

# A Dimensão Normativa da Interpretação Constitucional\*

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO

Presidente e Professor do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP.

DOI: 10.11117/22361766.22.01.05

## I – PRESSUPOSTOS HERMENÊUTICOS GERAIS

1 Não existem fatos, mas apenas *interpretações* de fatos, assim como não existe experiência de verdade a não ser como *ato interpretativo*. Por isso, se é verdade que o que não está nos autos não está no mundo, é igualmente verdadeiro que aquilo que está no mundo não está nos autos, pois o que vai para os autos é apenas a versão (=interpretação) que deram aos fatos os agentes da instrução processual<sup>1</sup>.

2 Não existe observação sem uma componente teórica, porque toda observação é uma interpretação dos fatos à luz de alguma teoria; todo conhecimento é necessariamente impregnado de teoria, inclusive as nossas observações. O que o conhecimento consegue ser? – “Exegese”, não “esclarecimento”. A verificação de um fato científico depende de uma interpretação, mas de uma interpretação ordenada, no interior de uma teoria explícita<sup>2</sup>.

3 Só à luz da interpretação algo se converte em “fatos” e uma observação possui caráter informativo<sup>3</sup>.

\* Palestra proferida no programa “Ponto a Ponto” – TVBB, em Brasília/DF, no dia 16.06.2008.

- 1 NIETZSCHE, Friedrich. *Fragmentos finais*. Brasília: UnB, 2002. p. 157; MACHADO, Duda. *Breviário de citações, fragmentos e aforismos ou para conhecer Nietzsche*. São Paulo: Landy, 2006. p. 84; VATTIMO, Gianni. *A tentação do realismo*. Rio de Janeiro: Lacerda Editores e Instituto Italiano de Cultura, 2001. p. 17, e, do mesmo autor, *Más allá de la interpretación*. Barcelona: Paidós, 1995. p. 41; HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. São Paulo: Loyola, 2004. p. 38 e 45, e *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 55/58; FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: PUC/NAU, 1996. p. 71/72; ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Gulbenkian, 1988. p. 87: “Ao falar de fatos temos em vista acontecimentos, circunstâncias, relações, objetos e estados, *todos eles situados no passado*, espaço-temporalmente ou mesmo só temporalmente determinados, pertencentes ao domínio da percepção externa ou interna e ordenados segundo leis naturais. Como a maioria das ações puníveis, no momento do processo, apenas é apreensível pelo tribunal através de diferentes manifestações (ou efeitos) posteriores, *são principalmente as regras de experiência e conclusões logicamente muito complexas que tornam possível a verificação dos fatos*” (grifos nossos).
- 2 POPPER, Karl. *O mito do contexto*. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 114; POPPER, Karl. *Conhecimento objetivo*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999. p. 75; POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 1980. p. 120; POPPER, Karl. *La miseria del historicismo*. Madrid: Taurus/Alianza, 1961 e 1973. p. 111; NIETZSCHE, Friedrich. *Fragmentos finais*. Brasília: UnB, 2002. p. 157; GRANGER, Gilles-Gaston. *A ciência e as ciências*. São Paulo: Unesp, 1994. p. 48.
- 3 GADAMER, Hans-Georg. Texto e interpretação. In: *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, v. 2, 1994. p. 327/328.

4 Não existe um ponto *arquimediano*, situado fora do tempo e do espaço – uma espécie de “olhar de Deus” estranho à história – de onde posamos apreender os fatos com *isenção* e *objetividade*; por isso, no âmbito das coisas e/ou das ciências do espírito, todo objetivismo é ilusório e ingenuamente neutro, porque não existem caminhos que contornem o mundo nem a história, senão caminhos através do mundo e através da história. A própria atividade hermenêutica, também ela, é um evento histórico, sujeito, portanto, a todas as vicissitudes espaço-temporais da condição humana<sup>4</sup>.

5 Tudo o que nós vemos e/ou apreciamos ocorre sempre a partir de uma *posição prévia* – o *lugar* que, efetivamente, ocupamos no tempo e no espaço – do que nos resultam uma *visão prévia* e uma *concepção prévia* sobre a “coisa” objeto do nosso conhecimento. Rigorosamente, não vemos a *coisa em si* (*nômeno*), mas apenas como ela *aparece* ou se apresenta para nós (*fenômeno*)<sup>5</sup>.

6 A compreensão implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus preconceitos. A pré-compreensão constitui-se aleatoriamente pela integração de múltiplos fatores biológicos, psicológicos, sociais e culturais que, em conjunto, compõem a personalidade concreta de cada indivíduo, como unidade complexa e dinâmica, em permanente configuração. Nesse sentido, o homem não é, ele vai sendo isto e aquilo, porque está sujeito a constantes transformações, uma realidade que é, precisamente, nosso privilégio ontológico. Ninguém se banha duas vezes no mesmo rio<sup>6</sup>.

7 A compreensão do sentido de qualquer enunciado lingüístico pressupõe um pré-conhecimento, um pré-conceito ou uma presciência da “coisa” extralingüística a que o mesmo se refere; por isso, a compreensão dos preceitos jurídicos pressupõe, igualmente, uma pré-compreensão da “coisa”

- 
- 4 RORTY, Richard. *Objetivismo, relativismo e verdade*. Rio de Janeiro: Dumará, 2002. p. 41; GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1993. p. 454, e *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: FGV, 1998. p. 57; GADAMER, Hans-Georg. *Le problème de la conscience historique*. Paris: Éditions du Seuil, 1996. p. 74. JASPERS, Karl. *Origen y meta de la historia*. 3. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1965. p. 348 e 352. OTTO APEL, Karl. *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Barcelona: Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1995. p. 47, e *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 61/62.
- 5 HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte 1. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1988. p. 206/207. Nota Explicativa 51, p. 323.
- 6 ORTEGA Y GASSET, José. *Obras completas*. Madrid: Revista de Occidente, v. VI, 1964. p. 39 e 42; SICHES, Luis Recaséns. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Porrúa, 1965. p. 127/130 e 257/259, e *Tratado de sociología*. Rio de Janeiro: Globo, v. I, 1965. p. 143/150. ÉFESO, Heráclito de apud REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. São Paulo: Paulinas, v. I, 1990. p. 35/38; MARIAS, Julián. *Historia de la filosofía*. Madrid: Revista de Occidente, 1968. p. 26/28; MONDOLFO, Rodolfo. *O pensamento antigo*. São Paulo: Mestre Jou, v. I, 1964. p. 46/47; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, v. 1, 1997. p. 441, e do mesmo autor, *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: FGV, 1998. p. 13.

Direito, da *juridicidade*, como algo que está *fora* do texto e para o que esse texto nos remete. No procedimento judicial, um pré-juízo é uma pré-decisão (=liminar), que se adota antes da sentença definitiva com base na pré-compreensão de que, aparentemente (=fumus boni iuris), existe um direito a ser imediatamente resguardado. *Preconceito não significa, portanto, de modo algum, falso juízo, pois está em seu conceito que ele possa ser valorado positiva ou negativamente*<sup>7</sup>.

8 Em razão do nosso *perspectivismo* – um conceito procedente da ótica, mas apropriado, fecundamente, pela hermenêutica –, jamais captamos a coisa na sua totalidade, mas apenas em parte ou “desse ou daquele modo”, o que aponta, desde logo, para a necessidade de integração de outras perspectivas, que, embora igualmente parciais, nem por isso podemos dispensar se quisermos ampliar nosso horizonte visual e captar um pouco mais da realidade. É “evidente” que um objeto visual sempre aparece apenas a partir do seu “lado da frente”, restando obscurecidos todos os outros aspectos<sup>8</sup>.

9 Destarte, o intérprete/aplicador do direito, assim como todo sujeito do conhecimento, apreende as coisas apenas da perspectiva em que se encontra – necessariamente parcial e limitante da sua visão do *jurídico* – em decorrência dos seus preconceitos, “positivos” ou “negativos”, como os vêem, respectivamente, a Hermenêutica Filosófica e a Sociologia do Conhecimento<sup>9</sup>.

10 Nesse sentido, afirma-se que o juiz asséptico, objetivo e imparcial não passa de uma *impossibilidade antropológica*, porque não existe neutralidade ideológica, a não ser sob a forma de apatia, irracionalidade ou decadência do pensamento, que não são virtudes dignas de ninguém e muito menos de um juiz<sup>10</sup>.

7 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, v. 1, 1993. p. 337, e *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, v. 1, 1997. p. 407; MACHADO, J. Baptista. *Introdução do direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 205/218; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio. *Constituição: conceito, objeto e elementos*. *Revista de Informação Legislativa*, n. 116, p. 5/20, out./dez. 1992.

8 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, v. I, 1993. p. 235, e *Hermenêutica em retrospectiva*. A virada hermenêutica. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 31.

9 GADAMER, Hans-Georg. Salamanca: Sígueme, v. I, 1993. p. 337/308 e 344/360; *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 407/408 e 416//436. Sobre as origens sociais do pensamento, ver Karl Mannheim com *Ideologia e Utopia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1968; MANNHEIM Karl; MILLS, Wright; MERTON, Robert. *Sociologia do conhecimento*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967; MERTON, Robert. *La sociología del conocimiento*. In: *Sociología del Siglo XX*. GURVITCH, Georges; MOORE, Wilbert E. 2. ed. Barcelona: El Ateneo, t. I, 1965. p. 337/373; CRESPI, Franco; FORNARI, Fabrizio. *Introdução à sociologia do conhecimento*. Bauru: Edusc, 2000; SCHAFF, Adam. *História e verdade*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. Sobre os diversos sentidos e funções de ideologia ver VILLORO, Luis. *El concepto de ideología*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985. Sobre o papel da pré-compreensão na experiência hermenêutica, ver GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1993. p. 331/377. Para um estudo multidisciplinar sobre a presença e o papel dos elementos inatos e dos adquiridos na formação e desenvolvimento dos indivíduos, ver SKRZYPCZAK, Jean-François. *O inato e o adquirido – desigualdades “naturais” e desigualdades sociais*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996; GARAUDY, Roger. *Para conhecer o pensamento de Hegel*. Porto Alegre: L&PM, 1983. p. 47.

10 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: Ediar, 1994. p. 109.

11 Em razão disso, impõe-se assumirmos o *pluralismo* e a *integração de perspectivas*, se não como *critério de verdade*, ao menos como fórmula de *redução de equívocos*, sob pena de tomarmos o todo pela parte – a parte que apreendemos do ponto de vista em que nos encontramos no momento da percepção – e, assim, bloquearmos o nosso entendimento. *Intersubjetivismo*, portanto, é o lema dos que se dispõem ao diálogo e à *busca cooperativa* da verdade<sup>11</sup>.

12 Toda interpretação é apenas uma entre as várias outras, igualmente possíveis e/ou aceitáveis, desde que se observem critérios mínimos de racionalidade, a cuja luz *não* se avalizam as interpretações que se mostram manifestamente absurdas; de igual modo, quando o legislador editar normas incompreensíveis ou contraditórias, caberá ao intérprete/aplicador reconduzi-las à racionalidade, no momento da concretização, com base nos métodos e princípios da hermenêutica jurídica<sup>12</sup>.

13 A hermenêutica é racional, só que ela se ocupa com processos total ou parcialmente irracionais – como o da aplicação do direito – conforme o seguinte lema: tratar o irracional da forma mais racional possível<sup>13</sup>.

14 Todo enunciado jurídico, em tese, é *plurinormativo*, porque a sua linguagem é naturalmente *aberta* e não existe coincidência entre texto e norma, como evidenciam as *mutações normativas*, via das quais, a partir de um mesmo texto, que se mantém inalterado ao longo do tempo, vão sendo extraídos significados distintos, mas igualmente dotados de normatividade. O *excesso de significados* é a *matéria prima* com que trabalha o intérprete/aplicador<sup>14</sup>.

11 KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1999. p. 520; HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, t. I, 1988. p. 46; POPPER, Karl. *O mito do contexto*. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 177; POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Edusp/Itatiaia, v. 2, 1974. p. 224, 225 e 227.

12 Cf. Manuel Calvo García: “Frente a uno de los postulados más característicos de la concepción metodológica tradicional, las teorías de la argumentación defienden que el legislador real no es racional o, lo que es igual, que no hace leyes perfectas que prevean soluciones claras y no contradictorias para cualquier caso hipotético que pueda producirse, y que, por lo tanto, quines tienen que ser racionales son los juristas, quienes interpretan y aplican la ley”. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos, 1994. p. 217; ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997. p. 95/100; REALE, Miguel. *Estudios de filosofía e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 72/82. Com o objetivo, entre outros, de racionalizar a produção das leis em nosso sistema jurídico, foi editada a Lei Complementar nº 95, de 26.12.1998, alterada pela Lei Complementar nº 107, de 26.04.2001, contendo regras de técnica legislativa que, se obedecidas, facilitarão a compreensão dos comandos legais e, conseqüentemente, a sua interpretação/aplicação; ZACCARIA, Giuseppe. *Razão jurídica e interpretação*. Madrid: Civitas, 2004. p. 98; KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. p. 169, e *Hermenêutica y derecho*. Granada: Comares, 2007. p. 98.

13 KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. p. 88 e 103.

14 HART, Herbert H. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992. p. 155/169; COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 329; MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 45/46 e 48; ECO, Umberto. *Semiótica e filosofia da linguagem*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 29; REALE, Miguel. *Gênese e vida dos modelos jurídicos – Problemas de semântica jurídica*. In: *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 209/218.

15 Perante os tribunais, essa plurivocidade de sentidos – comum aos textos e às ações – é trazida à luz do dia sob a forma de um *conflito de interpretações*, cujo deslinde aparece como um veredicto imposto pela força do poder público, observado, é claro, o devido processo legal<sup>15</sup>.

16 No começo da atividade hermenêutica, está o texto da lei – só aparentemente claro e fácil de aplicar – e no final, se este existe, entretecida em torno do texto, uma teia de interpretações, restrições e complementações, que regula a sua *aplicação* no caso singular e que transmutou amplamente o seu conteúdo, a ponto de, em casos extremos, torná-lo quase irreconhecível. Um estranho resultado daquilo que o jurista se habituou a denominar simplesmente *aplicação das normas*<sup>16</sup>.

17 Por isso se diz, no âmbito do Direito, que a norma – um *posterius*, extraído do texto da lei – não é o pressuposto, mas o resultado da interpretação – *o resultado do seu resultado* – ou seja, aquela *regra de decisão* que, afinal, vem a ser produzida pelo operador do Direito, *depois de trabalhar* os enunciados jurídicos à luz das exigências do caso concreto, exigências essas que funcionam como vetores hermenêuticos guiados pela idéia de justiça. Afinal de contas, “todo Direito *positivo* é um intento de Direito *justo*”<sup>17</sup>.

18 A compreensão, em geral, desenvolve-se de forma circular, o chamado *círculo hermenêutico*, em razão do que o significado antecipado em um todo se compreende por suas partes, mas é à luz do todo que as partes adquirem a sua função esclarecedora. Noutros termos, o significado do todo depende do sentido das partes, cujo significado, por sua vez, só se manifesta corretamente no todo de que participa. Palavras soltas ou em *estado de dicionário* pouco ou nada significam até se integrarem em frases ou expressões, onde adquirem e simultaneamente transmitem significados. Por isso é que os dicionaristas, para mostrar os diversos significados atribuídos a um vocábulo, citam proposições que ilustram essa variedade semântica<sup>18</sup>.

19 No âmbito do conhecimento jurídico, o *círculo hermenêutico* manifesta-se, pelo menos, sob três formas básicas. A primeira, na relação entre a pré-compreensão, como hipótese de interpretação, e o texto a ser inter-

15 RICOEUR, Paul. *Do texto à acção*. Porto-Portugal: RÉS-Editora, s/d. p. 206.

16 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989. p. 250.

17 STAMMLER, Rudolf. *Tratado de filosofía del derecho*. Madrid: Réus, 1930. p. 241, nota 4; ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961. p. 149/150, nota 108.

18 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, v. 1, 1993. p. 361, e *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 437. A idéia de *círculo hermenêutico*, que é fundamental no âmbito da hermenêutica filosófica, foi desenvolvida, pioneiramente, por WOLF, August; AST, Friedrich; SCHLEIERMACHER, Friedrich. (F.D.E. Schleiermacher. *Herméneutique*). Alençon: CERF/PUL, 1989. p. 67 e 173 e ss; e Hermenêutica. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 46/47.

pretado; a segunda, na vinculação entre a norma e o sistema a que ela pertence; a terceira, finalmente, na implicação entre as normas, como fórmulas gerais e abstratas, e os fatos como dados singulares e concretos<sup>19</sup>.

20 A regra da interpretação *sistemática* comprova a presença do círculo hermenêutico no âmbito da experiência jurídica, onde, por força desse cânone hermenêutico, a fixação do sentido de uma norma, isoladamente considerada, exige a sua integração no conjunto de que participa – o *ordenamento jurídico* –, cujo sentido, por sua vez, depende da conjugação do significado das partes que o constituem. É que, afinal, as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si, formando um *sistema normativo*<sup>20</sup>.

21 Os textos constitucionais, pela sua estrutura normativo-material aberta e pelos seus objetivos macro-institucionais, são os mais afeitos a interpretações expansivas e criadoras, sem que isso signifique liberdade para *usá-los* ao invés de simplesmente *aplicá-los*, por mais amplo que seja o sentido que se empreste ao verbo aplicar<sup>21</sup>.

22 Em sede de direitos fundamentais, cujas normas, extremamente abstratas, possuem múltiplos significados, mais do que de *interpretação* o de que se trata é de *concretização* dos respectivos enunciados, à luz dos métodos e princípios da chamada hermenêutica especificamente constitucional<sup>22</sup>.

23 Superadas as controvérsias em torno dos *melhores* cânones hermenêuticos, firmou-se o entendimento de que, pela sua complexidade – sobretudo no âmbito constitucional –, interpretação/aplicação dos modelos jurídicos exige que se *conjuguem* os diferentes métodos e princípios, num *jogo concertado* de complementações e restrições recíprocas, à luz das idéias de *coerência* do ordenamento e de *unidade* da Constituição<sup>23</sup>.

24 Como proposições gerais não resolvem casos particulares e as decisões dependem de juízos ou intuições mais sutis do que qualquer articula-

19 ALEX, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995. p. 39/44.

20 BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis, 1987. p. 13.

21 ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 1995. p. 14/15; GADAMER, Hans-Georg. *Estética y hermenéutica*. Madrid: Tecnos, 2006. p. 60/61; BUYSENS, Eric. *Semiologia & comunicação lingüística*. São Paulo: Cultrix/Edusp, 1972. p. 55.

22 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 126/127.

23 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1084; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989. p. 88/99; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989. p. 579: “É decisivo, por outro lado, que o pensamento não procede aqui ‘linearmente’, só num sentido: o princípio esclarece-se pelas suas concretizações e estas pela sua união perfeita com o princípio”.

da premissa maior, torna-se necessário formular *normas individuais*, *normas de decisão* ou *normas do caso*, para que se realize a justiça em sentido material, que é *dar a cada um o que é seu*<sup>24</sup>.

25 Em certo sentido, na sua formulação legal, a norma jurídica, alheia às circunstâncias de cada caso, há de ser, por princípio, abstrata e geral e, não raro, por isso mesmo, necessariamente injusta<sup>25</sup>.

26 Os textos não saem prontos das mãos do legislador; antes contêm apenas *critérios gerais de justiça*, a serem particularizados e completados pelos intérpretes/aplicadores, à luz do caso concreto. Por isso é que, modernamente, afirma-se que o direito compõe-se não apenas de normas, mas *também* do trabalho ou do que fazem com elas os seus operadores<sup>26</sup>.

27 A essência do jurídico se revela no âmbito de um processo dialético, em que o *ser* do direito é o seu *vir a ser*, mas apenas na forma em que, efetivamente, ele *vem a ser*, e não *antes* disso. Por isso é que se diz que o direito, em sua concreta forma de existir, é aquele “declarado” pelos juizes e tribunais, no curso de um *processo de realização*, e que sem o problema suscitado *a partir do intérprete*, as normas jurídicas permanecem genéricas e estáticas<sup>27</sup>.

28 O teor literal de uma disposição é apenas a “ponta do *iceberg*”; todo o resto, talvez o mais importante, é constituído por fatores extralingüísticos, sociais e estatais, que mesmo se o quiséssemos não poderíamos fixar nos textos jurídicos, no sentido da garantia da sua pertinência<sup>28</sup>.

29 Diante da abertura/abstração dos enunciados jurídicos, a rigor não se pode, *a priori*, falar em norma aplicável; esta será aquela que, afinal, for construída e aplicada, pelos intérpretes/aplicadores – como *regra de decisão* – à luz das exigências do caso<sup>29</sup>.

30 Essa construção, entretanto, não lhes autoriza a *des-construir* o texto, não só porque é o texto o *portador do significado*, mas também por-

24 HOLMES, Oliver W. (Cf. BRUTAU, José Puig. *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Barcelona: Bosch, s/d, p. 49, nota 1; DE PAGE, Henri. *De l'interprétation des lois*. Reimp. Bruxelles: Swinne, 1978. p. 65; KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del estado*. México: Unam, 1969. p. 159, e *Teoría pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, v. II, 1962. p. 105; EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: UnB, 1986. p. 135/149.

25 MENÉNDEZ, Aurelio Menéndez. *Sobre lo jurídico y lo justo*. In: ENTERRÍA, Eduardo García de; MENÉNDEZ, Aurelio Menéndez. *El derecho, la ley e el juez*. Dos estúdios. Madrid: Civitas, 2000. p. 76.

26 DÍAZ, Elias. *Curso de filosofía del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 22.

27 KAUFMANN, Arthur. Panorâmica histórica de los problemas de la filosofía del derecho. In: *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Editorial Debate, 1992. p. 49; FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *El debate filosófico sobre hermenéutica jurídica*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1995. p. 92.

28 MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 45.

29 CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica*. Problemas fundamentais. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993. p. 166/176.

que “é necessário que alguma coisa seja para que alguma coisa seja dita”. Afinal, parece óbvio que sem um texto como objeto da interpretação, não há o que se interpretar<sup>30</sup>.

31 O direito constitucional não é apenas o que prescreve o texto da Lei Maior, mas também toda a *bagagem de padrões hermenêuticos* desse bloco normativo que vai se incorporando na jurisprudência constitucional<sup>31</sup>.

32 O direito constitucional é um conjunto de *materiais de construção*, mas o edifício concreto que daí resulta não é obra da Constituição enquanto tal, e sim de uma política constitucional que verse a respeito das possíveis combinações desses materiais<sup>32</sup>.

33 Quem identifica o direito constitucional dos Estados Unidos com a jurisprudência da sua Corte Suprema, fica na obrigação de explicar se a vida jurídica norte-americana teria sido a mesma caso tivesse existido apenas aquele tribunal e não, também, a Constituição<sup>33</sup>.

34 Diferentemente do constitucionalismo tradicional, que proclamava a soberania da Lei, relegando a Constituição a simples instrumento de organização do poder e/ou de distribuição de competências entre os órgãos da soberania estatal, o *novo constitucionalismo* encara a Constituição como uma *unidade material*, que sintetiza determinada ordem de valores, vinculante para todos, inclusive e imediatamente para o legislador, que já não dispõe do texto constitucional para emitir comandos em que *tudo conteúdo pode ser direito*.

## II – O PODER NORMATIVO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Lendo, faz alguns anos, a *Teoria geral do direito e do Estado*, de Hans Kelsen, deparei-me com a instigante observação, atribuída a um certo bispo Hoadley, de que o verdadeiro legislador é aquele que dispõe de autoridade absoluta para *interpretar* quaisquer normas jurídicas – escritas ou faladas – e não a pessoa que por primeiro as escreveu ou transmitiu verbalmente; uma assertiva de resto semelhante à que formularam Hobbes e Perelman, para os quais o legislador [atual] não é aquele por cuja vontade se editaram as leis,

30 RICOEUR, Paul. *Ensaio de interpretação bíblica*. São Paulo: Novo Século, 2004. p. 63; CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica* – I. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 272.

31 LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando. *Lo constitucional en el derecho: sobre la idea e ideas de constitución y orden jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 60.

32 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1999. p. 13.

33 SOLER, Sebastián. *Interpretación de la ley*. Barcelona: Ariel, 1962. p. 89/90.

mas aquele, que podendo revogá-las ou interpretá-las *autenticamente*, as mantém em vigor com o sentido em que vêm sendo aplicadas<sup>34</sup>.

No desconcertante Nietzsche, por outro lado, deparei-me com a sentença de que não existem fatos, mas, apenas, *interpretações* de fatos, e tampouco fenômenos morais, mas, apenas, uma *interpretação moral* dos fenômenos, ainda que se possa dizer – ressaltava ele mesmo – que isso tudo já é uma *interpretação*<sup>35</sup>.

De outra feita, consultando o fecundo Mauro Cappelletti, fiquei impressionado com a afirmação de que as cortes constitucionais estão situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais; que não podem ser enquadradas nem entre os órgãos jurisdicionais, nem entre os legislativos, nem, muito menos, entre os órgãos executivos estatais; e que, afinal, esses tribunais possuem uma função autônoma de controle constitucional, que não se identifica com nenhuma das funções próprias de cada um dos três poderes tradicionais, antes incide de várias formas sobre todos eles, para reconduzi-los, quando necessário, à rigorosa obediência das normas constitucionais<sup>36</sup>.

Mais adiante, desta feita lendo textos antigos de Francisco Campos sobre o papel institucional do STF e a inevitável criatividade das suas decisões no exercício da jurisdição constitucional, deparei-me com estas considerações, de generalizada aceitação pelos constitucionalistas:

“Juiz das atribuições dos demais Poderes, sois o próprio juiz das vossas. O domínio da vossa competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e se especifica o Governo. No poder de interpretá-la está o de traduzi-la nos vossos próprios conceitos. Se a interpretação, e particularmente a interpretação de um texto que se distingue pela generalidade, a amplitude e a compreensão dos conceitos, não é operação puramente dedutiva, mas atividade de natureza plástica, construtiva e criadora, *no poder de interpretar há de incluir-se, necessariamente, por mais limitado que seja, o poder de formular*. O poder de especificar implica margem de opção tanto mais larga quanto mais lata, genérica, abstrata, amorfa ou indefinida a matéria de cuja condensação há de resultar a espécie.”<sup>37</sup>

34 Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del estado*. México: Unam, 1969. p. 182/183; Hobbes, Thomas. *Leviatã*. 7. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 220; Perelman, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 625.

35 Nietzsche, Friedrich. *Fragmentos finais*. Brasília: UnB, 2002. p. 157; Nietzsche, Friedrich. *A vontade de poder*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008. p. 153 e 260.

36 Cappelletti, Mauro. O controle da constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais. *Revista de Direito Processual Civil*, a. II, v. 3, São Paulo: Saraiva, p. 38, 1961.

37 *O poder judiciário na constituição de 1937*. In: *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. p. 367.

De outra feita, compulsando textos do clássico Alexander Pekelis sobre a Constituição norte-americana, surpreendi-me com a passagem a seguir, sempre lembrada pelos admiradores dessa bicentenária carta política:

“Devemos recordar que em certo sentido os Estados Unidos não têm uma constituição escrita. As grandes cláusulas da Constituição americana, assim como as disposições mais importantes das nossas leis fundamentais, não contêm senão um apelo à honestidade e à prudência daqueles a quem é confiada a responsabilidade da sua aplicação. Dizer que a compensação deve ser *justa*; que a proteção da lei deve ser *igual*; que as penas não devem ser nem *cruéis* nem *inusitadas*; que as cauções e as multas não devem ser *excessivas*; que as investigações ou as detenções não devem ser *motivadas*; e que a privação da vida, da liberdade ou da propriedade não se pode determinar *sem o devido processo legal*, tudo isso outra coisa não é senão autorizar a criação judicial do direito, e da própria Constituição, pois a tanto equivale deixar que os juizes definam o que seja cruel, razoável, excessivo, devido ou talvez igual.”<sup>38</sup>

Com igual admiração, anotei de Charles Hughes, que foi Governador do Estado de Nova York e, depois, membro da Suprema Corte dos Estados Unidos, a frase-síntese da experiência constitucional do seu país, a proclamar que os americanos vivem sob uma constituição, mas que essa carta política é aquilo que os seus juizes dizem que ela é<sup>39</sup>.

Estudando, agora, o chamado *novo constitucionalismo*, sou informado pelos estudiosos que esse movimento de idéias, de significativa presença em diversos países, pode caracterizar-se pelos seguintes traços fundamentais, todos ligados à chamada interpretação especificamente constitucional:

- a) mais Constituição do que leis;
- b) mais juizes do que legisladores;
- c) mais princípios do que regras;
- d) mais ponderação do que subsunção; e
- e) mais concretização do que interpretação.

Pois bem, vistos em conjunto, e sem necessidade de maiores reflexões, pode-se dizer que esses traços distintivos configuram e/ou sintetizam uma verdadeira *mudança de paradigmas* ou, se preferirmos, uma autêntica subversão dos esquemas de pensamento do constitucionalismo tradicional,

38 PEKELIS, Alexander. *La tecla para una ciencia jurídica estimativa*. El actual pensamiento jurídico norteamericano. Buenos Aires: Losada, 1951. p. 125.

39 A frase, freqüentemente citada, é referida por Antonio Carrillo Flores, em seu Prólogo à edição espanhola da obra de Charles Evans Hughes – *The Supreme Court of the United States. Its Foundation, Methods and Achievements. An Interpretation* –, publicada em 1946, pelo Fondo de Cultura Económica, com o título *La Suprema Corte de Estados Unidos*.

tal como surgiu e se desenvolveu desde o final do século XVIII até praticamente todo o século XX.

Para fundamentar esta assertiva, comecemos pela *prevalência da Constituição*, que antes se considerava como fonte mediata ou, simplesmente, como fonte das fontes do direito, conferindo-se à lei a função de regular de forma direta, imediata e soberana, todas as relações sociais, e ao legislador, a mais ampla liberdade de conformação, sob o entendimento de que a lei – expressão sempre *renovada* da vontade geral – era congenitamente legítima e os seus autores, como representantes e/ou tradutores dos anseios do povo, não deveriam submeter-se a controle ou censura estranhos aos parlamentos.

Sob o novo constitucionalismo, a Constituição, que no passado era um simples catálogo de competências e de fórmulas exortativas, que não vinculavam o legislador – nesse sentido ela era apenas um texto político, sem pretensão de injuntividade – assume, agora, a função de norma suprema e de fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, compondo um conjunto de regras e de princípios dotados de normatividade própria e imediatamente eficaz – a *força normativa da Constituição* –, rebaixando-se a Lei, antes soberana, à condição de ato infraconstitucional, sujeito a controle de legitimidade, formal e material, em face da Constituição. Esse controle, por outro lado, é confiado a todos os agentes oficiais da sua interpretação/aplicação, desde os órgãos da jurisdição ordinária, que habitualmente a manejam, até as cortes constitucionais, que estão acima dos demais Poderes e, por isso mesmo, desfrutam de prerrogativas infinitamente maiores do que as que eram reconhecidas ao legislador recém-destronado.

Como consequência necessária e imediata da supremacia e da aplicabilidade direta dos preceitos constitucionais, tem-se a segunda característica desse novo constitucionalismo – *mais juizes do que legisladores* – a sinalizar para o reconhecimento dos julgadores como legítimos criadores do direito e não como simples reveladores de uma suposta e indefinível vontade da lei ou do legislador, que, enquanto tais, não resolvem os problemas suscitados pela convivência humana. Afinal, como ensina Emilio Betti, o intérprete não trabalha com meras suposições, mas apenas com o *feito* ou o *falado*<sup>40</sup>.

Quanto à terceira característica do novo constitucionalismo – *mais princípios do que regras* – o que temos diante de nós é a constatação de que, hoje em dia, reconhecida a não-correspondência entre texto e norma,

---

40 BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975. p. 28.

os preceitos tidos como genuinamente constitucionais apresentam-se sob a forma de enunciados abertos e, por isso, portadores de múltiplos significados, a serem revelados/atribuídos por seus intérpretes/aplicadores, em cada situação hermenêutica. Nesse sentido, todo princípio – em verdade todo enunciado jurídico – é plurinormativo, porque dele podemos extrair mais de uma norma, como atestam as constantes mutações normativas e as viragens da jurisprudência.

Intimamente ligada a essa terceira nota distintiva, a rigor apenas uma consequência do que nela se contém, a quarta característica do movimento neo-constitucionalista – *mais ponderação do que subsunção* – traduz a singularidade da chamada interpretação especificamente constitucional, enquanto hermenêutica de princípios, em cujo âmbito não podemos torná-los operativos, utilizando o raciocínio silogístico e a técnica da subsunção, pelo simples fato de que tais instrumentos só têm aplicação a preceitos cujas hipóteses de incidência e suas consequências jurídicas vêm previamente determinadas pelo legislador, conforme o clássico enunciado *se A, então B*, em que o elemento *A* representa o suposto de fato cuja ocorrência no mundo real tem como consequência a atualização do elemento *B*, no mundo do direito.

Como no âmbito dos princípios jurídicos, enquanto pautas axiológicas abertas e indeterminadas, esses elementos não são estabelecidos, desde logo, pelo legislador, até porque traduzem apenas razões para que se decida num ou noutro sentido; o modo de aplicá-los exige que os intérpretes/aplicadores avaliem essas as razões, optando, afinal, pela solução que se mostre *correta* e *justa* à luz do caso concreto. Por isso é que se diz que, num conflito entre princípios constitucionais, funciona como hipótese de incidência o próprio caso sob apreciação e, como consequência jurídica, o princípio que vier a prevalecer. Nesse sentido, lembrando Carlos Cossio, em citação de Castanheira Neves, dir-se-ia que, à semelhança das leis, é possível aplicarem-se princípios por subsunção, mas só depois de os escolhermos por *valoração*<sup>41</sup>.

Quanto à quinta e última característica do novo constitucionalismo, *mais concretização do que interpretação*, para bem compreendê-la devemos ter presente, mais uma vez, a distinção entre regras e princípios. As primeiras a demandarem a descoberta do seu sentido, seja ele o que foi idealizado subjetivamente pelo legislador empírico, seja o que, independentemente da sua vontade ou mesmo à sua revelia, veio a se fixar objetivamente no texto e, como tal, há de ser levado em conta pelos intérpretes/aplicadores; os segundos, os princípios jurídicos, cuja abertura semântica não nos permite falar de apenas um, mas de múltiplos significados, postos à disposição dos

41 CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica*. Problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 172.

seus operadores para que os concretizem à luz das peculiaridades do caso. A propósito, relembremos, com Böckenförde, que enquanto a interpretação é uma indagação sobre o conteúdo e o sentido de algo *precedente*, já a concretização é o preenchimento criativo de uma pauta que se volta para o *futuro* e que permite aos seus intérpretes/aplicadores optar pela *leitura* que lhes parecer mais adequada à realização da justiça como referente fundamental da idéia de direito<sup>42</sup>.

Diante de tudo quanto foi exposto, parece plenamente justificada a assertiva de Rubio Llorente ao dizer que, atualmente, a doutrina da interpretação é o núcleo essencial da Teoria da Constituição e do direito constitucional, assim como da Teoria do Estado e, de alguma forma, até mesmo da própria Teoria do Direito, na medida em que os traços fundamentais desse *novo constitucionalismo*, a depender do ponto de vista em que os analisemos, podem ser causa ou consequência da interpretação constitucional<sup>43</sup>.

Voltando, agora, ao nosso ponto de partida – e, com isso, fecho esta exposição – anotamos que não é nova, nem tão incômoda, a idéia de se admitir alguma dose de normatividade em toda a interpretação judicial do direito, seja ao nível inicial da jurisdição, nas decisões monocráticas, seja no topo da hierarquia judicante, nos veredictos dos colegiados judicantes, em especial nos órgãos da jurisdição constitucional, pela natural irradiação dos efeitos e irrecorribilidade das suas decisões.

Afinal, como nos adverte Hans-Georg Gadamer, é a interpretação que, freqüentemente, leva à criação crítica do texto; que toda leitura contém, basicamente, também interpretação; que até a tradução meramente literal é sempre um gênero de interpretação; que mesmo nas artes reprodutivas – na música, por exemplo – é nítida a singularidade de cada executor; que aquilo a que chamamos leitura é um *ler compreensivo*; e que, enfim, a compreensão não é jamais um comportamento apenas reprodutivo, antes também produtivo, pois quando se logra compreender, compreende-se sempre de um modo diferente<sup>44</sup>.

A essa luz, não deve causar surpresa e muito menos reações negativas, a recente Emenda Constitucional nº 45/2004, que facultou ao Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria cons-

42 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 126/127.

43 LLORENTE, Francisco Rubio. Prólogo. In: *La Interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. XVII.

44 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, v. 1, 1993. p. 367 e 479. E no volume 2, 1994, p. 26, 330 e 329.

titucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante – *idêntico ao que possuem as leis!* – em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Muito pelo contrário, assim agindo, o nosso constituinte derivado mais não fez do que legitimar, em texto expresso, a velha tese hermenêutica de que “indicar, *previamente*, qual a interpretação que se julga certa é o mesmo que dizê-lo, *a posteriori*, de forma irrecorrível”, argumento certo que fundamentou antiga decisão do Tribunal Superior do Trabalho – a seguir desautorizada pelo Supremo Tribunal Federal – em defesa da constitucionalidade dos seus *Prejulgados*, tidos como tão necessários e tão *vinculantes* quanto o são estas novas súmulas da nossa Corte Suprema, com a única diferença – não seria isto uma vantagem a merecer aplausos? – de que eles foram concebidos e incorporados na boa e velha CLT há mais de 60 anos<sup>45</sup>.

Ao que parece, também em matéria de *legislação judicial*<sup>46</sup>, não existe nada de novo sob o sol que ilumina estes nossos *tristes trópicos* jurídicos<sup>47</sup>.

45 Brasil. Tribunal Superior do Trabalho, Processo nº RR-MC nº 2.241/1968; Supremo Tribunal Federal. Representação nº 946/DF, *RTJ* 82/44-51.

46 Ver, a respeito, GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Porrúa, 2000. p. 47/49; e, do mesmo autor, La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: Neoconstitucionalismo(s). 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 63/67.

47 *Tristes Trópicos* é um livro do antropólogo e filósofo francês Claude Lévi-Strauss, publicado em 1955, na França, pela Editora Plon (Paris). Uma narrativa etnográfica romanceada, com excertos curiosos sobre sociedades indígenas brasileiras. Aparentemente, apenas um livro de viagem, mas, repleto de passagens onde o autor faz especulações filosóficas sobre o *status* da Antropologia; análise comparativa de religiões, entre o Novo e o Velho Mundo, as concepções de progresso e civilização. (Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre).