

A nova hermenêutica constitucional e sua aplicação na interpretação do direito

Diogo de Calasans Melo Andrade¹,

1. Considerações iniciais sobre o tema. 1.1 Breve histórico e conceito de hermenêutica. 1.2 A nova hermenêutica constitucional. 1.3 O direito natural e o jusnaturalismo, o positivismo jurídico e o pós-positivismo. 2. Os grandes intérpretes da humanidade. 2.1 Breves considerações sobre a teoria da interpretação de Emilio Betti e filosófica hermenêutica de Martin Heidegger. 2.2 Pontos importantes na filosofia de Jürgen Habermas x Hans-Georg Gadamer. 3. A hermenêutica e a doutrina brasileira. 3.1 A teoria da constituição e Carlos Britto. 3.2 A interpretação, a argumentação e Plauto Faraco. 3.3 A interpretação constitucional e Luiz Roberto Barroso. 3.4 Interpretação e aplicação do direito e Eros Grau. 3.5 Uma nova crítica do direito e Lênio Streck. 3.6 Hermenêutica constitucional e Peter Häberle. 4 Conclusão. Referências

RESUMO: Inicialmente fizemos uma síntese do conceito de hermenêutica jurídica, passando a tecer alguns comentários sobre a nova hermenêutica constitucional, considerada publicista, baseada na teoria dos valores e que se distancia do positivismo. Mais adiante tratamos do jusnaturalismo baseado no direito natural; do positivismo, que vincula o direito à lei; e, do pós-positivismo que a constituição é colocada como base do ordenamento jurídico. Também foi necessário comentar os métodos dos grandes filósofos conhecidos internacionalmente, como também sobre os doutrinadores do Brasil que tratam da hermenêutica constitucional e percebemos que tanto os teóricos estrangeiros quanto os doutrinadores brasileiros não se utilizam das mesmas regras, métodos e requisitos para a interpretação, fazendo com que, cada um deles, contribua de certa maneira para o crescimento da hermenêutica constitucional.

Palavras-Chaves: nova hermenêutica, interpretação, constitucional.

ABSTRACT: Initially we did a summary of the concept of legal interpretation, going to weave some comments about the new constitutional legal interpretation, considering publicist, based in the theory of values and it distances of positivism. Forward we explain about jusnaturalism based in the natural law; positivism, that link the right to the law; and; to the post positivism where the constitution is placed as the base of the juridical planning. It was also necessary to comment the methods of the majestic philosophers known internationally, also about the Brazilian scholars that explain the constitutional hermeneutics and we realize that all scholars have different manners, methods and requirements to the interpretation, doing everyone of them, to contribute in some manner to increase the constitutional hermeneutics.

Passwords: New legal interpretation, interpretation, constitutional.

¹ Especialista em direito civil pela UNIT, mestrando em direito pela UFS, professor universitário, coordenador da ESA-OAB/SE, e advogado.

1. Considerações iniciais sobre o tema

1.1 Breve histórico e conceito de hermenêutica

A palavra hermenêutica decorre de Hermes que era o mensageiro dos deuses e inventor das palavras. Iniciou com a hermenêutica bíblica que se interpretava os textos que falam de uma forma normativa e autoritária. O vocábulo hermenêutica significa dizer, exprimir, afirmar, explicar ou traduzir. O problema fundamental da hermenêutica é a compreensão, que significa apreender um sentido.

Segundo Carmargo (2003, p. 10) a hermenêutica estuda o ser no mundo e procura resolver questões dentre elas a jurídicas: *“não se resume no estudo das técnicas de interpretação, mas nos remete à compreensão do próprio ser no mundo, que se encontra envolvido com questões que é chamado a resolver, dentre elas a jurídica.”*

Bleicher (1992, p. 15) entende que a hermenêutica crítica busca dissolver o componente causal na ação humana:

O papel da hermenêutica crítica é dissolver este componente causal na ação humana, tornando transparente o seu mecanismo e permitindo, por conseguinte, aos agentes humanos a recuperação do controle do seu destino, da mesma forma que o psicanalista faz com seu paciente quando tenta ajudá-lo a superar o seu comportamento sintomático mediante o uso combinado de uma explicação causal e de uma profunda explicação de si próprio.

Já a hermenêutica jurídica, nos ensinamentos de Camargo (2003, p.10): *“refere-se, assim, a todo um processo de interpretação e aplicação da lei que implica a compreensão total do fenômeno que requer solução.”*

Ainda sobre hermenêutica jurídica e interpretação esclarece Barroso (2010, p. 270) que é um domínio teórico e consiste em uma atividade de atribuir sentido aos textos e normas, vejamos:

A hermenêutica jurídica é um domínio teórico, especulativo, voltado para identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do direito.

A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos,

costumes precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas. Trata-se de uma atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade racionalidade e controlabilidade. A aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua incidência sobre os fatos relevantes.

Assim, percebemos que a hermenêutica possui um conceito geral e um específico, aplicado para a jurídica, que pode variar a depender da doutrina utilizada, mas que pode ser simplificado como um processo de interpretação. Adiante teceremos alguns comentários sobre a nova hermenêutica constitucional.

1.2 A nova hermenêutica constitucional

A nova hermenêutica surgiu com Theodor Viehweg, em sua obra *Tópica e Jurisprudência*, de 1953; Joseph Esser, com *Pré-compreensão e escolha de métodos na aplicação do direito*, de 1970 e Friedrich Mulher, em sua obra *Metódica Jurídica* de 1971, que com base em valores e princípios criaram a teoria material da constituição e a nova hermenêutica constitucional (CANOTILHO, 2007, p. 1.337-1.140).

Não restam dúvidas sobre a contribuição germânica para essa nova interpretação, que é a própria teoria material da constituição, baseada em conteúdos axiológicos, reduzindo em muito a importância do positivismo. Sobre a concepção axiológica dos direitos fundamentais e a hermenêutica explica Jacintho (2009, p. 241):

De tudo quanto foi exposto, conclui-se que a concepção axiológica dos direitos fundamentais, além de prover o influxo de novas tendências no tocante à interpretação desses direitos, providencia para que antigos conceitos, a exemplo de direito fundamental, hermenêutica, liberdade, proporcionalidade, soberania, e outros tantos, beneficiem-se de novas ponderações.

