação bem mais complexa, o que faz com que se busque auxílio de outros cânones e métodos sempre que esses aspectos se manifestem.

15 Trecho do voto no Recurso Extraordinário N°. 346.084-6/PR.

16 PEIXINHO, Manoel Messias. *A Interpretação da Constituição e dos Princípios Fundamentais: Elementos para uma Hermenêutica Constitucional Renovada*. 3ª edição, revista e ampliada. Rio de Janeiro, 2003. Pp. 34 e 35.

17 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 6ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 19.



[7.4.2 Lógico

Procura a harmonia das normas, buscando a subsunção do fato à norma dentro do que é coerente. Segundo Savigny:

“parte lógica que consiste na apresentação do conteúdo da lei na sua origem, o que apresenta a relação das partes entre si. Também é a apresentação genética do pensamento na lei. Mas o pensamento deve ser expresso, razão pela qual é preciso que existam normas da linguagem, de onde surgem”¹⁸.

Em outras palavras, o texto normativo é uma proposição de linguagem que deve ser congruente. Nesse sentido, a interpretação lógica deve buscar harmonizar a proposição de linguagem de forma coesa. A interpretação lógica, segundo Paulo Bonavides, tem prolongamentos históricos, sistemáticos e teleológicos¹⁹. O próprio Savigny afirmara que até o cânone gramatical possui uma relação com a lógica: “uma parte gramatical, uma condição necessária da lógica. Também está relacionada com a lógica”²⁰.

Como exemplo de utilização da interpretação lógica no mundo constitucional, pode-se citar a *Teoria dos Poderes Implícitos*. Essa teoria de origem americana sustenta que, se uma Constituição Federal deu a competência/atribuição a algum ente ou entidade, logicamente, também lhe conferiu os meios de atingir tal desiderato. Com base nessa teoria, v.g., o STF entendeu que o Ministério Público está autorizado a promover investigações penais, inclusive oferecendo denúncia embasada apenas nessas investigações:

Possibilidade de investigação pelo Ministério Público. Delitos praticados por policiais. (...) A presente impetração visa ao trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo Ministério Público. (...) É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da polícia judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (Arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*. O art. 129, I, da CF atribui ao Parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o CPP estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos ‘poderes implícitos’ segundo o qual, quando a CF concede os fins, dá os meios. Se a atividade-fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao Parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que ‘peças de informação’ embasem a denúncia. Cabe ressaltar que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também,

18 SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Ibidem*.

19 BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*. P. 405.

20 SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Ibidem*.



justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. [HC 91.661, rel. min. Ellen Gracie, j. 10-3-2009, 2ª T, DJE de 3-4-2009].

Por mais que, no caso, não se tenha afirmado expressamente estar utilizando a interpretação lógica, o recurso retórico à *Teoria dos Poderes Implícitos* não passa de uma aplicação do cânone aqui tratado como foi possível observar.

Sob outra perspectiva, a interpretação lógica é subdividida em critério subjetivo e objetivo. Aquele preocupa-se com a intenção do legislador (*Mens Legislatoris*) ao elaborar a norma jurídica, ou seja, busca-se saber “o que o legislador quis dizer”. Por sua vez, o critério objetivo tem foco na finalidade da lei (*Mens Legis*). Essa subdivisão na interpretação lógica forma duas correntes de pensamento, uma valorizando o critério objetivo, enquanto a outra, o critério subjetivo. Tal divergência também é conhecida como os dois paradigmas filosóficos da Hermenêutica Jurídica.

Atenção!

Paradigmas Filosóficos da Hermenêutica Jurídica Clássica:

i) Subjetivo: preocupa-se com a intenção do legislador (*Mens Legislatoris*).

ii) Objetivo: preocupa-se com a finalidade da lei (*Mens Legis*), pouco importando qual foi a intenção do legislador.

Portanto, a interpretação lógica tem um primeiro sentido de buscar a coerência lógica da proposição textual, mas também tem um segundo sentido de buscar a intenção. Esta última é subdividida entre a busca da intenção do legislador (o que o legislador quis dizer) e a busca da intenção da norma em si, preterindo a intenção do legislador. Este ponto será revisitado mais à frente.

7.4.3 Sistemático

Trata as normas como um conjunto holístico. Busca assim uma “visão do todo”. Preconiza que cada norma jurídica deve ser interpretada em consideração com todas as demais e não de forma isolada.

Nesse sentido, Daniel Sarmento e Souza Neto:

“Os sistemas jurídicos contemporâneos, como o brasileiro, têm na Constituição não só o seu fundamento de validade, como também o seu centro de gravidade. São os valores constitucionais que, pela sua primazia, podem conferir unidade ao sistema jurídico, cimentando as suas diferentes partes. Naturalmente, a exigência de coerência e sistematicidade também se projeta sobre a Constituição. O intérprete constitucional não pode, por exemplo, interpretar a garantia da propriedade privada ignorando a proteção constitucional conferida ao meio ambiente, nem vice-versa”²¹.

21 SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. 2014. P. 371.



Exemplificando a aplicação da interpretação sistemática no âmbito constitucional, restou expresso no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.223:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 10.926/1998 do Estado de Santa Catarina. Tribunal de contas. Vício de iniciativa. Inconstitucionalidade formal. Transposição de cargos de corte de contas para o quadro de pessoal do Poder Executivo. 1. Inconstitucionalidade formal de dispositivo acrescentado por emenda parlamentar que transpõe cargos de analista de controle externo do quadro de pessoal do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina para o grupamento funcional do Poder Executivo local. Essa transposição promove indiretamente a extinção de cargos públicos pertencentes à composição funcional do Tribunal de Contas do Estado. 2. Conforme reconhecido pela Constituição de 1988 e pelo Supremo Tribunal Federal, gozam as cortes de contas do país das prerrogativas da autonomia e do autogoverno, o que inclui, essencialmente, a iniciativa reservada para instaurar processo legislativo para criar ou extinguir cargos, como resulta da interpretação sistemática dos arts. 73, 75 e 96, II, b, da Constituição Federal (...) (ADI 3223 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, DIAS TOFFOLI, STF).

A ideia de interpretação sistemática pode ser exemplificada em um verdadeiro *mantra* sempre repetido por Eros Roberto Grau: “Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”²². *Mutatis mutandis*, não se pode interpretar a Constituição em tiras. Não se pode olvidar que a Constituição é formada como uma teia de direitos estruturada de modo axiológico-funcional complementar. Interpretar a Constituição de modo pontual, muito provavelmente, fará ser desprezado algum outro direito ou interesse igualmente protegido no texto constitucional, daí a importância do cânone sistemático.

7.4.4 Histórico

Analisa o contexto gestacional da norma, sua justificativa, exposição de motivos, pareceres, discussões, condições culturais e psicológicas que levaram à elaboração da norma. Examina, portanto, a *occasio legis*, isto é, as razões que motivaram a edição do ato normativo. Nas palavras de Savigny:

“A lei é dada num momento determinado, para um povo determinado. Então, é preciso conhecer as condições históricas para captar o pensamento da lei. Só é possível a apresentação da lei através da apresentação do momento em que existe a lei”²³.

Dessarte, o trabalho do intérprete no uso desse elemento se assemelha ao do historiador. Explorando o cânone histórico, aduz Neil Maccormick:

“Os argumentos a partir da história levam em conta que uma lei ou grupo de leis podem, ao longo do tempo, vir a ser interpretadas de acordo com uma compreensão historicamente desenvolvida sobre o conteúdo ou propósito da lei, ou do grupo de leis tomadas em conjunto como um todo.

²² GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 8ª edição. Refundida do Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 86.

²³ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Ibidem*.



Quando isso acontece, então qualquer disposição da lei ou grupo de leis terá que ser interpretada de modo que sua aplicação em um caso concreto seja compatível com aquela compreensão historicamente desenvolvida de seu conteúdo ou de seu propósito”²⁴.

Um exemplo da interpretação histórica no âmbito constitucional é o julgamento sobre a imunidade prevista no texto da constituição no que tange as instituições de assistência social e educação. Veja-se:

Ementa: (...) RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. (...). IMUNIDADE AOS IMPOSTOS. ART. 150, VI, C, CF/88. IMUNIDADE ÀS CONTRIBUIÇÕES. ART. 195, § 7º, CF/88. O PIS É CONTRIBUIÇÃO PARA A SEGURIDADE SOCIAL (ART. 239 C/C ART. 195, I, CF/88). A CONCEITUAÇÃO E O REGIME JURÍDICO DA EXPRESSÃO “INSTITUIÇÕES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E EDUCAÇÃO” (ART. 150, VI, C, CF/88) APLICA-SE POR ANALOGIA À EXPRESSÃO “ENTIDADES BENEFICENTES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL” (ART. 195, § 7º, CF/88). AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR SÃO O CONJUNTO DE PRINCÍPIOS E IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS (ART. 146, II, CF/88). (...) 2. As CF/67 e CF/69 (Emenda Constitucional nº 1/69) reiteraram a imunidade no disposto no art. 19, III (...) 7. O Sistema Tributário Nacional, encartado em capítulo próprio da Carta Federal, encampa a expressão “instituições de assistência social e educação” prescrita no art. 150, VI, cuja conceituação e regime jurídico aplica-se, por analogia, à expressão “entidades beneficentes de assistência social” contida no art. 195, § 7º, à luz da *interpretação histórica dos textos das CF/46, CF/67 e CF/69*, e das premissas fixadas no verbete da Súmula nº 730. É que até o advento da CF/88 ainda não havia sido cunhado o conceito de “seguridade social”, nos termos em que definidos pelo art. 203, inexistindo distinção clara entre previdência, assistência social e saúde, a partir dos critérios de generalidade e gratuidade. [RE 636941 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO, LUIZ FUX, STF.]

