

HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Alexandre Issa Kimura (*)

1. Introdução. 2. Interpretação constitucional e sua especificidade. 3. Sujeitos da interpretação constitucional. 4. A distinção entre “regras” e “princípios” e sua relevância para a interpretação constitucional. 5. Parâmetros da interpretação constitucional. 5.1. J. J. Gomes Canotilho. 5.2. Luís Roberto Barroso. 5.3. Celso Ribeiro Bastos. 6. Os métodos da interpretação constitucional. 6.1. Método jurídico ou clássico. 6.2. Método científico-espiritual. 6.3. A “tópica”. 6.3.1. Método concretista da Constituição aberta. 6.4. Método hermenêutico-concretizador. 6.5. Método concretista de Friedrich Müller.

1. INTRODUÇÃO

Hermenêutica e interpretação não são termos equivalentes. Consoante CARLOS MAXIMILIANO, interpretação é a aplicação da hermenêutica¹. A hermenêutica descobre e fixa os princípios que regem a interpretação, vale dizer, “a hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”.

A hermenêutica é a ciência que, abstratamente, apresenta à ação interpretativa os métodos e processos que devem ser observados pelo intérprete. A interpretação, assim, opera-se no caso concreto, conferindo ao sujeito a tarefa de extrair o real alcance, o significado da norma jurídica.

Para CELSO RIBEIRO BASTOS, a interpretação é sempre concreta, o que equivale dizer que só é passível de exercitar-se a interpretação quando se está diante de um caso a merecer decisão². Em síntese, especifica que “a interpretação tem sempre em vista um caso determinado”. A hermenêutica, de sua parte, tem por objeto os enunciados, fórmulas que serão utilizadas pelo intérprete³.

Interpretar, na lição de CARLOS MAXIMILIANO, é “explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo que na mesma se contém”⁴.

Na ciência do direito, a interpretação é ato indispensável para a efetiva aplicação da norma⁵. Lembra PAULO BONAVIDES que “não há norma jurídica

¹ *Hermenêutica e aplicação do direito*, 16.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.1.

² *Hermenêutica e interpretação constitucional*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p.21.

³ *Ibid.*, p.78.

⁴ *Op. cit.*, p.9, nota 1.

⁵ Eros Roberto Grau anota: “*Interpretação e aplicação* não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado [Gadamer 1991:397]; a interpretação do direito consiste em *concretizar a lei* em cada caso, isto é, na sua *aplicação* [Gadamer 1991:401]. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só

que dispense interpretação”⁶. Do mesmo modo, JORGE MIRANDA é elucidativo: “não é possível aplicação sem interpretação, tal como esta só faz pleno sentido posta ao serviço da aplicação”⁷.

O Supremo Tribunal Federal expressou a percepção doutrinária, ao assinalar que “o ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da Constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota da definitividade”⁸. Em seguida, registrou que “a interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal de produção normativa. Em uma palavra: o exercício de interpretação da Constituição e dos textos legais - por caracterizar atividade típica dos Juízes e Tribunais - não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República”⁹.

A interpretação da Constituição Federal ostenta peculiaridades próprias que a diferencia da interpretação das demais normas jurídicas. No entanto, não se afasta dos métodos e princípios interpretativos clássicos¹⁰, como adiante se verá.

2. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA ESPECIFICIDADE

O direito, enquanto sistema sintático¹¹, pode ser definido como *conjunto de normas que se relacionam entre si, formando um todo unitário e autônomo*. O caráter constitutivo do sistema jurídico reside no relacionamento entre os elementos que o compõem (Constituição, Leis, Decretos, etc.), envolvendo dois aspectos: de uma parte, o *formal*, e, de outra, o *material*.

Expressa PAULO DE BARROS CARVALHO:

“(…) como sistema nomoempírico prescritivo, o direito apresenta uma particularidade digna de registro: as entidades que o compõem estão dispostas numa estrutura hierarquizada, regida pela fundamentação ou derivação, que se opera tanto no aspecto material quanto no formal ou processual, o que lhe permite possibilidade dinâmica, regulando, ele próprio, sua criação e suas transformações.

operação [Marí 1991:236]. *interpretação e aplicação* consubstancia um processo unitário [Gadamer 1991:381], se superpõem” (*Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, São Paulo: Malheiros, 2002, p.76).

⁶ *Curso de direito constitucional*, 10.ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p.398.

⁷ *Manual de direito constitucional*, 4.ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.258, tomo II.

⁸ Recurso extraordinário nº 250.393 (AgRg) - RS, j. 26-10-1999, 2ª T. do STF, Relator Ministro Celso de Mello, RTJ 173/341.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Uadi Lammêgo Bulos, em sentido contrário, entende que “inexistem diferenças entre a interpretação jurídica em geral e a interpretação dos preceptivos constitucionais”. Lembra que “a interpretação constitucional não difere da interpretação das demais normas jurídicas. Ambas seguem os mesmos cânones hermenêuticos, apontados pela ciência jurídica” (*Manual de interpretação constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1997, p.14). Aduz, também, que “os aspectos político e tipológico, suscitados pelos escritores, com o intuito de especificarem a índole da interpretação constitucional, não alcançam um resultado satisfatório” (op. cit., p.19).

¹¹ No âmbito da semiótica, o signo pode ser estudado sob três dimensões: a sintaxe, a semântica e a pragmática. Na sintaxe (sistema sintático) leva-se em conta as relações formais existente entre os signos.

Examinado o sistema de baixo para cima, cada unidade normativa se encontra fundada, material e formalmente, em normas superiores. Invertendo-se o ângulo de observação, verifica-se que das regras superiores derivam, também material e formalmente, regras de menor hierarquia”¹².

A presente discussão é margeada pela relação constitucionalidade / inconstitucionalidade. Esta assertiva é bem sintetizada por JORGE MIRANDA, ao expor que “constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa - a Constituição - e outra coisa - uma norma ou um ato - que lhe está ou não conforme, que com ele é ou não compatível, que cabe ou não cabe no seu sentido”¹³.

A Constituição positiva é o fundamento último de validade das normas (dos elementos) que compõem o sistema jurídico. O sistema jurídico não comporta elementos que são relacionalmente inválidos¹⁴.

Em outras palavras, a Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico. Esta particular condição normativa deflagra determinados aspectos que singularizam a teoria da interpretação constitucional, se confrontada com a teoria da interpretação das leis em geral.

Face esta posição singular, a interpretação da Constituição deve levar em conta específicas regras hermenêuticas, sem se desvincular dos métodos e critérios tradicionais.

CELSO RIBEIRO BASTOS e CARLOS AYRES BRITO, detectando a especificidade da interpretação constitucional, alertam:

“Vê-se, para logo, que o nosso intento doutrinário é distinguir, sem separar. Isto é, sem negar que os modelos jurídicos sejam umbilicalmente unidos, formando um todo compacto e indissociável, pensamos que os de índole constitucional agregam, aos caracteres básicos de todo o conjunto, traços complementares que lhes são privativos. Daí justificam e até mesmo exigem, por merecimento intrínseco ou virtude própria, o recorte de moldes interpretativos ajustados à respectiva silhueta. Melhor falando, justificam a formulação de uma técnica especial de manejo dos já conhecidos métodos de interpretação jurídica, principalmente o histórico, o lógico-sistemático e o teleológico”¹⁵.

¹² *Direito tributário: fundamentos jurídicos de sua incidência*, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p.45.

¹³ *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p.11.

¹⁴ Marcelo Neves considera que “as normas jurídicas, enquanto proposições integrantes de um sistema nomoempírico prescritivo, não estão no plano do ser, constituindo estrutura de significação deontica (dever-ser), condicionadas e condicionantes de um determinado contexto fático-ideológico”. Em seguida, aduz que “do ponto de vista interno, uma norma pertence ao ordenamento jurídico: 1) quando emana de um ato formal de órgão do sistema, isto é, de órgão previsto direta ou indiretamente no núcleo normativo originário, e ainda não foi desconstituída por invalidade ou revogada; 2) quando resulta de fato costumeiro a que o núcleo normativo originário, direta ou indiretamente, atribui efeito normativo. Em outras palavras, pertencem ao sistema jurídico todas as normas que possam retrotrair imediata e mediatamente ao núcleo normativo que estabelece os órgãos e/ou fatos básicos de produção jurídica” (*Teoria da inconstitucionalidade das leis*, São Paulo: Saraiva, 1978, p.42-43).

¹⁵ *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo: Saraiva, 1982, p.11-12.

Assim, evidencia-se a especificidade da interpretação constitucional pelas seguintes razões:

a) *Inicialidade fundante da Constituição*

As normas constitucionais, por sua supremacia, não podem ser contrariadas pelas demais normas do sistema, isto é, a Constituição representa o vetor, o fundamento último de validade das demais normas que compõem o ordenamento jurídico. Assim, “as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas a partir da Constituição, com base nela, mas não o contrário”¹⁶. Ao contrário das leis infraconstitucionais, na interpretação das normas constitucionais não há outro vetor normativo que não sejam as próprias normas que integram a Constituição.

b) *Conteúdo político das normas constitucionais*

A Constituição é, essencialmente, composta de princípios e regras representativos de valores e ideologias existentes numa determinada sociedade. Esta é a razão pela qual na Constituição é possível observar, com maior nitidez, a proximidade existente entre o político e o jurídico. A Constituição é, antes de tudo, um pacto político.

RAÚL CANOSA USERA é lapidar:

“Precisamente, la Carta juridifica algunos de los motivos políticos e ideológicos más sobresalientes en la vida de la Comunidad Nacional. Com arreglo al material que el operador de la interpretación constitucional debe manejar, la valoración de estos motivos cobra una especialísima dimensión. Valorar estos motivos significa, claro está, interpretarlos; de ahí que, al hablar de la orientación política, concluyéramos encuadrando ésta dentro de las formas de representación del objeto interpretativo constitucional”¹⁷.

A extração do significado do texto constitucional depende do equilíbrio entre: (a) o espírito que previamente informou a alocação positiva das aspirações da comunidade e, (b) a conformação do texto às circunstâncias históricas e sociais.

J. H. MEIRELLES TEIXEIRA explica que interpretar a Constituição significa “compreender o sentido e o alcance de suas normas, pelo exato entendimento das suas expressões, de acordo com suas finalidades, e tendo em vista as condições e necessidades sociais de cada época”¹⁸.

c) *A estrutura da linguagem constitucional*

ROBERT F. TERWILLIGER considera que “para o psicólogo, o estudo da linguagem diz respeito a algo que fazem os que da mesma linguagem se utilizam; em outras palavras, *a linguagem consiste em algo que se expressa através deste ou daquele tipo de comportamento adotado por quem usa a linguagem*”¹⁹(g.n.).

¹⁶ Ibid., p.13.

¹⁷ *Interpretacion constitucional y formula politica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p.116.

¹⁸ *Curso de direito constitucional*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p.268.

¹⁹ Ibid., p.27.

HANS-GEORG GADAMER expõe:

“Não precisamos, pois, demonstrar a tese de que todo entendimento é um problema de linguagem e de que o sucesso ou fracasso no entendimento só se obtém no elemento da condição de linguagem. Todos os fenômenos do entendimento, da compreensão e da incompreensão, que formam o objeto da assim chamada hermenêutica, representam um fenômeno de linguagem. Mas a tese que pretendo discutir dá um passo ainda mais radical. A tese afirma que não apenas o processo do entendimento entre os seres humanos, mas também o próprio processo da compreensão representa um acontecimento de linguagem mesmo que se volta para algum aspecto fora do âmbito da linguagem ou escuta a voz apagada da letra escrita. (...)”²⁰.

RODOLFO VIANA PEREIRA, em sua obra *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*²¹, afirma que “não se pode esquecer que o meio pelo qual ocorre a compreensão é a linguagem. Tanto o pensamento como a comunicação só são realizados lingüisticamente, eis que ela representa o nosso acesso aos fenômenos, a nossa possibilidade de conhecimento”.

Ciência é linguagem. A Ciência do Direito expressa-se por linguagem. A Constituição, norma componente do sistema jurídico, se expressa mediante linguagem e, nesta perspectiva, exprime “um sistema de comportamento a ser adotado num determinado Estado”.

A função da “linguagem constitucional” é transmitir, sinteticamente, a rotulação ideológica e valorativa de determinado Estado. Em decorrência, na interpretação da Constituição deve prevalecer o significado comum dos termos, pois a Constituição dirige-se, acima de tudo, ao povo. Uma das notas fundamentais que singularizam a interpretação constitucional deriva da seguinte circunstância: *o comportamento do intérprete da Constituição não pode ser condicionado ao significado técnico que o termo possa ter*.

Demais, a linguagem constitucional é composta de termos abertos, vale dizer, é formada por termos com significado flexível, que possibilitam ao intérprete a adaptação da norma à realidade. Tal característica, no entanto, não representa a idéia de que os termos do texto constitucional são indetermináveis. Ao contrário, a determinabilidade do termo - denotando-o e conotando-o -, se opera mediante a extração do significado adequado, levando em conta as circunstâncias ideológicas e valorativas que informaram o espírito constituinte, bem como a harmonização do texto constitucional com o seu tempo²².

²⁰ *Verdade e método II*, Petrópolis: Editora Vozes, 2002, p.216.

²¹ *Hermenêutica filosófica e constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.50.

²² “A necessidade de uma permanente adequação dialéctica entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição. o reconhecimento destas **mutações constitucionais silenciosas** (*‘stille verfassungswandlungen*) é ainda um acto legítimo de interpretação constitucional”. (J. J. Gomes Canotilho, *direito constitucional e teoria da Constituição*, 3.ed., [s.l.]: Livraria Almedina, [s.a.p.], 1154).

Como se vê, as três características mencionadas atribuem à interpretação constitucional certas peculiaridades que não são apreendidas na interpretação das demais leis e atos normativos.

3. SUJEITOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

PETER HÄBERLE²³ prescreveu uma teoria da interpretação constitucional na qual, ao reconhecer que a Constituição é interpretada por uma sociedade fechada (intérpretes jurídicos vinculados às corporações e aos participantes formais do processo constitucional), acaba por pregar a possibilidade de se vincularem ao processo interpretativo “todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado em *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.”

Propõe por critérios de interpretação mais abertos (interpretação em sentido lato), pois “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma”²⁴.

Para HÄBERLE:

“(...) povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão”²⁵.

Alerta que “na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição. Por essa razão, tornam-se mais relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir a liberdade: a política de garantia dos direitos fundamentais de caráter positivo, a liberdade de opinião, a constitucionalização da sociedade, v.g., na estruturação do setor econômico público”²⁶.

Destarte, esta pluralidade de intérpretes decorre da supremacia da Constituição, pois a ela todos se sujeitam. Reconhece-se, desta forma, que a interpretação da Constituição é legitimamente exercida pelos Poderes Executivo, Legislativo (interpretação político-legislativa) e Judiciário (interpretação jurisdicional); pela doutrina (interpretação doutrinária); pelos cidadãos, isto é, por uma multiplicidade de intérpretes que representam fontes interpretativas de diversas naturezas.

Em decorrência, esta ampliação dos sujeitos-intérpretes da Constituição faz com que se desenvolva uma força normativa capaz de inspirar a Corte

²³ *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição* (trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p.12-13).

²⁴ *Ibid.*, p.15.

²⁵ *Ibid.*, p.37.

²⁶ *Ibid.*, p.37-38.

Constitucional a interpretar a Constituição em “correspondência com a sua atualização pública”²⁷.

De certa forma, a proposta de HÄBERLE embasa a conformação social harmonizada com a textura aberta dos termos que compõem a Constituição.

Quanto ao presente ponto, por fim, cumpre notar a observação de PAULO BONAVIDES²⁸, ao considerar que a proposta de PETER HÄBERLE, caracterizada como “método concretista da ‘Constituição aberta’”, sofreu profunda influência da tópica²⁹ - uma técnica de pensar por problemas -, isto porque “a interpretação tópica dá-se mediante um processo aberto de discussão de problemas”³⁰.

4. A DISTINÇÃO ENTRE “REGRAS” E “PRINCÍPIOS” E SUA RELEVÂNCIA PARA A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Faz-se imprescindível a análise do tema “princípios constitucionais” pela relevância que ostenta para a sistematização dos cânones interpretativos constitucionais.

Diante das diversas acepções que o termo detém, não é tarefa fácil conceituar princípio. De plano, cumpre frisar que os princípios, assim como as regras, são espécies do gênero “norma jurídica”.

Quanto à questão relativa à configuração de “princípios constitucionais”, cumpre repisar o alerta dado por CANOTILHO acerca da distinção entre “princípios hermenêuticos” e “princípios jurídicos”. Os primeiros “desempenham uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição (cfr. Infra, cap. 3º, cânones da interpretação) ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito (*Richterrecht, analogia juris*)”³¹.

De outra banda, leciona que os princípios que se distinguem das regras são “verdadeiras normas, qualitativamente distintas das categorias de normas ou seja, das regras jurídicas”³². É neste segundo sentido que se trabalha com o termo “princípio”, isto é, diferenciando-o das regras.

EROS ROBERTO GRAU³³, fixando o caráter normativo dos princípios, assevera que aqueles que integram o sistema jurídico podem ser: 1) explícitos,

²⁷ Ibid., p.41.

²⁸ *Curso de direito constitucional*, 11.ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p.465.

²⁹ Conforme Manuel Atienza, “o que normalmente se entende hoje por teoria da argumentação jurídica tem sua origem numa série de obras dos anos 50 que compartilham entre si a rejeição da lógica formal como instrumento para analisar raciocínios jurídicos. As três concepções mais relevantes são a *tópica* de Viehweg, a *nova retórica* de Perelman e a *lógica informal* de Toulmin” (*As razões do direito - teorias da argumentação jurídica*, São Paulo: Landy, 2000, p.59).

³⁰ Georges Salomão Leite, *interpretação constitucional e tópica jurídica*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.68.

³¹ *Direito constitucional e teoria da Constituição*, op. cit., p.1.087, nota 22.

³² Ibid., p.1087.

³³ Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 125 e ss.

quando enunciados textualmente na Constituição ou na lei (*direito posto*); 2) implícitos, quando não expressamente enunciados nos textos legais, mas destes inferidos; 3) gerais de direito, também implícitos, porém em estado de latência sob dado ordenamento jurídico (*direito posto*), sendo coletados (descobertos) no correspondente direito pressuposto. Conforme a categoria em que se apresente o princípio, será mais concretizado e terá menos capacidade de otimização. Em regra, a maior otimização é conferida aos terceiros, reduzindo-se nos segundos e daí para os primeiros.

Todas estas categorias de princípios, inclusive, os gerais de direito, não são transcendentais. Não são resgatados de uma ordem suprapositiva ou do “direito natural”, de um ideal de “direito justo” ou de “idéia de direito”. Estão contemplados, em sua totalidade ou em parte, em determinado ordenamento jurídico de modo subjacente. Não são anteriores ou posteriores ao Direito, mas são o próprio Direito. Eles não precisam ser positivados, porque já são positivos, ainda que, por vezes, em estado latente. O intérprete jamais os cria; cumpri-lhe, em cada caso, perceber diretamente ou, se necessário, descobrir aquele ou aqueles aplicáveis e declará-los³⁴.

Dada a capacidade que os princípios têm de revelar normas implícitas no sistema, eles cumprem importante papel na interpretação e aplicação do Direito.

A sempre citada definição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO é lapidar:

“Princípio é mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”³⁵.

Princípios e regras são espécies de normas que se diferenciam sob diversos aspectos.

Os princípios e as regras são genéricos, mas a dita generalidade que as regras detêm é, em essência, diferente da generalidade dos princípios. A regra incide num número indeterminado de atos ou fatos. Apesar de tal indeterminabilidade, há especificidade nesses atos ou fatos, já que sua competência é regular somente a eles. Esta é a razão pela qual as regras não comportam exceções, vale dizer, as regras têm textura normativa fechada.

Os princípios, no que toca à sua aplicabilidade, são vagos. Comportam, por assim dizer, empregos diversos, já que sua textura normativa é aberta. Sendo assim, os princípios têm enorme capacidade expansiva. Daí se infere que são mandamentos de otimização, podendo ser concretizados em diferentes graus, ditados pelas condições materiais e jurídicas extraídas do ordenamento jurídico.

³⁴ Ibid., p.132-138.

³⁵ *Curso de direito administrativo*, 12.ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p.747.

Os princípios carregam imensa carga axiológica, isto é, propagam “parâmetros” arraigados na “idéia de direito” ou na “exigência de justiça”. No choque entre princípios, o intérprete deve balancear os *valores* e os interesses em pauta e optar por aquele que, no caso, tenha maior grau de incidência.

Fazer uso das normas constitucionais como sistema no qual os princípios, *sob o ponto de vista material*, são hierarquicamente superiores às regras, não equivale dizer que, em todos os aspectos, entre tais espécies normativas existam planos hierárquicos diferenciados. A hierarquia entre princípios e regras emerge unicamente no ato de interpretação do texto.

Sob o ponto de vista formal, as regras estão situadas no mesmo patamar que os princípios, até porque uma Constituição rígida exige o mesmo rigor procedimental para que suas normas (regras e princípios) sejam modificadas. Aliás, o STF já firmou entendimento no sentido de que é impossível de se considerar inconstitucional uma norma constitucional inferior ao princípio³⁶.

Fixadas estas premissas, mister se faz elencar algumas relevantes contribuições doutrinárias que identificaram determinados parâmetros para a interpretação constitucional.

5. PARÂMETROS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Como conseqüência da estrutura do sistema jurídico e das peculiaridades justificantes da interpretação constitucional já estudadas, a doutrina reconhece determinados parâmetros a serem observados pelo intérprete da Constituição.

Aqui, preferimos o termo “parâmetro” porque, no campo doutrinário, determinados *cânones* de interpretação constitucional ora são compreendidos como “princípios” (J. J. GOMES CANOTILHO, LUIZ ROBERTO BARROSO e GLAUCO BARREIRA MAGALHÃES FILHO³⁷), ora são sistematizados, conforme sua natureza, em “postulados, instrumentais e princípios” (CELSO RIBEIRO BASTOS).

De qualquer sorte, vejamos as contribuições teóricas e doutrinárias.

5.1. J. J. Gomes Canotilho

Para CANOTILHO, existe um ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional: os “princípios tópicos da interpretação constitucional”³⁸.

A partir de uma postura metódica hermenêutico-concretizante, construída pela doutrina e pela *praxis* jurídica, este catálogo contém tópicos

³⁶ Ação direta de inconstitucionalidade, j.28-6-1996, TP do STF, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 163/872.

³⁷ A sistematização dos princípios de interpretação constitucional formulada pelo autor guarda correspondência com a proposta elaborada por Canotilho, razão pela qual deixamos de elencá-los no presente trabalho. A respeito do tema, conferir sua obra *hermenêutica e unidade axiológica da constituição*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p.78-81.

³⁸ Op. cit., p.1148, nota 22.

relevantes para a interpretação constitucional. Esta relação descritiva foi produzida diante da necessidade de se encontrar princípios que auxiliem a tarefa interpretativa³⁹.

Esta catálogo de tópicos são denominados pelo autor como “princípios de interpretação da Constituição”.

Vejamos.

a) *Princípio da unidade da Constituição*

Segundo este princípio, a Constituição deve ser interpretada de forma a não haver, em seu texto, contradições, antinomias. A harmonia que deve existir entre as normas constitucionais, situadas no mesmo patamar hierárquico, retira a possibilidade de se depreender a existência de normas constitucionais inconstitucionais.

b) *Princípio do efeito integrador*

Associado ao princípio da unidade da Constituição, o princípio do efeito integrador significa que “na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política”⁴⁰.

c) *Princípio da máxima efetividade*

Também denominado “princípio da eficiência” ou “princípio da interpretação efetiva”, prescreve que a interpretação constitucional, ao buscar soluções aos problemas de índole constitucional, deve procurar o significado que tenha maior eficácia.

d) *Princípio da justeza ou da conformidade funcional*

Este princípio, em sede de concretização da Constituição, exige que não seja subvertida a repartição de funções constitucionalmente fixadas. Sua tendência, alerta CANOTILHO, é ser considerado mais como um princípio autônomo de competência do que como um princípio de interpretação constitucional.

e) *Princípio da concordância prática ou da harmonização*

Sem se divorciar dos princípios da unidade e do efeito integrador, ele “impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”⁴¹.

Ressalta PAULO ARMINIO TAVARES BUECHELE que “este princípio relaciona-se intimamente com o Princípio da Proporcionalidade, na medida em que este último também pode ser utilizado como princípio de interpretação constitucional”⁴².

f) *O princípio da força normativa da Constituição*

³⁹ Ibid., p.1148.

⁴⁰ Ibid., p.1149.

⁴¹ Ibid., p.1150.

⁴² *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.104.

A abrangência do princípio é explicada por CANOTILHO: “na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a ‘atualização normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência”⁴³.

g) *Princípio da interpretação conforme a Constituição*

O princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição não é, exatamente, um princípio de interpretação, mas um princípio de controle.

Salienta EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA:

“El origen del principio que impone la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento está en el proceso de constitucionalidad de las Leyes: antes de que una Ley sea declarada inconstitucional, el juez que efectúa el examen tiene el deber de buscar en vía interpretativa una concordancia de dicha Ley con la Constitución. La anulación de una Ley es un suceso bastante más grave que la anulación de un acto de la Administración, porque crea por sí sola una gran inseguridad jurídica”⁴⁴.

A Constituição é, quanto à sua linguisticidade, composta de termos abertos, plurissignificativos. Atento a isso, CANOTILHO, verificando que quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentro dos vários significados da norma, assinala que deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição⁴⁵.

Aponta, ainda, as várias dimensões do princípio:

“(1) o *princípio da prevalência da Constituição* impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa de norma ou normas constitucionais; (2) o *princípio da conservação de normas* afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição; (3) o *princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas ‘contra legem’* impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais”⁴⁶.

PAULO BONAVIDES, por sua vez, reconhecendo tratar-se de um “método” especial de interpretação, nega a natureza de princípio de

⁴³ *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 3.ed., [s.l.]: Livraria Almedina, [s.a.p.], p.1.151.

⁴⁴ *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid: Editorial Civitas, 1985, p.95-96.

⁴⁵ Op. cit., p.1151, nota 43.

⁴⁶ *Ibid.*, mesma página.

interpretação da Constituição, considerando ser um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição⁴⁷.

De fato, este princípio deriva da presunção de que toda lei é, em tese, constitucional (presunção *juris tantum*), consagrando-se, na hipótese de várias interpretações possíveis, aquela que se harmonize com a Constituição. Preserva-se, assim, a permanência da norma no sistema face o descobrimento de significado conciliável com a norma suprema.

5.2. Luís Roberto Barroso

LUÍS ROBERTO BARROSO, em *Interpretação e Aplicação da Constituição*, adota a denominação “princípios de interpretação especificamente constitucional” para designar os parâmetros que o intérprete deve seguir na interpretação da Constituição.

Faz elucidativa explanação acerca dos princípios constitucionais como condicionantes da interpretação constitucional, recomendando:

“O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie”.⁴⁸

Mais adiante, menciona que “os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica”⁴⁹, e os sistematiza em princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais ou especiais.

Os *princípios fundamentais* “são aqueles que contêm decisões políticas estruturais do Estado”⁵⁰, os fundamentos da sua organização (v.g., Estado unitário e federação, república ou monarquia, presidencialismo ou parlamentarismo). São princípios que exprimem a “ideologia política que permeia o ordenamento jurídico”, representando o núcleo imodificável do sistema, “servindo como limite às mutações constitucionais”⁵¹.

Os *princípios constitucionais* gerais são as especificações dos princípios fundamentais (v.g., legalidade, isonomia); irradiam-se por toda ordem jurídica.

Os *princípios setoriais ou especiais* “são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição”⁵² (v.g., princípio da legalidade tributária ou da legalidade penal).

⁴⁷ *Curso de direito constitucional*, 11.ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p.474.

⁴⁸ *Interpretação e aplicação da Constituição*, 4.ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p.149.

⁴⁹ *Ibid.*, p.150.

⁵⁰ *Ibid.*, p.153.

⁵¹ *Ibid.*, mesma página.

⁵² *Ibid.*, mesma página.

Conforme o mencionado autor, a finalidade dos princípios, no âmbito do sistema jurídico, é (a) edificar as decisões políticas fundamentais feitas pelo constituinte e expressar os valores superiores que inspiraram a criação ou reorganização de um dado Estado; (b) propiciar unidade ao sistema jurídico; e (c) orientar os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, “condicionando a atuação dos poderes públicos e pautando a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes”⁵³.

Ao tratar dos princípios de interpretação constitucional, elenca, assim como fez CANOTILHO, os princípios da interpretação conforme a Constituição, da unidade e da efetividade.

Propõe, a par dos princípios mencionados no parágrafo acima e já analisados no item anterior, os princípios (a) da supremacia da Constituição; (b) da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público; e (c) da razoabilidade e da proporcionalidade.

a) princípio da supremacia da Constituição

Conforme mencionado no item 3., a Constituição, dada sua inicialidade fundante, é o fundamento de validade de todos os atos normativos que compõem o ordenamento jurídico. As normas infraconstitucionais devem ser interpretadas a partir da Constituição e não o contrário.

No dizer de LUÍS ROBERTO BARROSO, a supremacia constitucional “em nível dogmático e positivo, traduz-se em uma superlegalidade formal e material. A superlegalidade formal identifica a Constituição como a fonte primária da produção normativa, ditando competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores. E a superlegalidade material subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Constituição”⁵⁴.

b) Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público

O presente princípio, obviamente, alia-se a “confiança” de que os atos emanados de cada um dos Poderes do Estado têm presunção de constitucionalidade.

Consoante o autor, “a presunção de constitucionalidade das leis encerra, naturalmente, uma presunção *iuris tantum*, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão jurisdicional competente”⁵⁵.

c) Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

No tocante ao tema, o autor inicia sua descrição salientando que “o princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão”⁵⁶. Assevera

⁵³ Ibid., p.154.

⁵⁴ Ibid., p.161.

⁵⁵ Ibid., p.174.

⁵⁶ Ibid., p.213. Paulo Armínio Tavares Buechele, demonstrando a localização do princípio da proporcionalidade na constituição federal de 1988, adverte: “de fato, também nos parece que o dispositivo que melhor se presta a sediar o princípio da proporcionalidade, na vigente carta política brasileira, é o inciso LIV do artigo 5º, assegurador do denominado *Substantive Due Process of Law* - garantia que consiste na ‘exigência constitucional de que as leis devem ser

que a “cláusula enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins”⁵⁷.

Adiante, alerta que:

“(…) na Europa continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da proporcionalidade com o princípio da razoabilidade”. Afirma ser o princípio da razoabilidade “um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”⁵⁸.

Pondera, também, que a doutrina - tanto lusitana quanto brasileira - reproduz a tríplice caracterização do princípio da *proporcionalidade*, como é referido pelos autores alemães⁵⁹, dos quais:

“(…) se extraem os requisitos (a) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da *necessidade ou exigibilidade*, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos”⁶⁰.

5.3. Celso Ribeiro Bastos

Em *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, a construção metodológica do Professor CELSO BASTOS reside na verificação e análise de três níveis bem discerníveis na decomposição da interpretação constitucional: “(a) os postulados, (b) os instrumentais hermenêuticos e (c) os princípios”.

O *postulado* “é um comando, uma ordem mesma, dirigida à todo aquele que pretende exercer a atividade interpretativa. Os postulados precedem à própria interpretação, e se se quiser, a própria Constituição. Não se poderá interpretar devidamente, sem se atentar para estes elementos. Trata-se de condição para a interpretação”⁶¹ da qual o intérprete não poderá descuidar.

São postulados: a) supremacia da constituição (o ordenamento jurídico é interpretado a partir da Constituição); b) unidade da constituição (o direito constitucional deve ser interpretado, evitando-se contradições em suas normas); c) maior efetividade possível (sempre que possível, o dispositivo constitucional deverá ser interpretado no sentido que lhe atribua maior eficácia - a lei não emprega palavras inúteis) e; d) postulado decorrente - harmonização (exprime a idéia de coerência do sistema jurídico).

razoáveis, é dizer, que devem conter uma equivalência entre o fato antecedente da norma jurídica criada e o fato conseqüente da prestação ou sanção, tendo em conta as circunstâncias sociais que motivaram o ato, os fins perseguidos com ele e o meio que, como prestação ou sanção, estabelece dito ato” (ob. cit., p. 48).

⁵⁷ Ibid., p.214.

⁵⁸ Ibid., p.219.

⁵⁹ Ibid., p.223.

⁶⁰ Ibid., p.223-224.

⁶¹ *Hermenêutica e interpretação constitucional*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p.95.

Quanto a este aspecto, de antemão, percebe-se a divergência semântica e metodológica entre a teoria aqui propugnada e as outras vozes doutrinárias. O que no presente trabalho são considerados “postulados”, a doutrina, em geral, denomina “princípios”.

Ensina que os *instrumentais hermenêuticos* “impõe-se como instrumentos de operação do sistema constitucional, e muitas vezes do direito em geral. São fórmulas compreendidas como os expedientes, procedimentos, recursos de interpretação fornecidos pela teoria do Direito. São, portanto, fórmulas que disciplinam a interpretação, mas que nada ganham em serem inseridas no próprio texto constitucional, uma vez que estas próprias fórmulas, assim positivadas, demandariam outras para interpretá-la”⁶².

O rol dos instrumentais tem a seguinte composição: a) a não ser excepcionalmente, e de forma devidamente fundamentada, não se deve atribuir aos termos interpretados significado distinto daquele que estes termos têm na linguagem comum (a Constituição não tolera o vocabulário técnico); b) a termos idênticos, utilizados por diferentes normas, se deve atribuir o mesmo significado, salvo raríssimas exceções, quando se tratem de situações diversas, embora o vocábulo utilizado seja o mesmo; c) a termos diferentes não se deve atribuir o mesmo significado, salvo em casos excepcionais, devidamente motivados; d) os significados lingüísticos devem ser buscados segundo as regras sintáticas da linguagem comum; e) a uma norma constitucional se deve atribuir um significado de acordo com a finalidade que persegue a instituição à qual pertencer dita norma; f) à regra constitucional deve ser atribuído significado que estiver de acordo com a intenção do legislador histórico; g) à regra constitucional deve ser atribuído o significado que estiver de acordo com a intenção perseguida pelo legislador contemporâneo ao momento da interpretação; h) uma regra constitucional deve ser compreendida de acordo com seu sentido histórico.

Os *princípios*, segundo o autor, “são as diretrizes, no sentido que fornecem uma direção precisa ao intérprete. Os princípios constitucionais consubstanciam-se em valores, mas muito genéricos, em torno dos quais gravita todo um conjunto de regras sobre as quais incidirão”⁶³.

A construção teórica do Prof. CELSO BASTOS comporta algumas observações.

Como dito linhas acima, CANOTILHO alerta para a diferença existente entre os princípios de interpretação constitucional e os princípios constitucionais.

A Constituição é composta de regras e de princípios. O conceito de “princípios constitucionais” aqui tratado refere-se à sua visualização enquanto normas que, ao lado das regras, integram a Constituição. Não se alude aos princípios específicos de interpretação constitucional.

Para a fixação dos parâmetros da interpretação constitucional nos parece correta a tricotomia “postulados, instrumentais e princípios”, *até porque não nos parece aceitável adotar o termo princípio para indicar duas realidades*

⁶² Ibid., p.96-97.

⁶³ Ibid., p.97.

distintas, quais sejam, os princípios constitucionais e os princípios de interpretação constitucional.

Isto não significa dizer que os ditos “princípios constitucionais” sejam irrelevantes à interpretação da Constituição. Ao contrário, o arranjo normativo de princípios fixados pela Constituição servirá de orientação máxima à elucidação de um problema prático de fundamento constitucional. Demais, “além de regra de interpretação, é também objeto da interpretação. É nos princípios que se irá encontrar as diretrizes valorativas válidas aplicáveis à interpretação constitucional”⁶⁴.

Não é só.

Os postulados são pressupostos *cogentes* que nunca podem ser afastados da interpretação constitucional.

Além disso, outra peculiaridade reside na impossibilidade lógica de conflito entre os postulados. De sua parte, os princípios, acaso conflitantes entre si, devem ser balanceados para se obter aquele de “maior peso” no caso concreto, deflagrando-se o recuo do outro sem que seja eliminado do sistema, podendo, contudo, ser aplicado a casos futuros.

Para sintetizar, leciona o Professor CELSO BASTOS que:

“(…) os postulados são pressupostos para uma válida interpretação. Os instrumentais hermenêuticos é que são propriamente recursos da interpretação. E isso se afirma já que, no tocante aos princípios, dir-se-ia mais corretamente serem verdadeiras limitações à atividade interpretativa, na medida em que não se pode interpretar em sentido que lhes seja contraditório, que olvide sua existência ou que não os positive. O sustentáculo natural de interpretação constitucional decorre da referência impositiva que o intérprete deve aos princípios”⁶⁵.

Desta forma, após análise das características e sistematizações doutrinárias acerca da interpretação constitucional, cabe no item seguinte estudar os métodos de interpretação constitucional.

6. OS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O método representa a maneira pelo qual o cientista orienta sua pesquisa para estudo de determinada área da ciência. Nas palavras de WILSON ACCIOLI, o método é elemento essencial da ciência⁶⁶.

Nesta perspectiva, vários são os métodos articulados pela doutrina para clarificar o caminho pelo qual o intérprete pode trilhar para extrair a significação do enunciado da norma constitucional. Emergem, nesta dimensão, os denominados métodos de interpretação constitucional.

6.1. O método jurídico ou clássico

⁶⁴ Celso Ribeiro Bastos, op. cit., p.133, nota 61.

⁶⁵ *Hermenêutica e interpretação constitucional*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p.99.

⁶⁶ *Instituições de direito constitucional*, 3.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.12.

Pelo método clássico ou jurídico as normas constitucionais devem ser interpretadas levando-se em conta os elementos (a) *filológico* - literal, gramatical, literal; (b) *lógico* - sistemático; (c) *histórico* - , (d) *teleológico* - finalidade e utilidade social e; (e) *genético*. Expõe CANOTILHO que por este método, “interpretar a Constituição é interpretar uma lei (*tese da identidade: interpretação constitucional = interpretação legal*)”⁶⁷.

6.2. Método científico-espiritual

Traçado por RUDOLF SMEND, o método científico-espiritual, segundo CANOTILHO, funda-se na necessidade de interpretação da Constituição “em prestígio: (i) nas bases de valoração (= ordem de valores, sistema de valores) subjacentes ao texto constitucional; (ii) o sentido e a realidade da constituição como elemento do *processo de integração*. O recurso à ordem de valores obriga a uma <captação espiritual> do conteúdo axiológico último da ordem constitucional”⁶⁸.

A concepção de SMEND, salienta PAULO BONAVIDES, “é precursoramente sistêmica e espiritualista: vê na Constituição um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade. Esses fatores são a parte fundamental do sistema, tanto quanto o território é a sua parte mais concreta”⁶⁹.

6.3. A “Tópica”

A tópica influenciou decisivamente as ciências jurídicas para a fixação de uma Teoria da Argumentação.

Reatando idéias de ARISTÓTELES, CÍCERO E GIAN BATTISTA VICO, THEODOR VIEHWEG, em *Topik und Jurisprudenz*, propôs uma *techne* do pensamento orientada para o problema⁷⁰.

De conteúdo assistemático, a reafirmação a tópica por VIEHWEG foi caracterizada por três elementos:

“(...) por um lado a tópica é, do ponto de vista de seu objeto, uma técnica do pensamento problemático; por outro lado, do ponto de vista do instrumento com que opera, o que se torna central é a noção de topos ou lugar-comum; finalmente, do ponto de vista do tipo de atividade, a tópica é uma busca e exame de premissas: o que a

⁶⁷ *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 3.ed., [s.l.]: Livraria Almedina, [s.a.p.], 1.136.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 1.139.

⁶⁹ *Curso de direito constitucional*, 10.ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 436.

⁷⁰ Georges Salomão Leite esclarece que “diferentemente das técnicas de interpretação, que partem da norma para o problema (modelo subsuntivo-dedutivo), a tópica faz o caminho inverso, parte do problema para a norma, ou seja, do particular para o geral. Percebe-se, desde logo, que o pensamento tópico é do tipo indutivo (particular-geral), ao passo que o pensamento sistemático é dedutivo (geral-particular). Isto faz com que a tópica coloque o problema a frente de tudo, é dizer, o caso concreto é o ponto de partida do pensamento problemático, e é a partir deste problema que a norma recebe seu sentido” (*Interpretação constitucional e tópica jurídica*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 68).

caracteriza é ser um modo de pensar no qual a ênfase recai nas premissas, e não nas conclusões”⁷¹.

MARGARIDA MARIA LACOMBE CAMARGO verifica com clareza as feições que a tópica ostenta:

“A tópica assume uma estrutura dialógica que desponta sobre uma base retórico-argumentativa de feição intersubjetiva: suas premissas legitimam-se na aceitação do interlocutor, da mesma forma que o comportamento dos interlocutores é orientado pela previsibilidade de oposição do adversário. Para a tomada de decisão, é necessário o consenso; e o que em disputa fica provado em virtude de aceitação, passa a ser admissível como premissa para outros raciocínios de ordem dialética. Diante da infinidade do raciocínio tópico, permanece, então, o debate como principal instância de controle. A abertura para o diálogo sujeito à crítica traz transparência e legitimidade às decisões não apenas porque suas premissas gozam de respeitabilidade, mas também pelo poder de persuasão de suas teses, à medida que elas conseguem sobreviver ao ataque das críticas e erradicar progressivamente equivocidades. Não existem, pois, respostas corretas ou verdadeiras, mas argumentos que se impõem pela força do convencimento”⁷².

Assim, apesar das severas críticas que sofre, a tópica figura como um procedimento pelo qual o sujeito lida com problemas, empregando-se, no caso, os *topois*.

Em outras palavras, é uma técnica de pensar por problemas, orientados pelos denominados *topoi*, que significam “pontos de vistas auxiliares utilizados na busca de uma solução adequada para um problema previamente dado”⁷³. A função dos *topoi* é servir a uma discussão de problemas. Os *topoi* e os catálogos de *topoi* têm, em conseqüência, uma extraordinária importância no sentido da fixação e da construção de um entendimento comum⁷⁴.

Assim, o emprego da tópica ressurgiu como uma proposta de concretização do Direito, mediante busca de premissas e problematizações norteadas por um elemento fundamental: *a busca do justo*.

Por fim, depreende-se que o modo de pensar tópico, dada sua expansividade, é uma ferramenta preciosa para a interpretação, pois diante de “novos pontos de vista” (*topoi*) é possível que se dê uma mudança de situação, um novo rumo, naquilo já fixado, condicionado.

6.3.1. Método concretista da Constituição aberta

A tópica repercutiu na doutrina do direito constitucional com muita intensidade. Para PAULO BONAVIDES “um dos métodos de interpretação que a tópica mais de perto influenciou nos dias atuais foi o método concretista da ‘Constituição aberta’, teorizado na Alemanha pelo prof. PETER HÄBERLE”⁷⁵.

⁷¹ Ibid., p.65.

⁷² *Hermenêutica e argumentação*, p.158.

⁷³ cf. George Salomão Leite, op. cit., p.61, nota 70.

⁷⁴ cf. Thedor Viehweg, *tópica e jurisprudência*, p.41.

⁷⁵ *Curso de direito constitucional*, p.465, nota 69.

Conforme estudado no item 3. do presente trabalho, HÄBERLE detectou um imenso alcance da tópica, mediante fundamentações e legitimações plenamente aplicáveis ao direito constitucional.

A construção teórica de HÄBERLE, diz BONAVIDES, “parece desdobrar-se através de três pontos principais: o primeiro, o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição; o segundo, o conceito de interpretação como um processo aberto e público e, finalmente, o terceiro, ou seja, a referência desse conceito à Constituição mesma, como realidade constituída e publicização”⁷⁶.

Sobremais:

“(…) o método da Constituição aberta representa uma contribuição fecunda, dos juristas da tópica ao Direito Constitucional. Sem a tópica, a teoria material da Constituição não teria feito os excepcionais progressos que alcançou, depois de chegar a um ponto de exaustão a controvérsia do positivismo com o direito natural nos arraiais do pensamento filosófico europeu. A grande saída de Viehweg e Esser na hermenêutica jurídica do século XX abriu pois caminho às correntes críticas de um constitucionalismo de renovação, que reaproximou, com base em profunda reflexão, a Constituição e a realidade. Fez possível dentro da sociedade móvel e dinâmica de nosso tempo, um Estado de Direito com fundamento de legitimidade nos direitos sociais e nas garantias concretas da liberdade humana”⁷⁷.

Efetivamente, a nova hermenêutica constitucional, com apoio na tópica, preocupa-se com soluções possíveis à resolução de propostas constitucionais. Estas propostas, no âmbito da tópica, devem ser compatibilizadas com a realidade social. Assim, a textura normativa aberta das normas constitucionais é, em síntese, o campo de trabalho dos legítimos intérpretes democráticos à consecução do programa social.

6.4. Método hermenêutico-concretizador

Outro desdobramento que a tópica inspirou no direito constitucional foi o método hermenêutico-concretizador, elaborado por KONRAD HESSE.

CANOTILHO expõe suas características fundamentais:

“O método hermenêutico-concretizador arranca da idéia de que a leitura de um texto normativo se inicia pela *pré-compreensão* do seu sentido através do intérprete. A interpretação da constituição também não foge a este processo: é uma *compreensão de sentido*, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efectua uma actividade práctico-normativa, *concretizando* a norma para e a partir de uma situação histórica concreta. No fundo, este método vem realçar e iluminar vários pressupostos da tarefa interpretativa: (1) os pressupostos subjectivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (*pré-compreensão*) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional: (2) os pressupostos objectivos, isto é, o *contexto*, actuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica: (3) relação

⁷⁶ Ibid., p.466.

⁷⁷ Ibid., p.472.

entre o *texto* e o *contexto* com a mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em <movimento de ir e vir> (círculo hermenêutico)”⁷⁸.

Para KONRAD HESSE, precursor do presente método, a interpretação constitucional no sentido estrito torna-se necessária e converte-se em problema quando uma questão jurídico-constitucional deve ser respondida, que não deixa decidir univocamente com base na Constituição. Diz o autor que “onde não existem dúvidas, não se interpreta e, muitas vezes, também não é necessária interpretação”⁷⁹.

HESSE distingue interpretação em sentido amplo e interpretação em sentido estrito. As normas constitucionais somente são interpretadas *em sentido estrito*, ocasião em que ocorre a denominada *concretização*⁸⁰. Noutro passo, a inexistência de dúvidas não deflagra a interpretação em sentido estrito, mas sim a interpretação em sentido amplo, isto é, a compreensão da norma⁸¹.

Destarte, só há interpretação em sentido estrito, portanto, concretização, quando houver possibilidade de determinação do conteúdo da norma com a realidade.

Apesar da distinção entre *concretização* e *compreensão* da norma, no processo interpretativo eles aparecem como conceitos interligados.

Assim, a concretização pressupõe um entendimento do conteúdo da norma a ser concretizada. Essa não se deixa desatar da ‘pré-compreensão’ do intérprete e do problema concreto a ser resolvido, cada vez”⁸².

Por tal método, a interpretação não foge da norma - seu parâmetro⁸³ -, apesar de se considerar a existência de uma margem de liberdade do intérprete (pré-compreensão) no processo de concretização. Neste aspecto, salienta HESSE que “não existe interpretação constitucional independente de problemas concretos”⁸⁴.

⁷⁸ *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 3.ed., [s.l.]: Livraria Almedina, [s.a.p.], p. 1.138.

⁷⁹ *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. de Luiz Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, [s.a.p.], p.53-54.

⁸⁰ Canotilho explica que “**concretizar** a constituição traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do *texto da norma* (do seu enunciado) para uma norma concreta - norma jurídica - que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da *norma de decisão* para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização”. Por sua vez, “**densificar** uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos” (op. cit., p.1.127, nota 78).

⁸¹ *Escritos de derecho constitucional*, 2.ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p.36.

⁸² cf. Hesse, op. cit., p. 61, nota 61.

⁸³ Patrícia Ulson Pizarro assinala: “a interpretação concretizante (*konkretisierung*) vincula a atividade interpretativa à norma. A interpretação tem caráter criativo: o conteúdo da norma interpretada só estará completo com sua interpretação não se podendo esquecer o limite da atividade interpretativa: a própria norma” (Interpretação constitucional: o método hermenêutico-concretizante, *cadernos de direito constitucional e ciência política*, n. 17, p.79, 85.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 62.

Segue-se, pois, que “para el Derecho constitucional la importancia de la interpretación es fundamental pues, dado el carácter abierto y amplio de la Constitución, los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores del ordenamiento cuyas normas son más detalladas”⁸⁵.

Existem, conforme HESSE, condições da interpretação constitucional. Salienta que a concretização pressupõe a compreensão do conteúdo da norma a concretizar. Esta não pode se desvincular da pré-compreensão do intérprete nem do problema concreto a resolver⁸⁶.

A tarefa do intérprete é compreender o conteúdo da norma a partir de uma pré-compreensão que vai permitir-lhe contemplar a norma por certas expectativas, isto é, condições históricas em que se encontra⁸⁷.

Dada a textura normativa aberta que detém a norma constitucional, através de uma atuação “tópica” orientada e limitada pela própria norma, devem ser encontrados e provados pontos de vista que, pela inventio, são submetidos ao jugo das opiniões favoráveis e desfavoráveis a possibilitar uma decisão mais clara e convincente possível⁸⁸.

No emprego dos *topoi*, face o problema a ser solucionado e a multiplicidade de pontos de vista existentes, o intérprete deve adotar somente pontos de vista para a concretização que estejam relacionados com o problema: “a determinação pelo problema exclui *topoi* não-apropriados”. Neste diapasão, o intérprete deve seguir o “programa da norma”⁸⁹ e o “âmbito da norma” a ser concretizada. São, como se depreende, diretivas para empregabilidade, coordenação e valorização desse elementos na resolução do problema⁹⁰.

Pela construção de HESSE, competem aos princípios de interpretação constitucional a função dirigente e limitadora à consideração, coordenação e valoração dos pontos de vista elaborados à resolução dos problemas. Tais princípios, segundo HESSE, são: (a) da “unidade da Constituição”; (b) da “concordância prática”; (c) da “exatidão funcional; (d) do “efeito integrador” e; (e) da “força normativa da Constituição”.

Em arremate, HESSE justifica sua teoria afirmando que “para uma interpretação constitucional que parte da primazia do texto constitui este o

⁸⁵ cf. Hesse, op. cit., p.36, nota 81.

⁸⁶ Ibid., p.43.

⁸⁷ Ibid., p.44.

⁸⁸ Ibid., p.46.

⁸⁹ Segundo Hesse, “a concretização do conteúdo de uma norma constitucional e sua realização são, por conseguinte, somente possíveis com o emprego das condições da ‘realidade’, que essa norma está determinada a ordenar. As particularidades, muitas vezes, já moldadas juridicamente, dessas condições formam o **‘âmbito da norma’** que, da totalidade das realidades afetadas por uma prescrição, do mundo social, é destacado pela ordem, sobretudo expressada no texto da norma, o **‘programa da norma’**, como parte integrante do tipo normativo. Como essas particularidades, e com elas o **‘âmbito da norma’**, estão sujeitas às alterações históricas, podem os resultados da concretização da norma modificar-se, embora o texto da norma (e, com isso, no essencial, o ‘programa da norma’) fique idêntico. Disso resulta uma ‘mutação constitucional’ permanente, mais ou menos considerável, que não se deixa compreender facilmente e, por causa disso, raramente fica clara” (op. cit., p.50-51).

⁹⁰ cf. Konrad Hesse, op. cit., p.64.

limite infranqueável de sua atuação; as possibilidades de compreensão do texto delimitam o campo de suas possibilidades tópicas”⁹¹.

Esmiuçando o método hermenêutico-concretizante propugnado por KONRAD HESSE, PATRÍCIA ULSON PIZARRO traz as etapas procedimentais para a existência de condições para a interpretação constitucional, o primeiro projeto é (a) a *pré-compreensão* do fato concreto e do dispositivo normativo a ser interpretado, necessitando de uma fundamentação teórico-constitucional como pré-requisito a atividade de interpretar; (b) o segundo momento é a *compreensão* do intérprete para que se faça a *concretização*, sendo que tal conduta só será possível face a um problema concreto (questão)⁹².

Cumprido destacar, por fim, que a diferença existente entre o presente método e o método tópico-problemático é determinado pela seguinte circunstância: “enquanto o último pressupõe ou admite o primado do problema perante a norma, o primeiro assenta no pressuposto do *primado do texto constitucional* em face do problema”⁹³.

6.5. Método concretista de Friedrich Müller

O método concretista de FRIEDRICH MÜLLER, conforme PAULO BONAVIDES, “tem sua base ou inspiração maior na tópica, a que ele faz alguns reparos, modificando-a em diversos pontos para poder chegar aos resultados da metodologia proposta”⁹⁴.

Destarte, consoante MÜLLER, não há identidade entre norma e texto da norma.

Expõe o autor:

“A não-identidade de norma e texto da norma, a não-vinculação da normatividade a um teor literal fixado e publicado com autoridade ressalta também do fenômeno do direito consuetudinário. Não se duvida da sua qualidade jurídica, embora ele não apresente nenhum texto definido com autoridade. Essa propriedade do direito, de ter sido elaborado de forma escrita, lavrado e publicado segundo um determinado procedimento ordenado por outras normas, não é idêntica à sua qualidade de norma. Muito pelo contrário, ela é conexa a imperativos do Estado de Direito e da democracia, característicos do Estado constitucional burguês da modernidade. Mesmo onde o direito positivo dessa espécie predominar, existe *praeter constitutionem* um direito (constitucional) consuetudinário com plena qualidade de norma. Além disso, mesmo no âmbito do direito vigente, a normatividade que se manifesta em decisões práticas não está orientada linguisticamente apenas pelo texto da norma jurídica concretizanda. A decisão é elaborada com ajuda de materiais legais, de manuais didáticos, de comentários e estudos monográficos, de precedentes e de material do direito comparado, quer dizer, com ajuda de numerosos textos que não são idênticos ao e transcendem o teor literal da norma”.

⁹¹ Op. cit., p.52, nota 81.

⁹² Ob cit., p.16-17, nota 83.

⁹³ Cf. Canotilho, op. cit., p.1.138, nota 78.

⁹⁴ *Curso de direito constitucional*, 10.ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p.456.

Em meio à massa dos materiais de trabalho resultantes da práxis e da ciência jurídicas, a metódica jurídica dispõe de matéria suficiente para elaborar as suas próprias condições fundamentais. Isso vale também diante de um estado atual dos esforços em interligar ciência jurídica e *teoria da comunicação*⁹⁵.

Detectando que a norma contém um âmbito (*Normbereich*) e um programa (*Normprogramm*), MÜLLER especifica que o processo de concretização deve tomar em conta “o fato, o programa da norma e o âmbito normativo”⁹⁶.

Diante da insuficiência dos métodos hermenêuticos clássicos - pois lidam unicamente com textos -, a metódica estruturante apresenta-se como um procedimento desenvolvido “com base no e com vistas ao direito constitucional”⁹⁷.

A metódica estruturante de MÜLLER é aberta à realidade. A concretização só se alcança com a norma de decisão, vale dizer, após percorrido o processo de concretização, atinge-se a norma aplicável ao caso.

Para concluir, conforme averba CANOTILHO, a “interpretação das normas constitucionais é um *conjunto de métodos*, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares”⁹⁸.

O caráter aberto da Constituição é, por si só, condição suficiente para dar fundamento à importância do discurso.

(*) O autor é Procurador da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Corregedor. Professor de Direito Constitucional da Universidade Cruzeiro do Sul - SP.

⁹⁵ *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 2.ed., São Paulo: Max Limonad, 2000, p.54-55.

⁹⁶ Cf. Paulo Bonavides, op. cit., p.459, nota 94.

⁹⁷ cf. Friedrich Müller, op. cit., p. 68.

⁹⁸ op. cit., p. 1.136.