



UMA ANÁLISE DOS MÉTODOS CLÁSSICOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO À NOVA HERMENÊUTICA: OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO DIRETRIZES

Priscila Dalla Porta Niederauer Cantarelli¹

RESUMO

Analisando os métodos clássicos de interpretação constitucional é possível perceber a influência que sofrem da sociedade a qual são contemporâneos, principalmente pela característica de ser resultado de uma operação intelectual, com objetivo de garantir a segurança jurídica às relações. No entanto, com o passar dos tempos e brotando novas necessidades sociais, nasceu a nova hermenêutica constitucional, baseada na transcendência a simples interpretação do texto, mas levando em consideração todo o ordenamento constitucional, e também a sociedade em que se vive, trazendo assim, a possibilidade de uma interpretação aberta, com alargamento do rol de intérpretes, diferente do que acontece com os processos hermenêuticos tradicionais.

Palavras-chave

métodos. interpretação constitucional. princípios.

RIASSUNTO

Guardando i metodi tradizionali di interpretazione costituzionale è possibile realizzare l'influenza che hanno nella società contemporanea, che sono, in particolare la caratteristica di essere il risultato di una operazione intellettuale, al fine di garantire la certezza giuridica delle relazioni. Tuttavia, con il passare del tempo e della germinazione nuovi bisogni sociali, è nato il nuovo costituzionale ermeneutica, trascendenza basa sulla semplice interpretazione del testo, ma tenendo conto delle norme costituzionali, e anche la società in cui vivono, portando la possibilità di interpretazione aperta, con l'ampliamento del ruolo di interpreti, ad eccezione del caso con i tradizionali processi di ermeneutica.

Palore chiave

metodi. interpretazione costituzionale. principi.

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, especialista em Educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, Integrante do grupo de pesquisa em Direitos Humanos da UNISC. priscila_dalla@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A interpretação Constitucional é um fenômeno que sofre diversas influências, tanto do contexto social, a posição do intérprete e a metodologia jurídica. Os métodos clássicos de interpretação datam da escola de Savigny, fundador da Escola Histórica do Direito, que distinguiu os métodos gramatical, sistemático, histórico e após acrescentado o teleológico.

Esta interpretação clássica se calcava na lei aplicada ao caso concreto e, portanto era certa e justa, o ato interpretativo tomava a feição de uma exclusiva operação intelectual, estava fundada na necessidade existente em qualquer ordenamento jurídico de oferecer segurança.

Nesta ceara se dá o aparecimento das novas técnicas de interpretação constitucional com base no fato de que cada disposição legal deve ser considerada no todo da ordem constitucional vigente, e não ficar restrita ao âmbito do conjunto das disposições da mesma lei, sendo necessário um olhar sistêmico.

Portanto, esse novo meio de interpretação, chega-se a amoldar a Constituição às realidades sociais mais vivas. Compreende a norma jurídica como algo mais que o texto de uma regra normativa. Assim, a interpretação ou concretização transcende a interpretação do texto, diferente do que acontece com os processos hermenêuticos tradicionais.

Resultantes da democratização do processo de interpretativo, pois não está mais vinculado ao corpo clássico de intérpretes do quadro da hermenêutica tradicional, mas se estende a todos os cidadãos, no entender de Häberle.

Nesse viés, o constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Dando unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas.

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS MÉTODOS CLÁSSICOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

As interpretações constitucionais tradicionais, limitam-se a levantar todas as admissíveis interpretações que a norma em exame permite e a confrontá-las com a Constituição, por meio do emprego dos métodos. Nesta interpretação não é admitido ao intérprete fazer qualquer alargamento ou restrição no sentido da norma de modo a deixá-la compatível com a Carta Maior.²

² BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos. 2002. p. 267.

Canotilho³ estrutura os métodos tradicionais em um só método chamado de método jurídico, partindo da consideração de que a Constituição é, para todos os efeitos, uma lei. Interpretar a Constituição é interpretar uma lei, sendo que interpretação constitucional é igual à interpretação legal. Para captar o sentido da lei constitucional deve-se utilizar as regras tradicionais da hermenêutica.

O sentido das normas constitucionais desvenda-se através da utilização dos elementos interpretativos: *filológico* (literal, gramatical, textual); *lógico* (elemento sistemático); *histórico*; *teleológico* (elemento racional) e elemento *genético*. A articulação desses vários fatores hermenêuticos conduzirá a uma interpretação jurídica da Constituição, em que o princípio da legalidade constitucional é fundamental, pois é o ponto de partida para a tarefa de captação do sentido das normas e é o limite da tarefa de interpretação, pois a função do intérprete será a de desvendar o sentido do texto, sem ir para além, e muito menos contra, o teor literal do preceito⁴.

Analisa-se, a seguir, cada um dos principais elementos da interpretação jurídica, com ênfase nas especificidades da interpretação constitucional. A interpretação gramatical consiste na compreensão do sentido possível das palavras, servindo esse sentido como limite da própria interpretação.

A interpretação gramatical é o momento inicial do processo interpretativo. O texto da lei forma o substrato de que deve partir e em que deve repousar o intérprete. Na interpretação constitucional, por vezes, não é necessário ir além da letra e do sentido evidente do texto, como se passa, por exemplo, em relação aos dispositivos acerca da composição e funcionamento de órgãos estatais. De regra, todavia, correrá risco o intérprete que estancar sua linha de raciocínio na interpretação literal. Embora o espírito da norma deva ser pesquisado a partir de sua letra, cumpre evitar o excesso de apego ao texto, que pode conduzir à injustiça, à fraude e até ao ridículo⁵.

O intérprete da Constituição deve partir da premissa de que todas as palavras do Texto Constitucional têm uma função e um sentido próprios. Não há palavras supérfluas na Constituição, nem se deve partir do pressuposto de que o constituinte incorreu em contradição ou obrou com má técnica. Idealmente, ademais, deve o constituinte, na medida do possível, empregar as palavras com o mesmo sentido sempre que tenha de repeti-las em mais de uma passagem. De toda sorte, a eventual equivocidade do Texto deve ser remediada com a busca do espírito da norma e o recurso aos outros métodos de interpretação⁶.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1991. p.1174.

⁴ CANOTILHO, op. cit. p.1174.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 127.

⁶ BARROSO, op. cit., p. 130.

No que se refere a interpretação histórica consiste na busca do sentido da lei através dos precedentes legislativos, dos trabalhos preparatórios e da *occasio legis*. Esse esforço retrospectivo para revelar a vontade histórica do legislador pode incluir não só a revelação de suas intenções quando da edição da norma como também a especulação sobre qual seria a sua vontade se ele estivesse ciente dos fatos e idéias contemporâneos⁷.

Claro que há limites a serem impostos à interpretação histórica. Nem mesmo o constituinte originário pode ter a pretensão de aprisionar o futuro. A patologia da interpretação histórica é o *originalismo*⁸.

a. A interpretação sistemática, uma norma constitucional, vista isoladamente, pode fazer pouco sentido ou mesmo estar em contradição com outra. Não é possível compreender integralmente alguma coisa - seja um texto legal, uma história ou uma composição - sem entender suas partes, assim como não é possível entender as partes de alguma coisa sem a compreensão do todo. A visão estrutural, a perspectiva de todo o sistema, é vital⁹.

O método sistemático disputa com o teleológico a primazia no processo interpretativo. O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas¹⁰.

Na interpretação teleológica as normas devem ser aplicadas atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e à sua finalidade. Chama-se teleológico o método interpretativo que procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito¹¹.

Bonavides afirma que destes métodos tradicionais vieram os modernos, como o método lógico-sistemático que se fundamenta em complementar a interpretação lógica através da interpretação sistemática. Entende que a interpretação se inicia quando se concebe a norma como parte de um sistema. Sendo impossível se obter o verdadeiro sentido da norma sem considerar o contexto das leis e das conexões lógicas do sistema. Desta forma é possível, com o emprego dos elementos lógicos e dos princípios mais gerais e abstratos do sistema elucidar a norma, objeto de interpretação¹².

⁷ BARROSO, op. cit., p. 131.

⁸ BARROSO, op. cit., p. 133.

⁹ BARROSO, op. cit., p. 134.

¹⁰ BARROSO, op. cit., p. 134.

¹¹ BARROSO, op. cit., p. 137.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 445.

Outro método abordado pelo autor é o histórico-teleológico, por um de seus elementos - o histórico - o método traça toda a história da proposição legislativa, desce no tempo a investigar a ambiência em que se originou a lei, procura enfim encontrar o legislador histórico, a saber, as pessoas que realmente participaram na elaboração da lei, trazendo à luz os intervenientes fatores políticos, econômicos e sociais, configurativos da "*ocasio legis*". Pelo outro - o teleológico - o intérprete busca determinar os fins que se acham tanto fora como dentro das proposições legislativas, sendo igualmente importante na pluridimensionalidade desse método estabelecer a vinculação histórica, visto que essa consente uma captação mais precisa do sentido da norma¹³.

O método voluntarista da teoria pura do direito, para Kelsen, a interpretação é em essência um ato de decisão (um ato volitivo) e não um ato de cognição (um ato intelectual), de sorte que na hermenêutica jurídica, quando se interpreta uma norma, o intérprete, ao eleger um de seus possíveis significados, guia-se mais pela vontade do que pela inteligência, ou seja, pesa mais sobre a escolha a primeira do que a segunda¹⁴

Paulo Bonavides, abordando ainda a lição de Kelsen, anota que:

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 certa¹⁵.

Essa formulação doutrinária, está sedimentada na necessidade existente em qualquer ordenamento jurídico de oferecer segurança, entendida esta como o prévio conhecimento das regras que irão regulamentar as diferentes relações que surgem na sociedade. Assim, mesmo que a lei seja incerta, injusta ou esteja equivocada, para essa doutrina há de ser aplicada, pois assim evitam-se que os juízes possam vir a perpetrar novos erros, além daqueles já presentes na lei. Ademais, é através da função interpretativa que se alcança a desejável estabilidade jurídica, adequando-se a letra seca da lei à evolução operada no seio da sociedade¹⁶.

¹³ BONAVIDES, op. cit., p. 446.

¹⁴ BONAVIDES, op. cit., p. 447.

¹⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 283.

¹⁶ BASTOS, op. cit., p. 266.

A crítica que se faz aos métodos tradicionais é que entender a aplicação do Direito como uma atividade puramente mecânica de subsunção do fato à norma jurídica correspondente, implica em admitir que os juízes não passam de meros fantoches manipulados por um ente supostamente dotado de vontade própria: a lei. Isso porque para a concepção perfilhada pela corrente cognoscitiva a interpretação se traduziria numa operação tão objetiva quanto uma operação matemática qualquer. E, para tanto, todos seriam capazes de efetuar-la, bastando o conhecimento das regras (matemáticas) aplicáveis¹⁷.

Portanto, mostra-se necessário salientar, que nas tradicionais formas de interpretação constitucional, somente se levantavam todas as possíveis interpretações e as confrontavam com a Constituição. O intuito das modernas formas de interpretação constitucional é o de buscar no limiar da constitucionalidade da norma algumas interpretações que possam ser aproveitadas desde que fixadas algumas condições¹⁸.

2. MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA NOVA HERMENÊUTICA

Foi sempre o receio ou a cautela de declarar uma lei inconstitucional que deram origem às modernas formas de interpretação constitucional, que visam, sobretudo, manter a norma no ordenamento jurídico tendo como fundamento o princípio da economia, da segurança jurídica e da presunção de constitucionalidade das leis e como finalidade a busca de uma interpretação que compatibilize a norma tida como “inconstitucional” com a Lei Maior. Parte-se da idéia de que na maioria dos casos essa inconstitucionalidade da norma, vai dar lugar a um vazio legislativo, que produzirá sérios danos ao ordenamento jurídico¹⁹.

Pode-se explicar o surgimento das novas técnicas de interpretação constitucional com base no fato de que cada disposição legal deve ser considerada na composição da ordem constitucional vigente, e não ficar restrita ao âmbito do conjunto das disposições da mesma lei ou de cada lei no conjunto da ordem legislativa.²⁰

O método integrativo ou científico-espiritual foi desenvolvido por juristas alemães, capitaneado por Rudolf Smend, como acentua Paulo Bonavides:

A concepção de Smend é precursoramente sistêmica e espiritualista: vê na Constituição um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade. Esses fatores são a parte fundamental do sistema, tanto quanto o território é a sua parte mais concreta²¹.

¹⁷ BASTOS, op. cit., p. 265.

¹⁸ BASTOS, op. cit., p. 268.

¹⁹ BASTOS, op. cit., p. 268.

²⁰ BASTOS, op. cit., p. 269.

²¹ BONAVIDES, op. cit., p. 478.

A Constituição se torna por conseqüência mais *política* do que *jurídica*. Reflete-se assim essa nova tomada de sentido na interpretação, que também se “politiza” consideravelmente, do mesmo modo que ganha incomparável elasticidade, permitindo extrair da Constituição, os mais distintos sentidos, conforme os tempos, a época, e as circunstâncias²².

Portanto, esse novo meio de interpretação, chega-se a amoldar a Constituição às realidades sociais mais vivas. Já não se menosprezam, em conseqüência, os chamados fatores extraconstitucionais, que a interpretação formalista costumava ignorar por meta-jurídicos, mas que têm importante lugar na operação integrativa da Constituição²³.

O método tópico veio a ser utilizado na esfera jurídica através de Theodor Viehweg, em razão da insuficiência do método científico dos naturalistas. Inclinaram-se também para a tópica, nomeadamente para uma teoria material da Constituição, construindo estradas próprias com o propósito de alcançar objetivos semelhantes, Martin Kriele, Peter Häberle, Friedrich Müller e Konrad Hesse²⁴.

Pensar o problema constitui o cerne da tópica em suas exposições sobre o método. Novo estilo de argumentação e acesso à coisa. Procura evidenciar que o argumento dedutivo não constitui o único veículo de controle da certeza racional. O pesquisador procura abarcar o problema como uma questão aberta, tanto quanto admissível. Depois, a partir dessa posição, extraem-se e examinam-se as presumíveis soluções e desse modo se chega à decisão final.

No entanto, para Viehweg e Esser, existe um confronto entre o pensamento tópico e o sistêmico. O pensamento sistêmico seria por excelência um pensamento “dedutivo”, ao contrário da tópica. Enquanto técnica jurídica da práxis, estaria esta última sempre envolvida para a determinação do “respectivamente justo”, assim, para a solução peculiar de cada caso, pensado como um problema em toda a sua complexidade. No dizer de Esser: “a situação deve ser compreendida em toda a sua complexidade, a fim de problematizar-se o ideal de sua complexidade”²⁵.

Os limites da tópica se encontram já na sua função instrumental, pois ela é uma técnica que simplesmente ajuda a descobrir que conhecimentos e interrogações podem em cada caso desempenhar determinado papel, sem oferecer por si mesma a suficiente fundamentação da solução²⁶.

Posto um problema constitucional concreto, os intérpretes utilizam-se de vários *topoi*²⁷ ou pontos de vista, sujeitos a serem legitimados como premissas

²² BONAVIDES, op. cit. p. 479.

²³ BONAVIDES, op. cit. p. 480.

²⁴ BONAVIDES, op. cit. p. 487-488.

²⁵ BONAVIDES, op. cit. p. 490, apud., Josef Esser, op. cit., p. 156-157

²⁶ BONAVIDES, op. cit. p. 491, apud. Zippelius, p. 2233.

²⁷ Esser os reputava como pontos de vista pragmáticos de justice material ou de estabelecimento de fins

(caso venham a ser aceites pelo interlocutor), visando resolver o problema por meio da interpretação mais adequada ao problema ou, noutras palavras, mais razoavelmente justa. Desta forma, percebemos que os *topoi* servem de auxiliar de orientação ao intérprete; constituem um guia de discussão dos problemas e; permitem a decisão do problema jurídico em discussão.

A tópica representa o tronco de onde partem na Alemanha as direções e correntes mais empenhadas em renovar a metodologia contemporânea de interpretação das regras constitucionais. Portanto, as normas jurídicas passam para um segundo plano, adquirindo a natureza de *topoi*. Em se tratando da Constituição esta perde em muito o seu aspecto formal. Assim esclarece Paulo Bonavides:

A invasão da Constituição formal pelos *topoi* e a conversão dos princípios constitucionais e das próprias bases da Constituição em pontos de vista à livre disposição do intérprete, de certo modo enfraquece o caráter normativo dos sobreditos princípios, ou seja, a sua juridicidade. A Constituição, que já é parcialmente política, se torna por natureza politizada ao máximo com a metodologia dos problemas concretos, decorrentes da aplicação da hermenêutica tópica²⁸.

A tópica e a corrente científico espiritualista de fundamentos realistas compõem as grandes matrizes contemporâneas de onde procede a teoria material da Constituição, ainda agora em processo de elaboração teórica e de reação ao excesso de formalismo e juridicidade das correntes positivistas²⁹.

No campo constitucional a importância da tópica é decisiva na medida em que produz uma reorientação básica da doutrina. Mas corre o risco de tomar na esfera do Direito Constitucional uma dimensão metodológica.

Mostra-se necessário apontar o método de interpretação constitucional de Friedrich Müller que intenta fundamentar uma teoria material do Direito, afastando-se assim por inteiro das correntes formalistas. O método de Müller é concretista. Tem sua inspiração maior na tópica, mas a modifica em diversos pontos para poder chegar aos resultados da metodologia proposta³⁰.

Deste modo, o que visa o Müller é organizar o processo de interpretação, o qual é por ele visto como algo complexo, formado por diversos elementos, razão pela qual não há um ponto final, mas, auxiliando, o operador, um método seguro, científico e rigoroso que permite o alcance do verdadeiro direito, que não se confunde com o texto da norma, o qual em momento nenhum é menosprezado ou abandonado pelo autor³¹.

Como assinala Bonavides:

jurídico-políticos, ou sob perspectiva clássica, pontos retóricos de partida para argumentação do problema, In: BONAVIDES, op. cit. p. 490, apud. Josef Esser, p. 44.

²⁸ BONAVIDES, op. cit. p. 495.

²⁹ BONAVIDES, op. cit. p. 496.

³⁰ BONAVIDES, op. cit. p. 498.

³¹ BONAVIDES, op. cit. p. 499.

a exaustiva perquirição de Müller busca evitar o hiato, a separação, a antinomia das duas Constituições – a formal e a material – bem como aquele conhecido confronto da realidade com a norma jurídica. É nesse dualismo que a metodologia concretista, ao tornar fática a norma, se empenha com mais afincos por evitar.³²

Müller procura demonstrar que a jurisprudência da Corte de Karlsruhe já não pode encobrir mediante artifícios verbais a ruptura com os métodos costumeiros de interpretação constitucional. De modo que se torna possível questionar a concepção clássica da norma jurídica e sua aplicação, valendo-se para tanto da análise aos processos atuais empregados inclusive por aquele Tribunal na sua tarefa de concretizar a Constituição e que devem conduzir ao abandono das velhas e tradicionais concepções dos intérpretes formalistas³³.

Afirma Müller que uma hermenêutica jurídica em condições de transcender o positivismo da lei terá seus fundamentos extraídos da observação do trabalho jurídico tanto na ciência como na práxis. Não é possível isolar a norma da realidade, antes é a realidade em seus respectivos dados afetada pela disposição da norma, o elemento material constitutivo da própria norma³⁴.

Um dos métodos de interpretação constitucional que a tópica mais influenciou atualmente foi o método concretista da “Constituição Aberta” teorizada por Peter Häberle. Bonavides afirma que Häberle levou a tópica às últimas conseqüências, mediante uma série de fundamentações e legitimações que se aplicam ao campo dos estudos constitucionais. Resultantes da democratização do processo de interpretativo, pois não está mais vinculado ao corpo clássico de intérpretes do quadro da hermenêutica tradicional, mas se estende a todos os cidadãos³⁵.

Häberle, afirma que existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista e muitas vezes esse processo se mostra difuso. Pois se incorpora as ciências sociais e também métodos de interpretação voltados para o atendimento dos interesses públicos e do bem estar geral. No entanto, a teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”, pois se concentra na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados³⁶.

Primeiramente se pensava que a interpretação em um conceito delimitado era apenas a atividade consciente de explicar a norma. No entanto, para uma pesquisa realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, é necessário um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos,

³² BONAVIDES, op. cit. p. 500.

³³ BONAVIDES, op. cit. p. 500.

³⁴ BONAVIDES, op. cit. p. 501.

³⁵ BONAVIDES, op. cit. p. 509.

³⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 11-12

órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública, representam forças de interpretação, sendo intérpretes constitucionais em sentido *lato*, atuando pelo menos como pré-intérpretes. Significando uma democratização da interpretação constitucional. Mas, a jurisdição constitucional apresenta a última palavra sobre a interpretação³⁷.

Para Häberle,³⁸ os novos conhecimentos da teoria da interpretação diz que ela é um processo aberto, e não é um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. Assim a ampliação do círculo de intérpretes é uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de integração, compondo essa realidade pluralista. Pois se a norma não é uma decisão prévia simples e acabada, é necessário indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional.

A interpretação em sentido estrito é a interpretação que usa os métodos tradicionais de Savigny, de procedência civilista. A interpretação em sentido *lato* é a que oferece um largo terreno ao debate e a renovação, tendo sido desprezada pelos preconceitos dos juristas técnicos de visão formalista³⁹.

Unidas as duas interpretações, podem os direitos fundamentais e a democracia pluralista, tanto na prática como na teoria, ser levados efetivamente a sério, pois as duas formas de interpretação se correlacionam. Não é possível estabelecer entre ambas uma delimitação rígida, sobretudo quando se sabe que na sociedade democrática há juízes “técnicos”, peritos e jurados, que não sendo juristas de profissão contribuem para a abertura da categoria dos intérpretes da Constituição em sentido estrito⁴⁰.

A tese de Häberle é de que na interpretação da Constituição se acham potencialmente abrangidos “todos” os órgãos estatais, todos os entes públicos, todos os cidadãos, todos os grupos, não havendo *números clausus* de intérpretes constitucionais⁴¹.

Dessa forma, constitucionalizar formas e processos de participação é uma tarefa específica de uma teoria constitucional. Assim, o processo político de ser tanto quanto possível, aberto, devendo em algum momento ter uma interpretação “diversionista”. Sendo que essa teoria constitucional democrática assume a responsabilidade por uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.⁴²

A interpretação da Constituição, tida até então como um ato consciente, deliberado e formal do jurista de profissão, como causa da “sociedade fechada”, deve, porém na realidade considerar-se pela nova metodologia como obra da

³⁷ HÄBERLE, op. cit., p. 15.

³⁸ HÄBERLE, op. cit., p. 30-31.

³⁹ BONAVIDES, op. cit. p. 509-510.

⁴⁰ BONAVIDES, op. cit. p. 510-511.

⁴¹ BONAVIDES, op. cit. p. 512.

⁴² HÄBERLE, op. cit., p. 55.

sociedade aberta, de quantos dela participam materialmente. A interpretação da Constituição está sempre a constituir a sociedade aberta e a ser por ela constituída, sendo seus critérios tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade⁴³.

Entretanto, faz-se a crítica a nova metodologia da “Constituição aberta”, pois, demanda para uma eficaz aplicação a presença de sólido consenso democrático, base social estável, pressupostos institucionais firmes, cultura política bastante ampliada e desenvolvida. Fatores esses, difíceis de achar nos sistemas políticos e sociais de nações em desenvolvimento, e de tal importância que podem invalidar a metodologia⁴⁴.

Até mesmo para Constituições de países desenvolvidos sua serventia se torna relativa e questionável, em sua adoção desmedida. Debilitaria o fundamento jurídico específico do edifício constitucional, acabaria por dissolver a Constituição e sacrificar a estabilidade das instituições. Assim, o surto de preponderância concedida a elementos fáticos e ideológicos de natureza irremediável é capaz de exacerbar a sociedade, o antagonismo de classes, a competição dos interesses e a repressão das idéias. No entanto, a crítica que se faz a este método concretista da Constituição aberta, é de que nos sistemas efetivamente democráticos, poderá revelar-se excelente para manter o *estatus quo* da liberdade. Mas nos Estados pouco desenvolvidos, seu préstimo será menor como recurso para manter as crises, o emprego desse instrumental, com a desorganização da consciência jurídica e a impotência normativa da lei, poderia ocasionar o desenlace institucional⁴⁵.

Outro método é o da interpretação conforme a Constituição que não se trata de um princípio de interpretação da Constituição, mas um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição. Desta forma, nenhuma lei será declarada inconstitucional se comportar uma interpretação em harmonia com a Constituição, conservando seu sentido⁴⁶.

A aplicação desse método parte da presunção de que toda a lei é constitucional, adotando-se ao mesmo passo o princípio de que em caso de dúvida a lei será interpretada conforme a Constituição. Não devendo interpretar isoladamente a norma constitucional, uma vez que o conteúdo geral da Constituição procedem princípios elementares da ordem constitucional, representando a Constituição um todo, uma unidade, um sistema de valor⁴⁷.

Esse princípio busca conservar a norma, sendo um instrumento de segurança jurídica contra declarações precipitadas de invalidade da norma. A declaração de nulidade da lei é o último recurso de que lança mão o juiz

⁴³ BONAVIDES, op. cit. p. 512.

⁴⁴ BONAVIDES, op. cit. p. 516.

⁴⁵ BONAVIDES, op. cit. p. 516.

⁴⁶ BONAVIDES, op. cit. p. 518.

⁴⁷ BONAVIDES, op. cit. p. 518.

quando, persuadido da absoluta inconstitucionalidade, já não encontra saída senão reconhecê-la incompatível com a ordem jurídica⁴⁸.

Um aspecto negativo dessa interpretação é o risco de prevalecer no ordenamento constitucional, normas inconstitucionais, e de uma interpretação da Constituição conforme a lei. No entanto, o lado positivo é a fidelidade do método quanto à preservação do princípio da separação de poderes. Faz com que juizes e tribunais percebam que sua missão não desautorizar o legislativo ou nele se imiscuir por via de sentenças ou acórdãos, mas tão somente controlá-lo, inclinando-se para a obra de aproveitamento máximo dos conteúdos normativos, ao reconhecer-lhes sempre que possível a respectiva validade. No entanto pode ocorrer que a vontade do juiz para salvar a lei, substituiu a vontade do legislador⁴⁹.

Na medida em que o método empregado para manter a lei com o máximo de constitucionalidade que for possível nela vislumbrar, em face de interpretações ambíguas, não resta dúvida que ela não só preserva o princípio da separação de poderes como reconhece ao legislador uma posição de hegemonia no ato da concretização constitucional, o que está de acordo com o princípio democrático encarnado no legislativo⁵⁰.

Mas o excesso de zelo em manter as leis, pode desfigurar esse aspecto positivo do método, fazendo-o negativo e igualmente atentatório ao próprio princípio da separação de poderes. Isso ocorre quando o Tribunal para não declarar nula uma lei, perde de vista as limitações necessárias de seu ofício, acaba reformando a lei⁵¹.

O método adotado sem excesso, não desprestigia a função legislativa nem tampouco enfraquece a magistratura nos poderes de conhecer e interpretar a lei pelo ângulo de sua constitucionalidade. Quanto mais rígida a Constituição, e quanto maior o obstáculo para sua reforma, maior é a importância da interpretação, e assim mais flexíveis e maleáveis devem ser os seus métodos interpretativos, para se fazer uma perfeita acomodação entre a Carta Magna e as exigências do meio político e social⁵².

Desta forma, a interpretação cumpre uma função muito além da de mero pressuposto de aplicação de um texto jurídico, para transformar-se em elemento de constante renovação da ordem jurídica, para atender dentro dos limites formais, as mudanças da sociedade, tanto no desenvolvimento como na existência de novas ideologias⁵³.

Fica difícil interpretar sem se levar em conta as realidades políticas

⁴⁸ BONAVIDES, op. cit. p. 519.

⁴⁹ BONAVIDES, op. cit. p. 520.

⁵⁰ BONAVIDES, op. cit. p. 523.

⁵¹ BONAVIDES, op. cit. p. 523.

⁵² BONAVIDES, op. cit., p. 418

⁵³ BASTOS, op. cit., p. 111.

pelas quais passa o país. As discussões mobilizam o espírito de todos os setores da sociedade, que são altamente ideológicos, e se fazem sentir na interpretação do direito, em função do que se fala, então, de uma atualização das regras jurídicas por meio do processo interpretativo⁵⁴.

3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO CONDICIONANTES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Hesse considerou os princípios como diretrizes que orientam o intérprete do Texto maior, para determinar a relação e valoração dos pontos de vista que podem solucionar o problema, destacando o princípio da unidade da Constituição para evitar possíveis contradições com outras normas do próprio texto.⁵⁵

Barroso⁵⁶ afirma que o constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça.

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas⁵⁷.

A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam as regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra positivos, no qual as

⁵⁴ BASTOS, op. cit., p. 265.

⁵⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 115, apud. Hesse, escrito de derecho constitucional, p. 45

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 28.

⁵⁷ BARROSO, op.cit. p. 29.

idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central⁵⁸.

A denominada *ponderação de valores* ou *ponderação de interesses* é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo⁵⁹.

A perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional. Do ponto de vista metodológico, o problema concreto a ser resolvido passou a disputar com o sistema normativo a primazia na formulação da solução adequada, solução que deve fundar-se em uma linha de argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores, sendo certo que o processo interpretativo não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo⁶⁰.

A dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade⁶¹.

Quanto à nova interpretação constitucional a autora⁶² afirma que a idéia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico - o *subsuntivo*, fundado na aplicação de *regras* - nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente.

⁵⁸ BARROSO, op.cit. p. 30.

⁵⁹ BARROSO, op.cit. p. 32.

⁶⁰ BARROSO, op.cit. p. 34.

⁶¹ BARROSO, op.cit. p. 38.

⁶² BARCELLOS, Ana Paula de; O Começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 331.

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido⁶³.

A interpretação conforme a Constituição pode ser apreciada como um princípio de interpretação e como uma técnica de controle de constitucionalidade. Como princípio de interpretação, decorre ele da confluência dos dois princípios anteriores: o da supremacia da Constituição e o da presunção de constitucionalidade. Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto⁶⁴.

Por força do princípio da unidade, inexistente hierarquia entre normas da Constituição, cabendo ao intérprete a busca da harmonização possível, *in concreto*, entre comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham. Conceitos como os de ponderação e concordância prática são instrumentos de preservação do princípio da unidade, também conhecido como princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição⁶⁵.

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas idéias de devido processo legal substantivo e na de justiça⁶⁶. Todos os princípios constitucionais são igualmente válidos, e, no entanto não podem, na maioria dos casos, ser *aplicados* contemporaneamente. Como diz magistralmente o professor Menelick de Carvalho Netto:

subsistem no ordenamento jurídico princípios contrários que estão sempre em concorrência entre si para reger uma determinada situação. A sensibilidade do juiz para as especificidades do caso concreto que tem diante de si é fundamental, portanto, para que possa encontrar a norma adequada a produzir justiça naquela situação específica. É precisamente a diferença entre os discursos legislativos de justificação, regidos pela exigência de universalidade e abstração, e os discursos judiciais e executivos de aplicação, regidos pela exigência de respeito às especificidades e à concreitude de cada caso, ao densificarem as normas gerais e abstratas na produção das normas individuais e concretas, que fornece o

⁶³ BARCELLOS, op. cit. p. 332.

⁶⁴ BARCELLOS, op. cit. p. 361.

⁶⁵ BARCELLOS, op. cit. p. 362.

⁶⁶ BARCELLOS, op. cit. p. 363.

substrato do que Klaus Günther denomina *sensu de adequabilidade*, que, no Estado Democrático de Direito, é de se exigir do concretizador do ordenamento ao tomar suas decisões⁶⁷.

Quando se trabalha com a Constituição podem ocorrer conflitos entre princípios e então vem a ponderação. A ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis, em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequada. Durante algum tempo a ponderação esteve claramente vinculada à teoria dos princípios e às características particulares dessa espécie normativa. Já é possível identificá-la como uma técnica de decisão jurídica autônoma, e vem sendo aplicada em diversos outros ambientes que não o do conflito de princípios. Os casos típicos dos quais se ocupa a ponderação são aqueles nos quais se identificam confrontos de razões, de interesses, de valores ou de bens albergados por normas constitucionais.⁶⁸

CONCLUSÃO

A perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciaram categoricamente a concepção de uma moderna hermenêutica constitucional. Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional.

Compreende a norma jurídica como algo mais que o texto de uma regra normativa. Assim, a interpretação ou concretização transcende a interpretação do texto, diferente do que a acontece com os processos hermenêuticos tradicionais.

O processo de interpretação constitucional deve ser formado pelos princípios constitucionais que contêm a síntese dos valores mais importantes do ordenamento jurídico. Dando unidade ao sistema constitucional, irradiando por todo o sistema apontando o caminho a ser percorrido pelo intérprete. A Constituição passa a ser não apenas um sistema em si, com sua ordem, unidade e harmonia, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito.

⁶⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica Constitucional e Pluralismo*. In SAMPAIO, Adércio Leite; SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 61, apud, CARVALHO NETTO, Menelick de. Da responsabilidade da administração pela situação falimentar de empresa privada economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação de valores contratados como contraprestação por obras realizadas. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. Brasília, OAB, vol. 63, ano XXVI, jul./dez. 1996, p. 146.

⁶⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55-57.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-118.
- _____, Ana Paula de; O Começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 327-378.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-48.
- _____, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos. 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica Constitucional e Pluralismo*. In SAMPAIO, Adércio Leite; SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre os limites e a legitimidade da Jurisdição Constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.