Nota-se, assim, que a tradição legislativa na matéria foi um ponto julgado relevante para se extrair a compreensão que se tem do tema nos dias atuais. Nada mais natural que uma ciência cultural como o Direito sofra os influxos da história e da formação social de seu povo.

7.4.4.1 Interpretativismo versus Não Interpretativismo

Dentro da discussão histórica, existe uma divergência doutrinária de origem norte-americana sobre os limites da interpretação e da importância histórica dos temas. Trata-se de duas correntes que divergem sobre o assunto: os *interpretativistas* e os *não interpretativistas*.

a) Interpretativismo (ou Originalismo)

O *interpretativismo*, que pode ser melhor chamado de *originalismo*, é uma corrente da hermenêutica que tende a restringir a atividade judicial a partir do reconhecimento de limites expressos ou razoavelmente implícitos no texto constitucional, considerados seu sentido e significado originais (*original*

24 MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 168



intent ou *original meaning*), ou seja, trata-se de corrente que defende a interpretação mais literal possível da Constituição, buscando com isso manter os intuitos do Constituinte Originário.

Segundo John Hart Ely, o interpretativismo defende que os juízes não possuem liberdade criativa ao interpretar, devendo seguir o que o texto da Constituição propugna nos moldes em que originalmente foi pensada pelos pais fundadores da pátria (*Founding Fathers*)²⁵. Eis a razão pela qual esta corrente pode ser chamada de originalismo. Logo, a posição interpretativista defende que as decisões só podem se realizar a partir de premissas delineadas na Constituição em si.

“Cognominado de ‘originalismo’, funda-se ele na tese de que o papel do intérprete da Constituição é buscar a intenção original (*the original intent*) dos elaboradores da Carta, abstendo-se de impor suas próprias crenças ou preferências. Para os originalistas, o ativismo judicial, as construções jurídicas desenvolvidas pelo Judiciário para acudir a situações não contempladas na letra expressa da Constituição, são antidemocráticas. Consoante o raciocínio que desenvolvem, em um governo representativo, onde deve prevalecer a vontade da maioria, expressa através da eleição dos agentes públicos do Legislativo e do Executivo, o controle exercido pelo Judiciário sobre os atos dos outros dois Poderes apresenta uma dificuldade contramajoritária (*a countermajoritarian difficulty*). E somente pode legitimar-se nos limites expressos e estreitos do texto constitucional”²⁶.

O intérprete está limitado aos dispositivos expressos na Constituição, bem como aos princípios claramente explícitos. Trata-se, pois, de uma corrente limitadora das atividades do intérprete, fixando-se em uma interpretação de cunho mais literal-gramatical.

Relaciona-se também à postura de limite à liberdade de conformação do Legislador, que deve se dar nos limites do texto escrito, ou seja, basta a grafia constitucional para que os limites ao processo político sejam determinados e instaurados.

Segundo Canotilho:

“As correntes interpretativistas consideram que os juízes, ao interpretarem a Constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na Constituição, ou, pelo menos, nela claramente implícitos. (...) Estes limites são postulados pelo princípio democrático – a ‘decisão pelo judicial’ não deve substituir a decisão política legislativa da maioria democrática”²⁷.

25 ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

26 BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*. P. 84.

27 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. P. 1195.



Os críticos afirmam que os interpretativistas usam o artifício do literalismo para, normalmente, defender posições conservadoras. Os interpretativistas, por sua vez, alegam que dar um passo para além das molduras do texto constitucional seria subverter o princípio da *rule of law*, desnaturando-o na forma de um direito feito por magistrados (*law of judges*). Portando, por meio do interpretativismo, procura-se evitar que os magistrados, a pretexto de defenderem a Constituição, suprimam a vontade do poder político democrático.

b) Não-Interpretativismo (ou Atualizadores)

Já os *não interpretativistas (ou atualizadores ou não originalistas)* têm o posicionamento contrário, ou seja, defendem que os tribunais, no exercício do controle de constitucionalidade, devem ir além das premissas estabelecidas no texto literal da Constituição para determinar o significado de determinada provisão.

Diferentemente dos interpretativistas, os não-interpretativistas defendem uma maior autonomia do juiz ao interpretar o texto da norma, com aplicação de “valores e princípios substantivos”. Assim, importam mais os valores, como a igualdade, a justiça e a liberdade demandados pela sociedade, do que a estrita vontade do Constituinte. Isso autoriza um maior ativismo judicial ou papel criativo do juiz.

Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes, o não interpretativismo encontra-se em franco crescimento e de maneira geral:

“ainda que pese uma constelação de divergências internas preza mais pela concretização dos direitos consagrados no texto constitucional que por sua interpretação formalista. Princípios de justiça, de liberdade e igualdade deveriam falar mais alto, compondo o ‘projeto’ constitucional de uma sociedade que se preze democrática, ao invés de uma subserviência cega a uma leitura redutora do princípio democrático”²⁸.

Em outras palavras, o não interpretativismo constitui-se na doutrina de controle de constitucionalidade que se desprende do texto constitucional e, a partir dos valores gerais considerados pelos juízes, busca confrontá-los aos atos legislativos, com o fito de avaliar se seriam ou não constitucionais.

Para juristas americanos da corrente originalista, os autores dessa segunda vertente são *não-interpretativistas*, justamente por os resultados por ela obtidos supostamente não advirem da interpretação direta do texto constitucional, mas de uma retórica que busca criar a imagem de que, ao se recorrer a certos valores, está-se aplicando a Constituição.

A Suprema Corte Norte-Americana vive uma constante alternância entre originalistas e não-interpretativistas, variando a depender da matriz mais conservadora (republicanos) ou progressistas (democratas) do Partido que ocupa a Presidência, indicando juízes para a Corte. Implícito ao debate originalista está a discussão sobre o ativismo judicial, problemática também oriunda dos Estados Unidos, pois sempre que a Suprema Corte consegue uma maioria de juízes não-originalistas assume um papel mais enérgico, sendo acusada de ser ativista.

28 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª. Edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2017. P. 196.



O debate entre *interpretativistas* e *não interpretativistas* tem sido importado para o Brasil, pois, aqui, também há o debate entre a autocontenção e o ativismo judicial. Percebe-se, inclusive, que o Supremo Tribunal Federal brasileiro, em certa medida e com suas peculiaridades, também possui uma certa oscilação entre um originalismo e um não-originalismo, possuindo momentos de maior ou menor ativismo judicial. Nos últimos anos, o Tribunal tem atuado de forma bastante ousada e não-originalista, o que se pode perceber, por exemplo, na decisão que reconheceu como constitucional a união entre pessoas do mesmo sexo, ultrapassando o sentido originalista da Constituição de 1988. Esses temas serão abordados com mais vagar adiante.

7.4.4.2 Living Constitution

Os *não-interpretativistas* defendem a ideia de *Living Constitution*, algo que é objeto de intenso debate nos Estados Unidos. Resultado do pensamento atualizador, *Living Constitution* é a compreensão da *Constituição Viva*. Essa posição vê a Constituição como verdadeiro organismo vivo, adaptável às mudanças no ambiente que as circunda. Essa ideia é combatida pelo “originalismo”.

O principal defensor da ideia de *Living Constitution* nos Estudos Unidos é David Strauss. O autor afirma:

“Se ter uma Constituição ‘viva’ significa ter uma Constituição que muda ao longo do tempo de outras maneiras que não por emenda formal, então, de maneira fundamental, há apenas uma resposta plausível para essa pergunta. Podemos discutir se as mudanças que mencionei significam ‘a Constituição’ mudou; ou ‘a lei constitucional’ mudou; ou nosso ‘entendimento’ da Constituição mudou. Mas isso é principalmente um debate sobre terminologia; não se pode admitir que algo importante ou controverso assim se volte para essas diferentes formulações verbais. O que está claro é que, mesmo quando o texto não muda, as respostas à pergunta ‘o que a Constituição exige’ mudam”²⁹.

A *Living Constitution* é, pois, a Constituição em processo de permanente evolução, aceitando mutações constitucionais e evolução por ação da sociedade e dos poderes públicos independentemente de emendas constitucionais. Ante a análise já feita das mutações constitucionais, percebe-se que a ideia de *Constituição Viva* é plenamente compatível com a ordem constitucional de 1988.

29 No original: If having a “living” Constitution means having a Constitution that changes over time in ways other than by formal amendment, then in a fundamental way there is only one plausible answer to that question. We can debate whether the changes I mentioned mean “the Constitution” has changed, or ‘constitutional law’ has changed, or our ‘understanding’ of the Constitution has changed. But that is mostly a debate about terminology; it is not clear that anything important or controversial turns on those different verbal formulations. What is clear is that even when the text does not change, answers to the question “what does the Constitution require” do change”. STRAUSS, David A. *Do We Have a Living Constitution?* In: *Drake Law Review* 973. *University of Chicago Law School. Journal Articles Faculty Scholarship*. N°. 59. Chicago, 2011. P. 975.



7.4.4.3 Para além do Interpretativismo e Não Interpretativismo

John Hart Ely, na obra *Democracia e Desconfiança*, propõe uma “terceira via” em face do *interpretativismo* e do *não-interpretativismo*. Ely inicia sua obra fazendo críticas às duas vertentes iniciais. Ele faz referência à “sedução” que existe em favor do *interpretativismo*, visto que este acaba advogando a favor das maiorias, dada sua predileção por normas aprovadas pelo processo parlamentar comandado por maiorias. Ocorre que isso acaba sendo seu principal ponto de vulnerabilidade, pois não garante a proteção que as minorias necessitam em um regime democrático.

Em contrapartida, sobre o *não-interpretativismo*, Ely critica o fato de tal viés ter de recorrer a fatores extrajurídicos que não possuem um critério democrático de controle. Diferentemente dos interpretativistas, que recorrem à norma, que é aprovada por um processo parlamentar de base deliberativa e democrática, os não interpretativistas valem-se de critérios incontroláveis do ponto de vista democrático.

Ely não olvida de mencionar o claro paralelo que há na oposição *interpretativismo versus não-interpretativismo* e o consagrado debate jurídico entre *juspositivismo* e *jusnaturalismo*, no qual os primeiros conceitos correspondem, respectivamente, aos últimos.

A principal crítica de Ely a ambas as doutrinas, no entanto, centra-se no fato de que seriam, em sua visão, doutrinas eminentemente *substantivistas* do controle de constitucionalidade, ou seja, que buscam respostas últimas às questões constitucionais.

Assim, apoiando-se fundamentalmente no princípio da democracia representativa, Ely constrói um modelo teórico de base procedimentalista que se preocupa mais em garantir a viabilização da *representatividade* democrática, com a integração das minorias nesse processo, visando o *desbloqueio dos canais de mudança política*, do que com os fins objetivos e substanciais do controle exercido pelas Cortes Constitucionais.

Nesses termos, o modelo procedimentalista de democracia de Ely propõe simultaneamente o fortalecimento e a restrição da jurisdição constitucional, que deve atuar apenas em *reforços da democracia*. Por um lado, fortalecer os Tribunais para exercer a proteção das minorias e, por outro lado, restringir sua atividade por meio de um controle de natureza procedimental, pois sua função seria somente a de fiscalização e controle da regularidade e da adequada participação de todos no processo político, sem interferir em decisões frutos de discussões legislativas, uma vez que, segundo ele, aos magistrados sempre pesa a posição de ilegitimidade em razão de não representarem, em tese, por não serem eleitos, o povo de um país.

Outros autores norte-americanos, como visto em Filosofia da Constituição, também tentam superar tal dicotomia como: *i)* Cass Sunstein e seu minimalismo judicial, que acaba por propor uma inação da jurisdição constitucional; *ii)* Adrian Vermule, com seu modelo de *virada institucional*, mas que acaba se aproximando muito de um literalismo interpretativista; *iii)* Laurence Tribe e suas escolhas constitucionais, mas que acaba se aproximando bastante das ideias *substancialistas* e *não interpretativistas* da Constituição.

Por tudo isso, nota-se que o eixo gravitacional da interpretação constitucional norte-americana, apesar dos esforços teóricos recentes, segue bastante atada à antiga dicotomia originalistas versus atualizadores.



7.4.5 Teleológico

Busca proteger os fins almejados pela norma. Em que pese não seja um dos inicialmente adotados por Savigny, a interpretação teleológica está prevista no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Como exemplo da interpretação teleológica, pode-se citar o conceito de casa, decorrente do art. 5º, inc. XI, da CF/88:

Art. 5º. (...)

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

Não obstante o dispositivo, o que se entender por casa?

O STF, neste ponto, afastou-se do sentido literal e não restringiu o conceito de casa a apartamentos e lares normalmente utilizados como moradia, entendendo como “casa” todos os recintos de habitação fechada individual ou coletiva, incluindo, oficinas, garagens, escritórios, consultórios e quartos de hotel etc.

Então, pode-se afirmar que o conceito inclui:

- a) toda a sua estrutura física como o quintal, a garagem, o porão, a quadra, etc. [HC 111.296/2019].
- b) todos os compartimentos de natureza profissional, desde que fechado o acesso ao público em geral, como escritórios, gabinetes, consultórios, etc. [HC 91.867/2012].
- c) todos os aposentos de habitação coletiva, ainda que de ocupação temporária, como quartos de hotel, motel, pensão, pousada, etc. [RHC 90.376/2007].

Ressalte-se, por oportuno, que o STF já debateu a possibilidade de se considerar como casa, para fins constitucionais, o carro. Em regra, entendeu a Corte que o carro não pode ser considerado casa, salvo se apresentar adaptações específicas para moradia e para dormir como as boleias caminhão, *motorhomes*, barcos, etc. Logo, se o carro for a moradia de fato do indivíduo, deve ser considerado casa para fins constitucionais:

“A apreensão de documentos no interior de veículo automotor constitui uma espécie de “busca pessoal” e, portanto, não necessita de autorização judicial quando houver fundada suspeita de que em seu interior estão escondidos elementos necessários à elucidação dos fatos investigados. Exceção: será necessária autorização judicial quando o veículo é destinado à habitação do indivíduo, como no caso de trailers, cabines de caminhão, barcos, entre outros, quando, então, se inserem no conceito jurídico de domicílio”. [STF. 2ª Turma. RHC 117767/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 11/10/2016 - Info 843]³⁰.

³⁰ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Em regra, a busca em veículo é equiparada à busca pessoal e não precisa de mandado judicial para a sua realização. In: Buscador Dizer o Direito*. Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/84fdb3ac902561c00871c9b0c226756>>. Acesso em: 06/09/2019.



Percebe-se que, na definição de casa, o STF valeu-se do cânone teleológico para buscar o intuito constituinte de resguardo do repouso noturno, proteção da privacidade e prevalência da liberdade para ampliar o sentido de casa, o que mostra a importância de tal vetor interpretativo ainda atualmente.

7.4.6 Sociológico

Este cânone também não era um dos inicialmente adotados por Savigny. Busca interpretar as normas e, no particular, a Constituição Federal à luz da realidade social. Vale lembrar das concepções sociológicas de Constituição, tal como a formulada por Lassale. Além disso, conceitos como o de concretização das normas, mutações constitucionais e efetividade das normas constitucionais dependem da interpretação sociológica da Constituição.

Tal como afirma António Casimiro Ferreira:

“O radical da análise sociológica nesta matéria resulta da ênfase dada à tensão entre os entendimentos universalistas e abstratos do direito e o entendimento das constituições como elementos intrínsecos e parte constituinte das práticas sociais e de sentido, nas sociedades”³¹.

Nota-se que, no sociologismo constitucional, há uma prevalência da análise das práticas sociais em cotejo com a Constituição, seja de como a Constituição afeta a essas práticas ou o exato oposto. As manifestações mais evidentes da interpretação sociológica, atualmente, são as mutações constitucionais, em que é necessário verificar as transformações sociais que alteram o sentido constitucional.

Não obstante isso, são inúmeros os casos em que é preciso se debruçar sobre a realidade social para garantir uma Hermenêutica Constitucional concretizadora do Direito e da realidade, tal como foi na decisão do STF que reviu o posicionamento do próprio tribunal sobre os critérios para o benefício de prestação continuada da Lei de Organização da Assistência Social (LOAS):

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu critérios para que o benefício mensal de um salário-mínimo fosse concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovassem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente.

³¹ FERREIRA, António Casimiro. *Sociologia das Constituições: Desafio Crítico ao Constitucionalismo de Exceção*. Porto: VidaEconômica, 2019. P. 29.



Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. (...) 4. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 6. Reclamação constitucional julgada improcedente. [Rcl 4374, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013]

No cenário de um Direito Constitucional cada dia mais preocupado com a *Constituição Material*, a interpretação sociológica revela sua importância capital para a Hermenêutica Constitucional.

7.4.7 Popular

Este cânone, desenvolvido mais recentemente pela literatura jurídica, também não estava entre os inicialmente adotados por Savigny. Este vetor é orientado pela participação do povo através de plebiscitos, referendos, iniciativa popular etc., bem como pelos chamados *corpos intermediários*, ou seja, entes públicos e privados com representatividade social, tais como partidos políticos, sindicatos, associações etc. em processos públicos de participação.

Em situações como essas, o posicionamento do povo ou de seus representantes marca determinadas posições democraticamente relevantes, que firmam vetores de orientação interpretativa.

Este cânone guarda relação com o constitucionalismo popular aqui já estudado, representando a ideia de viabilização da interpretação popular da Constituição como meio de gerar as balizas orientadoras para auxiliar o Poder Judiciário nos momentos de crise institucional.

Um exemplo que se poderia usar foi o da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 29, originária do Distrito Federal, que afirmou ser a *Lei da Ficha Limpa*, Lei Complementar nº 135/2010, inteiramente



ramente compatível com a Constituição. A famosa lei que torna inelegível por oito anos os políticos que tiverem mandato cassado, que renunciarem para evitar a cassação ou que forem condenados em segunda instância, nasceu de uma iniciativa popular que reuniu cerca de 1,6 milhão de assinaturas antes de chegar ao Congresso e ser encampada pelo Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia, do PT/RJ, como seu autor.

No bojo dos debates da ADC nº 29, o Min. Ayres Britto asseverou que a *Lei da Ficha Limpa* é “a decorrência da saturação do povo com os maus-tratos infligidos à coisa pública e que a matéria relativa à presunção de inocência já foi exaustivamente debatida no Congresso Nacional quando da análise da lei”³², o que demonstra como a participação popular pode ser utilizada como vetor para orientar as decisões no mundo do Direito.

7.5 Crise da Interpretação do Positivismo

Os cânones clássicos acima estudados – em especial, o gramatical, o lógico e o teleológico – são fortemente utilizados pelo positivismo, que busca a interpretação fundada em métodos lógicos-dedutivos. No positivismo, contudo, existem outras vertentes interpretativas que se diferenciam da citada matriz desta vertente teórica. Dentre estas, destaca-se o método voluntarista de Hans Kelsen.

7.5.1 Método Voluntarista do positivismo: a Teoria da Moldura de Kelsen.

O método voluntarista de Kelsen é desenvolvido em sua obra *Teoria Pura do Direito*, portanto, guarda pertinência com seu positivismo científico já estudado. Nesse contexto, Kelsen trabalha a lógica de interpretação dentro do que historicamente ficou conhecido como a *Teoria da Moldura*.

Segundo a cognominada *Teoria da Moldura de Kelsen*, a norma jurídica é uma moldura, estabelecendo limites ao julgador, o que significa que não existiria uma única solução jurídica para os casos, mas uma gama de soluções dentro de da moldura normativa, podendo o juiz escolher dentro dela a que mais se adequa ao caso concreto:

“O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador - a determinar por qualquer forma que seja - ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”³³.

A escolha do juiz dentro dessa moldura não seria, todavia, um ato de conhecimento, mas um ato de vontade:

32 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa*. In: *Buscador Dizer o Direito*. Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/bbf94b34eb32268ada57a3be5062fe7d>>. Acesso em: 06/09/2019.

33 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. P. 390.



“A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer - segundo o próprio pressuposto de que se parte - uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. (...) Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária”³⁴.

Vale lembrar, todavia, tal como visto em Filosofia da Constituição, que, para Kelsen, a ciência do Direito não deveria desenvolver considerações axiológicas. A neutralidade é uma marca da construção da ideia de pureza em Kelsen. A meta kelseniana era purificar o Direito de preocupações sociológicas e ideológicas para restar claro o seu objeto específico de estudo: a norma jurídica. Não obstante, Kelsen, em seu modelo interpretativo, abre a possibilidade de considerações morais, axiológicas e sociais:

“Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato. Só assim não seria se o próprio Direito positivo delegasse em certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça etc. Mas, neste caso, estas transformar-se-iam em normas de Direito positivo”³⁵.

A *Teoria da Moldura* leva assim a duas conclusões:

i) Quebra-se a busca que existia na Hermenêutica até então por uma resposta correta, ou seja, a ideia de que só existiria uma resposta certa para cada caso e que, por meio de um método, poder-se-ia encontrá-la, visto que Kelsen admite mais de uma resposta para os problemas jurídicos. Nesse sentido, entende Paulo Bonavides:

“A jurisprudência clássica e a teoria mais comum da interpretação, ordinariamente buscavam inculcar que a lei aplicada ao caso concreto somente pode fornecer uma única decisão certa e que a ‘certeza’ dessa decisão se fundamentava na lei mesma. Afirma então o normativista de Viena que nessa interpretação clássica, o ato interpretativo tomava a feição de uma exclusiva operação intelectual, como se o intérprete empregasse tão-somente os poderes da razão e dispensasse o exercício de sua vontade, ao extrair, por via intelectual pura, de um quadro de múltiplas possibilidades, aquela única que no direito positivo corresponderia à escolha certa”³⁶.

34 *Idem. Ibidem.* P. 393.

35 *Idem. Ibidem.*

36 BONAVIDES, Paulo. *Ibidem.* P. 410.



ii) Ao afirmar que a decisão findava por ser um ato de vontade dentre as várias decisões possíveis na moldura, admitindo, inclusive, considerações morais e sociológicas, Kelsen acaba por cair em uma evidente contradição: *Que neutralidade jurídica é essa que se resume a um ato de vontade pautável por critérios extrajurídicos?! Isso fez com que se denominasse este ponto da Teoria Pura do Direito de Giro Voluntarista de Kelsen. Trata-se uma contradição que coloca em xeque a sua teoria.*

O método voluntarista de Kelsen, por um lado, teve a perspicácia de notar, reconhecer e validar a pluralidade de possíveis decisões para um mesmo caso; por outro, peca ao reduzir a decisão a *um mero ato de vontade* dentro da moldura.

A decisão como um ato de vontade (impulso, arroubo, desejo etc.) esfacela a racionalidade do processo decisório. É incompatível com uma realidade democrática que as partes (ou mesmo toda a sociedade) sejam submetidas às vontades do julgador. Mesmo que a vontade de quem decide caiba dentro da moldura – e o mais grave: como visto acima, dada a regra de competência, às vezes, nem mesmo isso ocorrerá – tal fato apenas garante a sua validade, mas não a sua legitimidade, posto que uma vontade arbitrária, por exemplo, mesmo que na moldura, muito distante de uma decisão evidentemente mais democrática que também esteja dentro da moldura, acaba por esgarçar o tecido social que garante a própria sustentação da decisão judicial.

A ausência de preocupação com a legitimidade, que, aqui, brevemente, pode ser designada (ainda superficialmente) como *fundamento de poder*, todavia, é compatível com a teoria do autor austríaco, que, de fato, reduzia o Direito à aspectos formais de validade, renegando as preocupações de ordem axiológica. Isso, todavia, não se coaduna com aspirações democráticas mínimas, tal como o marco civilizatório do pós-segunda guerra mundial exige. Em qualquer sociedade minimamente democrática, não se considera como um padrão aceitável o assenhoreamento da realidade pelas vontades do magistrado.

Nas sociedades de processo democrático mais evoluído, a busca constante é para que os magistrados, mesmo contra suas vontades e desejos mais virulentos, sejam capazes de realizar os desideratos constitucionais ou, no mínimo, sejam capazes de apresentar os fundamentos de suas decisões com base nesses parâmetros. Por essa razão, a teoria da interpretação de Kelsen é muito criticada até os dias atuais, abrindo espaço para uma Hermenêutica Constitucional legitimadora.

Nota de Aprofundamento:

E se a decisão for fora da moldura?

Este é um ponto que Kelsen não responde diretamente na *Teoria Pura do Direito*. De um modo geral, contudo, a literatura afere essa resposta da lógica geral do sistema jurídico kelseniano. Para o autor de Viena, há um comando que pauta todo o processo decisório: a regra geral de competência. Isso significa que se o sistema jurídico atribui poder para que alguém decida o caso, o que esta pessoa decidir será direito até ser anulado por uma instância superior. Assim, se não for anulado, permanecerá válido.

Nesses termos, a decisão, mesmo que fora da moldura, sendo exarada por autoridade competente, será válida até ser anulada por uma autoridade competente superior e, se a autoridade que deu a decisão for a mais elevada do sistema, permanecerá válida mesmo que fora da moldura:

“Enfim, na aplicação da norma jurídica, vale, em última análise, a regra de competência e não a previsão de conteúdo. Isso porque deve haver uma última palavra sobre a qual não seja possível o



controle. Os atos são válidos enquanto não anulados por um órgão competente para tanto. O elemento decisivo aqui é a regra de competência, a qual assegura a unidade da ordem jurídica”³⁷.

Por esta mesma razão, ele afirmou que moral, justiça e tudo mais que seja extrajurídico (em sua visão positivista), mas for utilizado como parâmetro para decidir pela autoridade competente, também acaba por se transformar em norma de direito positivo.

7.5.2 Crise dos Paradigmas Filosóficos do Objetivismo e do Subjetivismo

Além da crise do voluntarismo Kelseniano, verifica-se também um cenário de crise da interpretação positivista no que tange aos paradigmas filosóficos do objetivismo e do subjetivismo.

Como adiantado acima, o paradigma objetivo é aquele que sustenta que a norma se desprende da vontade do legislador, cabendo ao intérprete atual, no momento presente, com base na realidade contingente ao seu momento de histórico e de interpretação, afirmar o que ela é e o seu projeto normativo (*mens legis*). Sob esta perspectiva, a vontade do legislador é algo totalmente secundário.

Por outro lado, o paradigma subjetivista ou *paradigma da consciência*, apresenta-se como o ideário de subjetivação do julgador, em que, na aplicação do direito, fundamentará as decisões judiciais com lastro em apreensões interiores. Percebe-se, assim, que, neste paradigma, prevalece uma busca por fatores interiores do julgador, uma procura da vontade do legislador (*mens legislatoris*).

Uma vertente ainda mais extremada do paradigma subjetivista dá ainda mais liberdade para o intérprete, permitindo que ele julgue baseado no seu sentir interior a respeito dos fatos.

Nesses termos, os dois modelos contrapõem a *mens legis* (vontade da lei do paradigma objetivo) à *mens legislatoris* (vontade do legislador do paradigma subjetivo), cabendo, em um caso ou em outro, ao intérprete focar atenção em um desses aspectos do processo hermenêutico.

Como bem explica Streck, as ideias subjetivistas e objetivistas, em uma análise mais direta, evidenciam *paradigmas filosóficos*, ou seja, formas de reflexão da realidade que demonstram inclinações para ver o mundo sob um certo padrão ideológico³⁸. Por isso, escolas menos formalistas tendem a optar pelo paradigma subjetivista, enquanto escolas mais formalistas costumam seguir o padrão objetivista³⁹. Registrando-se a notável exceção de Kelsen, que, apesar de ter uma teoria bastante formalista, em matéria de interpretação, é voluntarista, logo, alocado no paradigma subjetivista.

Compreender *objetivismo* e *subjetivismo* como paradigmas filosóficos é fundamental para contrastá-los com os paradigmas filosóficos atuais da Hermenêutica Filosófica, que busca romper com a lógica tradicional sujeito *versus* objeto. São elucidativas as palavras de Lenio Streck:

37 SOARES, Marcos Antonio Striquer. *A decisão judicial em Hans Kelsen e a tradição do cartesianismo*. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. N.º. 114. Pp. 345-387. Jan-Jun. Belo Horizonte, 2017. P. 374.

38 STRECK, Lenio. *Lições de crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. P. 100 e ss.

39 BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*. P. 413 e ss.



“De todo modo, é importante insistir que essa dicotomia não tem (mais) sentido no âmbito da superação dos paradigmas tradicionais da filosofia (metafísica clássica e metafísica moderna ou, se quisermos, os paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência).

Colocar o *locus* do sentido na coisa (lei) ou no sujeito (intérprete) é sucumbir à ultrapassada dicotomia sujeito-objeto. Ora, dizer que o sentido está na lei ou sustentar que aquilo que o legislador quis dizer é mais importante do que aquilo que ‘ele disse’ não resiste a uma discussão filosófica mais aprofundada.

Do mesmo modo, não passa de uma vulgata da filosofia da consciência dizer que o intérprete quem estabelece o sentido segundo a sua subjetividade. O que pode ser relevante é, exatamente, demonstrar as estruturas das posturas que sustentam os voluntarismos interpretativos”⁴⁰.

Assim sendo, faz-se necessário construir uma Hermenêutica Constitucional que transcenda à mera dicotomia do sujeito em oposição ao objeto nos limites semânticos do texto constitucional e que seja ciente da complexidade social sobre a qual a normatividade da Constituição se impõe. Novamente, é didático Streck:

“É nesse sentido que ocorre um salto na discussão acerca do sentido de um texto jurídico. Na era do Constitucionalismo Contemporâneo, sustentar a importância dos limites semânticos da Constituição e, em consequência, aferir a validade das leis em conformidade com a Constituição constitui, sim, um efetivo avanço no plano hermenêutico. Não se trata, por óbvio, de um retorno a qualquer postura exegetista operante no passado.

Defender, hoje, os limites semânticos da Constituição – naquilo que entendemos por ‘limites’ no plano hermenêutico é claro – não quer dizer ‘objetivismo’ (nem no sentido clássico, nem no sentido filosófico do termo). Se o Direito tem um sentido interpretativo, um texto jurídico (lei, Constituição) não tem um sentido meramente analítico”⁴¹.

Nesse contexto, desponta um novo paradigma filosófico interpretativo: *a intersubjetividade*. Esta vertente é própria do final do século XX e início do século XXI, advindo após o processo da virada linguístico-filosófica. Na intersubjetividade, busca-se romper a dicotomia “eu” *versus* “mundo”. A oposição contra o que é típico dos dois paradigmas anteriores é manifesta.

A intersubjetividade, como explica o *Dicionário de Filosofia* de Nicola Abbagnano, é o “termo usado na filosofia contemporânea para designar o que se refere às relações entre os vários sujeitos humanos”⁴². A intersubjetividade é, assim, a construção de conceitos, sentidos, formas de ver o mundo, realizada por diálogos entre diversos sujeitos a partir de seus diferentes olhares da realidade.

40 STRECK, Lenio. *Ibidem*. P. 112.

41 *Idem*. *Ibidem*.

42 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 580.



Desse modo, o que é intersubjetivo é construído através de diversas visões de mundo, e não apenas de um sujeito (rompe-se com o paradigma subjetivista), sendo a realidade averiguada sobre esses diferentes olhares simultâneos (rompe-se com um objetivismo), de modo que o resultado é um sentido que é uma visão de todos, mas, ao mesmo tempo, não é uma visão singular de ninguém. O paradigma da *intersubjetividade* é o que, cada dia mais, vem sendo buscado na contemporânea Hermenêutica Constitucional em superação aos paradigmas filosóficos anteriores. Este ponto será aprofundado no momento adequado.

7.6 Crise da Hermenêutica Jurídica Clássica; Reviravolta Linguística; Hermenêutica Filosófica e Pós-Positivismo: o nascimento de uma Nova Hermenêutica Constitucional.

7.6.1 Crise da Hermenêutica Jurídica Clássica

O panorama jurídico atual é de crítica à Hermenêutica Jurídica Clássica e de seus cânones de forte apelo lógico-dedutivo. O discurso posto é o de superação epistemológica do positivismo (que grassou hegemonicamente na cultura jurídica do século XX). Este é o pano de fundo frente ao qual desponta a virada da nova Hermenêutica Constitucional, que possui uma dimensão filosófica, cujo pressuposto fundamental é a virada metodológica do Direito em relação ao “sujeito” que conhece e sua relação com o mundo.

As limitações do positivismo refletem a insustentabilidade de uma teoria do conhecimento fundada essencialmente em fatores empíricos, contingentes ou tidos por “externos e alheios” ao observador, ao intérprete ou ao investigador, ou seja, o conhecimento não é apenas uma relação entre “quem conhece” e “o que é conhecido”, como era na época da ciência moderna (época do positivismo), mas é uma análise sobre a própria forma de “conhecer”. Essa mudança de paradigma (sujeito-objeto) para a própria forma de conhecer (a linguagem) é o que se chama de “reviravolta pragmático-linguística”, “Filosofia da Linguagem” ou “Hermenêutica Filosófica”.

A Filosofia percebeu que os métodos de interpretação do positivismo são baseados na observação que o sujeito faz dos fatos para enquadrar nas normas, em um método lógico-dedutivo, desconsiderando os fatores internos do sujeito intérprete. Diante disso, verificou a Hermenêutica Filosófica que as compreensões do intérprete (fatores internos dos sujeitos, ideologias etc.) também influenciam na interpretação da norma.

Dessarte, a Hermenêutica deixou de ser vista como um mero instrumento do intérprete para ser idealizada como um fim em si mesmo. Isso porque os fatores internos dos intérpretes, suas ideologias, também são formados através da Hermenêutica, através da interpretação dos estímulos verificados no ambiente do sujeito. Portanto, a Hermenêutica deixa de vista como um objeto do conhecimento, um meio de transmissão do conhecimento, e passa a ser um elemento formador do ser humano, movimento também conhecido como reviravolta pragmático-linguística (“Filosofia da Linguagem” ou “Hermenêutica Filosófica”).

7.6.2 Filosofia da Linguagem

A chamada reviravolta pragmático-linguística (“Filosofia da Linguagem” ou “Hermenêutica Filosófica”) foi a reorientação epistemológica nas bases da filosofia ocidental durante a primeira metade do século XX, marcando uma pretensa superação do paradigma do “sujeito-objeto”. Dentre os principais



filósofos que contribuíram para a virada linguística, pode-se falar de Saussure, Wittgenstein, Heidegger e Hans Georg Gadamer.

A chamada virada linguística corresponde, assim, a uma mudança de perspectiva da Filosofia no século XX, saindo as investigações filosóficas da busca do sentido das coisas para o estudo da própria linguagem em si, que deixa de ter “um papel secundário ou instrumental” para ser o “centro das especulações filosóficas”.

Segundo David Barbosa de Oliveira:

“Nos anos 20-30 do século XX, impôs-se dupla ruptura com a matriz filológica e filosófica até então preponderante. Essa ruptura foi chamada de ‘giro linguístico’ e ensejou consequências nos mais variados campos do conhecimento. De um lado, a ruptura filológica repercutiu sobre a antiga tradição centrada na comparação das línguas e no estudo de sua evolução histórica”⁴³.

A filosofia é, portanto, forçada a regressar à noção de sujeito, sua relação com o mundo e com a sua própria consciência, destacando-se dois autores nesse momento: *Heidegger* e *Gadamer*.

a) Heidegger

Para Martin Heidegger (1889 – 1976), como visto acima, era necessário regressar à noção de *Ser*, ponto que julga ter sido desprezado ou insuficientemente abordado ao longo de toda a trajetória da filosofia ocidental, desde a fundamentação aristotélica da metafísica em contraposição ao pensamento sofista (vale lembrar do individualismo de Protágoras). Heidegger afirma que a dualidade conceitual entre sujeito e objeto ou, mais precisamente, entre subjetividade e objetividade, foi um pressuposto não exaustivamente fundamentado, assim como criticável, do cânone da filosofia ocidental pós-aristotélica.

Diz Mascaro:

“Afastando-se das filosofias metafísicas idealistas, Heidegger propõe uma busca ontológica como base da filosofia. A palavra ontologia vem do grego *ontós*, ser, e a petição heideggeriana é pela filosofia do ser. Compreender o que é, o que existe, o ser, torna-se fundamento da filosofia heideggeriana”⁴⁴.

Mascaro continua:

“A compreensão existencial empreende, assim, um encurtamento hermenêutico, na medida em que não recorre à metafísica, a Deus, à razão universal, às ideias inatas, mas, sim, busca-se a plena compreensão dos fenômenos existenciais. Trata-se de uma apreensão direta, reduzindo obstáculos que a filosofia, as crenças e determinadas verdades impuseram, como barreiras, circundando, escondendo e requalificando o ser”⁴⁵.

43 OLIVEIRA, David Barbosa. *A reviravolta linguística na teoria do Direito: a filosofia da linguagem na determinação teórica de Kelsen, Ross e Hart*. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. Janeiro-abril 2017. P. 33.

44 MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. 2.^a edição. São Paulo: Atlas, 2012. P. 389.

45 *Idem*. *Ibidem*. P. 391.



Heidegger busca, desse modo, perquirir a realidade existencial humana. Como dito acima, o meu Ser é quem sou, mas eu sou determinado pelo mundo em que vivo, pela realidade ao meu redor, pela coletividade em que estou, pelo tempo em que me insiro etc. O grande diferencial aqui é que, para descobrir o Ser, não mais se recorrerá, como na Filosofia anterior, à metafísica, a Deus, à razão universal etc., como Mascaró explicou acima. A partir de Heidegger, a plena compreensão dos fenômenos existenciais será buscada na própria linguagem. É a linguagem que faz cada ser humano ser quem é. Como asseverou Bakhtin, pode-se afirmar que, desde o nascimento, o ser humano está imerso no oceano das palavras, sendo por elas banhado. É a linguagem que faz cada um o sujeito que é⁴⁶. A linguagem é o limite de mundo de cada indivíduo. Heidegger, na mesma linha, dirá que “a linguagem é a morada do ser. Nesta habitação do ser mora o homem”⁴⁷. Assim se justifica a virada linguística, pois, por meio dela, a Hermenêutica passa a ser o centro da especulação filosófica, visto que ela explica a linguagem, logo, ela revela o Ser.

Nesses termos, a Filosofia contemporânea é Hermenêutica, focada na linguagem como reveladora do Ser, diferentemente da Filosofia moderna, que se concentrava na dicotomia sujeito *versus* objeto. Disso resultará a representação da Hermenêutica Filosófica como uma relação existencial circular, trata-se do célebre *Círculo Hermenêutico*, em que as dualidades causa-efeito, início-fim, intérprete-objeto interpretado ou intérprete-interpretação se manifestam.

O círculo hermenêutico representa que o Ser é formado pelo mundo em que se vive, de modo que possui pré-compreensões sobre determinado assunto. Somando-se às suas pré-compreensões, o sujeito considera o assunto interpretado também à luz da realidade. Por sua vez, somando-se às pré-compreensões do sujeito e às noções existentes no ambiente, o texto normativo a ser interpretado também possui suas pré-compreensões. Dessarte, ocorre a chamada fusão de horizontes, a fusão de todas as pré-compreensões, em um movimento simultâneo e contínuo, até que se conclua pela interpretação adequada.

A fim de melhor identificar esse movimento circular de fusão de horizontes, vejamos a representação gráfica abaixo:



46 BAKHTIN, Mikhail Mikhailovich. *Para uma filosofia do ato responsável*. Tradução Valdemir Miotello e Carlos Alberto Faraco. São Carlos: Pedro & João Editores, 2010.

47 HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o Humanismo*. Tradução Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2005. P. 38.



Compreenda as consequências dessa forma de ver o mundo: o processo hermenêutico passa a ser visto todo a partir das limitações humanas do intérprete. A vida, as condições, a história, as ideologias do intérprete sempre influenciarão e condizionarão sua interpretação, pois os seres humanos não têm como fugir de si mesmos. O intérprete não tem como fugir de quem ele é, e isso pautará o resultado de sua interpretação. Nesse contexto, ideais positivistas como a da “neutralidade” são totalmente incabíveis.

Por fim, vale destacar críticas tecidas por Heidegger sobre a técnica, a política e o direito.

i) A técnica

Como aponta Mascaro, Heidegger formula uma profunda crítica da técnica moderna. Compreenda-se técnica aqui como o *saber técnico*, ou seja, operacional, baseado na sequência mecânica de atos e em uma razão cartesiana. Para Heidegger, a técnica busca esconder o sujeito. Como exemplifica Mascaro, “o rio não se abriu, por conta própria, para a hidrelétrica. É o homem que o exaure a tanto”⁴⁸.

Na modernidade, houve uma cisão entre ética e política. Para os antigos, a ética era o agir no âmbito pessoal, e a política abarcava o âmbito social, embora as duas não fossem apartadas, uma vez que uma refletia na outra, gerando harmonia no comportamento social. A partir da modernidade, a ética na escala pessoal passa a ser diversa daquela aplicada à escala social.

Gambogi explica a origem da técnica moderna:

“O que se vê, em verdade, é o aparecimento de um modelo de sociedade e de Estado guiados por ações que privilegiam o resultado econômico, isto é, dissemina-se o ideário *poiético*, cujo meio é a técnica, em detrimento do Ético”⁴⁹.

A cisão entre os campos éticos ocorrida com a modernidade pode ser explicada pelo consumismo e pela produção, levando a conduta a abandonar o *ethos* no campo social e a abraçar a *poíese*, baseada em técnica e produtividade.

“O *poiético* vem do fazer, produzir (fazer um automóvel, por exemplo), cujo meio é a técnica. Trata-se de uma razão servil, instrumental, em que se faz sem inquirir o porquê do que se faz, em que as regras do fazer (técnica), podem ser ensinadas e exercidas de modo mecânico, não reflexivo. De ser em si e para si, de ser consciente de sua liberdade, o homem é convertido em ser-para-o-outro, ou seja, é subjugado por uma estrutura *poiética* tecnologicizante que faz com que o homem deixe de ser um fim em si mesmo, isto é, livre, para se tornar mercadoria, a ter valor econômico”⁵⁰.

A mentalidade humana voltada única e exclusivamente para a produção (*mera técnica*) retira a reflexão ética do indivíduo, passando a raciocinar apenas o que deve ser feito e de que forma em busca da produção, independentemente de ser certo ou errado. Quanto mais técnico, menos reflexivo, de modo que

48 MASCARO, Alysson Leandro. *Ibidem*. P. 392.

49 GAMBOGI, Luís. *Problemática e sentido dos direitos humanos Breve reflexão à luz do pensamento de Henrique C. de Lima Vaz*. In: *Annales*. Vol. 2. Nº. 2. Belo Horizonte, 2017. P. 20.

50 *Idem*. *Ibidem*.



as ações já não levam mais em consideração o outro, acarretando prejuízos que não são previstos ante a ausência de reflexão sobre o Ser.

ii) A Política

Heidegger também vai ser crítico do pensamento político moderno. Ele vai atribuir ao pensamento político moderno um artificialismo que renega o Ser. Sob o ponto de vista político, o autor vai sugerir um resgate às origens do Ser, que, no campo político, vai residir em um resgate às ideias de povo, nação e costumes⁵¹.

iii) O Direito

Heidegger também vai apresentar críticas ao Direito. Não obstante não fosse um jurista de formação, suas reflexões acabaram por alcançar também esta área do saber. Como leciona Mascaro, a crítica de Heidegger ao Direito é a crítica à técnica, visto que o direito moderno, mormente, após o positivismo, tornou-se um saber essencialmente técnico⁵².

O autor vai buscar “pensar o fenômeno jurídico para além da sua banalidade técnica que se instauraria uma definição do direito como existência autêntica, no regaço das experiências e do convívio social justo”⁵³. Isso remeterá o intérprete do Direito à realidade, rompendo o pensamento meramente lógico-formal do positivismo. Interpretar não mais poderá ser algo laboratorial, feito pelo jurista sem levar em conta a realidade e as suas próprias interferências existenciais no interpretar.

Dessa base concreta lançada por Heidegger, autores como Konrad Hesse e Friedrich Müller formataram métodos de interpretação da Constituição baseados sempre de um partir da realidade, e interpretar não será mais apenas o retirar semântico de sentido de um texto normativo, mas uma constante busca por uma “construção” das normas jurídicas da e a partir da realidade e destinada a essa mesma realidade. Nota-se, ao nível existencial, a circularidade do processo (círculo hermenêutico).

b) Gadamer

A partir da crítica ontológica (ou seja, existencial) de Heidegger à modernidade e de suas conclusões, Hans-Georg Gadamer (1900-2002) busca investigar a possibilidade de fundamentação metodológica das chamadas ciências humanas (“culturais” ou “do espírito”) por meio da Hermenêutica.

Ao pôr em suspensão a negação do Iluminismo aos “preconceitos”, identificando o filósofo aqui, na realidade, um verdadeiro “pré-conceito” (*Vorurteil*), na acepção literal do termo, Gadamer resgata a ideia de tradição, descrevendo o ato de conhecer como um jogo em que se imbricam a tradição (*Überlieferung*) e o intérprete. Em outras palavras, a “antecipação de sentido” do texto não é uma expressão de subjetividade, mas sim “determina o lugar comum em que o intérprete e a tradição se encontram”.

51 MASCARO, Alysso Leandro. *Ibidem*. P. 393 e ss.

52 *Idem*. *Ibidem*. P. 395 e ss.

53 *Idem*. *Ibidem*. P. 396 e ss.



Seria vã, portanto, qualquer tentativa de propor um “método” enquanto “processo” (*Verfahren*) para o conhecimento da “verdade”, cabendo à Hermenêutica, contudo, investigar as “condições de possibilidade” para o conhecimento.

É nesse sentido que Gadamer será o grande nome dentre aqueles filósofos que negam a possibilidade de existir uma “técnica” ou “método” (compreendido aqui como uma espécie de “passo a passo”) capaz de levar a uma correta interpretação. Ele nega assim uma Hermenêutica metodológica.

Afirma Mascaro:

“Para Gadamer, a filosofia não pode ser uma construção lógica apenas autoreferenciada em métodos. Fundada numa compreensão existencial, Gadamer há de se afastar da tradição moderna sobre a interpretação. (...) Para Gadamer, seria necessário compreender a Hermenêutica como um fenômeno de apreensão da verdade existencial do ser. E não apenas de sua correspondência com o correto. O ser há de se revelar mais amplo do que aquele previsto no catálogo do correto da ciência e da racionalidade moderna”⁵⁴.

É uma ideia radicalmente diferente daquilo propagado pelo Iluminismo, que refutava toda e qualquer autoridade anterior e propunha a descoberta do conhecimento livre de quaisquer pré-conceitos.

Isso porque os pré-conceitos e pré-julgamentos não estão simplesmente à disposição para serem afastados, nem são todos os pré-conceitos nocivos ao conhecimento. Em suma, encontrar as condições de possibilidade para o distanciamento daquele pano de fundo que obstaculiza, que leva a enganos, na medida em que o contexto apropriado para o conhecimento se mantenha, é a tarefa última da Hermenêutica Filosófica.

Conforme visto anteriormente, para Gadamer, a compreensão decorre de um diálogo entre intérprete e o texto, condicionado por pré-conceitos e pré-juízos. Nesse contexto, a fusão de horizontes seria a fusão de horizonte do texto com o do intérprete. Com isso, o filósofo desenvolve a ideia de *Espiral Hermenêutica*.

7.6.3 Nova Hermenêutica Constitucional

Com a ruptura promovida pela Hermenêutica Filosófica, percebeu-se que, no âmbito do Direito Constitucional, a mera Hermenêutica Jurídica Clássica não seria suficiente, mormente, em razão das características específicas das normas constitucionais em relação às demais do sistema jurídico. Essas características já foram antecipadas no capítulo sobre normas constitucionais, mas, tal como lá foi mencionado, este é o momento de detalhá-las.

Segundo Paulo Bonavides, dois aspectos diferenciam-se para o intérprete em se tratando de normas constitucionais, quais sejam: a) elas são de superior categoria hierárquica em face das normas da legislação ordinária; b) a norma constitucional é de natureza política⁵⁵.

54 MASCARO, Alysso Leandro. *Ibidem*. P. 397.

55 BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*. P. 419 e ss.



Por sua vez, Luís Roberto Barroso afirma:

“Embora seja uma lei, e como tal deva ser interpretada, a Constituição merece uma apreciação destacada dentro do sistema, à vista do conjunto de peculiaridades que singularizam suas normas. Quatro delas merecem referência expressa: a) a superioridade hierárquica; b) a natureza da linguagem; c) o conteúdo específico; d) o caráter político”⁵⁶.

É por conta das peculiaridades de suas normas que a Constituição demandará uma Hermenêutica específica, não lhe servido apenas os cânones clássicos da interpretação, que, embora também lhe sejam úteis e aplicáveis, não são suficientes para a complexidade constitucional. Essa Hermenêutica própria da Constituição tem sido chamada de Nova Hermenêutica Constitucional.

Ressalta-se, assim, a importância da compreensão das peculiaridades das normas constitucionais para a correta captura da ideia de sua nova lógica de interpretação.

a) Natureza das Normas Constitucionais

Inicialmente, vale frisar que as normas constitucionais possuem *status* diferenciado ante as demais normas do sistema jurídico. É a *Supremacia da Constituição*, ou seja, a Constituição é dotada de superlegalidade (está acima das leis), tanto do ponto de vista formal quanto material. Há uma hierarquia que garante uma força jurídico-normativa para a norma constitucional, que faz com que esta espécie normativa molde as que lhe são inferiores.

Além disso, por ela moldar a sociedade, trazendo os parâmetros básicos da vida social, o que faz com que precise anunciar valores e trate de assuntos de forma geral, a norma constitucional possuirá um conteúdo bastante abstrato (axiológico e principiológico). Esses valores são expressos por meio de princípios, que passam a ser vistos tecnicamente com uma espécie de norma jurídica ao lado das regras. Essa resignificação do conceito de norma, sendo ela dividida em regras e princípios, é típica do *pós-positivismo*.

Percebe-se que a grande inovação do pós-positivismo consiste na normatividade dos princípios, que passam a ocupar o topo de todo o ordenamento jurídico, tendo como relevante missão fundamentar o sistema jurídico, inspirar a criação das regras jurídicas e servir de cabedal hermenêutico no momento de aplicação do Direito.

“A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chave de todo o sistema jurídico”⁵⁷.

Toda esta relevância dos princípios decorre de seu substrato axiológico. Os princípios são o retrato dos valores da sociedade plural da pós-modernidade.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*. P. 79.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*. P. 257.



Por fim, deve-se afirmar que o aspecto político é uma das marcas mais relevantes da norma constitucional. Este aspecto chama atenção, dado que, como já visto, as Constituições surgem, na Modernidade, como o resultado das revoluções liberais do século XVIII, enquanto elementos de controle do estado absoluto. Esse aspecto histórico fez com que as normas constitucionais, desde o primeiro momento, já nascessem com acentuado caráter político, mas que, *ab initio*, restringia-se a isso, com baixo teor de juridicidade. Eram documentos panfletários de declaração de liberdade.

No século XIX, começa a juridicização das Constituições. As Declarações de Direitos passam a ser artigos da Constituição, dando a marca de direitos subjetivos aos direitos individuais constitucionalmente declarados. Em seguida, no início do século XX, surgem o Constitucionalismo e as Constituições Sociais, enunciando compromissos sociais efêmeros e direitos sociais, surgindo as normas de caráter programático.

Já no início do século XX, entra em crise esse conceito de programaticidade, com sua baixíssima normatividade, que fazia dissolver o próprio conceito de Constituição, mormente, ante os desafios econômicos e sociais do período.

Assim sendo, a partir da segunda metade do século XX, com a necessidade de refundação do Estado como Democrático de Direito, passando a Constituição a assumir definitivamente o papel de eixo central do ordenamento jurídico, a norma constitucional ganha em juridicidade.

Ressalte-se que, ao se reconhecer o caráter jurídico da norma constitucional, não se está a negar seu caráter político. Continuam a conviver ambos os caracteres no constitucionalismo atual. A própria Constituição de 1988 é repleta de dispositivos com alto teor político, por exemplo: “valores sociais do trabalho e livre iniciativa”; “pluralismo político”; “redução das desigualdades sociais”. Isso, todavia, não reduz sua juridicidade intrínseca.

As relações que a norma constitucional costuma disciplinar são de preponderante conteúdo político e social e, por isso mesmo, sujeitas a um influxo político considerável, senão essencial, o qual se reflete diretamente sobre a norma, bem como sobre o método interpretativo aplicável.

b) Constituição: Direito e Política

A junção entre política e Direito nas Constituições está ainda mais elevada nos dias atuais, dado o fortalecimento dos princípios no seio da teoria das normas constitucionais. Nas palavras de Bonavides:

“O caráter político da Constituição avulta também quando se trata de fixar o caráter normativo dos princípios constitucionais. Estes não são outra coisa senão princípios políticos introduzidos na Constituição. Adquiriram, graças a esta, uma juridicidade que, se por uma parte os limita, por outra, não quebra de modo algum o elo axiológico necessário que os prende às matrizes sociais donde brotaram e donde continuam aliás a receber inspiração, calor e vida”⁵⁸.

58 *Idem. Ibidem.* P. 421.



Esse elevado caráter político das normas constitucionais, ao tempo em que lhes difere das demais normas, exige uma Hermenêutica Constitucional diferenciada, justamente para que se possa concretizar a norma constitucional, resguardando sua juridicidade, mas de modo a não permitir que o caráter político suprima o que há de jurídico em tais normas. Vale novamente lembrar as palavras de Bonavides:

“Mas do mesmo passo não se há de conceder importância extrema ao elemento político de que se acha impregnada a norma constitucional. Fazer isto seria cair no extremo oposto, chegando-se por essa via ao sacrifício da norma. Esta – deve ficar bem assinalado – não é apenas o receptáculo formal onde cabem todas as variações de conteúdo ou substância da vontade que nela vem expressa, porquanto, se assim fora, incorreríamos no grave risco de anular as vantagens estabilizadoras contidas no formalismo da rigidez constitucional. A Constituição seria rígida na forma mais flexível o conteúdo, teríamos assim, através de caminho inverso, por obra unicamente de intérpretes, reintroduzido no ordenamento constitucional a incerteza e a insegurança sobre o direito básico, justamente os elementos que a rigidez tivera a precisa virtude de remover. A confusão do Direito com a Política nos termos daquela interpretação conduziria provavelmente a semelhante resultado, afrouxando assim os laços que vinculam a Constituição ao Direito para assentá-la sobre a plataforma falsa e oscilante do arbítrio e da instabilidade.

A interpretação constitucional se move pois no plano delicado da dicotomia a que nos temos referido: de um lado, o jurídico, doutro, o político, ambos, porém decisivamente importantes, demandando a única solução possível: o equilíbrio desses dois pratos da balança constitucional.

(...)

O fator político é, assim, importantíssimo senão fundamental, sobretudo quando se trata de interpretação das normas atributivas de certa descrição constitucional. É aí, segundo observa de modo perspicaz um eminente constitucionalista, que os órgãos constitucionais, no exercício de suas competências, devem, dentro das linhas mestras do regime político, ajustar-se maiormente ao interesse público, qual este se exprime no sentimento da coletividade”⁵⁹.

Isso posto, tal como adverte Bonavides, revela-se vital uma Hermenêutica especificamente constitucional, apta ao trabalho com a política ínsita às normas constitucionais, para que se possa encontrar o delicado equilíbrio de uma interpretação que mantenha a juridicidade das normas constitucionais sem que se perca seu rico matiz político.

Dessarte, vislumbra-se a necessidade de uma Hermenêutica que consiga trabalhar em conjunto com as normas políticas constitucionais, com a generalidade dos princípios, com a compreensão da constituição enquanto norma central do ordenamento jurídico, com a compreensão do intérprete enquanto sujeito que possui preconceitos e pré-compreensões, porém sem deixar o intérprete livre com a sua subjetividade.

59 *Idem. Ibidem. P. 230.*



c) Da inexistência de uma Hermenêutica Especificamente Constitucional

Parte da doutrina, em especial, Uadi Lammego Bulos, contudo, sustenta que não há uma Hermenêutica Especificamente Constitucional⁶⁰. Advoga o autor que não há uma Hermenêutica especificamente constitucional, pois não somente a Constituição detém normas de conteúdo político. Além disso, há repercussão das normas ordinárias também sobre a Constituição, e a linguagem aberta da Constituição também é verificada em outros dispositivos.

Portanto, entende o autor que a Hermenêutica da Constituição é a mesma que deve ser aplicada a todos os ramos do direito. Pautada pelos critérios da Hermenêutica filosófica, mas sem apresentar diferenciação quanto aos outros ramos do direito.

Ano: 2019 / Banca: MPE-SC / Órgão: MPE-SC / Prova: Promotor de Justiça

A analogia (Savigny/Gény) é um instrumento cuja finalidade é a complementação do ordenamento jurídico, e por este motivo somente é aplicada aos casos não regulamentados pela lei.

- () Certo
() Errado

GABARITO: Certo.

Ano: 2017 / Banca: CESPE / CEBRASPE / Órgão: PGE-SE / Prova: Procurador do Estado

A adaptação de lei, por um intérprete, às exigências atuais e concretas da sociedade configura interpretação:

- a) histórica.
b) sistemática.
c) sociológica.
d) analógica.
e) autêntica

GABARITO: C.

Ano: 2017 / Banca: CEBRASPE / Órgão: DPU / Prova: Defensor Público Federal

Tendo como referência as diversas teorias da filosofia do direito, julgue o item a seguir:

Em termos gerais, a corrente originalista da interpretação constitucional defende que existe um sentido correto das normas constitucionais, cuja interpretação deve seguir o pensamento do legislador constituinte originário.

- () Certo
() Errado

⁶⁰ BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019. P. 449.



GABARITO: Certo.

Ano: 2017 / Banca: VUNESP / Órgão: TJ-SP / Prova: Juiz Substituto

Considere a reflexão de Lenio Luiz Streck:

“A compreensão do (novo) papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito implica uma ruptura paradigmática. Com efeito, a crise que fustiga o Direito – que, sem dúvida, causa (ou deveria causar) o mal-estar na comunidade jurídica preocupada com o Direito enquanto fator de transformação social – está obnubilada por um imaginário dogmático que continua refém de um sentido comum teórico, no interior do qual o ser da constituição (compreendida no seu papel constituidor, dirigente e compromissário) se apaga. Daí que a ausência de função social do Direito, e, portanto, a sua (não) inserção no horizonte de sentido proporcionado pelo Estado Democrático de Direito, compreendido, a partir das condições de possibilidades de sua existência e, desse modo, a partir das possibilidades do intérprete ser-no-mundo e ser-com-os-ou-tros, perde-se em meio a uma ‘baixa constitucionalidade’ composta por discurso jurídico alienado da condição histórica da sociedade brasileira.”

Segundo essa reflexão:

- a) há uma crise no interior da dogmática jurídica e da hermenêutica constitucional, que só pode ser superada por uma filosofia da consciência, de modo a tornar o intérprete imparcial, para que se possa, utilizando-se de procedimentos e métodos lógicos formais, alcançar o real sentido das normas constitucionais.**
- b) a superação da crise do paradigma liberal individualista no plano da interpretação constitucional implica a necessidade de utilização de uma hermenêutica de bloqueio, que deve trazer como consequência uma racionalidade na eficácia dos dispositivos constitucionais, no tocante aos direitos fundamentais sociais, em face da finitude dos recursos econômicos (reserva do possível).**
- c) a hermenêutica deve dotar o intérprete de instrumentos racionais que possam colocá-lo numa perspectiva reflexiva – para além das contradições do mundo real –, de modo a que possa alcançar a exata compreensão dos fenômenos e sentidos objetivados pela constituição.**
- d) a tarefa proposta é a insurgência contra uma hermenêutica que opera a partir de um paradigma liberal individualista e de um eixo metodológico invertido, num horizonte reducionista e que impede que o novo – o sentido da Constituição que aponta para o resgate das promessas de modernidade – venha à tona ou, em outros termos, opera-se um bloqueio das possibilidades de transformação da realidade pelo Direito e pela Constituição.**

GABARITO: D.

Ano: 2015 / Banca: CEBRASPE / Órgão: TRF - 5ª REGIÃO / Prova: Juiz Federal Substituto

Se, ao interpretar a lei, o magistrado concluir que a impenhorabilidade do bem de família deve resguardar o sentido amplo da entidade familiar, abrangendo, além dos imóveis do casal, também os imóveis pertencentes a pessoas solteiras, separadas e viúvas, ainda que estas não estejam citadas expressamente no texto legal, essa interpretação, no que se refere aos meios de interpretação, será classificada como:

- a) sistemática.**
- b) histórica.**



c) jurisprudencial.

d) teleológica.

e) lógica.

GABARITO: D.

Ano: 2015 / Banca: FCC / Órgão: TRT - 6ª Região (PE) / Prova: Juiz do Trabalho Substituto

De acordo com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, na hierarquia, interpretação e integração da lei:

a) a equidade constitui meio integrativo pelo qual se supre a lacuna da lei, empregando-se sempre que o juiz considerar a hipótese concreta como passível de sua aplicação nos autos.

b) a interpretação autêntica é também denominada literal ou gramatical, atendo-se ao exame do texto normativo sob o ponto de vista semântico e linguístico.

c) no que se refere aos princípios gerais de direito, estes encontram-se sempre implícitos no sistema jurídico, tratando-se de regras de natureza genérica que orientam sua compreensão na aplicação e integração das normas jurídicas.

d) somente se aplica a interpretação extensiva da norma legal se não houver a possibilidade, primeiramente, de aplicação analógica da lei.

e) nos mecanismos de integração do sistema jurídico, a analogia figura em primeiro lugar, consubstanciando-se no fundamento pelo qual a situações semelhantes deve-se aplicar a mesma regra de direito.

GABARITO: E.

Ano: 2022/ Banca: FGV/ Órgão: PC-AM/ Delegado de Polícia

Maria, destacada estudiosa da interpretação constitucional, defendeu que a norma não apresenta uma relação de sobreposição com o texto. Em verdade, é o resultado do processo de interpretação, durante o qual o intérprete desenvolve uma atividade argumentativa e tipicamente decisória, já que deve resolver as conflitualidades intrínsecas que se apresentam durante esse processo, de modo a identificar os significados potencialmente atribuíveis ao texto interpretado e decidir qual deles deve preponderar, considerando as nuances da realidade e a situação concreta na qual a norma se projetará.

A explicação de Maria está lastreada na concepção de que:

a) construções originalistas, que buscam reconstruir a vontade constituinte, devem embasar o processo de interpretação.

b) o formalismo se ajusta plenamente à atividade do intérprete, pois valoriza o papel do texto e a importância da realidade.

c) as nuances do ambiente sociopolítico podem influir no delineamento de alterações não formais da ordem constitucional.



d) a tópica pura, na qual o texto é tratado como um ponto de vista, sendo utilizado, ou não, conforme as peculiaridades do problema concreto, deve direcionar a interpretação.

e) o realismo jurídico não só valoriza a força normativa do texto constitucional como explica a forma como se desenvolve a mutação constitucional, preservando a vontade constituinte.

GABARITO: C.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BAKHTIN, Mikhail Mikhailovich. *Para uma filosofia do ato responsável*. Tradução Valdemir Miotello e Carlos Alberto Faraco. São Carlos: Pedro & João Editores, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 4ª edição. Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2014.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução: Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa*. In: *Buscador Dizer o Direito*. Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/bbf94b34eb32268ada57a3be5062fe7d>>. Acesso em: 06/09/2019.

_____. *Em regra, a busca em veículo é equiparada à busca pessoal e não precisa de mandado judicial para a sua realização*. In: *Buscador Dizer o Direito*. Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizero-direito.com.br/jurisprudencia/detalhes/84fdb3ac902561c00871c9b0c226756>>. Acesso em: 06/09/2019.

DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. Tradução Marco Casanova. São Paulo: Editora UNESP, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 6ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.



FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª. Edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERREIRA, António Casimiro. *Sociologia das Constituições: Desafio Crítico ao Constitucionalismo de Exceção*. Porto: Vida Económica, 2019.

GAMBOGI, Luís. *Problemática e sentido dos direitos humanos: Breve reflexão à luz do pensamento de Henrique C. de Lima Vaz*. In: *Annales*. Vol. 2. Nº. 2. Belo Horizonte, 2017.

GRAU, Eros. *Juízes interpretam e aplicam a Constituição e as leis, não fazem justiça*. CONJUR. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-14/eros-grau-juizes-aplicam-direito-nao-fazem-justica>>. Acesso em: 14.05.18. Às 11h:59min.

_____. *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 8ª edição. Refundida do Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2017.

HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o Humanismo*. Tradução Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2005.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LIMA, Iara Menezes. *Escola da Exegese*. Disponível em: file:///C:/Users /dpu/Downloads/55-214-1-PB.pdf. Acesso em: 05.09.19. Às 13h:12min.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MASCARO, Alysso Leandro. *Filosofia do Direito*. 2.ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, David Barbosa. *A reviravolta linguística na teoria do Direito: a filosofia da linguagem na determinação teórica de Kelsen, Ross e Hart*. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. Janeiro-abril 2017.

ORTEGA Y GASSET, José. *Ortega y Gasset – Textos Seleccionados*. Tradução: José Gabriel Perissé Madureira. Recife: Fundação Joaquim Nabuco; Editora Massangana, 2010.

PEIXINHO, Manoel Messias. *A Interpretação da Constituição e dos Princípios Fundamentais: Elementos para uma Hermenêutica Constitucional Renovada*. 3ª edição, revista e ampliada. Rio de Janeiro, 2003.

SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. 2014.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia Jurídica*. Tradução do alemão para o espanhol: J. J. Santa-Pinter. Tradução do espanhol para o português: Hebe A- M. Caletti Marengo. Adequação linguística: Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas: Edicamp, 2001.



SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica e Crítica*. Volume I. Editado e introduzido por Manfred Frank a partir da edição original de Friedrich Lücke. Tradução de Aloísio Ruedell. Ijuí: Editora Unijuí, 2005.

SOARES, Marcos Antonio Striquer. *A decisão judicial em Hans Kelsen e a tradição do cartesianismo*. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Nº. 114. Pp. 345-387. Jan-Jun. Belo Horizonte, 2017.

STRAUSS, David A. *Do We Have a Living Constitution?* In: *Drake Law Review* 973. *University of Chicago Law School. Journal Articles Faculty Scholarship*. Nº. 59. Chicago, 2011.

STRECK, Lenio. *Lições de crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.