

# A Hermenêutica Constitucional Contemporânea em Perspectiva

**Autor: Rafael Otávio Ragugnetti Zanlorenzi**

(Mestrando do curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná)

| Artigo publicado em 17.12.2004 |

Introdução. 1. A Visão Propedêutica; 1.1 A Definição da Hermenêutica Jurídica; 1.2 Uma Breve História da Hermenêutica Jurídica; 1.3 As Principais Escolas da Hermenêutica. 2. Hermenêutica Constitucional; 2.1 Particularidades Históricas da Hermenêutica Constitucional; 2.2 A Distinção pela Norma Constitucional; 2.3 Princípios da Hermenêutica Constitucional. 3. Novas Propostas para a Hermenêutica Constitucional; 3.1 A Realidade Constitucional da Relatividade de Princípios; 3.2 Novos Rumos da Hermenêutica Constitucional Fragmentada. Conclusão.

## Introdução

O presente trabalho pretende versar sobre as condições históricas que, sobretudo nos últimos três séculos, levaram à formação de uma hermenêutica jurídica constitucional.

Com base numa reconstrução geral dos eventos que levaram à construção da hermenêutica jurídica contemporânea, espera-se apresentar linhas gerais que possam responder a três perguntas essenciais: em primeiro lugar, existe uma hermenêutica especificamente constitucional, ou ela é apenas uma ficção da epistemologia jurídica? Em segundo lugar, existindo ou não uma hermenêutica constitucional, ela é de fato necessária, ou qualquer demanda nesse sentido poderia ser suprida pelas correntes gerais da hermenêutica jurídica? E, finalmente, é possível que o conceito de constituição sobreviva à derrocada de muitos dos conceitos jurídicos, com a tendência hermenêutica e epistemológica pós-moderna de desfazer as referências da racionalidade da modernidade?

Certamente, não se pretende apresentar resoluções para os dilemas do tema da hermenêutica jurídica num esforço de pesquisa tão localizado quanto este. Tampouco espera-se encontrar respostas definitivas para tais questionamentos. Contudo, através de uma análise metódica do tema, espera-se ao menos poder contribuir com alguns argumentos de valor para o debate maior.

Tendo tais questionamentos e pressupostos em vista, pretende-se dividir a presente obra em três partes. A primeira delas versará sobre a hermenêutica jurídica geral, de maneira sucinta, como um elemento instrumental para as fases posteriores da pesquisa. A segunda parte pretende revisar o campo específico da hermenêutica constitucional, traçando por sua história, pela natureza de seu objeto de interpretação e desembocando em seus princípios específicos. A última parte servirá como espaço de confrontação entre as correntes gerais da hermenêutica e as correntes da hermenêutica constitucional, no intuito de elaborar conclusões a respeito das propostas gerais para a presente pesquisa.

## 1. A visão propedêutica

### 1.1 A definição de hermenêutica jurídica

Todo processo de características intelectuais tem duas faces. Uma delas é a da execução, da produção. A outra é a da formação, a da estruturação. Isso pode ser verificado, sobretudo, diante de atividades que são inerentes ao homem. Pensar, julgar ou simplesmente agir, por exemplo, são conceitos que tentam traduzir as atividades que o homem executa mesmo sem ter plena consciência delas.

O ato de interpretar é igualmente natural ao homem. Sempre que o homem busca o significado de algo, ele interpreta. E, como sempre está buscando o significado das coisas – pois isso é inerente ao ambiente que construiu para viver – está sempre interpretando, ainda que não se dê conta disso.

Um sinal de trânsito, por exemplo, pode ser interpretado. Quanto mais confuso, e mais distante de noções já conhecidas pelo homem, mais difícil será a interpretação. A posição de um vaso num consultório, por exemplo, parece lugar comum e não demanda, portanto, maiores preocupações. Mas colocar um vaso como parte de uma escultura exige empenho na exploração de seu significado, o que demanda interpretação.

De modo geral, portanto, pode-se considerar que o ato de interpretar é o ato de buscar os significados de um dado objeto - um significante – no contexto em que se encontre.

Assim sendo, a interpretação é uma tentativa de compreensão e contextualização.<sup>(1)</sup> É uma prática da qual nem sempre se tem consciência plena. Nem sempre se percebe que se está interpretando. Igualmente, nem sempre se percebe os resultados de uma tal interpretação enquanto resultados de um processo. Em resumo, o ato de interpretar vem geralmente mesclado a tantos outros - e suas conseqüências, tão imersas no pragmatismo diário - que tudo é visto apenas segundo uma cadeia de relações de causa e conseqüência.

É precisamente neste ponto que entra a hermenêutica.

Assim como uma pessoa pode olhar uma lâmpada acesa e utilizá-la diariamente sem nunca saber como ela de fato funciona, essa mesma pessoa pode fazer elaboradas afirmações sobre os textos dos jornais de domingo, sem nunca compreender os processos que a levaram a tanto.

Ou seja, a hermenêutica está – grosso modo – para a interpretação assim como a física está para a lâmpada. A hermenêutica é a ciência que tenta compreender os processos lógico-mentais que conformam a interpretação.

Assim sendo, a idéia de hermenêutica tem um duplo sentido: em primeiro lugar, transforma o ato de interpretar em objeto de interpretação, pois tenta compreendê-lo “lendo em suas entrelinhas”, captando as pistas que são deixadas a cada ato de interpretar. Mas, por outro lado, opera no campo da análise e da compreensão pura, quando pretende que o hermeneuta viva a interpretação e, com essa vivência, apreenda seu verdadeiro significado, e que analise os fatos de modo a averiguar-lhes a estrutura.

A hermenêutica também pode ser considerada como uma expansão da consciência comum para um grau de maior aprofundamento. Nele, as atividades cotidianas mesmas são revigoradas de sentido, e a interpretação deixa de ser um evento inconsciente, para ser objeto de avaliação e otimização por parte de cada intérprete.

Contudo, não se pode considerar que todas as formas de hermenêutica estão num mesmo plano da compreensão. Na verdade, existem duas formas diferentes de hermenêutica, segundo o objeto que pretendam estudar.

A primeira forma é a hermenêutica teológico-filosófica. Trata-se da junção de

dois tipos de hermenêutica, como explicita o nome. A hermenêutica teológico-filosófica tenta resgatar a busca de comunhão do homem com os elementos que residem além de sua compreensão. Isso se dá através da interpretação dos sinais da realidade, sempre no sentido de buscar partes do todo representado pelo mistério que permeia a própria existência humana.

A parente dessa corrente é a hermenêutica jurídica. Essa nos interessa em especial. A hermenêutica jurídica trata dos métodos de exploração de significados específicos nas palavras que formam as leis, ou seja, ela estuda os meios de descoberta do verdadeiro significado de uma norma jurídica.

É importante observar que a interpretação, de uma forma geral, representa desde logo uma busca pela verdade, e não por um ponto de vista a respeito do objeto. Antes, portanto, de se elaborar qualquer edificação de interpretação, é preciso definir onde reside essa verdade.

No caso específico da norma jurídica, esse conflito aflora, sobretudo, entre dois pilares específicos: uns acreditam que a verdade reside no objeto, ou seja, na norma jurídica mesma; outros, contudo, afirmam que a verdade está no sujeito que interpreta a norma.

A hermenêutica jurídica ganha papel central aqui: além de estudar e reformular os “métodos” através dos quais um determinado procedimento de interpretação deva ser levado a cabo, ela também carrega em si a tarefa de “localizar a verdade”, ou seja, a tarefa de determinar em que pólo da relação de interpretação a verdade está localizada.

## **1.2 Uma breve história da hermenêutica jurídica**

A interpretação jurídica nasce, de certa maneira, da mesma semente que germinou o sistema jurídico. Trata-se do código de Justiniano, o *Corpus Iuris Civilis*, que tentou reagregar todas as peças esparsas e perdidas do Direito Romano da Antiguidade. É certo que a peça construída por Justiniano guardava unidade, mas ainda não se constituía num sistema de Direito, dada a ausência de conexão lógica entre as normas ali agrupadas. Igualmente, não havia ainda, ao tempo de Justiniano, a possibilidade de uma interpretação verdadeira de seu Corpus, pois ele mesmo proibia a sua vulgarização ao demandar o cumprimento estrito dos termos ali contidos.

A interpretação desse texto nasce, em verdade, no século XII, atrelada à idéia de sistema.<sup>(2)</sup> A ânsia por dar coerência àquele todo, unido à força por Justiniano, levou a intelectualidade clerical daquele tempo a promover esforços para interpretar as normas e relacioná-las logicamente. Ou seja, pretendiam buscar a verdade existente nelas. A escola dos glosadores, como ficou conhecida essa primeira geração de intérpretes, promoveu largos esforços que foram, contudo, vãos, dada a larga desconexão entre o jogo de normas romanas compiladas no código justinianeu.

Os esforços em torno da interpretação prosseguiram através dos séculos – talvez influenciados pela ânsia intelectual que a racionalidade trouxe, paulatinamente, ao mundo ocidental. A noção de uma interpretação, contudo, só se tornou realmente relevante no início do século XIX, coincidentemente o momento em que o próprio conceito de sistema ganhou projeção no universo jurídico.

A primeira manifestação histórica de impacto político a respeito de ambos os conceitos (sistema e hermenêutica) aconteceu precisamente com a formação do Código de Napoleão. Por um lado, constituiu-se ele no primeiro exemplo de código formado sobre bases de coerência e organicidade. Por outro, engendrou a primeira manifestação oficial a respeito da interpretação jurídica em si. Quando Bonaparte proibiu expressamente a seus juizes a elaboração interpretações não literais de seu código, ele deu asas à criação da primeira escola formal de intérpretes do Direito – a escola da exegese.

É interessante observar como os eventos desencadeados pela determinação bonapartista levaram a uma conclusão totalmente oposta àquela determinada pelo imperador. Se ele desejava que seu texto fosse obedecido literalmente, ele acabou na verdade criando uma angústia entre os juristas. A interpretação era necessária à compreensão da norma, ou à compreensão da verdade que essa norma guardaria – e a verdade tinha que estar na norma. Assim, se houvesse duas interpretações diferentes de um mesmo dispositivo, seria necessário que, mediante debate, fosse encontrada uma solução que eliminasse esse conflito. Afinal, se a verdade residia na norma, ela só poderia levar a uma conclusão racional, a uma verdade, a verdade a ser obedecida, e qualquer divergência em relação a essa verdade deveria ser considerada logicamente falsa.

O movimento que se formou, então, além de estar calcado numa dogmática fanática e estritamente objetivista, suscitou a primeira angústia, qual seja, a de como conquistar um método de interpretação que levasse a um jogo exclusivo, determinado e certo de conclusões (como era o desejo do Imperador).(3)

Esse radicalismo, contudo, não durou muito tempo em sua solidão. Na Alemanha, movimentos opostos começaram a surgir, dando origem a uma nova postura de interpretação das leis. Os autores alemães defendiam que a norma não contém a verdade absoluta. Ela é, de fato, um elemento posto, positivado, de uma realidade maior.

Essa realidade maior representou um resgate do jusnaturalismo medievalista, sob uma nova forma. No medievalismo, a realidade fora dividida em três grupos de normas: um, o divino (*lex divina*), do qual todos os outros emanavam; outro, o natural (*lex naturalis*), que representava todas as normas regentes da natureza ambiental e interior do homem; e por fim o humano (*lex humana*), que era a construção da lei dos homens, ou a lei posta.

O resgate se dá precisamente na busca dessa *lex naturalis*. Segundo os autores alemães de então, existe antes do direito posto, ou direito positivo, um conjunto de normas das quais ele deriva. São normas eternas, modelos ideais do correto, que perduram através dos séculos no âmago de um povo. São os costumes e o idioma, ou tudo aquilo que identifica e dá autenticidade a um povo, apesar das mudanças pelas quais ele passa. É o chamado Espírito do Povo, ou *Volksgeist*.

Assim sendo, a verdade deixaria de estar puramente localizada na norma positiva, para se encontrar antes num direito natural de atributos perenes. Dadas as características sócio-históricas dessa corrente alemã, ela ficou conhecida como escola histórica, e passou a ser considerada como opositora da chamada escola da exegese francesa.

Eis o ponto de nascimento, portanto, da hermenêutica. Como se afirmou acima, a interpretação é o ato em si, e a hermenêutica é sua ciência. Quando os exegetas passaram a estudar novas formas de preciosismo dogmático, e quanto os historicistas resgataram o jusnaturalismo para formar uma oposição conceitual ao modelo francês produziu-se um desdobramento. Esse desdobramento fez com que a interpretação superasse seu aspecto de evento, e se transformasse em objeto de análise. Daí por diante, a hermenêutica passou a se afirmar como elemento de ciência.

Era de se esperar, contudo, que a noção mesma de um direito natural, uma *Volksgeist*, nos dizeres de Savigny, viesse a contaminar o Direito em suas fundações. Ora, a noção de um espírito indeterminado, residente no substrato da formação do Direito, é uma invasão da seara jurídica por motivações meta-jurídicas.(4)

A contaminação assumiu, em determinado momento, proporções absurdas,

ao ponto de esvaziar o Direito de uma metodologia própria. A reação veio no começo do século XX, pelas mãos de Hans Kelsen.

Kelsen teve seu pensamento centrado em conceitos que permeavam tanto noções positivistas quanto neo-positivistas (parecendo tender ao neo-positivismo, em seu pensamento do começo do século XX, sobretudo). Um de seus problemas centrais era o do purismo metodológico. Dizia Kelsen que o Direito de seu tempo estava repleto de noções que não lhe diziam respeito, que pertenciam em verdade a outras matérias, como a Sociologia, a Filosofia e a Política. Era operado com conceitos e métodos que não lhe pertenciam portanto.

Assim, Kelsen iniciou um trabalho metódico de separação dos campos anteriormente reunidos. É claro que não se baseou em noções tais quais as exegetas, que vinham contaminadas de um desejo político de restrição da ciência do Direito a um codicismo arraigado. Kelsen tinha uma visão mais ampla, e começou mesmo a formar um segundo sistema dentro do Direito, um sistema que se sobrepunha ao positivo. Um sistema epistemológico do Direito.

Essa criação de Kelsen teria duas conseqüências maiores: a primeira delas seria a separação do universo do Direito e dos âmbitos meta-jurídicos. A segunda seria a própria formação de um jogo de conceitos apropriados ao Direito, ou seja, Kelsen lançaria, através de sua contestação, os fundamentos de uma autêntica ciência do Direito que, a rigor, nunca antes existira.

A formação de uma ciência jurídica determina a conformação de um novo âmbito hermenêutico. Em Kelsen, esse novo âmbito envolve a reordenação das bases hermenêuticas, partindo-se de novos princípios e sob novas perspectivas.

A partir desses pressupostos, não se considera mais, em primeiro lugar, que a verdade da norma esteja localizada na seara do direito natural. De fato, a norma em si contém sua verdade, na forma de um rascunho, um desenho para outras realidades, que nela se inserem, mas que estão limitadas no dispositivo lingüístico da norma.

Esse paradigma kelseniano também admitiu, ao contrário da exegética, a abertura de diversos pontos de vista, de maneira que a norma, apesar de conter a verdade, poderia envolver diversos campos – ou versões - possíveis dessa mesma verdade.

Assim sendo, após um Direito de valores, abraçou-se uma vez mais o pragmatismo e o preciosismo objetivo, sempre no sentido da depuração do Direito em relação a outros ambientes do conhecimento humano.

Contudo, essa virada não se sustentou intocada por muito tempo. Após as proposições kelsenianas, uma contestação trouxe novamente a conjugação entre Direito e espaços não jurídicos. Assim, os intérpretes retornaram às noções de uma hermenêutica de valores, mas sob forma variada.

O kelsenianismo representou um marco de novas tendências, libertando o Direito de severas influências sociológicas. Contudo, autores posteriores, como Hart e Dworkin, recuperaram as influências de outras áreas do estudo humanístico no Direito. É fato, contudo, que essa recuperação se fez segundo novos padrões. Quando se trata, ao longo do século XX, de influências externas, opera-se no sentido de admitir a necessária interlocução entre o Direito e a Sociologia, a Psicologia e a Filosofia. Contudo, a epistemologia jurídica é um pressuposto, não mais sendo cercada de conceitos externos que dominam seu campo. Igualmente, a maneira de se ver tais áreas é fundada numa perspectiva jurídica, o que dá ao Direito uma metodologia própria, baseada numa lógica específica de comunicação entre normas, de hierarquia construída e de graus de consciência normativa.

Ao longo do século XX esse movimento interdisciplinar cresceu, ganhando espaço no campo da psicologia e da filosofia, sob os mesmos termos em geral expostos no começo do século. Uma influência, contudo, mostrou-se especialmente marcante para a avaliação hermenêutica.

O começo do século XX vislumbrou, com os estudos de Wittgenstein e da escola de Viena, um renascimento dos estudos da linguagem. Ao longo do século, outros filósofos dedicaram-se ao que Saussure já chamara de semiologia, ou o estudo da linguagem enquanto jogo de significantes. Autores como Heidegger e Gadamer aprofundaram as prospecções no campo(5), que não tardou, por comunicação com a filosofia, a integrar o Direito.

Habermas forneceu, desde logo, uma renovação do universo jurídico pela integração de elementos da argumentação em seu âmbito, demonstrando com isso que há, por trás da tradicional lógica silogística, um elemento de argumentação no Direito. Isso foi, em verdade, o resgate de um aspecto já explorado no século XIX, mas apenas como recurso para a argumentação. Agora, a linguagem passava a ser vista como elemento de formação estrutural da racionalidade jurídica. Perelman veio completar o ciclo que se inculcou entre os pilares do Direito no começo do século, condensando a quarta fase do pensamento hermenêutico e o segundo momento estrutural do sistema de Direito puro.

Para a hermenêutica, essa chamada “virada lingüística” representou um resgate das avaliações exegéticas, mas sob feições novas, estruturais, de reformulação do esqueleto racional do Direito. Enquanto os exegetas pretendiam somente a formação de uma linguagem precisa e a determinação de conclusões padronizadas com base nas normas lingüisticamente avaliadas, os seguidores da nova corrente lingüística preferiram estudar a linguagem enquanto instrumento de formação do Direito, enquanto objeto que pode estar entre a verdade da lei e o sujeito que a interpreta.(6)

A psicologia, terceira corrente de maior interlocução com o Direito nessa sua última fase, inseriu o questionamento da natureza intocável do sujeito, sua psique, no âmbito jurídico. A hermenêutica passa a admitir novas formas de justificação perante a lei, abrindo assim o leque sistêmico para as experiências pragmáticas, e aceitando justificativas psíquicas como formas de compreensão diversas da lei. Em resumo, o Direito abandona, graças à psicologia, o seu caráter totalitarista no campo da interpretação, e passa admitir que diferentes sujeitos adotam diferentes maneiras de interpretar, atingindo conclusões diversas.

Essas correntes modernas de hermenêutica, que envolvem a semiologia, a psicologia e a sociologia, pertencem ao contexto do que se pode chamar de Teoria Crítica do Direito.

Na hermenêutica, essa mudança de teorias é traduzida por um rompimento – ou metamorfose, não se sabe ao certo (7) – com as teorias kelsenianas. O carro-chefe da mudança, no campo hermenêutico, é a semiologia, sobretudo fundada na Teoria da Argumentação de Perelman, e fundamenta o abandono das noções hermenêuticas de dimensão única, que só operam métodos puramente jurídicos, lançando o processo hermenêutico para uma segunda instância. Enquanto o jurista opera outras ciências para reconstruir o objeto racionalmente, ele transporta essa reconstrução para o campo do Direito, e só então trabalha com ela.

Uma outra condição que se altera com base nessa Teoria Crítica é o núcleo amplo de busca da verdade. Se antes a verdade era um elemento constante do objeto, ou seja, da norma (noção objetiva), agora está impressa no sujeito, quer dizer, o homem carrega a verdade em si, e ela se reflete na reconstrução que ele faz do objeto (corrente subjetivista). Assim, o intérprete

não mais traduz a norma, mas a reconstrói segundo todas as outras relações e idéias que já estão em sua consciência, mediante as experiências prévias e os preconceitos que carrega em si.

Essa revolução só foi possível com a consciência de que a psique do sujeito se forma de traumas e de relações intrínsecas a ele, que não podem ser controladas, ignoradas ou suplantadas. Igualmente, as noções racionais de uma sociedade de influências e relações próprias, bem como a transposição racional da norma para um segundo plano, graças à concepção do Direito como conceito de meta-linguagem, permitem a reformulação da hermenêutica em torno da subjetividade.

Assim sendo, pode-se resumir, ainda que de forma nublada, a história da hermenêutica jurídica em quatro períodos: a dogmática inicial da escola da exegese, fundada na busca da verdade literal da lei; a primeira hermenêutica dos valores da escola historicista, que propiciou a inserção do Direito no contexto puramente sociológico; a reação do purismo metodológico do começo do século, personificada pelo voluntarismo kelseniano; e a virada crítica (chamada por alguns de virada lingüística), que recuperou a hermenêutica dos valores, sem contudo abandonar a autenticidade do voluntarismo kelseniano.

Numa pintura mais ampla, pode-se averiguar, em termos de hermenêutica, a existência de uma virada marcante no século XX, que pretende a superação da chamada jurisprudência dos conceitos pela jurisprudência dos interesses. A jurisprudência dos conceitos é aquela que, basicamente, opera no sentido de buscar uma formação conceitual central para o Direito, a partir da qual se consiga uma solução teórica para todos os problemas. Por outro lado, a jurisprudência dos interesses é caracteristicamente pragmática (demonstra a importância do interesse pessoal na propulsão da ação, e portanto na formação e interpretação da lei), aceitando que, na interpretação da norma, exista uma gama de opções que só podem ser determinadas pelo próprio intérprete.<sup>(8)</sup>

Mais que isso, contudo, a aceitação de um espaço de subjetividade no campo da hermenêutica transforma a própria concepção da possibilidade de interpretação. A consideração do objeto como portador da verdade permite a exploração metódica e contínua das relações de interpretação, no intuito de achar o ponto comum de todas as tentativas, ou seja, o núcleo da verdade. Contudo, a virada lingüística demonstrou que a subjetividade tem uma carga imensa na exploração do objeto interpretado e que, mais que isso, influi enormemente nos resultados desse processo.

Assim sendo, a linguagem se apresenta não apenas como a possibilidade de criação de um real auto-sustentável pelo próprio exercício da retórica, como também faz observar a necessidade de um consenso de aceitação do discurso construído. E, como não há relação apriorística que configure uma verdade nas condições de interpretação, só se pode chegar a uma conclusão: que os sujeitos constroem a verdade. Em resumo, a hermenêutica do século passado é a hermenêutica da construção e reconstrução do objeto.

### **1.3 As principais escolas da hermenêutica**

Diante da evolução esboçada, cabe ainda referir em que pontos os métodos hoje tão em voga são formados.

Nossa atualidade hermenêutica constitui, sobretudo, um jogo de quatro métodos, que podem ser entendidos como métodos dogmáticos de interpretação. São eles: a exploração gramatical, a histórica, a lógico-sistemática e a teleológica.

A exploração gramatical derivou primeiramente das explorações exatas da escola da exegese, que pretendia uma interpretação literal da norma, como

anteriormente exposto. A linguagem é uma só, expressa um elemento só e, avaliada racionalmente, deve sempre levar à mesma conclusão. Assim, a norma avaliada no seu sentido literal pode ser compreendida em somente uma maneira aceitável.

O chamado método histórico é aquele derivado de uma visão pandectista da hermenêutica jurídica. Determina que a lei é o produto de uma norma anterior, de direito natural, chamada no século XIX de Espírito do Povo, por Savigny (a *Volksgeist*). Nasce, como se expôs, com a produção da escola histórica alemã.

A interpretação lógico-sistemática é o produto da formação do Direito como sistema, e pretende a formulação do sentido da norma através da busca de coerência de uma norma em relação a todas as outras. Tal método ganha intensidade a partir da formulação conceitual de Kelsen no que diz respeito à hierarquia de normas: assim sendo, uma norma só poderia ter sido corretamente interpretada se antes se tivesse considerado suas conexões com as normas restantes do sistema (sobretudo com as normas superiores a ela em hierarquia).

Por fim, a interpretação teleológica – de extrema importância para a hermenêutica constitucional – opera sempre no sentido de relevar a verdade do legislador, contida no interior da norma. Busca-se, pela interpretação teleológica, a finalidade que o legislador quis dar ao texto normativo no ato de sua elaboração. (9)

Esses quatro métodos de interpretação são considerados todos dogmáticos, nas formas apresentadas acima. Isso porque se desenvolveram num sentido puramente conceitual, de formação de bases geradoras, de princípios que regessem toda a interpretação jurídica.

E como esses métodos de interpretação sobreviveram à revolução que teve seu prelúdio em Jhering e que vem desaguar nas correntes críticas do Direito contemporâneo? Esses métodos foram revisados segundo um escopo opositor à noção conceitualista. Ou seja, passaram por uma revisão no campo dos interesses, e com isso iniciaram a revolução que, mais tarde, entenderia como necessária a absorção de métodos extra-jurídicos como espelhos da realidade a ser operada no Direito (uma fase posterior que viria a ser conhecida como jurisprudência dos valores).

Assim sendo, entende-se que paulatinamente os velhos métodos foram, em verdade, sofrendo reformas, ao longo das já expostas fases da hermenêutica jurídica, até resultar nos elementos que hoje se expõem pela teoria crítica.

Essas transformações, contudo, não são resultantes apenas das alterações de escopo entre a jurisprudência dos conceitos, a dos interesses e a dos valores (que coincide com fase crítica do Direito, como se expôs acima). Elas são, sobretudo, o resultado de uma mudança fundamental de escopo, de perspectiva. As teorias dogmáticas (conceitualistas) estão centradas na busca da verdade no objeto. Quando do advento de linhas gerais de zetética (ou pensamento finalístico, na linha da jurisprudência dos interesses), essa perspectiva começa a mudar, e gradativamente transfere seu foco para o sujeito. A transição se torna mais completa com a exposição do Direito a correntes críticas da hermenêutica (coincidentes com a jurisprudência dos valores), que terminam por dar a prevalência ao sujeito.

Assim sendo, os próprios métodos tradicionais mereceram uma reformulação: a linha gramatical literal passou a envolver a semiologia como meio de apreensão e compreensão do Direito por elementos meta-jurídicos; o método histórico se converteu numa exploração histórica-sociológica dos eventos que informam o Direito, pela adequação do sistema às demandas da realidade; a exploração lógico-sistemática ganhou uma característica fragmentária, que não mais se voltaria para o respeito absoluto à estrutura

hierárquica do Direito, como na proposta de Kelsen, mas que se tornaria mais pragmática, procurando a resposta para problemas específicos da materialidade, que são confrontados com a lei; por fim, a corrente teleológica perdeu espaço, passando a se constituir não numa busca da intenção do legislador, ao elaborar a norma, mas sim na substituição de sua intenção pelo que deveria ter sido, caso encontrasse, no ato de promulgação da lei, a realidade como ela é no momento da interpretação.

Em resumo, a tendência é de se reformular os métodos para que deixem de ser dogmáticos e ganhem pragmatismo, adotando uma nova visão moral. A nova hermenêutica de que se fala deixa, por conseguinte, de desvendar a norma e passa a reconstruí-la, no melhor interesse das partes que a procuram, e para a melhor solução em cada caso.

## **2. Hermenêutica constitucional**

### **2.1 Particularidades históricas da hermenêutica constitucional**

Tem-se, agora, um panorama geral e rudimentar da história da hermenêutica em mãos. Mas esse panorama basta para a conformação de uma hermenêutica puramente constitucional?

A hermenêutica constitucional não pode operar com o material bruto que se recebe da hermenêutica geral. Isso se dá basicamente por dois motivos: em primeiro lugar, porque a hermenêutica constitucional tem uma história levemente diferente da história da hermenêutica jurídica geral, ou seja, ela é construída como um regime especial de interpretação dos princípios constitucionais; e em segundo lugar porque a própria natureza da norma constitucional interpretada é diferente da natureza da norma jurídica ordinária.

A natureza específica da norma constitucional será tratada mais adiante. Agora é preciso aproveitar o material acima trabalhado, no sentido de demonstrar em que pontos a história da hermenêutica constitucional difere da das correntes centrais da hermenêutica jurídica.

As distinções de que se pretende tratar não chegam a ser linhas de “eventos” diferentes. Afinal, o constitucionalismo veio se desenvolvendo dentro do Direito, como parte essencial dele, e portanto passou pelos mesmos avanços que a ciência jurídica passou.

A grande diferença entre a hermenêutica geral e a hermenêutica constitucional se resume a uma questão de princípios. Literalmente. A constituição é um elemento essencial precisamente por ser portadora de uma variedade especial de normas, qual seja, a dos princípios.

Assim sendo, há uma consideração especial a ser feita, quando se pretender trabalhar a hermenêutica constitucional: a Constituição não se faz apenas de regras, mas também, e essencialmente, de princípios.

É preciso, por conseguinte, uma compreensão diferente para a norma constitucional. Deve-se ter em mente que ela não pode fugir de certos parâmetros, por ser tanto fundadora do sistema normativo constitucional quanto protetora dos direitos do homem.

Assim sendo, todos os movimentos característicos da hermenêutica são naturalmente vistos com olhos mais aguçados, quando se trata de uma interpretação constitucional.