A “velha” hermenêutica era privatista, baseada na subsunção, fundada na vontade, inadequada e utilizava métodos ultrapassados. No começo o método de interpretação constitucional, criado por Savigny, era baseado no direito privado, o que ocasionou um distanciamento entre que se pretendia dizer constitucionalmente e o que era efetivamente dito pela constituição. Já a nova hermenêutica é publicista, baseada na teoria dos valores e no processo cognoscitivo.

Sobre a interpretação das normas constitucionais adverte Barroso (2010, p. 298) que possui especificidade e doutrinas próprias, identificadas como princípios:

Todavia conforme já estudado, as normas constitucionais apresentam determinadas especificidades que as singularizam, dentre as quais é possível destacar: a) a superioridade jurídica; b) a natureza da linguagem; c) o conteúdo específico; d) o caráter político. Em razão disso, desenvolveram-se ou sistematizaram-se categorias doutrinárias próprias, identificadas como princípios específicos ou princípios instrumentais de interpretação constitucional.

Percebe-se que a nova hermenêutica constitucional que tem como base conteúdos axiológicos, colocando de lado o positivismo e utilizando os valores na interpretação. Assim, é interessante que tracemos um caminho entre o direito natural, passando pelo positivismo e chegando ao atual pós-positivismo.

1.3 O direito natural e o jusnaturalismo, o positivismo jurídico e o pós-positivismo

O termo jusnaturalismo é uma corrente filosófica fundada no direito natural. Sua idéia é que existem valores na sociedade que não decorrem da norma jurídica, do direito positivo. Esses valores e direitos decorrem na condição humana. O direito natural tem fundamento na ética que estabelece limites à norma do Estado e possui duas versões, uma em que a lei é estabelecida por vontade de Deus e outra que a lei é fundada na razão. Foi considerado como metafísico e anticientífico. O jusnaturalismo moderno, do século XVI, aproximou a lei da razão e tornou-se uma filosofia natural do direito. Teve fundamento no princípio da justiça e foi base para as revoluções liberais, tendo seu auge com a codificação.

A escola do direito natural buscou um sistema jurídico perfeito, aplicável a todas as situações, contribuindo para os fundamentos do moderno sistema jurídico. Dentre as maiores contribuições temos: a liberdade de movimento e de vocação profissional; o início de uma era de liberdade espiritual e religiosa; a eliminação da tortura e a humanização da pena, no direito penal; o fim dos julgamentos por bruxaria; a busca da segurança legal para todos e o estabelecimento do princípio da igualdade perante a lei; a elaboração dos princípios gerais do direito internacional.

O apogeu do direito natural se deu com o estado liberal e com as constituições escritas e, por outro lado, representam a sua superação histórica, pois esses direitos cultivados por mais de dois milênios foram positivados. Esse é o ensinamento de Barroso (2010, p. 238):

O advento do estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação, simbolizaram a vitória do direito natural, ou seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos.

Esse direito natural individualista foi o que ajudou no surgimento da revolução francesa, uma vez que garantiu aos indivíduos direitos contra excesso do poder, criando a vontade geral. Sobre a influência da escola de direito natural surgiu um movimento em favor da codificação, como, por exemplo, o código civil francês de 1804. Essa escola perdeu sua força com o positivismo jurídico, mas mesmo assim os seus traços estão presentes no pensamento jurídico atual.

Segundo Azevedo (2000, p. 106) a razão é direito natural, direito das gentes, significando razão universal e razão suprema, senão vejamos:

A razão, enquanto governa indefinidamente todos os homens, chama-se direito natural; e é chamada direito das gentes nas relações entre os povos.

.....

Esse direito natural, significando a “razão universal” ou “a razão suprema fundada na natureza das coisas”, através de que são governados os homens, é diverso do direito natural e racionalista, na medida em que é tido como incorporado à legislação napoleônica, neutralizando-se, por essa forma, sua função crítico-valorativa, em que reside seu caráter distintivo e revolucionário.

Por outro lado, o positivismo jurídico funda-se no positivismo filosófico, com a intenção de criar uma ciência jurídica, similar as ciências exatas e naturais. Seu auge foi com o normativismo de Hans Kelsen. Procura a objetividade científica, vinculando o direito à lei, desvinculando-se da filosofia e perdurou na primeira metade do século XX. Barroso (2010, p. 240) ensina quais são as suas características:

- (I) A aproximação quase plena entre direito e norma;
- (II) A afirmação da estabilidade do direito: a ordem jurídica é uma e emana estado;

(III) A completude do ordenamento jurídico, que contem conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas que não possam ser supridas a partir do elemento do próprio sistema;

(IV) O formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão.

O positivismo jurídico, enquanto movimento filosófico fundava-se, resumidamente, na ideia de direito como um fato e não como um valor; na conceituação do direito em função da coatividade; no mecanismo de solução de antinomias consistente na prevalência de uma norma sobre a outra; na interpretação mecanicista, a fazer prevalecer o elemento declarativo e desprezando qualquer processo criativo do direito por parte do aplicador e, por fim, na teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal, sintetizada no aforismo “lei é lei”. (BOBBIO, 2006, pp. 131-134).

No início do século XX o positivismo tornou-se a filosofia dos juristas. Sua decadência está ligada a decadência do fascismo na Itália e nazismo na Alemanha. A derrota do jusnaturalismo e a decadência do positivismo abriram caminho para indagações sobre o direito, principalmente sobre função social e interpretação. Terminada a segunda grande guerra a ética e os valores ganharam respaldo no direito.

É nesse momento que surge o pós-positivismo, base filosófica do neoconstitucionalismo, que abandona o modelo de Kelsen para colocar a constituição no ápice do ordenamento jurídico, passando a ser núcleo, base do ordenamento jurídico. Nesse trilhar de ideias explica Barroso (2010, p. 242):

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo e a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada norma hermenêutica.

O pós-positivismo defende a força normativa da constituição e dos princípios constitucionais na construção de uma hermenêutica constitucional concretizadora de direitos fundamentais e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais

que se funda na dignidade humana. Nesse contexto, o direito e a filosofia voltam a caminhar lado a lado. Barroso (2010, p. 249) comenta essa nova fase como uma leitura moral da constituição das leis:

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da constituição das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas.

Pelo exposto, percebemos que existiu uma grande mudança desde a época do direito natural até o pós-positivismo atual que influenciou grandes teóricos no mundo e no Brasil. Assim, falaremos sobre alguns doutrinadores conhecidos internacionalmente e outros difundidos no Brasil, mostrando quais são seus métodos, regras e dilemas sobre a nova interpretação constitucional.

2. Os grandes intérpretes da humanidade

2.1 Breves considerações sobre a teoria da interpretação de Emilio Betti e filosófica hermenêutica de Martin Heidegger

Para Betti a hermenêutica é uma metodologia geral das ciências do espírito, que busca resolver o problema epistemológico da compreensão. Possui um fundamento objetivista e sua interpretação busca saber o que o autor quis dizer sobre algo. Comentando Betti, Sparemberger assim adverte (2002, p. 178): *“Betti vai ser caracterizado como um representante da velha hermenêutica, de caráter metodológico e com forte viés epistemológico. Tem uma hermenêutica normativa, no sentido que dá regras para sua interpretação.”*

Para o autor, Betti pode ser considerado participante da “velha” hermenêutica baseada nos métodos e em quatro cânones a serem estudados: a) autonomia hermenêutica do objeto; b) coerência de sentido; c) atualidade da compreensão; d) correspondência hermenêutica de sentido. Para ele, nem toda interpretação seria suscetível de aplicação.

Já Heidegger abandona a metodologia ou epistemologia defendendo a ontologia, na medida que investiga a finitude do ser-aí e do ser e procurava um significado do mundo pois pregava ver o mundo com a crítica da modernidade. Comentando esse autor Sparenberger (2002, p. 185) assim explica: *“valoriza ontologicamente o problema da compreensão histórica. Essa compreensão ocorre e é fundada na própria existência humana, que é orientada para o futuro, mas que precisa de história”*

Heidegger criticou a filosofia metafísica do ente. Num primeiro momento entendeu que a verdadeira filosofia ainda estaria por se fazer, criticou a analítica existencial em direção à ontologia do ser. Num segundo estágio concebe ao próprio ser a prerrogativa de ser possível a abertura para o entendimento da existência humana.

O conceito importante de sua obra é a temporalidade, considerando como dimensão fundamental da existência humana. Ingressa na linguagem poética. Comentando a segunda fase do citado filósofo Teixeira (2011, p. 293) enquadra-o na ontologia negativa:

Assim, pode-se dizer que o segundo Heidegger fez uma ontologia negativa, indicando que o ser é um mistério, já que não pode ser compreendido através de nenhum ente. É, até certo ponto, a própria realidade, a clareira onde o homem vive.

Era importante para Heidegger o método fenomenológico com o objetivo de encontrar o sentido das coisas em si mesmas (do ser), buscando no tempo (ente) e inserida na análise do homem (ser-aí). Para a compreensão do ser-aí se deve realizar um exame prévio da questão do ser em geral e a hermenêutica para ele é, nas palavras de Teixeira (2011, p. 302): *“a ontologia da compreensão. A compreensão possui existencialidade: o ser-aí é hermenêutico, enquanto nele reside um pré-compreensão do ser: a compreensão é o modo de ser do ser-aí enquanto existência”*

Em síntese, Heidegger contribuiu para o direito refletindo a própria atividade, como fuga à metafísica do ente e a aplicação justificante das normas e menor literalidade das leis. Passaremos agora a comentar sobre as teorias dos filósofos Habermas e Gadamer.

2.2 Pontos importantes na filosofia de Jürgen Habermas x Hans-Georg Gadamer

Habermas tenta mostrar que as teorias clássicas não podem resolver as questões relacionadas à verdade, somente uma teoria do consenso da verdade tem esse objetivo. Comentando essa teoria Alexy (2001, p. 99) esclarece:

Em seus ensaios sobre as teorias da verdade, estipulando que somente em consenso bem fundamentado serve como critério de verdade.
A força de obter consenso de um argumento depende, portanto, de um desenvolvimento cognitivo que garante que o sistema descritivo é adequado e que precede toda argumentação individual.

A teoria do consenso torna explícita a afirmação implícita sob a qual ocorrem essas deliberações, busca um resultado justo e correto. Habermas contrapõe-se a teoria crítica, da escola de Frankfurt, uma vez que essa teoria tornou-se uma crítica da razão, perdeu o contato com a prática, na medida em que passou de uma crítica à práxis das relações sociais para uma racionalidade burguesa. Também chamada de teoria do conhecimento, assim explica Rodrigues a teoria do consenso (2011, p. 221):

Habermas, através dessa teoria, denuncia a falácia objetivista dos discursos positivistas e científicos que, sob o manto de uma neutralidade axiológica ou de tarefas “restritas” a especialistas, constituem para si uma blindagem para prevalência do interesse estritamente instrumental na manipulação da realidade objetiva e da natureza.

Para Habermas a filosofia não tem condições de oferecer verdades absolutas e prontas, senão vejamos o que explica Rodrigues (2011, p. 220)

A filosofia não teria mais condições, segundo Habermas, de oferecer verdades absolutas e prontas para os dilemas das vidas e coletividade, seja na forma de mandamentos mortais, seja na forma dos imperativos advindos de uma filosofia da história. À filosofia, nesse cenário, mais do que buscar realizar-se como teoria na prática, incumbe revestir seus enunciados normativos da capacidade de orientar a vida dos homens em sociedade.

Para a busca do conhecimento Habermas utiliza dois meios, o primeiro é o trabalho (interesse técnico) e o segundo é a linguagem (interesse prático). Mais adiante elaborou a teoria da sociedade ou ação comunicativa, que criou uma definição de racionalidade comunicativa, que se exprime da força unificadora do ato de fala orientada ao entendimento mútuo. Comentando a citada teoria Rodrigues (2011, p. 226) leciona:

Essa espécie de racionalidade opõe-se à força dominadora da racionalidade exclusivamente instrumental, que reflete apenas o processo de dominação do homem sobre o homem e deste sobre a natureza, distanciando a sociedade cada vez mais do potencial emancipatória da modernidade.

Habermas argumenta que todas as ações sociais só têm lugar na linguagem, o que coloca a ação comunicativa na condição de coordenação das ações utilizando os métodos linguísticos. Em suma, prega o primado da razão comunicativa intersubjetiva, capaz que levar a sociedade à emancipação social.

Por outro lado, Gadamer estudou a hermenêutica como ontologia do ser, rompendo com a filosofia da consciência, argumentando que não existe essência, o ser-em-si é pura ficção metafísica, não existe fenômenos, mas sim interpretações. Para explicar isso Santana Jr. (2011, p. 154) afirma que o fenômeno hermenêutico pertence ontologicamente ao homem:

Para ele, “entender e interpretar os textos não é somente um empenho da ciência, já que pertence claramente ao todo da experiência do homem no mundo”, ou seja, o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método, mas algo que pertence ontologicamente ao homem, caindo por terra toda a construção teórica elaborada tomando por base as concepções objetificantes da filosofia da consciência.

Gadamer criou o círculo hermenêutico que, em síntese, argumenta que sendo o ser mergulhado na história, o homem refaz-se no tempo, criando e descrendo sentidos. Explicando melhor o círculo Grau (2002, p. 96) descreve compreensão como a interpretação em movimento:

Assim, o círculo não é de natureza formal; não é nem subjetivo, nem objetivo; descreve a compreensão como a interpenetração do movimento da tradição e do movimento do intérprete; o círculo da compreensão não é um círculo metodológico; ele - insista-se nisso - descreve um momento estrutural ontológico da compreensão

De mais a mais, Streck (2002, p.179) também esclarece sobre o círculo hermenêutico como um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica é o círculo hermenêutico:

Logo, quando o intérprete interpreta um texto, estará no entremeio do círculo hermenêutico. Há um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica é o círculo hermenêutico. É possível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão.

Santana Jr. (2011, p. 155) adverte sobre o círculo que toma como base a pré-compreensão e os pré-conceitos:

A construção de sentidos (na compreensão) se dá tomando por base pré-compreensões (perspectivas, desde determinados sentidos já previamente postos), posto que os interesses, os valores, numa palavra, os pré-conceitos não permitem brechas para qualquer espécie de “neutralidade”. Cada compreensão (construção de sentidos) adquirida (com) forma o ser-no-mundo e “gerará” novas compreensões (agora já como pré-compreensões”.

Já a linguagem para Gadamer é constituinte do ser que interpreta, é o próprio mundo, pois o conhecer é lingüístico e o homem assim o é porque relaciona as coisas por meios de descrições. O mundo e as coisas só serão algo se forem interpretados, ou seja, dependem da linguagem.

Para Gadamer, interpretar, compreender e aplicar dependem-se reciprocamente, senão vejamos que qual é o entendimento de Santana Jr. (2011, p. 159) sobre a aproximação do jurista aos fenômenos sociais sujeitos ao direito:

Onde, interpretar uma norma jurídica é um processo criativo, que ultrapassa a reprodução de uma interpretação já feita por outrem, de forma que o interprete estará dando sentido à norma. Essa é outra característica marcante de sua filosofia na metodologia do direito, pois denota o modo como se dá a aproximação do jurista aos fenômenos sociais sujeitos ao direito.

Assim, podemos concluir que para Gadamer não utiliza de um método, mas tenta assumir “ser-quem-somos”, fazendo com que o direito abandone a metodologia e parta para a ontologia hermenêutica que engloba todos nos. De mais a mais, faz-se necessário entender o que os doutrinadores brasileiros defendem para a aplicação hermenêutica constitucional.

3. A hermenêutica e a doutrina brasileira

A doutrina brasileira não é unânime quanto aos métodos, técnicas e mecanismos relacionados à hermenêutica constitucional, mas apesar da divergência teórica o que se percebe é que uma tese criada, por um doutrinador, não exclui a do

outro, mas pelo contrário, complementa, trazendo uma vasta bibliografia sobre o tema na qual selecionamos as ideias principais de alguns dos que escrevem sobre o tema.

3.1 A teoria da constituição e Carlos Britto

Como se sabe, a constituição possui uma auto-hierarquização, uma vez que se impõe a todo o ordenamento jurídico brasileiro. Se o direito é anterior à lei maior, a teoria do direito surgiu antes da teoria da constituição. A hermenêutica faz parte da teoria do direito e serve para orientar o processo de compreensão da norma jurídica, esse processo é denominado interpretação jurídica.

Já a hermenêutica da constituição está dentro da teoria da constituição e vai facilitar o entendimento de nossa carta política. A nossa constituição, por ser formalmente rígida e estável, torna superior às demais normas, tanto formalmente quanto materialmente. Mas apesar dessa rigidez os princípios constitucionais são plásticos, podendo amoldar-se à diversos casos.

Existem vários métodos de interpretação, mas o sistemático ou contextual, que busca o sentido da norma, é o único que possibilita uma visão de conjunto, por isso é o mais abrangente, esse é o sentir de Britto (2006, p. 155): *“além de apanhar a norma investigada no contexto da lei, ou do código, ou da emenda, etc, de que faça parte, busca inseri-la no todo da Constituição.”*

Já os princípios constitucionais cumprem a função instrumental e possuem duas funções, segundo ensina Britto (2006, p. 177):

Já no plano das funções, eles, princípios constitucionais materiais: a) conferem unidade material à Lex Maxima, que é uma função unificadora, portanto, b) estabilizam e ao mesmo tempo atualizam a Constituição, dotando-a, nesta segunda variante, de um caráter eminentemente dinâmico ou processual.

Britto explica que as constituições ocidentais inseriram a Democracia, considerando-a como megraprincípio e fundamento da República Federativa do Brasil, como também presente em toda cláusula pétrea explícita da nossa atual experiência

constitucional, assim, a democracia está no centro do ordenamento jurídico como adverte Britto (2006, p. 186): *“a democracia está no centro dos princípios constitucionais, tanto quanto os princípios constitucionais estão no centro da Constituição e a Constituição está no centro do Sistema Jurídico”*.

Havendo conflito entre duas normas constitucionais, soluciona-se por optar por aquela que está mais próxima do ser da lei maior, como explica Britto (2006, p. 200):

Agora, se o confronto se der, não entre a Constituição e a lei, mas entre duas igualmente constitucionais, uma delas funcionalmente mais distante do ser da Constituição, e, a outra, mais próxima de tal ser, o impasse é de se resolver em proveito da mais próxima.

Em sua obra, Britto (2006, p. 205) faz duras críticas às emendas constitucionais considerando-as como normas suportáveis, mas nunca desejáveis:

Assim sem nenhum constrangimento acadêmico, externamos o nosso pensar de que as emendas constitucionais, a teor de Constituições como a brasileira, são normas gerais tão-somente suportáveis. Nunca desejáveis, como desejáveis são as leis complementares e as de caráter ordinário.

Assim, podemos concluir que, diferente dos diversos autores que estabelecem o princípio da dignidade da pessoa humana como centro do ordenamento jurídico o autor defende que a democracia é que ocupa esse lugar, como também faz severas críticas as emendas constitucionais considerando-as como suportáveis, mas nunca desejáveis.

3.2 A interpretação, a argumentação e Plauto Faraco

O direito, como também a gramática, não pode ser observado de modo apenas formal, afastado do contexto em que está inserido e que deve servir. É necessária a formação literária do operador do direito, além da língua, requisito do falar e do escrever, na argumentação a literatura é um dos veículos mais fundamentais para o jurista, esses são os ensinamentos de Azevedo (2000, p. 80) perceba:

O conhecimento sintático do código lingüístico e a percepção de suas oscilações semânticas constituem preliminar indispensavelmente à estruturação do raciocínio dialético ou retórico, sem que o discurso torna-se

inidôneo ao convencimento do “auditório”, vale dizer, daquele(s) a quem se dirige.

Os fatos não são simples, tão pouco as normas são claras, fazendo com que surjam dúvidas e argumentações em diversos sentidos objetivando o significado da norma no caso concreto. A hermenêutica está intimamente ligada a argumentação pois a interpretação tem que ser convincente, segundo os fins práticos do direito, senão vejamos as lições de Azevedo (2000, p. 74): *Todo o processo hermenêutico, através de que se busca a determinação do sentido e alcance das leis e atos jurídicos, é permeado pela argumentação, visto necessitar a interpretação ser convincente, em conformidade com os fins práticos do direito.*

Ainda sobre a argumentação Barosso (2010, p. 340) assim conceitua como uma atividade que serve para fornecer razões para defesa de um ponto de vista:

Argumentação é a atividade de fornecer razões para a defesa de um ponto de vista, o exercício da justificação de determinada tese ou conclusão. Trata-se de um processo racional e discursivo de demonstração da correção e da justiça da solução proposta, que tem como elementos fundamentais: (I) a linguagem, (II) as premissas que funcionam como ponto de partida e (III) regras norteadoras da passagem das premissas à conclusão.

Tanto o direito quanto a sociedade são mutáveis, e o homem se insere interagindo com os outro para construir a cultura. Assim, não há como entender o direito fora a história do mundo. E o papel da hermenêutica jurídica busca a totalidade do direito, ou seja, a globalidade do direito ligada à globalidade dos problemas sociais, esse é o compreender de Azevedo (2000, p. 94):

E a hermenêutica jurídica há de ser iluminada e esclarecida por uma meditação que busque apreender a totalidade do direito, valendo-se de uma ampla perspectiva interdisciplinar. O objetivo há de ser o de ver a globalidade do direito interligada à totalidade dos problemas sociais. As investigações parciais sobre a sociedade e o direito serão entendidas como os diversos meios de atingir a inteligibilidade do conjunto.

A hermenêutica tanto pode cercear quanto pode ampliar a liberdade do juiz em face da lei, uma vez que quanto maior a adequação da lei as necessidades sociais mais fácil a sua aplicação. O Juiz, ao proferir uma decisão torna-se vinculado aos argumentos a ela enunciados, tanto aos fatos, quanto as normas, assim se estrutura o raciocínio e se constrói o discurso jurídico, é esse o sentir de Azevedo (2000, p. 95):

A decisão do juiz encontra-se, em boa medida, condicionada pelos argumentos por eles enunciados, a propósito dos fatos que constituem o objeto do litígio e das normas que pretendam lhe devam ser aplicadas, sobre cujo sentido e abrangência ponderam, elaborando o discurso em cujo tempo há de surgir a verdade processual. Toda a argumentação que desenvolvem acha-se, à sua vez, informada por determinada concepção do direito, que, embora raramente seja explicitada, condiciona o modo por que se estrutura o raciocínio e se constrói o discurso.

Ainda comentando o papel do bom juiz na interpretação Azevedo (2000, p. 157) assim enuncia:

Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isto, inevitavelmente, a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar um novo direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores... o bom juiz pode ser criativo, dinâmico, 'ativista' e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse, deixaria simplesmente de ser juiz.

Em síntese, o autor entende que o direito não pode ser interpretado separado do contexto social e os fatos e as normas necessitam de uma interpretação que se utilizará da hermenêutica para unir o direito com os fatos sociais e, para isso, será necessário a figura do juiz que criará o discurso jurídico, solucionado a lide.

3.3 A interpretação constitucional e Luiz Roberto Barroso

O intérprete não pode criar ou inventar livremente o que quiser, deve sim estar vinculado a obra original, mas não existe uma maneira apenas de expressar, pois contarão o ambiente, a platéia e as contingências. A interpretação jurídica, segundo Barroso (2010, p. 270) serve para atribuir sentido ao texto ou a norma:

A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas. Trata-se de uma atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade racionalidade e controlabilidade.

Já a norma jurídica é o momento final, pois a conversão da disposição abstrata em norma concreta, aplicando a realidade ao direito, surge a norma de decisão. Pois a doutrina difere enunciado normativo (texto em abstrato), da norma jurídica (tese a ser aplicada ao caso concreto), da norma decisão (regra concreta que decide o litígio).

A interpretação constitucional é espécie da interpretação jurídica e tem diversos planos, o primeiro deles é o jurídico ou dogmático, que possui categorias do direito e de interpretação, que segundo Barroso (2010, p. 274) são elas:

a) as regras de hermenêutica, que, no Brasil, estão previstas sobretudo na lei de introdução ao código civil, ou em certas proposições axiomáticas desenvolvidas pela doutrina e pela jurisprudência; b) os elementos de interpretação, que incluem, na sistematização tradicional, o gramatical, o histórico, o sistemático e o teológico, bem como figuras como os costumes, a interpretação extensiva ou a estrita; e c) os princípios específicos de interpretação constitucional, como os da supremacia da constituição, da unidade, da razoabilidade e da efetividade.

O segundo plano é o teórico ou metodológico, onde temos o método da teoria constitucional alemã, em que a aplicação das normas gerais aos casos concretos se dá mediante a subsunção, é o método clássico de interpretação constitucional. Comentando esse método Barroso (2010, p. 279) adverte: “*O método clássico de interpretação constitucional concebe a interpretação como uma atividade puramente técnica de conhecimento do sentido do texto constitucional a ser aplicado de modo mecânico, por via de um raciocínio silogístico.*”

Mas o fundamental é produzir a solução mais favorável para o caso concreto, mesmo que não decorra diretamente da constituição, ou seja, aplicando o método tópico problemático. Ainda no segundo plano temos o debate na teoria constitucional americana, com o interpretativismo que conforme Barroso (2010, p. 281) significa:

Interpretativismo é a corrente que nega legitimidade ao desempenho de qualquer atividade criativa por parte do juiz, que não estaria autorizando a impor seus próprios valores à coletividade. Não interpretativismo significa, ao contrário, que os intérpretes judiciais podem recorrer a elementos externos ao texto constitucional na atribuição de sentido a constituição, como as mudanças na realidade ou os valores morais da coletividade.

O não interpretativismo, conhecido como construtivismo, combate o textualismo e o originalismo, pois o intérprete não está vinculado a dizer o sentido da norma, mas de ajudar a construí-la. Esse construtivismo tem três modalidades como ensina Barroso (2010, p. 282): “*a) interpretação evolutiva; b) a leitura moral da constituição; c) o pragmatismo jurídico.*”

O terceiro plano é o da justificação política ou da legitimação democrática, onde surge a ideia de ativismo judicial vinculada a participação do judiciário a realização dos valores e fins constitucionais, com a interferência nos outros dois poderes. Barroso (2010, p. 285) comenta as condutas pelas quais a postura ativista manifesta-se:

(I) a aplicação direta da constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, (II) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador ordinário; (III) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patentes e ostensiva violação da constituição; (IV) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder publico, notadamente em matéria de políticas publicas.

O contrário do ativismo é a autocontenção judicial, na qual o judiciário objetiva diminuir as interferências nos outros dois poderes. No ativismo busca-se o máximo das potencialidades da constituição e na autocontenção restringe o espaço de incidência da constituição em favor do legislador ordinário.

De mais a mais, a interpretação deve levar em conta o texto da norma (interpretação gramatical), sua conexão com outras normas (interpretação sistemática), sua finalidade (interpretação teológica) e aspectos do seu processo de criação (interpretação histórica).

É sabido que princípios são normas e difere das regras, senão vejamos as lições trazidas por Barroso (2010, p. 311) para distingui-los e solucionar o conflito de normas:

Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nesses casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto, a partir das balizas contidas nos elementos normativos em jogo.

Para ele, não existe hierarquia entre regras e princípios, embora alguns autores entendam que possuem hierarquia axiológica, explica Barroso (2010, p. 319):

Relembre-se que entre regras e princípios constitucionais não há hierarquia jurídica, como decorrência do princípio instrumental da unidade da Constituição embora alguns autores se refiram a uma hierarquia axiológica,

devido ao fato de os princípios condicionarem a compreensão das regras e até mesmo, em certas hipóteses, poderem afastar sua incidência.

Sobre os princípios constitucionais utilizados na aplicação e interpretação, temos em primeiro lugar, a especificidade da interpretação constitucional que surge da supremacia da Constituição cujas normas condicionam a validade e o sentido de todo o ordenamento jurídico.

Em segundo lugar, o princípio da interpretação conforme a constituição, que pode envolver a mera interpretação adequada dos valores e princípios constitucionais, ou a declaração de inconstitucionalidade de uma das interpretações possíveis de uma norma ou, ainda, a declaração de não incidência da norma a determinada situação de fato, por importar em violação da constituição. Barroso (2010, p. 319) faz uma diferenciação entre princípios constitucionais fundamentais, constitucionais gerais e constitucionais setoriais:

Os princípios constitucionais fundamentais expressam as decisões políticas mais importantes – Estado democrático de direito, dignidade da pessoa humana – e são os de maior grau de abstração. Os princípios constitucionais gerais são pressupostos ou especificações dessas decisões – isonomia, legalidade –, tendo maior densidade jurídica e aplicabilidade concreta. E por fim, os princípios constitucionais setoriais regem determinados subsistemas abrigados na Constituição, consubstanciando normas como a livre concorrência ou a moralidade da Administração Pública.

Para ele, os princípios constitucionais fundamentais expressam decisões políticas, de maior grau de abstração, já os princípios constitucionais gerais são os pressupostos dessas decisões, além dos princípios constitucionais setoriais que regem determinados subsistemas. E sobre os direitos fundamentais conclui Barroso (2010, p. 334):

Direitos fundamentais não são absolutos e, como consequência, no seu exercício está sujeito a limites; e, por serem geralmente estruturados como princípios, os direitos fundamentais, em múltiplas situações, são aplicados mediante ponderação. Os limites dos direitos fundamentais, quando não constem diretamente da Constituição, são demarcados em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juízo constitucional. Daí existir a necessidade de protegê-los contra a abusividade de leis restritivas, bem como de fornecer parâmetros ao intérprete judicial.

Conclui-se, sem delongas, que interpretar é atribuir sentido ao texto ou a norma e para isso devemos diferenciar enunciado normativo, de normas jurídicas e da

norma de decisão, como também os tipos de interpretação, quais estejam no plano jurídico ou dogmático, as do método tópico problemático e a do plano da legitimação democrática.

3.4 Interpretação e aplicação do direito e Eros Grau

O autor traz alguns conceitos importantes que merecem comentários para que possamos entender as regras de interpretação. Para Eros Grau interpretar é identificar ou determinar (= compreender) a significação de algo, no caso, compreender o significado da norma jurídica. O que se interpreta são os textos normativos; dessa interpretação resultam as normas. Texto e norma são diferentes, a norma é a interpretação do texto normativo.

Para ele a interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas. Distingue também a norma jurídica que é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão. O intérprete que está autorizado a definir a norma de decisão, mas sim o juiz. Interpretar em sentido amplo é compreender signos lingüísticos. Para Grau (2002, p.64) a norma jurídica geral se dá da seguinte forma:

Inicialmente caminhamos do texto da norma ate a norma jurídica. Em seguida caminhamos da norma jurídica ate a norma de decisão, aquela que determina a solução do caso. Apenas então se dá a concretização da norma, ou seja, mediante a produção de uma norma jurídica geral, no quadro da solução de um caso determinado.

O produto da interpretação é a norma, ela já se encontra dentro do texto normativo. A interpretação do direito nada mais é do que concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação, assim interpretação e aplicação consubstanciam um processo unitário. E assim Grau (2002, p. 27) conceitua interpretar:

Interpretar é, assim, dar concreção (= concretizar) ao direito. Neste sentido, a interpretação (= interpretação/aplicação) opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção na vida.

Para Grau (2002, p. 33) não se pode interpretar o direito em tiras, pois o direito isolado, sem a interpretação conforme a constituição não expressa significado algum:

A interpretação de qualquer texto de direito impões ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.

Para Grau (2002, p.79) somente o juiz é interprete autêntico que cria as normas jurídicas:

Apenas o intérprete autêntico – concludo – é revestido do poder de criar as normas jurídicas. A interpretação jurídico-científica apenas pode estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica – o jurista tem de deixar a decisão pela escolha das interpretações possíveis de uma norma jurídica ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é o competente para aplicar o direito; assim, quando o advogado indica uma determinada interpretação como “acertada”, está tentando influir sobre a criação do direito – não exerce função jurídico-científica, porém função jurídico-política.

Eros Grau, em boa parte de sua obra, traça as diferenças entre regras e princípios e para isso cita vários doutrinadores estrangeiros que, em breve síntese, podemos assim distinguí-los:

De mais a mais, Grau (2002, p. 175) ensina que não existe princípio privilegiado no conflito entre regras e princípios: *“Sucedee inexistir no sistema qualquer regra ou princípio a orientar o intérprete a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles estabelecido, deve ser desprezado”*

Por outro lado, nega a discricionariedade judicial Grau (2002, p. 187): *“Resta-me tocar na questão da discricionariedade judicial, cuja existência nego. O juiz, ao se deparar com hipóteses de lacunas normativas, toma decisões vinculado aos princípios gerais de direito; não produz normas livremente.”*

Por fim, entende Grau (2002, p.211) não existir conceito jurídico indeterminado:

Se é indeterminado o conceito, não é conceito. O mínimo que se exige de uma suma de idéias, abstrata, para que seja determinada. Insisto: todo conceito é uma suma de idéias que, para ser conceito, tem de ser, no mínimo, determinada; o mínimo que se exige de um conceito é de que seja

determinado. Se o conceito não for, em si, uma suma determinada de idéias, não chega a ser conceito.

Assim, conclui-se que interpretar é compreender o significado da norma e o que se interpreta são os textos normativos e resultam em normas, pois quem define a norma de decisão é o juiz e não os demais operadores do direito.

3.5 Uma nova crítica do direito e Lênio Streck

Para interpretar é necessário compreender, para compreender é preciso ter pré-compreensão, que unem todas as partes do texto ao sistema. Sobre compreensão explica Streck (2002, p.209):

A compreensão é condição de possibilidade para a interpretação. Compreender não é um modo de conhecer, mas um modo de ser. Definitivamente, compreender (e, portanto, interpretar) não depende de um método; por isso, com a hermenêutica da faticidade (fenomenologia hermenêutica), salta-se da epistemologia da interpretação para a ontologia da compreensão.

É o sentido que temos de constituição que dependerá do processo de interpretação dos textos normativos. O intérprete interpreta por partes, utilizando-se do círculo hermenêutico, senão vejamos o que Streck (2002, p 179):

Ou seja, o intérprete não interpreta por partes, como que a repetir as fases da hermenêutica clássica: primeiro compreender, depois interpreta, para, finalmente, aplicar. Pelo contrario. No plano da Nova Crítica do Direito (NCD), coloca na ontologia da compreensão, esses três momentos ocorrem em um só: *a applicatio*, que se dá no movimento da circularidade da autocompreensão no interior da espiral hermenêutica. Logo, quando o intérprete interpreta um texto, estará no entremeio do círculo hermenêutico. Há um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica é o círculo hermenêutico. É possível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão.

A nova crítica do direito argumenta que o juiz não decide para depois buscar a fundamentação, ele só decide porque já encontrou o fundamento. A Constituição é um existencial, que como ente disponível, faz parte do modo-de-ser-no-mundo do intérprete, constitui, vincula e estabelece as condições do agir político-estatal. Explica Streck (2002, p.215) quais são as tarefas e propostas da nova crítica do direito:

Por tudo isso, a nova Crítica do Direito – NCD – aqui proposta é entendida como processo de desconstrução da metafísica vigorante no pensamento dogmático do Direito (sentido comum teórico). A tarefa da NCD é a de “desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos” (Heidegger-Stein). A metafísica pensa o ser se detém no ente; ao equiparar o ser ao ente, entifica o ser, através de um pensamento objetificador. Ou seja, a metafísica, que na modernidade recebeu o nome de teoria do conhecimento (filosofia da consciência) faz com que se esqueça justamente da diferença que separa ser e ente. Pag 215

A respeito da hermenêutica constitucional leciona Streck (2002, p.220) que é mera técnica e que o que dela emana pode ser relativizado ou uma interpretação diferente:

Admitir a existência de uma hermenêutica constitucional é ver/entender a hermenêutica como (mera) técnica, recuperando, com isso, a superada relação sujeito-objeto da filosofia da consciência. Como consequência, tudo do que dela emana é relativizado (ou pode vir a ser relativizado), ou seja, dependendo da técnica (ou “método” de interpretação) que jurista/intérprete utiliza/maneja, exurgirá uma interpretação diferente.

E para a interpretação constitucional utiliza-se da filtragem constitucional como conceituada por Streck (2002, p. 189):

Agregue-se, nessa quadram por relevante, que a filtragem hermenêutico-constitucional deve ser entendida enquanto processo de compreensão que ocorre no interior da espiral hermenêutica. A filtragem não deve ser entendida, pois, como simples (ou quiçá, complexa) operação de “contraposição” de um texto infraconstitucional à constituição. Quando o intérprete realiza a dita “filtragem”, esta já se manifestou, no modo de manifestação do Dasen. O intérprete que realiza a “filtragem” já está na “filtragem”. No filtrado, está aquele que filtra. No filtro, está o filtrado!

O direito constitucional é mais que uma disciplina, faz parte do processo interpretativo como adverte Streck (2002, p. 200):

Direito Constitucional, mais do que disciplina autônoma, é o modo de ser; é modo de agir, é condição de possibilidade do processo interpretativo. Nenhum texto poderá ter sentido válido se esse sentido não estiver de acordo com a Constituição. Hermenêutica também não é método; é modo de-ser-no-mundo.

Os métodos e técnicas de interpretação são frágeis, uma vez que toda interpretação será o gramatical, o voltado para a finalidade da lei e o sistemático, conforme argumenta Streck (2002, p. 207):

Afinal, toda a interpretação sempre será gramatical (porque, à evidência, deve partir de um texto jurídico); será inexoravelmente voltada à finalidade da lei, com a conseqüente violação à firme determinação do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina que o juiz, na aplicação da lei, atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum?); será, obrigatoriamente, sistemática (porque é impossível conceber que um texto normativo represente a si mesmo, sem se relacionar com o todo, para usar as anteriores palavras de Fr. Muller), assim por diante.

Não é correto o pensamento dogmático de que o conjunto de enunciados sobre o direito é suficiente para compreender o direito, sobre isso Streck (2002, p. 214) disse: *“Especificando melhor, toda vez que o pensamento dogmático do Direito tenta explicar o que significa um determinado dispositivo legal ou um princípio (constitucional ou não), está incorrendo no esquecimento da diferença ontológica”*

Pelo exposto, percebe-se que a hermenêutica não é um método, mas sim um modo de-ser-no-mundo e toda a interpretação ou será gramatical, ou voltada à finalidade da lei ou sistemática.

3.6 Hermenêutica constitucional e Peter Häberle

Häberle prega a adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade aberta, uma vez que a constituição tem um papel fundamental para a sociedade e para o Estado e, para ele, todo aquele que vive a constituição é seu intérprete. A metodologia tradicional está ligada a uma sociedade fechada, a um refinamento do processo constitucional, tornando-se parte do direito de participação democrática, senão vejamos Häberle (2002, p. 9):

Essa concepção exige uma radical revisão da metodologia jurídica tradicional, que, como assinala Häberle, esteve muito vinculada ao modelo de uma sociedade fechada. A interpretação constitucional dos juizes, ainda que relevante, não é (nem deve ser) a única.

No processo de interpretação constitucional estão ligados todos os órgãos estatais, as potências públicas, os cidadãos, ou seja, não existe um número fechado de intérpretes da constituição. Essa interpretação é um elemento da sociedade aberta e os critérios de interpretação são abertos. Assim explica Häberle (2002, p.15): *“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”

Até mesmo o cidadão que interpõe um recurso constitucional é intérprete da constituição, como também o partido político que propõe um conflito entre órgãos. Assim, a interpretação constitucional é uma atividade que diz respeito a todos, inclusive o próprio indivíduo. Assim, o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional no sentir de Häberle (2002, p 41):

As reflexões desenvolvidas levam a uma relativização da hermenêutica constitucional jurídica. Essa relativização assenta-se nas seguintes razões:

1. O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente;
2. Na posição que antecede a interpretação constitucional “jurídica” dos juízes (*Im Vorfeld juristischer Verfassungsinterpretation der Richter*), são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição.

A aplicação da ideologia da subsunção deu lugar a uma nova orientação hermenêutica onde a interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. Essa interpretação é elástica e ampliativa como adverte Häberle (2002, p. 48):

A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador. Igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes *materialmente* afetadas (*atingidos*). A íntima relação contextual existente entre Constituição material e direito constitucional processual faz-se evidente também aqui.

E Häberle conclui (2002, p. 49): *“Em resumo, uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria de Democracia”*

Assim, não existem números fechados de intérpretes da constituição, pois todos os cidadãos e órgãos estão ligados ao processo de interpretação.

4. Conclusão

A hermenêutica constitucional evoluiu muito nos últimos anos, surgindo várias regras, métodos e requisitos a serem utilizados na interpretação, mas tanto os filósofos estrangeiros quanto os doutrinadores brasileiros não entraram em um consenso para eleger qual seria a melhor regra de interpretação, o que não impede que utilizemos do que existe de melhor de cada um desses métodos para chegarmos a uma eficaz interpretação constitucional.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy editora, 2001.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicações do direito e contexto social*. – 2, Ed., São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2000
- BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva: 2010.
- BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea*. Rio de Janeiro: Edições 70.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas: Márcio Pugliese; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2007.
- CRUZ, Flávio Antônio da. *Algumas provocações sobre a hermenêutica constitucional*. In CLÈVE, Merlin Clèmerson (Coord). *Constituição, Democracia e Justiça - Aportes para um Constitucionalismo Igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *Dignidade da pessoa humana – princípio constitucional*. Curitiba: Juruá, 2009.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19 ed, São Paulo: Saraiva, 1999.
- ROCHA, Mauro Sérgio. *O controle procedimental das decisões judiciais pautadas em princípios constitucionais*. In CLÈVE, Merlin Clèmerson (Coord). *Constituição, Democracia e Justiça - Aportes para um Constitucionalismo Igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- RODRIGUES, Lucas Rêgo Silva. *A metodologia da pesquisa no direito e Jurgen Habermas*. In FILHO PAMPLONA, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson (Coord). *Metodologia da pesquisa em direito e a filosofia*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTANA JR, Gilson A. de; ROXO, Hugo L. C. *A filosofia de Gadamer e o direito: redesenhando horizontes metodológicos*. In FILHO PAMPLONA, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson (Coord). Metodologia da pesquisa em direito e a filosofia. São Paulo: Saraiva, 2011.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. *Betti x Gadamer: da Hermenêutica objetivista à Hermenêutica Criativa*. Revistas da Faculdade de Direito do Paraná.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2002.

TEIXEIRA, Nirlana; ANJOS, Pedro Germano dos. *A metodologia da pesquisa no direito e Martin Heidegger*. In FILHO PAMPLONA, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson (Coord). Metodologia da pesquisa em direito e a filosofia. São Paulo: Saraiva, 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Acadêmica, 2001.