

MECANISMO DE INTERPRETAÇÃO E REALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL NO NOVO PARADIGMA DE ESTADO: DUAS FACES DA MESMA MOEDA

MECHANISM OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION AND CONCRETION OF STATE IN THE NEW PARADIGM: TWO SIDES OF THE SAME COIN

Marília Ferreira da Silva¹

Erick Wilson Pereira²

RESUMO: Os novos paradigmas sociais, propugnados pela nova forma de Estado que se impõe, o Estado Constitucional, urge por maior apreciação. Observando esta tendência que não tem mais volta, percebe-se que não mais se conceber um Direito que atenda, meramente, às exigências legalistas. A sociedade pluralista exige, pois, diante da derrocada do modelo lógico-dedutivo, que ela mesma promoveu, diga-se de passagem, um Direito de cunho axiológico-valorativo que dê real concreção aos dispositivos constitucionais declarados, instituídos, mas nem sempre implementados, sob a pecha da programaticidade das normas. Logo, é indispensável reconhecer e dar efetividade à nova teoria da interpretação constitucional, de forma que se possa amenizar a inegável tensão havida entre a realidade constitucional e a própria Constituição. Para tanto, o presente arrazoado pretende delinear os principais aspectos desse novo método que exige o inevitável e necessário enfrentamento do paradigma tradicional, demonstrando as suas insuficiências, com base no conflito pragmático existente o texto e a realidade constitucionais, considerando, desde já, como premissa incontestada, a renovada atmosfera em que está inserido, e envolvido, o Direito Constitucional: o Estado Constitucional de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Estado; Novo Constitucionalismo; Hermenêutica.

ABSTRACT: The new social paradigms, proclaimed the new form of government that is imposed, the State Constitutional urge for greater appreciation. Noting that this trend of no return, one realizes that there is more that meets law conceives a merely legalistic requirements. A pluralistic society requires, therefore, before the collapse of logical-deductive model, she even promoted, say, in passing, a law of nature-axiological evaluative giving concreteness to real constitutional declared, imposed, but not always implemented, under the taint of programaticidade standards. Therefore, it is essential to recognize and give effect to the new theory of constitutional interpretation, so that we can ease the undeniable tension held between the constitutional reality and the Constitution itself. Therefore, this reasoning aims to outline the main aspects of this new method requires that the inevitable and necessary confrontation of the traditional paradigm, demonstrating its shortcomings, based on undeniable tension existing constitutional text and reality, considering as of now as

¹ Advogada. Assessora Jurídica do Município de Nova Cruz/RN. Mestranda em Direito Constitucional na Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

² Advogado. Especialista em Direito e Cidadania; Criminologia e Direito do Trabalho (todas pela UFRN). Mestre em Direito Constitucional. Doutor em Direito do Estado (ambos pela PUC/SP). Professor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UFRN. Professor da Escola de Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN. Professor da Universidade Potiguar – UNP. Membro da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte (Cadeira n. 15: Des. Paulo Pereira da Luz). Diversas obras publicadas.

unchallenged premise the renewed atmosphere in which it is inserted, and involved, Constitutional Law: The State Constitutional Law.

KEYWORDS: State; Constitutionalism New; Hermeneutics.

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que no Direito, assim como em outros sistemas, as tendências estão diretamente relacionadas com o pensamento característico de uma época que é, por sua vez, tributário das ideias filosóficas que lhe são contemporâneas. Assim, ao positivismo jurídico atribuem-se as formulações cartesianas e o seu racionalismo, limitando-se o âmbito da interpretação jurídica.

Agora, a Hermenêutica se amplia para compreender outros elementos em seu processo de concretização da norma, com o advento da transmutação dos princípios gerais de Direito em princípios constitucionais, promovendo uma revolução de juridicidade sem precedente nos anais do constitucionalismo, a partir de meados deste século, espargindo clareza sobre a compreensão das questões jurídicas, no interior do sistema de normas que passam a ser vistas através do raio de abrangência dos princípios (BONAVIDES, 2006, p. 258).

É imperioso, pois, enfrentar o modelo ainda vigente de aplicação do Direito que atende meramente às exigências legalistas em prol do fortalecimento e da realização de um método de interpretação constitucional que compreenda todas as potências públicas e grupos sociais envolvidos pela necessidade de concretização dos dispositivos constitucionais, e mais, pela necessidade de se compreender o espírito da Constituição, dando materialização aos insculpidos objetivos da República.

É assim, todavia, que o presente estudo se dedica a constatar esta problemática realidade que, de um lado, repele o formalismo jurídico e suas deduções e, de outro, clama pela dignificação das interpretações, concedendo a elas um caráter mais humanitário, condizente com a realidade a que se destinam, quais sejam, as múltiplas relações sociais que, simultaneamente, nascem, modificam-se e se extinguem, dentro de um âmbito de convivência inter-relacionada, vulnerável a constantes revoluções circunstanciais, históricas, políticas, econômicas e culturais. Tudo isso no desiderato de contribuir, mesmo que minimamente, à construção de uma nova dogmática constitucional, enquanto ator social e operador do Direito, responsável pela sua realização.

2 OS NOVOS PARADIGMAS SOCIAIS

Os novos paradigmas sociais, marcados pela disparidade de interesses contrapostos, impõem a superação do modelo formalista de aplicação do Direito, pelo qual o aplicador está habilitado unicamente ao silogismo que engessa o sistema jurídico com decisões desprovidas de conteúdo, apartadas das valorações que devem informar todo ordenamento para que este esteja devidamente legitimado a compor o mundo dos fatos, através dos preceitos jurídicos.

André Ramos Tavares ressalva, nesta esteira, em sua obra *Teoria da Justiça Constitucional*, que “ao lado da hiperlegalidade, havia uma hipolegalidade, pois a lei não mais supria as aspirações sociais” (TAVARES, 2005, p. 69), apresentando, então, a crise, os seguintes sintomas: desobediência generalizada à lei; não-aplicação ou aplicação seletiva das leis pelos órgãos oficiais; ineficiência da aplicação coercitiva da lei entre os particulares.

É nesse sentido que Peter Häberle, com a teoria da sociedade aberta dos intérpretes³, propõe o esgotamento do modelo lógico-dedutivo, assim como o monismo jurídico, pela implementação de uma nova concepção tangente à interpretação constitucional.

Neste passo, observa a professora Margarida Camargo (CAMARGO, 2003).

O método sistemático, caracterizado pelo seu hermetismo, e que marcou o positivismo filosófico dos séculos anteriores, não correspondia mais às perplexidades e inseguranças causadas por um mundo de novos e variados valores, notadamente quando as atrocidades do nazismo, cometidas sob a proteção da lei, mostraram que a lei nem sempre é justa. Daí a atuação do Tribunal de Nuremberg, no imediato pós-guerra, ao decidir conforme os princípios gerais de moral universal.

Müller, com sua *Teoria Estruturante do Direito* (2008, p. 197), também apregoa a superação do legalismo, do formalismo jurídico. Veja-se:

O Direito não se apoia somente na norma verbal, nem pode ser conquistado a partir dela e com o auxílio do processo puramente lógico, assim como da subsunção obtida pela via da conclusão silogística. O direito não é idêntico ao texto literal da disposição legal; contudo, a meta da teoria normativa estruturante aqui desenvolvida não é estabelecer uma diferença essencial e ontológica entre Lei e Direito, no sentido da distinção entre potência e ato, entre possibilidade e realidade, entre a ‘lei’ como uma entidade abstrata, a-histórica ou acima da história, e um ‘direito’ que, por sua vez, é originalmente ontológico.

Assim, o Direito Constitucional, hodiernamente, está dentro de um novo *cosmos*, um novo ambiente, envolvido por uma atmosfera teórica e ideológica de um novo tempo, um Novo Constitucionalismo, denominado, por alguns, Neoconstitucionalismo, modelo que garante o paradigma do novo Estado Constitucional de Direito.

³ Ver tópico 2.

As bases desse novo modelo, pois, encontram-se, essencialmente, na própria Constituição, composta por diretrizes de observância obrigatória; nos princípios e valores com elementos fulcrais de todo o sistema, inseridos nele com força normativa, e no aplicador do Direito.

Em suma, nas palavras de Prieto Sanches (2003, p. 101), inspirado em Alexy (2004, p. 160), pode-se traçar o seguinte perfil do constitucionalismo contemporâneo: mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; mais Constituição que lei; mais juiz que legislador.

Disto se infere facilmente que a Nova Hermenêutica proposta por este novo paradigma de Estado recorre, primordialmente, à valoração como forma de se realizar a Justiça, sendo este o caminho que deve ser trilhado pelo intérprete diante das deficiências ou insuficiências da norma positiva, objeto de poder do modelo lógico-dedutivo de interpretação, alicerçado na estrita obediência à decisão estatal.

Acerca disto, não se pode deixar de trazer o contributo de Dworkin com a sua teoria da interpretação constitucional, pela qual defende a leitura moral da Constituição como forma de levar a moralidade política ao coração do Direito Constitucional.⁴ Acredita ele que a interpretação constitucional deve tomar em consideração a história e a estrutura geral da Constituição, assim como a filosofia moral e política.

Este novo modelo, pois, não corresponde a um movimento, mas, sim, a um agrupamento de ideias que adquiriram sentidos idênticos ao tentar explicar a atuação do Direito nos Estados Constitucionais, já que o Direito tem reclamado a construção de novas abordagens que possibilitem responder às demandas sociais surgidas com o desenvolvimento socioeconômico conflituoso, contraditório e não-linear emergentes. Ressalve-se que tal reclame não é só pela construção de uma nova teoria do Direito, mas, sim, e por consequência dessa, de uma prática hermenêutica que valorize os aspectos axiológico, principiológico e sociológico e a dialeticidade do fenômeno jurídico, materializando, assim, os propósitos da República.

⁴ Cabe ressaltar que com sua teoria, não quer Dworkin conceder poder absoluta aos juízes de impor suas convicções morais irrestritamente ao público. Senão vejamos: "Los jueces, cuyas convicciones políticas son conservadoras, van naturalmente a interpretar dichos principios constitucionales de una manera conservadora, como lo hicieron en los primeros años del siglo pasado, cuando ellos erroneamente suponían que ciertos derechos acerca de la propiedad y el contrato eran fundamentales para la libertad. Los jueces cuyas convicciones son más liberales van naturalmente a interpretar aquellos principios de un modo liberal, como lo hicieron en los días gloriosos de la Corte Warren". (DWORKIN, Ronald. La lectura moral de la constitución y la premissa mayoritaria. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 06).

3 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DE PETER HÄBERLE

A sociedade aberta definida por Häberle (1997) cumpre um duplice papel no novo método de interpretação constitucional. Isto porque tanto possui caráter objetivo, ao buscar atender às expectativas sociais; como é criadora dessa interpretação, vez que sofre influência destes no processo criativo em que se constitui a interpretação constitucional.

Em outras palavras:

A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. (...) Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.

Com a sua teoria da sociedade aberta dos intérpretes, Häberle também propõe a ruptura do monopólio estatal da interpretação constitucional, o monismo jurídico, considerando que em uma sociedade aberta também cabe aos agentes sociais a função de intérprete do Direito, além de destinatário:

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

Consoante este autor, vivenciar a norma é interpretá-la, razão pela qual, por não serem os juízes os únicos a participar desse convívio com o Direito, certamente não seriam apenas eles os legitimados a interpretar a norma jurídica, pelo que introduz a ideia acima descrita de que o destinatário da norma é participante ativo do processo hermenêutico, ainda que figure como pré-intérprete.

Assim, pois, conclui que o povo

é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania. (BASTOS, 2002, p. 250).

Porém, cabe ressaltar os riscos que a implementação irrestrita desta teoria poderia causar, sem olvidar que, através dela, ter-se-ia uma exegese mais realista e democrática, fazendo um breve paralelo com a doutrina do jurista brasileiro André Ramos Tavares, em sua obra Teoria da Justiça Constitucional, que tal risco já previa.

Tavares sugere que qualquer um é partícipe na vida constitucional de seu Estado, e, nessa medida, pode transformar-se em “curador da Constituição” (2005, p. 71), já que unidos

pela “vontade de Constituição”⁵ e pela ativa luta para que a Constituição seja cumprida em suas determinações.

Karl Loewenstein, trabalhando a ideia de sentimento constitucional, muito próxima à de vontade de Constituição, afirma o seguinte:

Com la expresión sentimiento constitucional (Verfassungsgefühl) se toca uno de los fenómenos psicológico-sociales del existencialismo político más difíciles de captar. Se podría describir como aquella consciencia de la comunidade que, transcendiendo a todos los antagonismos y tensiones existentes politicopartidistas, economicosociales, religiosos o de outro tipo, integra a detentadores y destinatarios del poder em el marco de um orden comunitário obligatorio, justamente la constitución, sometiendo el processo político a los intereses de la comunidade. Este fenómeno pertenece a los imponderables de la existência nacional y no puede ser producido racionalmente, aunque puede ser fomentado por uma educación de la juventude llevada a cabo consecuentemente y, bien es cierto, de manera muy diferente a la disposición sobre ele papel de la Constitución de Weimar (...), según la cual cada escolar, al terminar la escuela, debía recibir em mano um ejemplar de la Constitución. También pude contribuir em algo al fortalecimiento constitucional el manejo consciente, pero no insistente, del simbolismo nacional. Sim embargo, la formación del sentimiento constitucional depende ampliamente de los factores irracionales, de la mentalidade y la vivencia histórica de um Pueblo, especialmente de si la constitución há salido airosa también em épocas de necesidad nacional. (1986, p. 200).

Contudo, Tavares consigna que não se pode desconsiderar, no extremo oposto do que propõe a teoria da sociedade aberta dos intérpretes de Peter Haberle e da sua própria ideia de “curador da Constituição”, a hipótese na qual o próprio povo se transforma de “amigo da Constituição” em seu mais radical adversário, procurando depô-la, por uma outra, em nome de uma nova ideologia ou de interesses majoritários.

Assim, pois, emerge a relevância de se constituir uma instituição “amiga” da Constituição, de forma que esta possa oferecer, nesse momento de crise, o devido apoio e desconsiderar a ordem constitucional anterior.

É esta a proposta de Tavares (2005, p. 76). Veja-se:

A necessidade de uma instituição orgânica para além do povo é praticamente inafastável. De outra forma, um constante processo constituinte seria praticamente inevitável, porque, mesmo naqueles casos em que a violação fosse flagrante, o povo, desejando-o, poderia ignorar a ofensa, por considera-la benéfica ou necessária. Uma instituição responsável pela defesa e pelo cumprimento da Constituição, nessas circunstâncias, pouco poderia fazer, e sua operacionalidade funcional seria praticamente inexistente. Além das dificuldades de ordem técnica, que impediriam ser o povo o curador da Constituição, haveria a objeção de ordem material, consistente na tomada constante de decisões constituintes pelo soberano (povo).

⁵ Esta vontade de Constituição origina-se de três vertentes, segundo Hesse: a) compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme; b) compreensão de que esta ordem precisa estar em constante processo de legitimação e, ainda, c) a compreensão de que esta ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana, que a manterá por atos volitivos. (HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: SAFe, 1991, p. 19)

Para Schmitt, um modelo como esse permitiria que as violações se transformassem em modificações constitucionais, quando confirmadas pelo povo. Segundo ele, tal modelo realizaria, na verdade, uma democracia direta, que como tal teria de ser discutida, preocupando-se, assim, com um eventual comprometimento do elemento segurança jurídica. (TAVARES, 2005, p. 77).

Desta feita, Tavares conclui pela conjunção de aspectos democráticos com o necessário aporte técnico, conciliando a atuação do cidadão com a de uma instituição especializada, atribuindo àquele legitimidade para deflagrar o processo de proteção da lei por meio desta.

É certo que a Constituição de 1988 previu a participação do cidadão no poder decisório em diversas circunstâncias asseguradoras do processo democrático, e outras, conforme decorre da ação popular (art. 5º, LXXIII), do plebiscito, referendo e iniciativa popular de lei (art. 14, I), além do direito ao voto. (GARCIA, Maria. Revista de Direito Constitucional e Internacional, 2004, p. 105).

Como se sabe, a Constituição é um documento político e jurídico dirigido a todos os cidadãos, sendo estes os seus essenciais destinatários e também intérpretes, seja cumprindo-a ou a fazendo cumprir. Todavia, é interessante que tal expediente se dê através do órgão competente, exercendo, assim, o cidadão, a sua participação no processo hermenêutico.

Parece mais sensata, pois, a proposição do jurista brasileiro em detrimento da idealização de Häberle com a sua proposta de ampliação do quadro de intérpretes da Constituição, cuja abertura significaria mais uma porta para a entrada de ingerências não mediatizadas propriamente pelo Direito, aumentando a probabilidade de conflitos, que o resguardo da Constituição, como quer.

4 OS NOVOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O esforço dos últimos tempos no que tange à realização da Justiça Constitucional refere-se quase que exclusivamente à interpretação do texto normativo, meio que é de se conceder força concretiva aos comandos constitucionais, aproximando-os da realidade constitucional.

É o que se vê das leituras das mais diversas teses formuladas dentro da Teoria Material da Constituição, a exemplo de Hesse, Häberle, Müller, Canotilho, enfim.

Para se promover a interpretação constitucional, pois, foram se desenvolvendo alguns métodos, cada um deles tributário do pensamento da época em que surgia. Estes

métodos não detêm exclusividade na sua aplicação. Ao contrário, percebe-se, em dados casos, a necessidade de conjugação deles, em um mesmo processo hermenêutico, com vistas a um entendimento compatível com os anseios sociais e com o tempo vivenciado.

Segundo Canotilho, os métodos de interpretação constitucional são⁶: a) jurídico ou hermenêutico-clássico; b) tópico-problemático; c) hermenêutico-concretizador; d) científico-espiritual; e e) normativo-estruturante.

O primeiro método, *jurídico ou hermenêutico-clássico*, parte da premissa de que a Constituição é uma lei, devendo ser interpretada como tal, em conformidade com a tese da identidade entre a interpretação constitucional e interpretação legal, dispondo o intérprete dos seguintes elementos tradicionais ou clássicos da hermenêutica jurídica, que remontam à Escola Histórica do Direito de Savigny, de 1840: a) gramatical (ou literal); b) histórico; c) sistemático (ou lógico); d) teleológico (ou racional); e e) genético.

O método *tópico-problemático* foi criado por Theodor Viehweg, que, em 1953, publicou a sua obra *Tópica e Jurisprudência*, marco divisor no pensamento jurídico contemporâneo, sendo um dos mais relevantes trabalhos da época por romper com o pensamento positivista até então dominante. Teve surgimento na crise da metodologia tradicional de Savigny.⁷

Neste método, deve a interpretação partir da discussão do problema concreto que se pretende resolver para, só ao final, se identificar a norma adequada. Parte-se do problema, do caso concreto, para a norma, trilhando o caminho inverso dos métodos tradicionais, que buscam a solução do caso a partir da norma.

O projeto teórico de Viehweg é alimentado pela constatação de que, em Direito, nem sempre é possível encontrar uma resposta evidente e inquestionável para cada caso concreto, de modo que muitas vezes o juiz – ou qualquer outra autoridade com poder decisório – é chamado a realizar valorações que vão condicionar sua decisão.

⁶ Aqui far-se-á breves comentários acerca dos métodos interpretativos apontados por Canotilho, sem análise meritória, apenas a título de esclarecimento.

⁷ O termo positivismo pode ser entendido em múltiplos sentidos, como mais tarde reconheceu o próprio Viehweg num breve artigo destinado a esclarecer o que ele próprio designa por “positivismo no sentido existente aqui e agora”. Para o autor de *Tópica e Jurisprudência*, o positivismo jurídico prático (que é para ele o mais relevante) considera que o operador do direito está sempre obrigado a se ater, em todas as suas considerações dogmáticas, à constituição positiva válida *ici et maintenant*, bem como às leis positivas e seus equivalentes, de acordo com a constituição. O positivista está obrigado, em todos os casos, a não transgredir a lei em sentido amplo, descartando qualquer indagação “transpositiva” (VIEHWEG, 1965, p. 184). A atitude positivista por parte do jurista pecaria por não “pensar a respeito das suas últimas consequências”, sendo por isso mesmo considerada um equívoco tanto pelo tomismo aristotélico quanto pelo pensamento marxista-leninista. De acordo com Viehweg (p.183-189), esse positivismo jurídico prático não serve para realizar a função social da dogmática jurídica, haja vista que caracteriza-se por um ceticismo exagerado contra as interpretações mais elásticas dos textos jurídicos, além de um perigoso ceticismo quanto a legitimações/fundamentações muito amplas, já que não consegue se posicionar frente a valores, em especial frente à aporia fundamental do direito: a justiça.

Viehweg e Perelman apresentam uma convergência de entendimentos na medida em que ambos criticam o positivismo por sua incapacidade de lidar com questões controvertidas, para as quais é simplesmente impossível uma perfeita interpretação através de critérios inflexíveis. (BUSTAMANTE, 2000, p. 153-155).

Já o método *hermenêutico-concretizador*, idealizado por Hesse, parte da ideia de que a leitura do texto, em geral, e da Constituição, deve se iniciar pela pré-compreensão do seu sentido através de uma atividade criativa do intérprete. Ao contrário do método tópico-problemático, que pressupõe o primado do problema sobre a norma, o método concretista admite o primado da norma constitucional sobre o problema.

Este método considera a interpretação constitucional como uma atividade de concretização da Constituição, circunstância que permite ao intérprete determinar o próprio conteúdo material da norma.

Porém, é interessante registrar que Hesse não entende toda realização de normas constitucionais como interpretação. Para ele, haverá interpretação constitucional quando, a partir de uma dúvida, se dá resposta a uma questão constitucional que a Constituição não permite resolver de forma concludente, pelo que evidencia a necessidade do problema concreto.

Questão presente no cerne das proposições de Hesse é a que diz respeito à efetividade de suas normas, o que faz emergir a problemática da chamada *força normativa da Constituição*, de fundamental relevância à análise da hermenêutica constitucional, já que todo processo de interpretação se implementa a partir da normatividade jurídica constitucional. (1991, p. 34).

Konrad Hesse na tentativa de manter uma conexão com o pensamento de Lassale, advogado alemão, contemporâneo de Karl Marx, para quem a *Constituição Jurídica* apenas é efetiva quando corresponde à *Constituição Real*, sob pena de ser mera “folha de papel”, constata que, efetivamente, a visão deste autor segue a sua lógica, pois, inegavelmente, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional existe uma tensão necessária e imanente que é ineliminável e se expressa em conflitos entre a Constituição Jurídica e a Real.⁸

⁸ Hesse indaga, em determinado momento, o seguinte: “A questão que se apresenta diz respeito à força normativa da Constituição. Existiria, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força dominante do Direito Constitucional? Não seria essa força uma ficção necessária para o constitucionalista, que tenta criar a suposição de que o Direito domina a vida do Estado, quando, na realidade, outras forças mostram-se determinantes?” (HESSE, Konrad. Op. cit., p. 11).

Consequência direta dessa visão do mundo jurídico-constitucional reside em que, de acordo com J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (1991, p. 43),

Está hoje definitivamente superada a ideia de Constituição como um simples concentrado de princípios políticos, cuja eficácia era a de simples directivas que o legislador ia concretizando de forma mais ou menos discricionária. (...) A força normativa da Constituição expande-se até os terrenos da ordem econômica e social. Mesmo nos domínios em que a Constituição tradicionalmente não penetrava ou em relação aos quais costumava ser olhada apenas como mensagem ou utopia, reconhece-se (...) a força conformadora das normas constitucionais.

J. J. Gomes Canotilho (2007, p. 220), tratando sobre o método hermenêutico-concretizador de Hesse, expõe resenha cuja reprodução, em parte, é inevitável:

(...)

O método hermenêutico é uma via hermenêutico-concretizante, que se orienta não para um pensamento axiomático, mas para um pensamento problematicamente orientado. Todavia, este método concretizador afasta-se do método tópico-problemático, porque enquanto o último pressupõe ou admite o primado do problema perante a norma, o primeiro assenta no pressuposto do primado do texto constitucional em face do problema.

Proposto por Rudolf Smend, o método *científico-espiritual* dispõe que a interpretação constitucional deve levar em consideração a compreensão da Constituição como uma ordem de valores e como elemento do processo de integração. Assim, a interpretação deve aprofundar-se na pesquisa do conteúdo axiológico subjacente ao texto, pois só o recurso à ordem de valores obriga a uma captação espiritual desse conteúdo axiológico último da Constituição.

Partindo da premissa de que existe uma relação necessária entre o texto e a realidade, o método *normativo-estruturante*, idealizado por Friedrich Müller, afirma que o texto é apenas a ponta do *iceberg*, não compreendendo a norma apenas o texto, mas também um pedaço da realidade social.

Para Müller, os métodos tradicionais utilizados (silogismo, polarização, interpretações gramatical, sistemática, genética, histórica e teleológica) não possuem um direcionamento à interpretação constitucional, já que desconsideram o âmbito normativo como parte da norma, pondo-o apenas como elemento do mundo fático. Com isso, o professor alemão quer estabelecer que norma e texto normativo não se confundem, indo contra o *normologismo* que tende “a ver a lógica normativa no sentido de uma lógica do texto normativo e de seu contexto linguístico e conceitual” (MÜLLER, 2008, p. 192).

Este posicionamento se aproxima da Tópica⁹, onde interpretação significa adequação mútua entre princípio e texto, ao passo que a teoria da norma jurídica (estruturante do Direito) busca reconhecer a interpretação “como complementação daquilo que está escrito” (2008, p. 194). É um método também concretista, diferenciando-se dele, porém, na medida em que a norma a ser concretizada não está inteiramente no texto, sendo o resultado entre este e a realidade.

Desta feita, a partir das ideias veiculadas por estes métodos de interpretação, representativos da Nova Hermenêutica, percebe-se o distanciamento que a teoria da norma tem tomado das ideias do Positivismo Jurídico, em vista de que a mera subsunção da lei ao caso concreto não atende à complexa tessitura social, informada por tantas desigualdades.

É importante, entretanto, esclarecer que a nova interpretação constitucional que se impõe não representa o afastamento dos métodos tradicionais de hermenêutica nem tampouco a aplicação restrita de um método novo na luta por dar sentido e buscar o alcance da norma jurídica, com vistas à sua aplicação aos casos concretos.

Na verdade, há que se os unir, num trabalho de complementação. Por esta razão é que se dedicou esta parte a tratar dos modelos acima de interpretação dos textos normativos, abordando brevemente suas propostas, de onde se pode inferir a viabilidade da somatória delas, aplicando-as pontualmente no processo de concretização normativo-constitucional.

5 A RELEVÂNCIA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NA REALIZAÇÃO DO ESTADO (CONSTITUCIONAL) DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Sabe-se que as leis jurídicas não exprimem uma determinada realidade (*plano do ser*), mas, sim, a projeção de comportamentos, buscando transformar o mundo real em um mundo ideal (*plano do dever ser*), sendo por esta razão considerada como a ciência do *dever ser*.

Ocorre com o Direito fenômeno semelhante ao que se dá com a Arte, com os objetos culturais, quando se tenta explica-los, já que a interpretação destes varia conforme as experiências do observador, acrescida sempre de uma nova realidade informada pela subjetividade do intérprete que sempre promove uma nova análise, “num processo interminável de superação, mas, ao mesmo tempo, de conservação e de absorção de significados” (COELHO, 1997, p. 33).

⁹ Para o processo de concretização, Müller afirma que a norma aparece diferenciada de acordo com o âmbito normativo e com a ideia normativa fundamental do programa normativo, mantendo-se, sempre, a norma como critério vinculante para a escolha dos *topoi* (pontos e vista argumentativos). (Op. cit., p. 205).

Celso Bastos (2002, p. 20) entende que

No campo cultural a interpretação vem a ser a designação, a compreensão de determinado fenômeno. (...) Os bens culturais, por expressarem a essência humana de uma dada época e civilização dotada de valores, através da interpretação podem ser aplicado para explicar determinados fenômenos.

Assim, certo que o Direito se projeta através da linguagem humana, e que é um objeto cultural, quanto mais abstrata for a linguagem utilizada em seu preceitos, maior será a margem de atividade do hermenêuta e, por consequência, maior será a relevância do processo de interpretação das normas, eivado das subjetividades do intérprete, carregado de valores sociais.

Paulo de Barros Carvalho, ensinando sobre linguagem, diz que é ela “a palavra mais abrangente, significando a capacidade do ser humano para comunicar-se por intermédio de signos cujo conjunto sistematizado é a língua” (PEREIRA, 2004, p. 29).

Neste particular, pois, há que se trazer à baila o magistério do Prof. Erick Wilson Pereira, quando trata da linguagem como uma forma de abuso de poder, na qualidade de instrumento de comunicação. Para ele, é no plano pragmático da linguagem que ocorre a prática do abuso do Poder, porque as formas de utilização dos signos pelos sujeitos da comunicação, em termos de produzir mensagens, são infinitas.

Segundo Paulo de Barros Carvalho, citado por Pereira, a linguagem persuasiva é aquela que visa convencer ou persuadir com o intuito, de quem expede a comunicação, de convencer o interlocutor a aceitar uma argumentação. Tal modalidade, pois, é de extrema relevância como forma de impor uma vontade, essencial no âmbito do Poder, nos discursos políticos, onde bem substitui a verdade, onde se constitui arma fundamental da luta que se trava no âmbito público. (PEREIRA, 2004, p. 31-32).

Hilton Japiassú e Danilo Marcondes conceituam esta prática através da expressão *mentira*, ato através do qual um emissor altera ou dissimula volitivamente aquilo que ele reconhece como verdade, fazendo com que o receptor acredite ser verdadeiro algo que é sabidamente falso.

Na lição platônica, a mentira tem de ser empregada – especialmente para a manutenção da relação de dominação, ou seja, para fundamentar e solidificar a crença de que cabe a uns mandar e a outros obedecer, e de que isso é uma necessidade absoluta, ou seja, a vontade de deus, que encontrou na Constituição a sua expressão. E Platão diz mais, diz que “torna-la crível exige, porém, grande capacidade de persuasão” (KELSEN, 2000, p. 239), o que se dá através do emprego manipulado da Linguagem.

Tanto o é que Hannah Arendt chega a afirmar que, se em uma comunidade de homens, existir um cuja opinião seja dada com seriedade e regulamentada pelo sentido da bondade e que, por conseguinte, ame seus inimigos e não exista o medo de pagar o mal com o bem, este não poderá fazer outra coisa senão manter-se afastado da Política. (PEREIRA, 2004, p. 33).

Com este breve arrazoado quis-se apenas demonstrar a importância do elemento linguístico no discurso político, e, por conseguinte, no Direito, aos quais estão atreladas as decisões judiciais, resultados do processo hermenêutico de significação da norma, essencialmente as oriundas do Supremo Tribunal Federal, Corte Política, em vista de que objetiva, em seus atos de poder, não apenas convencer os destinatários, mas também, transparecer que as demandas têm solução, através da manipulação das informações, da Linguagem.

Para corroborar a relevância do Direito (Constitucional) numa dimensão política, o que lhe impede a neutralidade diante das crises que assaltam o Estado e a sociedade, Paulo Bonavides (1985, p. 317) ensina:

O direito não é ciência que se cultive com indiferença ao modelo de sociedade onde o homem vive e atua. Não é a forma social apenas o que importa, mas em primeiro lugar a forma política, pois esta configura as bases de organização sobre as quais se levantam as estruturas do poder.

Estando assentado que Direito e Política entrelaçam-se, entre outros, por meio da Linguagem, e qual tal entrelaçamento tem influências diretas nas decisões judiciais, cabe inferir, igualmente, e como corolário, que os processos de interpretação das normas, essencialmente as constitucionais, encontram-se sob esta mesma influência, motivo pelo qual impõe-se entender que as base política que serviu de supedâneo ao positivismo jurídico cedeu espaço diante da nova realidade sócio-constitucional, fator mutante.

Assim sendo, torna-se fácil compreender que a incontestável evolução social, interminável, é acompanhada da evolução de seus conseqüências, entre eles o Direito e o Estado, numa relação de permanente aperfeiçoamento, sempre na busca pelo apaziguamento dos conflitos sociais, típicos de uma sociedade hipercomplexa.

Como se sabe, dar cabo aos conflitos sociais é a finalidade primeira do Direito que estabelece padrões comportamentais “justos” que se antecedem aos acontecimentos, protegendo os direitos da pessoa humana e também fixando deveres a eles correlatos, como forma de harmonizar e equilibrar os interesses opostos conviventes em uma dada sociedade. Tal expediente se realiza, porém, através da aplicação da lei ao caso concreto, mediante atividade hermenêutica e não mera subsunção.

Porém, a teor do que já fora brevemente delineado no item 1, a aplicação do Direito como forma de solver os impasses que se insurgem no seio social também sofreu evolução para acompanhar os novos paradigmas que se impunham.

Logo, o silogismo jurídico, mera observância às exigências legalistas, de forma objetiva, deixou de atender às demandas sociais que exigem, agora, um Direito de cunho mais subjetivo que promovesse a compreensão de cada caso, a partir de suas particularidades, valorando-as.

Tal imposição, fez com que ganhasse espaço cada vez mais a atividade do hermenêuta que exerce exatamente esse trabalho, mais humano e menos mecânico, de aplicação do Direito. Surge a Nova Hermenêutica Constitucional, com novas doutrinas, passando-se a compreender que todo texto exige interpretação, já que as circunstâncias espaciais, temporais e pessoais podem propor realidades diferentes. Além disso, há que se considerar o caráter de abstração e vagueza de algumas palavras ou expressões e a subjetividade inerente de quem produz o texto e de quem o interpreta, cabendo a este determinar o conteúdo destas normas constitucionais.

Para Celso Bastos (2002, p. 37), e em consonância com o entendimento acima esposado, interpretação é a atribuição de sentido a um texto. Esse simples conceito já revela algo de fundamental na atividade interpretativa: o elemento vontade é imanente à interpretação.

Este mesmo jurista, continua, salientando que:

A norma constitucional, muito frequentemente, apresenta-se como uma petição de princípios ou mesmo como uma norma programática sem conteúdo preciso ou delimitado. Como consequência direta desse fenômeno surge a possibilidade da chamada “atualização das normas constitucionais. (2002, p. 39)

Todavia, e evidentemente, o limite do intérprete deve ser sempre a letra da Constituição, sendo-lhe permitido, apenas, a conformação desse texto à realidade vivenciada, vedada arbitrariedades.

Já fora ressaltado em parágrafos anteriores a relação entre Direito e Política como inerente ao processo de realização de cada um desses sistemas autônomos, que se imbricam no aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito¹⁰ que evolui para se intitular Estado Constitucional de Direito. Por esta razão, entende-se que a interpretação constitucional deve ser necessariamente jurídico-política. Dada a inegável relação simbiótica havida entre os ditos sistemas, não se pode negar relevância aos influxos políticos no âmbito jurídico, já que o

¹⁰ Tal relação, peculiaridades, vantagens e deficiências não é objeto do presente arrazoado, pelo que se deixa tecer maiores considerações.

Estado é um “fenômeno político por Excelência”, como já prenuncia Bonavides (2003, p. 40), mais que jurídico.

Assim, este mesmo constitucionalista (2002, p. 420) entende que

O erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-la.

Nesse sentido, Friedrich Müller (1995, p. 23) leciona que é insuficiente um enfoque que

alega dar conta da metódica jurídica de maneira autônoma como uma indagação “puramente jurídica”, i. e, apenas a partir da tecnicidade profissional, sem incluir as suas condições “políticas” (sociais) – como fazem o positivismo e as práticas neopositivistas, v. g. sob o lema da “tecnocracia”.

Não se pode descuidar que o Direito, objeto cultural como é, carrega valores sociais que variam de uma época para outra, influenciado pelas circunstâncias do momento. Por assim ser, a “atualização” das normas constitucionais busca, na sociedade, essencialmente política, a legitimidade para sua interpretação.

Todavia, há que se cuidar para que a interpretação constitucional não se dissolva em pura especulação política, pelo que se deve buscar sempre o equilíbrio (2002, p. 422), em prol da realização fática e jurídica do Estado Constitucional (Democrático de Direito), pelo prestígio que inegavelmente se deve reconhecer à Hermenêutica Constitucional propulsora e produto do novo paradigma de Estado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após breve contextualização, buscou-se tratar, com objetividade, da teoria de Peter Häberle (a sociedade aberta dos intérpretes) e dos mecanismos de interpretação mais condizentes com o atual modelo de Estado, além das clássicas metodologias propostas. No que tange à aplicação destes modelos de interpretação e dos respectivos métodos, consignou-se, com cautela, a importância e particularidade de cada um, ressaltando-se, inclusive, a possibilidade do embricamento deles num mesmo caso concreto, para que se produza uma norma constitucional que atenda aos anseios sociais.

Logo, ao passo em que se registra a relevância da aplicação deles pelo intérprete, essencialmente pelo Poder Judiciário, registra-se também o risco de construções

interpretativas demasiadamente abertas, ilimitadas, desparametrizadas, sob pena de se por em xeque a segurança jurídica, característica de um constitucionalismo em crise.

O que se percebe, pois, à guisa de considerações finais, é que o silogismo jurídico, a mera aplicação da lei ao caso concreto, não encontra mais respaldo em uma sociedade pluralista como a brasileira, que impõe, por suas sempre novas necessidades, um Direito mais afeiçoado às particularidades de cada caso concreto, ao pensamento tributário da época, o que é demasiado plausível.

Todavia, também não é aceitável a produção de decisões que exorbitem o Texto Constitucional, já que é ele o limite de qualquer atividade hermenêutica para que não se incorra em violações, escondidas sob o manto da Nova Hermenêutica Constitucional.

Entretanto, não havendo como optar, exclusivamente, entre a consagração dos princípios morais abstratos e a manutenção da Constituição na mão morta do passado, há que se lutar pelo ponto médio, ocasião em que exsurge clara a significação dos princípios e a relevância do hermeneuta no processo de interpretação da norma, pois que cabe aos primeiros humanizar a concretização da lei e ao segundo desnudá-la, já que a norma se encontra em estado de potência involucrada no texto, sob o influxo não apenas do texto normativo (*dever ser*), mas também dos dados da realidade (*ser*), o que impede haver soluções previamente sistematizadas, onde se encontra o diferencial da Nova Hermenêutica que se propõe sempre a manifestar o espírito da legislação, respeitante sempre ao que quer a Constituição, própria do Estado Constitucional e de seus objetivos, em detrimento do falido sistema dedutivo, de aplicação lógica do Direito.

Pode-se concluir, pois, que a realização constitucional encontra-se intrinsecamente interligada ao manejo das interpretações normativas, em vista de que, sem ela, a norma posta é morta, pois que o que lhe dá vida é a interpretação que se lhe atribui. Daí, a iminente necessidade de se reconhecer a proeminência da atividade hermenêutica, e nela, a atividade de todos os que operam o Direito, atores sociais, responsáveis pelo drama sócio-constitucional vivenciado, desde que, por óbvio, pautada pelos limites “do sistema constitucional”. Repita-se: “do sistema constitucional”. O que não implica dizer “da Constituição”.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 2004.

BASTOS, Elísio. **Interpretação Constitucional: a quem cabe a tarefa de concretizá-la?** Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 10. Outubro-Dezembro. 2002. Nº 41. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Revista dos Tribunais.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2006.

_____, Paulo. **Política e Constituição**. Os caminhos da democracia. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Tópica e Argumentação Jurídica**. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano 41. Nº 163. Julho/Setembro. 2000.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

_____, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. **La lectura moral de la constitución y la premissa mayoritaria**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

FREITAS, Juarez, 1995, p. 241, apud LEITE, Marcelo Santos. **A influência dos grupos de pressão na interpretação constitucional**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 48.

GARCIA, Maria. **O cidadão, intérprete da Constituição**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 12. Julho-Setembro. 2004. Nº 48. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Editora Revista dos Tribunais.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: SAFe, 1991.

KELSEN, Hans. **A Ilusão da Justiça**. Trad. de Sérgio Tellaroli. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Editorial Ariel: 1986.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Editora RT: São Paulo, 2008.

_____, Friedrich. **Direito Linguagem Violência: elementos de uma teoria constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1995.

PEREIRA, Erick Wilson. **Controle jurisdicional do abuso de poder no processo eleitoral**. São Paulo: LTr, 2004.

PIETRO SANCHÉS, Luís. **Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones**. IN: *Justiça Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trota, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2005.