A centralidade da interpretação constitucional foi formada, sobretudo, a partir da construção do sistema de Direito kelseniano. Quando Kelsen propôs a estratificação das normas partindo-se de um topo piramidal para desaguar

numa ampla base, ele depositou o primeiro suporte teórico para uma constituição de caráter supremo, regente de todo o ordenamento. Essa proposta colocava a estruturação do próprio Estado no interior dessa norma máxima, e portanto depositava a ordem do próprio Estado de Direito no âmago da constituição.

Essa formação teórica demonstra a relevância que a constituição tem tanto para o ordenamento quanto para as relações de sistema. Ela é o sustentáculo de todos os elementos essenciais que mantêm unido o ordenamento. Mais que isso, ela justifica todas as relações institucionais de poder, e com o questionamento excessivo de sua legitimidade, todo o sistema pode ruir.

É claro que a concepção de Kelsen pretendia fundamentar a positividade da norma segundo a sua adequação conceitual. Quer dizer, toda norma se encaixaria em modelo ideal pré-determinado, que Kelsen chamou de norma fundamental.<sup>(10)</sup> A norma fundamental seria, portanto, a forma essencial que todo dispositivo deveria ter para que ser considerado norma.

Além desse conceito, Kelsen referendava o poder da norma tal qual Kant se referia à obrigatoriedade de seus imperativos categóricos. Assim como na moralidade kantiana, a norma jurídica kelseniana deveria ser obedecida por ser uma norma. Em resumo, a norma jurídica conteria em si mesma seu pressuposto de imposição.

Assim, uma determinada norma só seria considerada como tal se antes se adequasse ao “formato” da norma fundamental e se atendesse às demandas das normas a ela superiores. Contudo, a exigência de adequação ao sistema eventualmente esbarraria num auge, e deveria ser feita uma opção, a opção de não mais questionar. Do contrário, o sistema cairia.

Esse modelo estava perfeitamente adequado às noções puramente dogmáticas do século XIX, que propunham, de uma maneira ou de outra, a formação de conceitos, de dogmas, que serviam de justificadores do sistema. Assim sendo, a constituição não seria questionada por ser o dogma, e o sistema todo (e nele o próprio Estado) estaria a salvo.

O problema todo começa precisamente com a jurisprudência dos valores. A noção de que o Direito não é um sistema puro, e de que ele depende de outras áreas da vida e da cultura humanas para se construir, acaba se tornando um fardo pesado demais para os dogmas metodológicos mantidos desde a instituição das noções kelsenianas.

Assim, o constitucionalismo se viu, de uma hora para outra, cercado por movimentos de concepção e interpretação do Direito que promoviam ataques constantes à sua legitimidade.

Ora, a constituição existe numa espécie de círculo vicioso: ela sustenta o sistema, mas só existe para sustentar o próprio sistema, pois se presta a proteger os homens dos possíveis defeitos que esse mesmo sistema possa apresentar. Em resumo, o próprio regime constitucional se torna insustentável, pois apenas ele se sustenta.

Com noções como a de Hart, que fala de uma moralidade positiva que se antecipa mesmo à constituição, e a de Dworkin, que fala do caráter político (e portanto meta-jurídico) das decisões judiciais, o sistema todo foi posto em cheque, a partir de seu ápice.

Contudo, sua queda não ocorreu. Por quê? A resposta reside nos elementos materiais da constituição. Se numa visão mais tendente ao dogmatismo a constituição representava a mera defesa do sistema e do Estado de Direito, por outra os novos intérpretes, inflamados por uma nova corrente de inserção de valores no Direito (a jurisprudência dos valores) observaram o potencial

de uma constituição sacralizada pelas vicissitudes sistêmicas.

Se a um tempo a constituição servira para fundamentar o Estado, e fora incontestável por isso, por outro servira também, por longo período, para referendar valores individuais, que foram gradativamente abandonando o espaço patrimonial em que nasceram para que se tornassem mais amplos, ganhando novas dimensões (as chamadas gerações – ou dimensões - de direitos individuais).

Com isso, a própria interpretação constitucional se dividiu em duas, sob um único princípio. Por um lado, percebia-se o nascimento de princípios de caráter mecânico, normas de organização da máquina institucional, incontestáveis por razões sistêmicas. Por outro, observou-se o aperfeiçoamento do conceito de princípios de proteção individual que abrigavam todas as formas de direitos fundamentais. Aqui, a interpretação foi flexibilizada, para que se modernizasse segundo as necessidades do momento.

Contudo, ambas as formas de interpretação estavam submetidas a uma égide rígida, dirigida para a conservação dos métodos de arguição do ordenamento e de organização do próprio Estado.

Em resumo, a primeira diferença na história da hermenêutica constitucional reside na formação de princípios de supremacia e unidade constitucionais. Essa simples distinção, estabelecida já na aurora do pensamento institucional-jurídico, deixou marcas profundas em todas as subseqüentes realizações da hermenêutica constitucional.

Assim, enquanto as correntes jurídicas ordinárias tenderam para a contestação de suas bases e para a abertura hermenêutica, no rumo de uma crítica de subjetivização do modelo hermenêutico e de formação de conceitos de uma interpretação reconstrutivista da norma, o Direito Constitucional manteve um caráter mais objetivista.

Isso não significa que os avanços da hermenêutica geral não tenham alcançado o ramo constitucional. Ao contrário, foi justamente na constituição que encontraram arrimo para elaborar mudanças por todo o restante do ordenamento jurídico. Foi ali que obtiveram a força suficiente para impor ao sistema a evolução e a influência de valores exteriores à interpretação da norma ordinária (e da própria norma constitucional).

A noção de subjetividade se manifestou, ao longo do século XX, de maneira levemente diferente na hermenêutica constitucional. Enquanto a jurisprudência dos valores progredia vagarosamente para seu ápice, com a virada lingüística, a hermenêutica constitucional a acompanhava com olhares receosos, tentando preservar toda cota de formalismo necessária para manter a estabilidade de sua posição na hierarquia legal.

Quando os debates a respeito da objetividade/subjetividade são, portanto, interiorizados pelo campo constitucional, eles passam a existir num espaço dirigido por uma máxima, qual seja, a de preservação da constituição. Isso significa que só poderão operar em um campo que, em última instância, é dogmático e objetivo.

O dilema hermenêutico, portanto, passa a ser não o de um conflito entre a verdade do intérprete e a verdade da norma, mas sim o da verdade da norma e a verdade do legislador que a criou. Em resumo, há o posicionamento do próprio elemento subjetivo por trás da norma, o que o objetiviza, de certa forma.

Esse conflito cria duas correntes dentro da hermenêutica constitucional: a dos subjetivistas, que defendem a interpretação segundo a vontade original do legislador, e a dos objetivistas, que pretendem a interpretação da norma

pela sua existência lingüística(11). Ou seja, há uma preservação do movimento teleológico, em oposição a uma busca primeiramente exegética de conhecimento da norma(12).

Mas como precisamente houve o arranque do constitucionalismo para sua modernização – e relativização – nos dias de hoje? Esse novo movimento parece ter se dado por duas vias distintas. Por um lado, a linha objetivista parece ter sido erodida, ao longo do tempo, por noções que mais e mais vieram agregar conceitos meta-jurídicos a um núcleo de proporções puramente jurídicas, levando assim a uma renovação da interpretação da norma pela norma, com a agregação de novas realidades e de novos métodos, que operariam em comunhão com a metodologia jurídica.

Por outro lado, essa mesma aflição teria atingido a corrente subjetivista. Ali, contudo, teria havido a ampliação gradativa da noção de vontade do legislador. Seus partidários, ao longo do século XX, teriam gradativamente tomado consciência de que, enquanto tentavam revigorar a intenção do legislador original, estavam em verdade exumando cadáveres que não passavam de cinzas, ou seja, suscitavam vontades que não poderiam mais existir, e substituíam-nas pela vontade – ou necessidade – da sociedade contemporânea.

Isso lançou o constitucionalismo numa inevitável rota de abertura. Essa abertura se traduziu em trabalhos de expansão do caráter do próprio intérprete, abrindo assim espaço para a subjetividade no campo constitucional. Nesse sentido, o trabalho de Peter Häberle se destaca, por ter habilmente transformado o que poderia ser a destruição do sistema constitucional na sua renovação coerente e consciente.

Por meio de métodos da filosofia sociológica, Häberle concluiu que a constituição era, na verdade, interpretada por todos aqueles que a vivenciavam, e que cada maneira de vivenciar os princípios da constituição era igualmente uma maneira de interpretá-la. O Estado, com seus juízes e legisladores, seria apenas um de quatro grandes grupos de intérpretes (participantes não institucionais legitimados pelo Estado, opinião pública e doutrinadores seriam os outros grupos).

Mais que isso, Häberle afirmou que a constituição posta, positiva, é só a expressão de um ponto de vista dentre muitos outros. Na verdade, existiria uma outra constituição, a constituição vivida, uma constituição material, que informaria a escrita, e que a reconstruiria. Em resumo, quando os grupos interpretassem o texto constitucional, eles estariam construindo a verdadeira norma, aquela aplicada tanto nos julgamentos dos juízes quanto nas feiras, ruas, escolas, parques, escritórios, etc. Nesse sentido, a concepção de liberdade tida por um andarilho seria tão concretizadora da constituição quanto aquela que o legislador referendara ao promulgar o texto constitucional, a qual por sua vez teria o mesmo peso que a concepção de liberdade para os membros de um partido político qualquer. Seriam todas visões diferentes – o andarilho quer “ir e vir”, o partido quer militar, e o legislador quer a liberdade institucionalmente conhecida. Mas seriam todas igualmente válidas, nessa constituição material, nessa constituição feita de interpretações.

Assim sendo, as concepções da linha de Häberle relativizavam a tal ponto a noção de subjetivismo que praticamente a destruíam em detrimento de uma visão de necessidade social, ou seja, de uma “vontade legislativa” dos legisladores da constituição material - os próprios intérpretes.

Contudo, Häberle foi capaz de refrear as contestações ao sistema, impedindo assim a desagregação constitucional e a derrocada do sistema. Ele demonstrou que a constituição aberta – como batiza seu modelo, oriundo da sociedade aberta de intérpretes da constituição – seria um caminho para a democratização, mas que não prescinde de uma ordem institucional que

apaziguasse e mantivesse determinadas regras mínimas de convivência, canais pelos quais as tensões sociais poderiam ser escoadas e transformadas em maneiras diferentes de interpretar a norma constitucional.

Com isso, os velhos conflitos dentro da constituição caíram, mas os princípios de supremacia e unidade constitucionais permaneceram. E, nessa permanência, criaram uma nova dinâmica, que não estava mais voltada para a submissão de conceitos rígidos a todos os casos. Diante de uma abertura da interpretação constitucional e de uma democratização de seus princípios, que deixavam de ser despóticos para que se tornassem protetores, a hermenêutica constitucional passou a integrar o tempo da jurisprudência de valores.

Essa reformulação foi recepcionada na hermenêutica constitucional de forma curiosa e simples, chamada tópica. Theodor Viehweg foi um dos expoentes dessa corrente.

A tópica tinha como escopo a preocupação prioritária com a concretização do Direito, ou seja, com a aplicação das normas jurídicas. Na verdade, ela era, de certa forma, a própria aplicação das normas jurídicas. A tópica consistia na busca de uma solução para o problema apresentado, sem levar em consideração modelos prontos ou conceitos consagrados para tipificações de determinados casos.

A tópica foi assim chamada porque baseava seus mecanismos de funcionamento na criação dos chamados *topoi*. Um *topos* é o que se pode chamar grosseiramente hoje em dia de lugar-comum, um espaço particular e específico. Ou seja, a tópica trabalhava sempre em torno de uma célula, de um *topos*, que é o problema a ser resolvido, e ignora a sistematização, que na visão da tópica poderia atrapalhar na resolução do problema pela criação de problemas anexos e empecilhos impossibilitadores.

O óbvio efeito colateral da tópica residia precisamente no fato de que, sem uma sistematização, a coerência de muitas interpretações poderia acabar se esvaindo. A tópica era, nesse sentido, extremamente subjetiva, uma vez que a solução que se encontrasse para dois casos semelhantes nem sempre seria a mesma, dependendo do intérprete e de determinadas variantes particulares de cada circunstância. Para os defensores da lógica-sistemática, não poderia haver absurdo maior.

Com isso, a tópica acabou se transformando no retrato do advento da crítica jurídica ao campo da hermenêutica constitucional. Diferentemente da corrente principal, a virada lingüística aconteceria apenas contemporaneamente no ramo constitucional. Na verdade, o enfoque que se dá à tradição hermenêutica constitucional atualmente difere largamente daquela da corrente geral. A abertura se dá muito mais no sentido da moralidade pública e das relações de poder, de maneira que mesmo os individualismos são representados, na hermenêutica constitucional, de maneira massificada.

A própria teoria de Häberle privilegia, por uma questão de coerência, o grupo de indivíduos, em detrimento dos indivíduos colocados isoladamente<sup>(14)</sup>. Dessa forma, entende-se que o campo de atuação constitucional é por excelência um campo de institucionalização, de massificação e de atuação potestativa.

## **2.2 A Distinção pela Norma Constitucional**

Fica claro, portanto, que as relações estabelecidas na hermenêutica constitucional derivam de elementos potestativos. Mas por quê?

Em certa medida, a norma constitucional é igual a todas as outras normas. Quer dizer, ela tem a mesma estrutura, em geral, e está submetida a regimes

semelhantes de organização. Contudo, e como foi exposto acima, a constituição é feita sobretudo de princípios. E, apesar de os princípios terem uma estrutura relativamente semelhante à das outras normas, eles têm uma diferença material imensa.

O princípio pode expressar duas realidades materiais diferentes: uma delas é a realidade organizacional do Estado; a outra é o jogo de direitos individuais. De uma forma ou de outra, pode-se perceber que um princípio recebe um influxo direto de valores e de responsabilidades limitantes dentro dos dispositivos que os representam.

Ora, isso responde a pergunta elaborada logo acima. É por causa do princípio, ou seja, da norma constitucional por excelência, que a hermenêutica constitucional está entrecortada de relações de poder. Essas relações de poder são, em verdade, derivações das implicações materiais que determinam a construção mesma dos princípios.

Há, portanto, uma diferença frontal entre a formação de um princípio e de uma regra, e essa diferença reside em seu campo material.

A constituição é, portanto, materialmente formada de relações de poder? Sim, a materialidade da constituição reside na costura multifacetada de diversos confrontos e re-equilíbrios de poder material. Mas a constituição se resume a isso? Não, a realidade constitucional é mais abrangente que isso.

A exposição primária das normas constitucionais reside precisamente no ápice das tensões sociais e morais que se corporificam, num momento de constituição material, como elos de poder. Essas ligações de poder se traduzem de maneiras múltiplas dentro da constituição, podendo assumir um caráter de balanço das condições de disputa sociais, ou de constituição de poderes por meio de instituições, ou ainda de preservação de certos limites dentro dessas disputas.

Por outro lado, a constituição também pode ser formada de relações morais tidas como absolutamente necessárias à manutenção da vida em sociedade. A proteção de limites mínimos da individualidade é o maior exemplo disso.

Ainda, pode-se perceber uma conotação forte de ordenação da própria vida social, por meio de normas de legitimação do sujeito como parte em procedimentos de defesa de direitos individuais e coletivos. Ainda, pode-se perceber igualmente que há uma regulação social na constituição pela presença de caracteres de ordem econômica, que ensejam a limitação de poder conjugada à limitação de certas atividades sociais de cunho produtivo.

Qual o liame comum a todas essas perspectivas constitucionais, além do fato de todas elas estarem expressas por meio de dispositivos-princípios? Elas são balizas últimas de toda a ordem estabelecida, ou seja, elas são a ligação entre o universo jurídico e todos aqueles âmbitos meta-jurídicos de que se tratou acima. Quando se fala numa influência da moralidade na jurisprudência dos valores, por exemplo, é através da constituição que ela se insere no ordenamento. Quando se quer regular uma situação de defesa da liberdade do sujeito, e a visão de liberdade é pessoal, ou seja, é um grupo externo que oferece a interpretação do que seja a liberdade, o dispositivo que vai permitir a inserção de tal interpretação no universo jurídico é constitucional.

Mais que isso, qualquer questionamento moral ou potestativo, ou orgânico-social e econômico, que se faça, ainda que não seja jurídico, necessariamente encontrará a constituição. Se, por exemplo, quiser se questionar o valor moral da boa-fé, será preciso ir aos limites da moralidade. Por que é necessário ser bom? A resposta não pode ser encontrada por meios filosóficos, como fica demonstrado em qualquer tentativa sobre a proposta feita aqui mesmo. Ora, a constituição impõe, em muitas ocasiões,

obrigações morais que não têm nenhum fundamento senão elas mesmas. Que dizer, por exemplo, da obrigação de oferta de aposentadoria? Segundo parâmetros racionais, lógicos, não se pode chegar a uma conclusão que determine a obrigatoriedade de tal dispositivo. E, se assim se faz, por que a constituição o referenda?

Percebe-se, por conseguinte, que a natureza de todo princípio constitucional não é apenas o fecho de um ordenamento, a opção lógica final que não pode ser contestada para que não se derrube toda a pirâmide sistêmica. Ele é sobretudo o espaço de discussão de todas as questões últimas da sociedade que rege, sejam elas potestativas, econômicas, sociais ou morais. Ela é a opção normal, a melhor solução possível para o vazio de soluções. Ela é, portanto, naturalmente diferente de todas as normas.

A norma constitucional é, portanto, constituinte de um novo universo, apartado de todos os outros universos do Direito, mas conjugado a eles pela necessária relação da pirâmide hierárquica.

A norma é diferenciada ora pelo rigor formal com que se a encara, mediante o qual se deve entendê-la como norma formalmente suprema e incontestável, ora pela sua realidade material que, contraditoriamente, é uma de contestação perene.

Assim, se por um lado a norma constitucional deve estar apartada de todas as outras por motivações sistêmico-formais, por outro seu merecimento de tais “regalias” só persiste porque a norma constitucional é a única que traz consigo mesma os motivos e os dispositivos de sua própria destruição.

Nenhum dispositivo inferior é capaz de receber um questionamento moral ou funcional sem que com isso deva se submeter a uma reformulação total (que leva à sua destruição). A norma constitucional, por outro lado, trabalha, tanto no campo dos direitos fundamentais quanto nas relações de formação institucional, como um elemento dinâmico. O conceito de liberdade, por exemplo, mudou através dos séculos, mas continua presente em determinadas constituições igualmente através dos séculos, sem alterações. Por quê? A norma constitucional é naturalmente mutável. Enquanto precipuamente feita de princípios, a constituição está estruturalmente pronta para receber questionamentos de ordem material, e permitir com isso a reformulação de conceitos. A constituição não é, por conseguinte, uma cadeia epistemológica fixa, mas é, antes de tudo, uma cadeia de discussão moral, social, econômica e política(15).

É claro, pode-se dizer que existem as cláusulas pétreas, por exemplo. Mas não se trata da mudança formal da constituição. É precisamente nesse ponto que ela se mantém imutável, aliás. A constituição é rigorosa com seu próprio conceito, e imobilista quanto à sua forma. Mas e se, por exemplo, tomar-se o conceito de democracia do começo do século XX nos Estados Unidos, e o conceito de democracia da França contemporânea? A idéia é a mesma? Certamente que não. Até mesmo a estrutura das divisões de poderes é profundamente diferente, e tende a se aperfeiçoar ao longo do tempo, e muda de local para local. Materialmente, portanto, a constituição sempre admite renovações e alterações.

Outro exemplo: o Brasil viveu anos políticos conturbados, e sua República é extremamente jovem. Contudo, pode-se dizer que ela já sofreu mudanças. Um exemplo está na prática crescente de proteção a direitos coletivos, que vem ganhando espaço nos últimos anos. A própria noção de democracia, por sua vez, difere enormemente daquela que se concebia quando da formação da Assembléia Constituinte, após o movimento das Diretas. Estruturalmente, as divisões continuam as mesmas. Mas ao tempo das Diretas não parecia haver agências de controle de atividades do Terceiro Setor, por exemplo.

### **2.3 Princípios da Hermenêutica Constitucional**

Todos esses elementos demonstram, portanto, que a norma constitucional é formalmente sacralizada, mas materialmente existente apenas após o processo hermenêutico. Ironicamente, ela é muito mais vulnerável ao conceito construtivista da hermenêutica geral. Ela é o próprio exemplo de norma que só existe pela construção da interpretação. Ela só existe, materialmente, quando interpretada no sujeito, e portanto só existe no sujeito.

A hermenêutica geral tem a tendência de compreender os métodos antigos, agora renovados pela jurisprudência dos valores e pela virada lingüística, como sendo meios complementares e co-atores da interpretação jurídica. Isso significa, de certa forma, que o espaço de interpretação das normas em geral é bastante amplo e independente de princípios específicos.

O uso do termo método é, aliás, estranho. Não pode haver método para a interpretação. Afinal, ela é, como já se expôs, uma aptidão inata do homem, uma maneira de pensamento rápida, automática e dificilmente percebida.

O que se tem, na verdade, é a imposição de dispositivos de consideração. Interpretar é, de certa forma, considerar algumas coisas em relação a outras. Quando se interpreta a norma jurídica, interpreta-se-a ou isoladamente ou em relação a outros eventos. Racionalmente, esses eventos se traduzem em dispositivos a serem considerados como pequenos desafios lógicos ao longo do processo de interpretação.

Se, por exemplo, deve-se interpretar uma determinada norma à luz da constituição, e em nome de uma solução justa para o caso material, antes de tudo toma-se o resultado esperado (com base na pré-compreensão, há um pré-julgamento; é triste, mas é como a mente funciona), e em seguida toma-se os princípios constitucionais aplicáveis ao dito caso (o que também recai num senso comum teórico, ou numa forma de pré-compreensão). Por fim, juntam-se as peças, e pensa-se numa maneira de aplicar a norma, tendo em consideração o que parece justo numa dada situação, e a que conclusões o texto constitucional leva.

Exemplo: um mendigo é preso por roubar uma galinha. Tem direito constitucional à liberdade. Viveu sempre na miséria, e passava fome. O que parece justo? O mendigo teve um bom motivo para roubar, e está na miséria, no desespero. Isso comove o intérprete (elemento de pré-compreensão). O direito à liberdade soma-se à dignidade, e ao direito de subsistência. Isso, aliado à norma penal, faz com que o intérprete resgate a noção de que o valor furtado é irrisório, e termine por decidir-se pelo perdão do mendigo.

Assim sendo, a hermenêutica opera essa espécie de “brincadeira letal” com os elementos do real, engrossando-os conceitualmente e confrontando-os mutuamente como se fossem condições uns para os outros. Quem decide o que vai ser a referência (no caso acima, a referência foi a vitimização do mendigo, dadas as circunstâncias) é o intérprete.

Em termos de hermenêutica constitucional, esses elementos não deixam de existir. Quando se pretende elaborar a interpretação de uma dada norma, seja por que motivo for, está se arriscando o confronto com outras normas constitucionais. Mais perigoso que isso, ameaça-se a contestação de tais normas por elementos de cunho moral, social e político, que tornam o campo de debates ilimitado.

Ao se falar, contudo, da dupla natureza da norma constitucional, falou-se igualmente num jogo de princípios específicos para sua interpretação. Esse elenco de princípios proviria da raiz essencial de que a norma constitucional é um espaço de debates, e portanto representa abertura social suficiente para a democratização das decisões dirigentes, mas bastante para evitar a barbarização das relações.

Desse primeiro diferencial de natureza viria o que foi aqui colocado como a distinção formal: a constituição é, dada sua relevância, formalmente intocável, inalterável na sua estrutura e na sua posição sistêmica.

Essa distinção formal se traduz, posteriormente, numa série de princípios específicos, que limitam, nos termos esclarecidos ainda há pouco, a interpretação constitucional. Esse pode ser tido como o terceiro diferencial da hermenêutica constitucional: um jogo de princípios específico para a relativização da interpretação normativa constitucional, coisa que não existe para as regras.

Existem diversas classificações para tais princípios. Pode-se contar-lhes em cerca de uma dúzia, no mínimo. Parece, contudo, desnecessário e repetitivo trabalhar todos eles em espécie, uma vez que muitas dessas classificações se limitam a rebatizar os mesmos princípios, oferecendo conceitos similares. Parece, com isso, mais frutífero e instigante trabalhá-los pela via de seus resultados hermenêuticos. Duas classificações podem servir como bases profícuas de exemplos: a classificação de Canotilho e a de Luís Roberto Barroso.

Canotilho fala nos princípios do efeito integrador, da concordância prática, da conformidade funcional, da efetividade de direitos fundamentais e do *in dubio pro libertate*. Barroso, por sua vez, menciona o princípio da supremacia da constituição, da presunção de constitucionalidade dos atos públicos, da interpretação conforme à constituição, da unidade da constituição, da razoabilidade e proporcionalidade e da efetividade dos atos constitucionais.

Tomando-os todos e cruzando-os, pode-se perceber três qualidades diferentes de princípios. A primeira variedade diz respeito aos princípios que ensejam a própria ratificação da incolumidade formal da constituição. São os princípios da supremacia da constituição, da unidade da constituição e da interpretação conforme a constituição. Nesses três dispositivos estão traduzidas as três características essencialmente necessárias à manutenção da incolumidade constitucional: a constituição é o topo do ordenamento e se impõe sobre todas as normas inferiores (supremacia e interpretação conforme à constituição); a constituição, enquanto espaço supremo e abertura de discussão social, não pode servir de justificativa para destruir sua própria incolumidade (unidade da constituição).

Num segundo momento, há um conjunto de normas destinadas a proteger o “filhote em gestação” da constituição, ou seja, o Estado institucional. São os princípios do efeito integrador (que diz respeito à unidade política e ideológica da constituição, ou seja, não se interpreta norma fora dos escopos ideológicos do Estado), da coerência funcional (que determina a proteção do Estado como ele é, segundo os princípios de forma de governo, de divisão de Poderes, etc.) e da presunção de constitucionalidade dos atos públicos (auto-explicável).

Em resumo, a segunda classe de princípios de interpretação diz respeito à conservação do Estado institucional em sua forma (coerência funcional) em sua ideologia (efeito integrador) e na confiabilidade (presunção de constitucionalidade de seus atos). É interessante observar que a presunção de constitucionalidade dos atos é, dos três, o princípio que melhor defende o monopólio da força dentro do Estado. Numa época em que a força bruta se vê relativizada perante o poder da informação, a presunção de razão permite a vitória temporária, e com isso a protelação de quaisquer conseqüências. É um princípio que gera o monopólio da certeza, ainda que, na verdade, essa certeza não exista.

Em terceiro lugar, reúnem-se os princípios que pretendem, em verdade, gerir a dinâmica dos próprios princípios constitucionais (ou seja, os princípios hermenêuticos, não explícitos, informam a dinâmica de interpretação dos

princípios explícitos). São os princípios da concordância prática (a coadunação de princípios de forma que, no caso prático, eles sejam aplicados em máxima e melhor extensão), da efetividade das normas constitucionais (no caso de confronto em caso prático, as normas constitucionais devem ser comparadas, sopesadas, e devem ser aplicadas ambas tanto quanto se possa aplicá-las, de maneira a lesar o mínimo possível o princípio prejudicado no julgamento) e do *in dubio pro libertate* (na dúvida, o princípio deve sempre ser preservado). Ou seja, esse grupo limita a discussão sobre os princípios fundamentais, sobretudo os direitos fundamentais, pelo estabelecimento de um mínimo de segurança.

Por fim, há princípios que pretendem reger a própria atividade administrativa, no sentido de torná-la o mais idônea e otimizada possível. Trata-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A razoabilidade consiste na avaliação da necessidade de uma determinada decisão. O ato é razoável sempre que o meio empregado está de acordo com o fim dirigido. Por exemplo, uma reforma em um prédio público não pode ser feita com carrinhos de figo, mas deve ser feita com material de construção. A medida proporcional, por sua vez, é aquela que se faz com limites de proporcionalidade entre o investimento e o fim. Se um administrador quer reformar um banheiro público, não precisa de um milhão para a reforma.

A proporcionalidade e a razoabilidade são conceitos próximos, e portanto difíceis de diferenciar. Contudo, como todos os outros princípios de hermenêutica constitucional, são bastante óbvios, depois de expostos à definição. Por quê?

Na verdade, esses princípios têm mesmo como fundamento o óbvio. Isso se dá igualmente com os princípios constitucionais em geral. A maioria deles expressa o óbvio. Quem, por exemplo, não sabe o que é a liberdade, ou a vida? Defini-los, contudo, é tarefa bem complicada. A questão central é que, enquanto elementos de uma constituição vivida, esses princípios são tão corriqueiros e, infelizmente, tão aviltados por isso, que todos sabem quando um deles é ofendido ou quebrado.

Os princípios da hermenêutica constitucional também são assim. São pressupostos que todos conhecem, que todos vivenciam, e que todos entendem como certos, mas que, no calor das disputas de interesses, saem muitas vezes lesados, e portanto devem ser explicitados (ao menos pela doutrina).

Uma última palavra cabe, ainda, sobre esses princípios da hermenêutica constitucional. No que diz respeito aos direitos fundamentais é possível dizer que caiba ainda uma segunda especialização hermenêutica? Sim e não. Na verdade, essa especialização já existe. Como demonstrado, há um jogo de princípios apropriados sobretudo à defesa dos direitos fundamentais.

Contudo, não se pode mencionar tal situação formalmente. Isso porque, apesar de os direitos fundamentais terem um núcleo de princípios de interpretação próprios, eles ainda partilham de outros princípios de interpretação constitucional geral, corporificados na proteção à própria constituição.

### **3. Novas propostas para a hermenêutica constitucional**

#### **3.1 A realidade constitucional da relatividade de princípios**

O panorama geral que se tentou esboçar, até o momento, é portanto de separação dupla do contexto hermenêutico constitucional em relação ao campo da hermenêutica jurídica geral. Essa separação surge graças a uma distinção histórica desse ramo especial da hermenêutica, e sobretudo graças a distinções formais e materiais da norma constitucional (ou princípio constitucional) em relação às outras normas (as regras).

Essa distinção primária que se promove aqui resulta, na prática, naquilo que pode ser entendido como uma limitação extraordinária específica da interpretação constitucional. Isso, em verdade, acontece em todas as searas do Direito. Só que, nos campos infraconstitucionais, o princípio limitante pode ser tanto constitucional quanto infraconstitucional, estando em geral explicitado na lei positiva (o que contudo não precisa ser verdade; exemplo disso está no tratamento dado a relações homossexuais, sobre as quais alguns pareceres judiciais já determinam uma equiparação mascarada, para fins de arguição de direitos).

O fato é que, a despeito de se poder ter uma limitação por dispositivos no campo da interpretação em todos os ramos do Direito, essa limitação é, materialmente falando, um novo diferencial de cada um desses campos. Não há nenhum outro campo do Direito que seja limitado, em termos de interpretação, como o ramo constitucional, ou seja, na exata forma, nos exatos termos, e pelos motivos constitucionais.

Essa diferença, que se construiu ao longo de dois séculos de produção hermenêutica, tem ainda outras particularidades, talvez contingências históricas. O fato de se ter concentrado o debate hermenêutico constitucional por tantos anos entre o subjetivismo e o objetivismo ocasionou uma abertura *sui generis* desse ramo da hermenêutica no fim do século XX. Quando em verdade esperava-se uma revolução em nome do subjetivismo puro e ilimitado, o que se teve foi o cauteloso movimento no sentido de democratizar os debates e subjetivizar a norma em si. Alguns dizem que a hermenêutica constitucional é ainda muito formalista precisamente por seu rigor estrutural. Contudo, ela parece ser, após um estudo mais específico, o ramo que mais sucesso teve em sua revolução para a jurisprudência dos valores.

A hermenêutica constitucional foi o único ramo da hermenêutica capaz de coadunar com equilíbrio as formalidades necessárias à sobrevivência do texto constitucional e, com maturidade, admitir que a constituição mesma se trata de uma opção sistêmica. Contudo, adota a constituição como uma solução para o problema da barbárie, e assim a justifica. Dá abertura a contradições dentro de si, e ainda assim consegue, pela separação entre o âmbito material e o aspecto formal, manter sua incolumidade.

Mais que isso, esse novo modelo de hermenêutica constitucional aproxima-se ao máximo do dinamismo do real. É, portanto, um dos únicos campos de admissível a autêntica dinâmica jurídica, pois permite uma fluidez imensa dos conceitos fundamentais de formação das sociedades contemporâneas.

A constante renovação é outro ponto de mérito para o constitucionalismo contemporâneo. A despeito dos atrasos naturais para a atualização da norma, o constitucionalismo ainda assim é capaz de permitir avanços conceituais mais maduros e céleres que a maioria das outras áreas do Direito.

Contudo, há certas questões que ainda merecem atenção. Se por um lado a hermenêutica constitucional é o espaço de discussão e reformulação das normas constitucionais segundo princípios democráticos, por outro a formação dos contendores é extremamente dirigida. Se a constituição, por um lado, permite o debate, por outro é ela própria uma formadora de opinião, sobretudo no que diz respeito ao homem médio, que não vê possibilidade em sua consciência de conceber uma razão exterior à racionalidade constitucional.

É o que se chama de senso comum teórico dos juristas, por exemplo. Todo jurista vai interpretar a norma constitucional de uma mesma maneira, não porque tema ou seja obrigado a isso, mas porque a concepção natural enseja que todo jurista interprete daquela forma.

Igualmente, isso acontece com o homem que vivencia a constituição, ou seja, o intérprete da sociedade aberta de Häberle. Os grandes grupos de pressão não são apenas formadores de posições institucionais, mas são sobretudo formadores de opinião da sociedade em geral. Aqueles que, numa visão gramsciana, detêm o controle sobre determinados aparelhos de dominação são capazes de reformular as mentalidades. Como um homem que conhece apenas superficialmente um debate pode formar uma opinião concreta?

Isso é, de certa forma, uma consequência da virada lingüística. A argumentação opera no sentido de expandir a linguagem em lados opostos, criando simetricamente argumentos que derrubem uns aos outros, até que uma das linhas ceda. A isso se chama paradoxo do desdobramento infinito. Quando uma dada interpretação é relativizada e reduzida ao aspecto de um argumento, ela deixa de operar na superficialidade de seu próprio ambiente lingüístico para se tornar um fantasma dentro de si mesma, ou seja, para ser suplantada por uma nova relação simbólica, na qual toda a carga intelectual que carregava fica necessariamente reduzida a uma ou duas sentenças.

Assim sendo, toda a operação em torno de princípios e dispositivos de relativização e toda a construção da norma adequada à concretização mais justa num dado caso se vêem prejudicadas, pois se tornam um argumento emblemático para realidades que têm interesses opostos. E essas realidades, de interesses opostos, trazem para o debate novas realidades, que não guardam qualquer relação com o caso inicial (tais como a opinião pública através da mídia) mas que podem servir, na ignorância manipulada, como suportes de uma interpretação falida e incabível.

Nesse sentido, a noção de que a linguagem se encontra entre o intérprete e o objeto interpretado, herdada de Lenio Streck, parece ser revista. É fato que a linguagem permite relativizar a situação e, com isso, afasta o intérprete do objeto. Afinal, o intérprete primário já perde com a racionalização do objeto, que em geral é representada por palavras, e o intérprete indireto e desinteressado, sem conhecer o objeto real, interpreta um retrato manipulado através de palavras.

Diante disso, parece óbvio que deva ocorrer uma distorção da interpretação do texto constitucional, que está naturalmente longe, em termos institucionais, do cidadão comum. Contudo, há um espaço de formação coletiva de consciência, um momento de formações conceituais comuns a todos os indivíduos. Assim sendo, quanto se pretende a distorção das conclusões de uma hermenêutica constitucional, não se está operando apenas no sentido de uma reformulação individual e portanto residente na subjetividade do intérprete. Mais que isso, está se massificando as individualidades dos intérpretes segundo jargões, lugares-comuns e repetições constantes de conceitos. Ou seja, está se preparando um novo grupo de pressão, descartável através do poder do monopólio da informação.

### **3.2 Novos rumos da hermenêutica constitucional fragmentada**

É, portanto, impossível ter certeza da aproximação de uma dada interpretação em relação à verdade. A hermenêutica constitucional alcança, no início do século XXI, o auge de seu lirismo, abrindo suas portas para todas as formas de discussão, renovando seus conceitos, destruindo o moralismo rançoso e, além de tudo, mantendo a idéia de civilização no final da estrada.

Contudo, enfrenta contraditoriamente sua maior queda. Essa relativização que oferece é como qualquer outra forma de relativização de pressupostos: a abertura de espaços de discussão dilui as relações de poder em mãos incógnitas, que só podem tornar esse poder efetivo pela massificação ou pela legitimação. Então, as formas de poder se convertem: o jogo através do qual se pode definir quem tem a palavra final resume-se a negligenciar a

informação para que o sujeito saiba apenas o bastante para dizer o que se quer que ele diga. A massa é, assim, formada no sentido de atender à demanda de um grupo que deseja tomar de assalto as relações democráticas, sem que elas percam suas formalidades.

Eis o grande problema da atual hermenêutica constitucional: ela tende a abrir seus espaços materiais para o debate, mantendo sabiamente a sua forma, como baliza da civilização que se requer nesse mesmo debate. Contudo, o conteúdo é manipulável, e a forma é imobilista. Em resumo, não se pode combater o predomínio sutil pela sonegação de informações à totalidade do público com a forma estática.

O maior exemplo desse fenômeno reside precisamente na formação de uma consciência comum. Todo homem que viva num determinado meio social tem o potencial para se tornar um estereótipo de si mesmo, por assim dizer. Pessoas que freqüentam o mesmo círculo tendem a pensar da mesma maneira, conquanto tenham acesso à mesma variedade de informações. É nisso que a sombra da manipulação impera: enfrenta a abertura da hermenêutica constitucional pela sonegação de informações, pela oferta de uma formação padrão para os técnicos e para os cidadãos, alijando-os ainda mais do processo de interpretação.

Não se trata do conhecimento de possibilidades institucionais. O recurso institucional é uma conseqüência para a vontade de uma consciência em pleno vigor. Trata-se antes de desconhecimento de elementos materiais suficientes para transformar uma interpretação constitucional interessada num elemento passível de defesa perante outros grupos, com posições de interesse oposto.

É certo que a solução para tal dilema não pode provir da reformulação formal do Estado, que derrubaria todo o processo de formação da lei na ilegitimidade, de súbito (afinal, é quem comanda que deve seguir com mais afinco as regras, para estabelecer um exemplo). Por outro lado, maior rigor material só atrapalharia a democratização dos movimentos hermenêuticos. Os princípios hermenêuticos constitucionais existentes hoje em dia falam por si mesmos: são perfeitamente funcionais para a proteção do modelo formal da constituição, mas seriam uma forma de tirania, se comesçassem a agregar imposições limitantes de caráter material (a noção de súmulas vinculantes, por exemplo, parecia especialmente assustadora nesse aspecto, a despeito da agilização que ofertaria ao judiciário).

Parece, portanto, necessário que se promova uma solução material para eventos materiais. A hermenêutica constitucional deve ser deixada livre como é. Contudo, deve-se voltar os olhos para a negligência de informação com ares de desencorajamento.

Nesse sentido, se não se pode por um lado limitar materialmente o debate constitucional, pode-se por outro utilizar a estrutura de proteção de direitos fundamentais no que diz respeito à informação. Ela deveria ser um direito de todo intérprete. E não se quer aqui falar a respeito da informação técnica, mas sim da compreensão máxima de todos os dados em uma certa situação, para uma melhor interpretação, bem como do conhecimento do máximo de situações, para que se saiba o que interessa de fato, e o que pertence ao interesse de outros grupos de intérpretes.

Assim sendo, parece imprescindível que o Direito venha completar, sobretudo no campo da hermenêutica constitucional, a sua virada lingüística, voltando seus olhos para um último aspecto da linguagem, ignorado até o momento: o da linguagem como código de retenção e manipulação de informações.

## **Conclusão**

Diante dos elementos trabalhados, cabe retornar às três perguntas elaboradas no início do presente trabalho. Há uma hermenêutica constitucional? Ela é realmente necessária? E é possível que a constituição resista ao movimento de desagregação contemporâneo?

De fato, pode-se constatar que há uma hermenêutica constitucional de características fortes e marcantes. Aliás, não apenas há, como também é essencial para a manutenção da constituição em seu papel de protetora e guardiã de direitos essenciais e estruturas fundamentais.

A hermenêutica constitucional é imprescindível, porque não é responsável apenas por sua própria atividade, mas, sobretudo, porque representa a esfera conceitual dinâmica de um núcleo constitucional de traços característicos e de normas materialmente autênticas. Se a constituição representa o espaço de garantias fundamentais e de estruturação das civilizações democráticas, a hermenêutica constitucional é a vida dessa constituição, na qual os direitos fundamentais se renovam diariamente, e a democracia ganha o tom dinâmico da realidade.

É pela hermenêutica que se constrói uma constituição além da constituição, uma carta material que serve a todos e recebe o seu conceito de todos. A norma constitucional só existe graças à hermenêutica jurídica, que é especial perante as outras atividades hermenêuticas, e que é necessária precisamente por sua especificidade.

E é precisamente através dessa hermenêutica que pode a constituição sobreviver ao turbilhão destruidor da iconoclastia conceitual pós-moderna. É, na verdade, muito saudável que se eroda a ordem da modernidade. Contudo, deve haver a consciência de que as mudanças desencadeadas não representam a libertação de um sistema opressor, mas sim a troca de paradigmas de relações sociais. E essa troca de paradigmas não oferece nenhuma garantia de melhoras na qualidade das relações.

A constituição, de fato, precisa de uma renovação. Não tanto porque seja retrógrada – pois o conceito de constituição parece ter a incrível capacidade de renascer e de se reconstruir a cada choque – mas sim porque o modelo de sustento formal que ainda utiliza não pode sobreviver perante as relações de uma sociedade de informação.

Nesse sentido, a hermenêutica deve ser a ferramenta de contínua democratização, e é na materialidade que ela interpreta que a constituição deve revolucionar seus conceitos para manter sua unidade, sua supremacia e sua incolumidade. Ela deve se sustentar como garantia porque é, ainda, a melhor forma de garantia. E como melhor solução para as constantes ameaças aos direitos individuais fundamentais, ela é o mais tópico dos conceitos gerais.

### **Referências bibliográficas**

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Elísio. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL – A quem cabe a tarefa de concretizá-la? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, n. 41, p. 241-255, out-dez 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1983.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GARCÍA, Henrique Alonso. La Interpretacion de la Constitucion. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

HÄBERLE, Peter. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris editor, 1991.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT, n. 31, p. 90-108, abr-jun 2000.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

## NOTAS DE RODAPÉ

1. Isso não significa que interpretar seja a única maneira de compreender. A compreensão, em determinados casos, não vem da interpretação. Em certas ocasiões, vem da análise dos eventos, que é um movimento contrário à interpretação, ainda que caminhe de mãos dadas com ela. Se, por exemplo, quer-se entender um sapo, abre-se-lhe o corpo e estuda-se-lhe as entranhas. Não se quer saber o que elas significam, mas para que servem. Analisa-se. Se, contudo, pretende-se entender uma frase especialmente confusa, busca-se estudá-la de diversas maneiras para compreender. Interpreta-se. Se, por outro lado, um menino não entende por que o pai o proíbe de colocar os dedos no soquete da tomada, e de fato coloca, logo depois de levar um choque passará a entender. Experimenta-se. Em resumo, para compreender pode-se recorrer a diversos meios, todos inatos ao homem, tão comuns e tão corriqueiros que ele nem mesmo tem consciência de que os opera. Analisa, experimenta (ou experiencia) ou analisa.

2. Na Idade Média, contudo, o termo sistema não era utilizado. De fato, tudo leva a crer que a idéia de sistema, como nós a conhecemos hoje, nem sequer era conhecida. O mais próximo estava no que o homem medieval conhecia como “suma”. A suma era uma compilação de conhecimentos, aos quais se pretendia imprimir coerência e organicidade. Aproxima-se, portanto, a idéia de sistema, sem contudo estar entranhada dela.

3. Nas palavras do próprio Bonaparte: “Fui guiado pela noção de liberdade, mas a eliminei assim que ela se pôs em meu caminho”.

4. O termo meta-jurídico parece especialmente apropriado no que se refere ao movimento de jurisprudência de valores do século XIX. Afirma-se mesmo que, em determinado ponto, o Direito se tornou completamente submisso, sendo visto academicamente como uma Ciência Social. Outros defendiam, a esse tempo, que o Direito era incapaz de ter métodos próprios, cabendo-lhe em verdade uma submissão a aspectos metodológicos da Sociologia.

5. Vale ressaltar que Heidegger suscita o debate lingüístico em caráter seqüencial e subsidiário à sua preocupação sobre a natureza do ser.

6. Nesse sentido, a linguagem pode ser, por um lado, a máscara que carrega a intenção do emissor da palavra. Por outro lado, pode também ser um

elemento vazio de significação moral, que opera malabarismos mecânicos no intuito da auto-justificação, elemento que nos foi apresentado com a teoria da ação comunicativa de Habermas.

7. Não se sabe ao certo se a virada do Direito para os rumos da Teoria Crítica representa um rompimento com o pensamento de Kelsen, ou se é tão somente a sua continuidade em novos trajes. Afinal, não se aplica mais a objetividade da norma e a independência absoluta do Direito, como queria Kelsen, mas ainda hoje a idéia de sistema que ele emprega parece ser imprescindível para o sustento mesmo do Estado democrático de Direito. Parece que, quanto à hermenêutica, há a superação de Kelsen, em nome de uma subjetivização da interpretação da norma. Contudo, no que diz respeito à consideração da estrutura fundante do Direito, nenhum avanço foi elaborado, até hoje, fora do pensamento kelseniano.

8. Deve-se, contudo, observar que essa virada acontece no século XX em termos práticos, com a formação de grupos hermenêuticos dispostos a admitir o interesse (por vezes configurado como influências de outras disciplinas) como mola propulsora do Direito. Epistemologicamente, contudo, o conflito entre jurisprudência dos conceitos e dos interesses existe desde o século XIX. A dogmática francesa deu origem a esse Direito de conceitos, enquanto as teorias de Jhering falavam do papel do interesse como mola de propulsão do Direito e da ação humana em geral.

9. Deve-se ressaltar que esse movimento difere largamente da noção de intenção e de interesse apregoada por Jhering. Enquanto o interesse do legislador é uma fonte conceitual e dogmática de justificação de determinada interpretação da lei, a noção proposta por Jhering tem um caráter muito mais tendente para o Direito livre – aliás, foi ele o precursor do movimento que viria a ser embaixador da integração dos interesses pessoais dentro do universo jurídico. Enquanto esses quatro movimentos dogmáticos pretendem um Direito voltado para a exploração de respostas conceituais, a noção de interesse, por Jhering, pretende colocar o intérprete, o operador da lei, como um gestor dos interesses sociais, voltando a lei para a solução de conflitos oriundos de tais interesses.

10. A norma fundamental é a estrutura ideal que toda norma tem. Se ela não está construída segundo essa estrutura, então é porque não é uma norma.

11. É interessante observar, portanto, que a definição de subjetividade, aqui, difere pela dada pelos jusfilósofos no campo da hermenêutica jurídica geral. Lá, a subjetividade extrai a interpretação do campo objetivo, criando a oposição subjetividade-objetividade. Aqui, por outro lado, ela cria um conflito dentro das linhas objetivas. Caso haja a necessidade de um detalhamento lingüístico, pode-se chamar este conflito de subjetivista-objetivista, em detrimento do outro.

12. É um fato notório a ressurreição desse dilema em meados do século XX nos Estados Unidos. Lá, as “facções” se digladiaram em torno do original state, ou o estado original de promulgação da norma (posição do legislador). Dividiram-se em originalistas (subjetivistas) e não originalistas (objetivistas).

13. O indivíduo isolado não é ignorado nas teorias de Häberle. Contudo, seu espaço se resume a campos de legitimação para a atuação como intérprete constitucional. Ou, pelo menos, é apenas nessas situações que o sujeito tem força suficiente para agir de fato como intérprete da constituição. Por outro lado, grupos de pressão, partidos políticos, e outros intérpretes “massificados” têm capacidade maior de disposição e influência, o que os torna intérpretes mais comuns. Muito embora, portanto, haja um peso igual na interpretação individual e na coletiva, entende-se que a interpretação coletiva é muito mais corriqueira que a individual, e atinge o conhecimento geral mais facilmente, o que suscita, de toda forma, mais facilmente o convencimento.

14. Nesse sentido, o princípio constitucional pode ser assemelhado à noção de cláusula geral, no sentido de ser um dispositivo obrigatório mas sempre aberto a reformulações.

15. É interessante observar a mudança no conceito de unidade. Antes da tópica, isso implicaria uma necessária imposição de ordenação lógica sobre os conceitos contidos na constituição, impedindo incoerências materiais na interpretação das leis. Por outro lado, a tópica transforma essa unidade em

um dispositivo puramente formal.

Imprima este artigo

Enviar por E-Mail

*REVISTA DE DOCTRINA DA 4ª REGIÃO*  
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS