COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 2

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

COORDENAÇÃO DO TOMO 2

Vidal Serrano Nunes Júnior

Maurício Zockun

Carolina Zancaner Zockun

André Luiz Freire

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Pedro Paulo Teixeira Manus
DIRETOR ADJUNTO
Vidal Serrano Nunes Júnior

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1
<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

TOMO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL | ISBN 978-85-60453-37-5

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico)
: direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [*et al.*] - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017
Recurso eletrônico World Wide Web (10 tomos)
Bibliografia.

1.Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
José Manoel de Arruda Alvim
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz
Nelson Nery Júnior
Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Inocêncio Mártires Coelho

INTRODUÇÃO

Se forem verdadeiras asserções do tipo: *é o próprio objeto que deve determinar o método apropriado para investigá-lo*;[1] *o método não pode explicar a eleição do método;*[2] *a pluralidade de métodos de interpretação é veículo da liberdade do juiz*;[3] *pela extrema complexidade do trabalho hermenêutico, todo pluralismo é saudável*; [4] ou, enfim, *todo juiz sentencia antes e, só depois, trabalhando "para trás", sai em busca de fundamentos que sustentem as suas decisões*; [5] se isso tudo for verdadeiro, então parece condenada, senão a um completo fracasso, pelo menos a um êxito simplesmente modesto, qualquer tentativa de se racionalizar a atividade hermenêutica com os métodos de interpretação do direito, sejam eles os tradicionais *elementos* de Savigny – *gramatical*, *lógico*, *histórico* e *sistemático*[6] –, ou os modernos cânones interpretativos, com destaque para o *instrumentarium* de que se utilizam os autodenominados neoconstitucionalistas ou pós-positivistas – melhor seria assumirem-se como "jusnaturalistas envergonhados" –, na sua particular leitura dos textos constitucionais, supostamente ancorada num *indefinível definiens*, que se convencionou chamar de *giro hermenêutico* ou *giro linguístico* e que tudo permite a esses "renovadores" da interpretação constitucional. Isso tudo somado, forçoso é reconhecer-se que, apesar do seu propósito de racionalizar a tarefa interpretativa – pois "a hermenêutica é uma atividade racional, que se ocupa com processos total ou parcialmente irracionais, como o é o processo de realização do direito, embora procure ***fazê-lo da forma mais racional possível"*** [7] ***–, apesar desse propósito,*** a escolha derradeira entre diferentes critérios, cânones ou regras de interpretação, dependerá sempre de

[1] GADAMER, Hans-Georg. *Le probléme de la conscience historique,* p. 29; ou GADAMER, Hans-Georg *O problema da consciência histórica*, p. 21.
[2] ZACCARIA, Giuseppe. *Razón jurídica e interpretación*, p. 337.
[3] KRIELE, Martin a*pud* LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 394.
[4] KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*, pp. 104 e 519.
[5] FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*, p. 92.
[6] M.F.C. de Savigny. *Traité de droit roman*, vol. 1, p. 208.
[7] KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*, p. 103.

valores que o aplicador do direito, guiado pela sua pré-compreensão, intente realizar através da interpretação.[8]

Diante dessa irracionalidade metodológica – seja-nos permitida essa ideia –, não são poucos os que, na trilha aberta, lá atrás, pelo contundente Von Kirchmann,[9] negam cientificidade ao saber jurídico e, por via de consequência, ao trabalho hermenêutico, chegando a indagar, criticamente, que tipo de ciência é essa, que não oferece àqueles que a desenvolvem um mínimo de segurança e de objetividade, mesmo reconhecendo tratar-se de uma ordem de conhecimentos que opera com realidades – *coisas do espírito* –, bem distintas das *coisas da natureza*.

Tomando posição nessa disputa – a velha *querela da ciência normativa* [10] –, Karl Larenz desenvolve razões da maior consistência, tanto mais significativas quanto são postas de maneira objetiva e sem *parti pris* por um intelectual de renome, que dedicou o melhor do seu talento aos temas e problemas da Ciência do Direito. Eis o que ele nos diz sobre o controvertido status epistemológico da hermenêutica jurídica.

> "É ociosa, porque mal colocada, a questão sobre se a interpretação jurisprudencial é "ciência" ou "arte". Se tomarmos como base o conceito "cientificista" de ciência, ela não pode ser considerada como ciência. O seu procedimento não é o de um pensamento que avança "linearmente", como uma demonstração matemática ou uma cadeia lógica de conclusões, mas em "passos alternados", que têm por objetivo o esclarecimento recíproco de um mediante o outro, e a confirmação ou rejeição, que dele decorre, de cada conjetura de sentido. Um procedimento tal requer permanentemente a mobilização das forças criadoras do espírito. Nisto se assemelha ao trabalho do artista. No entanto, não se trata de modelação ou configuração, mas de enunciados adequados sobre o conteúdo e o alcance das normas. Tais enunciados, como qualquer enunciado, estão submetidos à exigência de "correção". O fato de nem sempre serem capazes de satisfazer esta pretensão não modifica nada a esse respeito. "Correção" não significa aqui uma verdade intemporal, mas correção para *esta* ordem jurídica e para *este* momento.

[8] WROBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho,* p. 43; e *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, p. 36.
[9] KIRCHMANN, Julius Herman Von. *El carácter a-cientifico de la llamada ciencia del derecho*, pp. 245/286: "A ciência, ao fazer do acaso seu objeto, converte-se, ela mesma, em acaso: *três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras se transformam em papéis inúteis*."
[10] Ver KALINOWSKI, Georges. *Querelle de la science normative.*

> *Enquanto atividade conduzida metodicamente*, que está dirigida a obter resultados "corretos", ou seja, adequados, a interpretação só é atividade científica se nos libertarmos da estreiteza do conceito cientificista de ciência".[11]

Equacionado esse problema, ordenando-se a discussão sobre o estatuto epistemológico e o *modus operandi* próprios da atividade hermenêutica, podemos, agora, avançar em direção ao exame e ao balanço crítico dos diversos *métodos de interpretação constitucional*, atentos a que, apesar da natureza jurídico-política das constituições, a sua exegese subsume-se no conceito geral de *interpretação* como um trabalhar com as expressões linguísticas produzidas pelo homem, resultando daí que um só método – o método da *compreensão* – preside as atividades interpretativas nas ciências do espírito, em geral, independentemente da especificidade dos distintos mundos e/ou objetos culturais – *e.g.* o direito, a arte e a religião –, dos respectivos discursos e de seus cânones interpretativos. Embora cada intérprete se mova, de fato, dentro de um específico espaço "regional", ainda assim ele permanece sob a dimensão mais ampla e universal do *compreender*.[12] A c*ompreensão*, portanto, é o ato gnoseológico próprio de cada uma e de todas as ciências do espírito, assim como a *explicação* é o *modus cognoscendi* comum às ciências da natureza, sem que tal distinção signifique que esses dois saberes não possam comunicar-se nem se ajudar mutuamente; antes, pelo contrário, dada a complexidade do evento cognitivo, impõe-se – o que já vem ocorrendo faz algum tempo – o manejo conjunto de ambos os métodos, numa dialética fina, segundo o lema *explicar mais para compreender melhor.*[13] Afinal, embora existam *vários* objetos, a desafiar o seu conhecimento, e também *vários* métodos ordenados para enfrentá-los, cientificamente, há *um só* espírito científico e *um só* tipo de visão propriamente científica, seja das coisas da natureza, seja das coisas da sociedade.[14]

---

[11] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 379.
[12] VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*, pp. 118-119.
[13] DILTHEY, Wilhelm. *Crítica de la razón histórica*, pp. 238-286; DILTHEY, Wilhelm. *Origens da Hermenêutica*, pp. 149-189; RICOEUR, Paul. "Explicar e compreender*"*, *Do Texto à acção,* p. 164; RICOEUR, Paul. Interpretação e/ou argumentação, *O justo ou a essência da justiça*, p. 172; Sobre a diferença entre esses atos gnosiológicos, ver MORA, José Ferrater. Compreensão e Explicação*, Diccionario de filosofia*, pp.545-548, pp.1102-1104.
[14] BACHELARD, Gaston. *A epistemologia*, p. 139.

SUMÁRIO

Introdução 2

1. A interpretação constitucional e seus métodos 5

2. Método jurídico ou hermenêutico-clássico. 9

3. Método tópico-problemático 11

4. Método hermenêutico-concretizador 13

5. Método científico-espiritual 16

6. Método normativo-estruturante 19

7. Método da comparação constitucional 22

8. Balanço crítico 23

Referências 24

1. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E SEUS MÉTODOS

Consolidada a jurisdição constitucional nos mais diversos quadrantes do mundo jurídico – nos Estados Unidos, na Europa e na América Latina, entre outros –, e admitida a legitimidade do *judicial review*, uma prerrogativa que, até certo ponto, os juristas e cientistas políticos tiveram de aceitar como inerente ao exercício dessa jurisdição excepcional, todos voltaram suas vistas para o problema da interpretação/aplicação da Lei Fundamental, do que resultou substituírem-se os velhos debates sobre as origens do controle de constitucionalidade pelas modernas discussões acerca dos métodos e critérios – serão *jurídicos, políticos ou jurídico-políticos?* – de que se utilizam as cortes constitucionais para dar a *última palavra* sobre a Constituição. Rigorosamente vistas as coisas – com sinceridade e realismo –, impõe-se reconhecer que essa última palavra não é *sobre* a Constituição, antes *é* a Constituição, porque os seus enunciados normativos, como quaisquer outros, não falam por si, mas apenas pela boca dos

seus intérpretes/aplicadores e, no caso das cortes constitucionais, ninguém pode corrigir – embora possa apontar – eventuais erros de "tradução" cometidos pelos seus juízes. E a tal ponto chegou essa aproximação/identificação do pensamento das constituições com o pensamento desses tribunais extraordinários, que um juiz da corte constitucional da Colômbia chegou a afirmar que entre as ideias da Constituição e as ideias da sua corte constitucional, não caberia sequer uma folha de papel.[15]

Nesse contexto de controvérsias e de incômodo político, em que a única concordância parece residir em proclamar-se que essas cortes, estando situadas fora e acima da tradicional tripartição de poderes, a rigor não conhecem limites no exercício de suas atribuições, diante dessa realidade, juristas das mais diversas tendências têm se esforçado por controlar as decisões desses super-tribunais – verdadeiras *constituintes de plantão* – mediante a formulação de cânones hermenêuticos, cuja observância, se tornada efetiva, poderia reduzir a um mínimo democraticamente tolerável o *resíduo incômodo* de voluntarismo e de irracionalidade que se faz presente em toda decisão judicial, mormente nos veredictos dos órgãos da jurisdição constitucional, cuja tarefa consiste muito mais em *concretizar* do que em *interpretar* as pautas axiologicamente abertas e linguisticamente plurissignificativas, que integram a parte dogmática das constituições.

Noutras palavras, sob essa perspectiva, pode-se dizer, desde logo, que a formulação dessas regras e o empenho em torná-las efetivas respondem à necessidade de se racionalizar e/ou tornar transparente, quanto possível, a atividade hermenêutica, que é tanto mais *engenhosa* e *criativa* quanto menos precisos ou mais abertos forem os enunciados a demandarem interpretação.

Afinal de contas, como se costuma dizer, os intérpretes trabalham com a *textura aberta* e o *excesso de significados* de toda linguagem normativa e, no caso particular da exegese constitucional, num contexto em que se exaltam (1) mais a Constituição do que as leis; (2) mais os juízes do que os legisladores; (3) mais os princípios do que as regras; (4) mais a ponderação do que a subsunção; e (5) mais a concretização do que a interpretação. [16]

[15] RESTREPO, Gabriel Mora. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*, p. 21.
[16] SANCHIS, Luis Prieto. *Ley, principios, derechos*, p. 35; RODRÍGUEZ, José María. *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, p. 161.

Preliminarmente, invocando os ensinamentos de Gomes Canotilho, devemos esclarecer que, atualmente, 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, o que confirma o caráter *unitário* da atividade interpretativa.[17]

Em razão dessa variedade de meios hermenêuticos e do modo, até certo ponto desordenado, como são utilizados pelos seus operadores, o primeiro e grande problema com que se defrontam os intérpretes da constituição parece residir, de um lado e paradoxalmente, nessa riqueza de possibilidades e, de outro, na inexistência de critérios que possam validar a escolha dos seus instrumentos de trabalho e resolver os eventuais conflitos entre eles, seja em função (1) dos *casos* a decidir, (2) das *normas* a manejar ou, até mesmo, (3) dos *objetivos* que pretendam alcançar em dada situação hermenêutica, o que, tudo somado, aponta para a necessidade de complementações e restrições recíprocas, num incessante ir e vir ou *balançar de olhos*, que tenha o seu eixo no valor *justiça*, em permanente configuração.

Não por acaso, Gustavo Zagrebelsky afirma que não existe na literatura, nem na jurisprudência, uma teoria dos métodos interpretativos da Constituição que nos esclareça se é possível e necessário adotar-se um método previamente estabelecido ou uma ordem metodológica concreta, o que, se não configura uma lacuna inexplicável, por certo reflete a consciência de que não tem maior significado nos aproximarmos da interpretação através dos seus métodos.[18]

Em suma, desprovidos de uma teoria consistente, que lhes dê sustentação e confiança na seleção de métodos que organizem o seu acesso à constituição – um panorama "desolador" na expressão de Canosa Usera[19] –, os intérpretes e aplicadores acabam escolhendo esses instrumentos ao sabor de sentimentos e intuições pessoais, critérios que talvez lhes pacifiquem a consciência, mas certamente nada nos dirão sobre a racionalidade dessas opções.

---

[17] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição,* p. 1084.
[18] PINA, Antonio López. La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución, División de Poderes e Interpretación. *Hacia una teoría de la praxis constitucional*. p.171.
[19] USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política*, p. 138.

Afinal de contas – para ficarmos apenas no âmbito das *leituras* da lei fundamental – o que significam, objetivamente, expressões tais como *unidade da constituição*, *concordância prática*, *interpretação conforme, exatidão funcional* ou *máxima efetividade*, com que se rotulam os princípios da interpretação constitucional, se essas locuções, também elas, estão sujeitas a contradições e conflitos de interpretação?[20] A que resultados, minimamente controláveis, podemos chegar partindo de métodos assemelhados e cuja esotérica denominação – e.g. *tópico-problemático, hermenêutico-concretizador*, *científico-espiritual* ou *normativo-estruturante* –, mais confunde do que orienta os que adentram o labirinto da sua utilização? Como aplicar, com segurança, por exemplo, o multifuncional princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, essa espécie de *vara de condão* de que se valem as cortes constitucionais – e não apenas elas – para operar milagres que espantam gregos e troianos? Como usar a velha tópica jurídica, se não existe acordo nem mesmo sobre o que significam os seus *topoi* e se todos os que dela se utilizam o fazem na exata medida em que, para qualquer problema, essa vetusta senhora fornece enunciados a gosto do freguês? [21]

Apesar das incertezas daí decorrentes, autores existem, hoje em maioria, que enaltecem as virtudes dessa riqueza instrumental com o argumento – que registramos linhas acima – de que, em face da extrema complexidade do trabalho hermenêutico, todo pluralismo é saudável, não se constitui em obstáculo, antes colabora, para o conhecimento da verdade e, *racionalmente* aproveitado, ao invés de embaraçar os operadores jurídicos – como tudo levaria a crer – acaba ampliando o seu horizonte de compreensão e lhes facilitando a tarefa de aplicar o direito. [22]

Por tudo isso, talvez se devesse reconhecer, sem constrangimentos lógicos ou axiológicos, que, a serviço do direito, pelo menos na visão particular de alguns dos seus operadores, tanto os fins parecem justificar os meios, quanto os meios parecem justificar os fins, embora ninguém possa dizer, em sã consciência, qual deles deva ter precedência, nem como são manipulados pelos sujeitos da interpretação. O que se pode dizer, sim, é

[20] NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*, pp. 84, 104 e 106; HART, Herbert L. A. *Conceito de direito*, p. 139.
[21] Ver VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*; VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*; AMADO, Juan Antonio Garcia. *Teorías de la tópica jurídica*.; PALASÍ, José Luis Villar. *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, p.151.
[22] KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*, pp. 104 e 519.

que neste terreno qualquer pretensão de objetividade é ilusória ou ingenuamente neutra, razão pela qual o máximo que se deve almejar é construir uma honesta e prestante intersubjetividade, assim considerada aquela convergência de entendimento, entre sujeitos independentes, sobre uma dada realidade, a partir de pontos de vista que são distintos, mas nem por isso menos defensáveis.[23]

Com estas considerações, que servem de advertência sobre as dificuldades da interpretação constitucional, passemos ao exame dos principais métodos que balizam essa importante atividade hermenêutica, assinalando que o seu manejo, nem sempre de forma consciente, reflete a conexão – recíproca e constante – entre objeto e método, no caso, entre os diferentes métodos, de que se utiliza a hermenêutica constitucional, de um lado e, de outro, os distintos conceitos e teorias da constituição.[24]

Quanto aos *métodos* de que se valem os intérpretes/aplicadores da Constituição, tal como recenseados, entre outros, por Böckenförde e Gomes Canotilho[25], são eles, fundamentalmente, os seguintes: método *jurídico* ou *hermenêutico-clássico*; *tópico-problemático*; *hermenêutico-concretizador*; *científico-espiritual*; e *normativo-estruturante*, cujos traços mais significativos resumiremos a seguir, adiantando que todos eles, embora disponham de nomes próprios, a rigor não constituem abordagens hermenêuticas autônomas, não passando, como salientado anteriormente, de simples concretizações ou especificações do método da *compreensão* como ato gnosiológico comum a todas as ciências do espírito.[26]

2. MÉTODO JURÍDICO OU HERMENÊUTICO-CLÁSSICO.

Para os adeptos desse método, a despeito da sua posição na estrutura do ordenamento jurídico, a que serve de fundamento e fator de integração, a Constituição essencialmente é uma *lei* e, por isso, há de ser interpretada segundo as regras tradicionais da hermenêutica, articulando-se e complementando-se, para *revelar* o seu sentido, os

[23] KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*, p. 192.
[24] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales,* p.37.
[25] *Idem,* pp.13-35; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição,* pp. 1084-1087.
[26] DILTHEY, Wilhelm. *Introducción a las ciencias del espíritu del occidente*; CASSIRER, Ernst. *Las ciencias de la cultura*. NETO, A. L. Machado. *Problemas filosóficos das ciências humanas*.

mesmos elementos – genético, filológico, lógico, histórico e teleológico – que são levados em conta na interpretação das leis em geral.

Desconsiderado o caráter *legal* da Constituição e rejeitados, na sua interpretação, os *métodos* ou elementos tradicionais desenvolvidos por Savigny – os únicos, ao ver de Ernst Forsthoff, que lhe preservam o conteúdo normativo e impedem a sua dissolução em considerações valorativas –, a lei fundamental estaria sujeita a modificações subterrâneas, de viés interpretativo, o que, tudo somado, lhe ofenderia o texto, que não contempla esse tipo de alteração; comprometeria a sua finalidade estabilizadora, de todo avessa a oscilações hermenêuticas; e, afinal, acabaria por transformar o Estado de Direito em um Estado de Justiça, onde o intérprete/aplicador, ao invés de servo, se faria "senhor da Constituição".[27]

Por tudo isso − contemporizam os adversários da autonomia da interpretação constitucional −, se alguma particularidade existe na Constituição, o que eles admitem em linha de princípio, essa singularidade seria quando muito apenas um fator adicional, a ser considerado na *exegese* do texto e na *construção* do sistema, mas nunca um motivo para que se afastem da hermenêutica constitucional os métodos clássicos de interpretação.[28]

Trata-se de uma concepção cognitiva baseada na ideia de *verdade como conformidade* ou, se quisermos, na crença metafísico-jurídica de que toda norma possui um sentido *em si*, seja aquele que o legislador pretendeu atribuir-lhe (*mens legislatoris*), seja o significado que, afinal e à sua revelia, acabou emergindo do texto (*mens legis*). Por isso, a tarefa do intérprete, enquanto *aplicador* do direito, resume-se em descobrir o *verdadeiro* significado das normas e por ele guiar-se na sua aplicação.[29]

---

[27] FORSTHOFF, Ernst *apud* AMADO, Juan Antonio Garcia. *Teorías de la tópica jurídica*, p.278-279; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 436.

[28] Tomando posição nessa polêmica, Karl Larenz diz não ver fundamento bastante para não se aplicarem, pelo menos em tese, os princípios interpretativos gerais à exegese constitucional, pois a Constituição, enquanto lei – assim como as outras leis, que são redigidas na maior parte em linguagem corrente – é uma obra de linguagem e, por isso, carece de interpretação, do mesmo modo que as proposições nela contidas têm o caráter de normas, embora com efeito vinculativo mais vigoroso do que o das demais leis. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 438.

[29] Para uma crítica dessa posição ontognosiológica e seus reflexos na compreensão do direito, ver, entre outros, STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, pp.173-225, e STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, pp. 49-51. Sobre o conceito de crença como *evidência não refletida*, ver GASSET, José Ortega. *Ideas y creencias*, pp. 383-394.

Nenhuma dúvida, portanto, sobre as condições de possibilidade dessa descoberta, nem tampouco sobre o papel do intérprete nesse acontecimento hermenêutico. Menos ainda sobre a inevitável criatividade do intérprete enquanto agente redutor da distância entre a abstração e a generalidade da norma, e a concretude e singularidade do caso a decidir. No fundo, subjacente a tudo, a ideologia da separação de poderes em sentido forte, a cuja luz o legislador é o soberano e o juiz apenas a boca que pronuncia as palavras da lei.[30]

3. MÉTODO TÓPICO-PROBLEMÁTICO

Aceitando-se, em contraposição a esse ponto de vista, que, modernamente, a Constituição é um sistema *aberto* de regras e de princípios, o que significa dizer que ela admite/exige distintas e cambiantes interpretações[31]; que um problema é toda questão que, em princípio, permite *mais de uma resposta*; e que, afinal, a tópica é a técnica do pensamento *problemático*,[32] pode-se dizer que os instrumentos hermenêuticos tradicionais não resolvem as *aporias* emergentes da interpretação *concretizadora* desse modelo constitucional e que, por isso mesmo, o método *tópico-problemático* representa, se não o único, pelo menos o mais adequado dos caminhos de que se dispõe para *chegar* à Constituição.

Em palavras de Böckenförde, em face do caráter fragmentário e frequentemente indeterminado da Constituição, é natural o recurso ao processo tópico orientado ao problema, para remediar a insuficiência das regras clássicas de interpretação e evitar o *non liquet*, que já não é possível pela existência da jurisdição constitucional.[33]

---

[30] MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *De l'esprit des lois*, p.196, e MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis,* p. 187; MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *La ideología alemana*, p. 45, e MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã,* p.72; SANCHÍS, Luís Prieto. *Ideologia e interpretación jurídica*, p.13.

[31] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 1033; e ver VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución abierta y sus "enemigos"*; e REVORIO, Francisco Javier Díaz. *La Constitución como orden abierto*.

[32] VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia,* pp. 49-50.

[33] Para um exame mais profundo da correlação entre objeto e ato interpretativo e suas implicações na hermenêutica jurídica, em geral, ver os ensaios de REALE, Miguel. Colocação do problema filosófico da interpretação do direito e problemas de hermenêutica jurídica. *O direito como experiência*, pp. 227-233 e pp. 235-259.

Noutro dizer, sendo a interpretação jurídica uma tarefa essencialmente prática – nesse domínio, compreender sempre foi, também, *aplicar*[34] – e possuindo as normas constitucionais estrutura normativo-material *aberta*, *fragmentária* e *indeterminada*, daí decorre que a sua efetivação exige, necessariamente, o protagonismo dos aplicadores, o que transforma a *leitura* constitucional num *processo aberto de argumentação*, do qual participam, igualmente legitimados, os diversos operadores da Carta Política.

Em suma, graças à abertura textual e material dos seus enunciados e ao pluralismo axiológico, que lhe é congênito, a Constituição – como objeto hermenêutico – mostra-se muito mais *problemática* do que *sistemática*, o que aponta para a necessidade de interpretá-la *dialogicamente* e aceitar, como igualmente válidos, até serem vencidos pelo melhor argumento, todos os *topoi* ou *fórmulas de busca* que, racionalmente, forem trazidos a confronto pela comunidade hermenêutica. Por esse caminho, ademais, as contendas políticas são absorvidas e transformadas em simples *conflitos de interpretação*, o que, tudo somado, significa resguardar-se a Constituição contra inconformismos ou surtos autoritários, pois todo aquele que participa do debate hermenêutico *em torno* da Constituição fica obrigado, pelo menos moralmente, a respeitar o seu resultado ao invés de se voltar contra o objeto da interpretação.[35]

Outro não é, aliás, o propósito de Peter Häberle quando afirma – em declarado conflito com Forsthoff [36] –, que se deve *abrir* a sociedade dos intérpretes da Constituição, para que a sua leitura, até hoje restrita às instâncias oficiais, se faça em perspectiva pública e republicana, até porque, ao fim e ao cabo, aquele que "vive" a norma acaba por interpretá-la ou, pelo menos, cointerpretá-la, e toda *atualização* da Constituição, por meio de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada.[37] À luz dessa concepção, em palavras do próprio Peter Häberle,

---

[34] GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*, pp. 380, 396, 400 e 401; FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, pp.107-108.

[35] Cf., a propósito, esta instigante observação de Paul Ricoeur: "Perante o tribunal, a plurivocidade comum aos textos e às ações é trazida à luz do dia sob a forma de um conflito das interpretações...". RICOEUR, Paul. *Do Texto à acção*, p. 206. Ver, também, CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*, pp. 1085/1086; e VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*, p. 180.

[36] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito,* p. 437.

[37] Ver HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição* e HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional,* pp. 149-162. Ver, também, o nosso estudo: As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*, n.º 137.

a *interpretação constitucional republicana* aconteceria numa sociedade *pluralista* e *aberta*, como obra de todos os participantes, em *momentos de diálogo* e de *conflito*, de *continuidade* e de *descontinuidade*, de tese e de antítese. Só assim – prossegue e arremata esse jurista ilustre –, entendida como *ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade*, a carta política será também uma *constituição aberta*, de uma *sociedade aberta e* verdadeiramente *democrática.* [38]

Essa compreensão, à evidência, mostra-se *fascinante*, sobretudo para aqueles que, a pretexto de combaterem o positivismo e os excessos dogmáticos, *processualizam* a visão do Direito e do Estado, sem se darem conta de que, em contrapartida, levados por esse entusiasmo hermenêutico, acabarão *diluindo* a normatividade constitucional numa *dinâmica absoluta* e retirando da lei fundamental uma de suas mais importantes funções, que é precisamente a de servir de instrumento ordenador, conformador e estabilizador da vida social, como o mesmo Forsthoff não se cansava de dizer.

Por isso, Gomes Canotilho, que inegavelmente admira as posições de Peter Häberle, ao fazer o balanço crítico dessa proposta hermenêutica, opõe-lhe a ressalva de que, *processualizada*, a lei fundamental apresenta um elevado *déficit normativo*, pois a pretexto de *abertura* e de *existencialismo atualizador do pluralismo*, o que se faz, mesmo, é dissolver a normatividade constitucional na política e na interpretação, faltando pouco para se concluir que legiferação constituinte e interpretação constitucional são uma só e mesma coisa.[39]

Outra não é a visão de Böckenförde, quando afirma, com indisfarçável ironia, que se as palavras ainda devem conservar seu significado, o que Peter Häberle propõe já não é *interpretação*, mas uma permanente mutação constitucional, criadora de direito, sob o rótulo de interpretação atualizadora.[40]

4. MÉTODO HERMENÊUTICO-CONCRETIZADOR

[38] Sobre a hermenêutica constitucional de Peter Häberle, ver COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*, n.º 137, pp. 157-164; e COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista de informação legislativa*, nº 138, p.185/191.
[39] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 476.
[40] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre direitos fundamentales*, p.25.

O ponto de partida dos que recomendam essa postura hermenêutica, de resto pouco diferente do método tópico-problemático, é a constatação de que a leitura de qualquer texto normativo, inclusive do texto constitucional, começa pela *pré-compreensão* do intérprete, a quem compete *concretizar* a norma a partir de uma dada realidade histórica, de certa situação hermenêutica, que outra coisa não é senão o momento/ambiente em que o problema é posto a exame, para que esse operador do direito o resolva *à luz da constituição* e não segundo critérios pessoais de justiça.

Destarte, embora prestigiando o procedimento tópico orientado ao problema, os adeptos do método hermenêutico-concretizador procuram ancorar a interpretação no próprio texto constitucional – como limite da concretização –, mas sem perder de vista a realidade que esse texto intenta regular e que, afinal, lhe esclarece o sentido, uma postura que, de resto, encontra apoio, dentre outras, nas seguintes *descobertas* hermenêuticas de Hans-Georg Gadamer: a) *interpretar sempre foi, também, aplicar*; b) *aplicar o direito significa pensar, conjuntamente, o caso e a lei, de tal maneira que o direito propriamente dito se concretize*; e, afinal, c) *o sentido de algo geral, de uma norma, por exemplo, só pode ser justificado e determinado, realmente, na concretização e através dela*. [41]

Em que pese à importância desse suporte filosófico, impõe-se reconhecer a grande dificuldade em se produzirem resultados razoavelmente consistentes à base dessa proposta hermenêutica, porque a pré-compreensão do intérprete, enquanto tal, distorce desde logo não somente a realidade, a ser captada através da norma, mas também o significado do preceito constitucional, já de si múltiplo, sentido esse que o intérprete/aplicador deve apurar naquele permanente *balançar de olhos* entre o substrato e o sentido, que singulariza a dialética da compreensão.[42]

Mesmo assim, acreditam os adeptos desse método que se ele for utilizado corretamente ensejará *concretizações* minimamente controláveis, nas quais se evidenciem tanto as dimensões objetivas da atividade hermenêutica, emergentes do

[41] GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*, pp. 380, 396 e 401; GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*, p.51/52.
[42] A expressão *balançar de olhos*, introduzida no debate hermenêutico por Karl Engish, foi acolhida por Karl Larenz, Hruschka, Henke e Kriele, entre outros, mas ironizada por Josef Esser, para quem desse "pendular sem fim" nada de direito se pode "retirar em conclusão" se não é possível, pela pressuposição de um fundamento valorativo, indicar os critérios que permitam dirigir o movimento do pêndulo para uma "determinada subsunção". ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 110-150, Anotações 5 e 3, respectivamente.

problema a resolver, quanto os seus aspectos subjetivos, traduzidos na pré-compreensão do intérprete sobre a norma e a situação normada.[43] Como, entretanto, toda pré-compreensão, por natureza, possui algo de *irracional*, pode-se dizer que, a despeito dos seus esforços, aqueles que propugnam por esse método, assim como os defensores do procedimento tópico-problemático, ficam a dever aos seus críticos algum critério de verdade que lhes avalize as interpretações, de nada valendo, para quitar essa *dívida metódica*, fazerem apelo a uma imprecisa e mal definida *verdade hermenêutica*, que pode ser muito atraente, como ideia, mas pouco nos diz sobre os alicerces dessa construção, que parece não acabar nunca. Não nos esqueçamos, a propósito, que essa verdade hermenêutica, sendo de natureza discursiva, dependerá sempre da aceitação consensual de um suposto *melhor argumento*, o qual, a seu turno, não podendo ser autorreferente, estará sujeito a contestações sempre que qualquer outro argumento seja trazido a debate, com a pretensão de ser reconhecido como o *novo melhor argumento*. Por isso os críticos mais ácidos das verdades hermenêuticas afirmam que elas vão sendo construídas e aceitas em debates sem fim, em discursos que não acabam mais. Daí que, assumindo claramente essa historicidade, no âmbito da hermenêutica jurídica, Gadamer afirme que uma interpretação definitiva parece ser uma contradição em si mesma, porque a interpretação é algo que está sempre a caminho, é tarefa que nunca se conclui, é percurso que não tem ponto de chegada. [44]

Uma defesa possível para essa constante substituição de verdades é dizer-se que se trata de um processo essencialmente idêntico ao dos avanços no âmbito das ciências causal-explicativas, onde toda teoria tem prazo de validade limitado – com maior ou menor extensão –, a depender da ocorrência de algum fenômeno que não se explique à luz das teorias anteriores, as quais, por isso mesmo, são descartadas e substituídas por verdades novas e mais abrangentes. Daí que, no âmbito dessas ciências, chegue a ser corriqueira a advertência de que todo edifício científico encontra-se necessariamente em desequilíbrio e constantemente em progresso. O erro não desempenha nele o papel de mero acidente psicológico; o erro é, digamos assim, parte integrante do movimento do espírito que engendra a ciência, a tal ponto que se poderia pensar em definir,

[43] REALE, Miguel. *Filosofia do direito,* p. 594.
[44] GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*, p. 71.

paradoxalmente, o conhecimento científico como o *conhecimento errôneo* ou dos *erros retificados*, assim como afirmar que, por uma das suas vertentes, o progresso da ciência consiste em levar o erro do estado de erro vulgar ao de erro científico, ou seja, ao estado de *erro refutável* ou de *erro retificável*. [45]

5. MÉTODO CIENTÍFICO-ESPIRITUAL

Como toda direção hermenêutico-constitucional, também a corrente científico-espiritual tem como pressuposto determinada ideia de Constituição, um conceito que os seus adeptos adotam como fundamento e ponto de partida para definir o método que reputam adequado ao compreender constitucional. Se, como observamos lá atrás, é o objeto que determina o método adequado para investigá-lo, então é de total coerência esclarecer-se, antecipadamente, qual é o objeto a ser trabalhado pelos adeptos dessa corrente hermenêutica, o que, no entanto – e circularmente − só se descobre através de um método a tanto adequado. Mas essa já é outra questão, que não nos cabe discutir nos limites deste texto.

Pois bem, o que dá sustentação material ao método científico-espiritual de interpretação constitucional é, precisamente, a ideia de Constituição como instrumento de *integração social*, em sentido amplo, vale dizer, não apenas do ponto de vista jurídico-formal, enquanto norma-suporte e fundamento de validade de todo o ordenamento, segundo o entendimento kelseniano, por exemplo, mas também e, sobretudo, em perspectiva política e sociológica, como instrumento de regulação (=absorção/superação) de conflitos e, por essa forma, de construção e preservação da unidade político-social. [46]

Daí nos dizer Rudolf Smend, a mais expressiva figura dessa escola, que a Constituição é a ordenação jurídica do Estado, ou da dinâmica vital em que se desenvolve a vida estatal, isto é, o travejamento normativo do seu processo de integração, muito embora – esclarece esse mesmo jurista –, o Estado não limite a sua "vida" somente àqueles momentos da realidade que são contemplados pela Carta Política. Nesse sentido

[45] GRANGER, Gilles-Gaston. *Formalismo y ciencias humanas*, p. 11-12; BACHELARD, Gaston. *La formación del espíritu científico*, p. 13.
[46] KELSEN, Hans. *Teoria general del derecho y del Estado,* p. 135/136; HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha,* pp.29/37.

– assim como existem espaços livres do direito[47] e, igualmente, direito sem Estado[48] –, haveria também espaços do Estado não alcançados pela normatividade *constitucional*, uma afirmação no mínimo polêmica, se considerarmos, como ensina Peter Häberle, que se todo o poder do Estado provém dos cidadãos que se *encontram* na comunidade, não resta espaço algum para um poder estatal extra ou pré-constitucional, devendo conceber-se a Constituição como *prévia* ou anterior ao próprio Estado, a despeito da importância que este possa ter ou vir a conservar na comunidade política.[49]

Mesmo assim, ainda que se deva considerá-lo sempre como realidade juridicamente conformada, nem por isso podemos reduzir o Estado a uma totalidade imóvel, cuja única expressão externa consistiria em promulgar leis, celebrar tratados, prolatar sentenças ou praticar atos administrativos. Muito pelo contrário, ele há de ser visto, igualmente, como um fenômeno espiritual em permanente configuração, no âmbito de um processo que pode ser valorado, indistintamente, como progresso ou deformação, pouco importa, até porque essa é a sua maneira de ser. [50]

Noutras palavras, o Estado é uma realidade – e assim deve ser considerado – que só existe e se desenvolve por conta dessa revivescência contínua, desse *plebiscito diário*, aquela imagem feliz de que se valeu Renan para explicar o surgimento e a continuidade das nações, imagem que o próprio Smend revalorizou quando pôs em destaque que também a vida do Estado, enquanto associação dos indivíduos que a ele se vinculam, juridicamente, depende dessa eterna renovação de propósitos, desse permanente desejo de coesão.[51]

Quanto à Constituição, a seu turno, observa Smend que muito embora a sua peculiaridade jurídica resida, principalmente, na forma como ela articula os órgãos políticos do Estado, não é possível analisar tal peculiaridade apenas detalhando o seu catálogo de competências, nem tampouco avaliando, em perspectiva estritamente jurídico-formal, as relações que se estabelecem entre os diferentes órgãos da soberania. É preciso examinar, também, o peso específico que a própria Constituição – enquanto

[47] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, pp. 449-455.
[48] Ver COHEN-TANUGI, Laurent. *Le droi sans l' Etat*.
[49] HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*, pp. 19-20.
[50] BURDEAU, Georges. *El Estado*, p. 9; BURDEAU, Georges. *Traité de science politique,* pp. 180-183.
[51] SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional,* pp. 62, 63 e 132.

norma de caráter essencialmente político[52] –, reconhece a cada um desses órgãos, com vistas ao processo global de integração, e não segundo as funções burocráticas que eventualmente eles possam desempenhar em determinado modelo de distribuição de competências.

Por tudo isso, arremata o mesmo Smend, essa combinação específica dos órgãos não constitui uma simples repartição de poderes, de maior ou menor alcance, mas uma repartição de participações, de índole bem diferente, no âmbito do sistema integrativo em que, afinal, se constitui o Estado.[53]

De outra parte, sendo o direito constitucional uma positivação das possibilidades e funções próprias do mundo do espírito – um conjunto de normas que só se compreendem com referência a essas mesmas realidades espirituais, as quais, por seu turno, não se realizam, de forma plena e continuada, senão por força dessa positivação, que lhes confere normatividade –, não deve o intérprete encarar a Constituição como um momento estático e permanente da vida do Estado, e sim como algo dinâmico, que se renova continuamente, a compasso das transformações, igualmente constantes, por que passa a própria realidade que as normas constitucionais intentam regular.[54]

A essa luz, portanto, em que aparece como instrumento ordenador da totalidade da vida do Estado, do seu processo de integração e, também, da própria dinâmica social, a Constituição não apenas permite, como igualmente exige, uma interpretação extensiva e flexível, em larga medida diferente das outras formas de interpretação jurídica, sem necessidade de que o seu texto contenha qualquer disposição nesse sentido.

Pelo contrário, é da natureza das constituições abarcarem o seu objeto de um modo simplesmente esquemático, deixando livre o caminho para que a própria experiência vá operando a integração dos variados impulsos e motivações sociais de que se nutrem tanto a dinâmica política, quanto a dinâmica especificamente constitucional. Daí se caracterizarem as fórmulas constitucionais – nisto bem diferentes dos textos legais, em geral – precisamente pela sua elasticidade e capacidade de autotransformação, regeneração e preenchimento das próprias lacunas.[55]

---

[52] SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*, p. 197
[53] *Idem*, pp. 214-215.
[54] *Idem*, pp. 66 e 201.
[55] *Idem*, pp. 133-134.

Em síntese, para os adeptos do método científico-espiritual – que é o das ciências da cultura, em geral –, tanto o Direito, quanto o Estado e a Constituição, são vistos como fenômenos *culturais* ou fatos referidos a valores[56], a cuja realização eles servem de instrumento. Entre tais valores, emerge a *integração social* como fim supremo, a ser buscado por toda a comunidade, ainda que, ao limite, como advertem os seus críticos, esse integracionismo absoluto possa degradar o indivíduo à condição de uma simples peça – indiferenciada e sem relevo – da gigantesca engrenagem social. Por isso, impõe-se *compensar* esses excessos integracionistas reafirmando, uma vez mais, a *dignidade humana* como premissa antropológico-cultural do Estado de Direito e valor fundante de toda a experiência ética. [57]

6. MÉTODO NORMATIVO-ESTRUTURANTE

Formulado e desenvolvido em plena vigência das ideias de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer – relembre-se que, para Gadamer, interpretar sempre foi, também, *aplicar* e que a tarefa da interpretação consiste em *concretizar* a lei em cada caso, isto é, na sua *aplicação*[58] –, o método *normativo-estruturante* parte da premissa de que existe uma implicação necessária entre o programa normativo e o âmbito normativo, entre os preceitos jurídicos e a realidade que eles intentam regular, uma vinculação tão estreita que a própria *normatividade*, tradicionalmente vista como atributo essencial dos comandos jurídicos, parece ter sido condenada/obrigada a evadir-se dos textos e buscar apoio fora do ordenamento para tornar eficazes os seus propósitos normalizadores.

Nesse sentido, ao discorrer sobre a normatividade, a norma e o texto da norma, Friedrich Müller nos dirá que a *normatividade*, pertencente à norma segundo o entendimento veiculado pela tradição, não é produzida pelo seu texto, antes resulta dos dados extralinguísticos de tipo estatal-social, de um funcionamento efetivo e de uma atuação efetiva do ordenamento constitucional perante motivações empíricas na sua área de operação, enfim, de dados que mesmo se quiséssemos não poderíamos fixar no texto

[56] RADBRUCH, Gustavo. *Filosofia do direito*, p. 50.
[57] HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*, p. 169 e ss; REALE, Miguel. *Pluralismo e Liberdade*, p. 70/74; REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, p. 211/214; REALE, MIGUEL. *Fontes e Modelos do Direito*, p.114.
[58] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, p. 489.

da norma, no sentido da garantia da sua pertinência. É que o ordenamento jurídico positivo não tem e sequer pode alimentar a pretensão de apreender e ordenar, na malha das suas normas, todos os aspectos da vida social. Afinal, como disse Oskar Bülow, citado por Engisch, a todo o instante a vida se diverte com as previsões legais.[59]

Mais ainda, continua Friedrich Müller, não é o teor literal de uma norma (constitucional) que regulamenta um caso concreto, mas sim o órgão legislativo, o órgão governamental, o funcionário da administração pública, o tribunal, que elaboram, publicam e fundamentam a decisão regulamentadora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação fática, sempre de conformidade com o fio condutor da formulação linguística dessa norma (constitucional) e com outros meios metódicos auxiliares da concretização. Mas não apenas isso comprova a não-identidade entre norma e texto da norma; a não-vinculação da normatividade a um teor literal fixado e publicado com autoridade − anota esse jurista −, se evidencia também pelo *direito consuetudinário*, cuja qualidade jurídica não se põe em dúvida, apesar de não se apresentar sob a forma de textos definidos com autoridade. Além disso tudo, conclui Müller, mesmo no âmbito do direito vigente a normatividade que se manifesta em decisões práticas não está orientada, linguisticamente, apenas pelo texto da norma jurídica concretizada; pelo contrário, todas as decisões são elaboradas com a 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 teor literal da norma e, até mesmo, o transcendem.[60]

Em face dessa abertura para uma espécie de *infinito jurídico*, pode-se dizer que, na visão de Müller – nisto ultrapassando Rudolf Stammler[61] –, quando se põe a *concretizar* uma norma jurídica, o intérprete-aplicador como que transforma em seus *considerandos* tudo quanto lhe pareça adequado à situação hermenêutica em que se encontra, e ele possa captar no manancial inesgotável da experiência jurídica, em permanente devir. [62]

---

[59] ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, p. 331.
[60] MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, pp. 45,46 e 48.
[61] ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico,* pp. 116/118; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*, p. 93: "*Quando alguém aplica um artigo do Código, aplica todo o Código".*
[62] GADAMER, Hans-Georg. *A ideia do bem entre Platão e Aristótele,* p. 115; NIETZSCHE, Friedrich. *Más allá del bien y del mal,* p.193: "O alemão não é, ele devém, 'desenvolve-se. Esta é a razão pela qual o

Destarte, na sua tarefa de *concretizar* a norma constitucional – porque neste domínio, pela estrutura normativo-material, aberta e indeterminada, dos preceitos constitucionais, a interpretação, que é retrospectiva por natureza, cedeu o lugar à prospectiva *concretização*[63] –, para fazer justiça à complexidade e magnitude desse trabalho, o intérprete/aplicador deverá considerar não apenas os elementos resultantes da interpretação do *programa* normativo – que está expresso pelo texto da norma –, mas também aqueles decorrentes da investigação do seu *âmbito* normativo, que igualmente pertence à norma, e com igual hierarquia, pois representa o pedaço da realidade social que o programa normativo "escolheu" ou, em parte, criou para si mesmo, como seu espaço de regulação.

Em síntese, no dizer do próprio Müller, o teor literal de qualquer prescrição de direito positivo é apenas a "ponta do *iceberg*";[64] todo o resto, talvez a parte mais significativa, que o intérprete-aplicador deve levar em conta para *realizar* o direito, isso é constituído pela *situação normada*, na feliz expressão de Reale, mencionada anteriormente. [65]

Refletindo, igualmente, essa mudança de rumos, nos dirá Konrad Hesse – a quem se deve a mais sólida contribuição para o êxito dessa proposta hermenêutica –, que a interpretação constitucional é *concretização*; que precisamente aquilo que não aparece, de forma clara, como conteúdo da Constituição, é o que deve ser determinado mediante a incorporação da *realidade*, de cuja ordenação se trata; que o conteúdo da norma interpretada só se torna completo com a sua interpretação e, assim, não pode realizar-se baseado apenas nas pretensões contidas nas normas – exigências que se expressam, de regra, através de enunciados linguísticos –, ainda mais quando o texto dessas normas se mostrar genérico, incompleto e indeterminado; que, para dirigir a conduta humana em cada situação, a norma, mais ou menos fragmentária, precisa de *concretização*, o que só

termo 'desenvolvimento' constitui o achado certo que caracteriza os alemães dentro do amplo campo das fórmulas filosóficas".

[63] Resumindo as diferenças entre interpretação e concretização, Ernst-Wolfgang Böckenförde afirma que a *interpretação* é indagação sobre o conteúdo e o sentido de algo precedente que, desse modo e na medida do possível, se completa e diferencia enquanto tem enriquecido o seu conteúdo; a *concretização* é o preenchimento (criativo) de algo que simplesmente aponta para uma direção, ou o princípio, que permanece aberto e que precisa, antes de tudo, de uma pré-determinação conformadora para tornar-se norma aplicável. HESSE, Konrad. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, pp. 126/127.

[64] MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 45.

[65] REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, p. 594.

será possível se nesse processo forem levados em consideração, junto ao contexto normativo, também as peculiaridades das concretas relações vitais que essa norma pretende regular; que, finalmente, isso tudo somado, o processo de *realização* da norma constitucional não pode desprezar essas particularidades, sob pena de fracassar diante dos problemas que a Constituição é chamada a resolver.[66]

7. MÉTODO DA COMPARAÇÃO CONSTITUCIONAL

Reportando-se aos quatro "métodos" ou "elementos" desenvolvidos por Savigny – gramatical, lógico, histórico e sistemático –, Peter Häberle defende a "canonização" da comparatística como "quinto" método de interpretação, se não para o direito, em geral, ao menos e tendencialmente para a compreensão do moderno Estado constitucional, cuja *geografia jurídica* – como diria Marc Ancel – demanda instrumentos de análise significativamente distintos dos métodos clássicos de interpretação.[67]

Apesar das virtualidades dessa nova proposta hermenêutica e da indiscutível fecundidade de que se reveste o comparatismo para a compreensão de quaisquer preceitos ou sistemas jurídicos, e não apenas os de relevo constitucional – uma realidade evidenciada pela expansão e consolidação do direito comparado em todas as grandes *famílias jurídicas*[68] –, mesmo assim nos parece forçado transformar-se essa ordem de estudos em um método autônomo de interpretação constitucional.

Com efeito, consistindo o direito comparado, essencialmente, em um processo de busca e constatação de pontos comuns ou divergentes entre dois ou mais direitos nacionais [69] – uma tarefa que, nos domínios do direito constitucional, pressupõe o estudo separado, ainda que simultâneo, dos textos e contextos constitucionais em cotejo –, então parece lógico que, para tanto, os comparatistas devam se utilizar, isolada ou conjuntamente, dos mesmos métodos de interpretação de que se valem os constitucionalistas, em geral, porque a *comparação*, enquanto tal, não configura nenhuma

[66] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, pp. 49,50,61 e 69; HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*, pp. 28,29, 43 e 53.
[67] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, p.164; ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado*, p.10.
[68] DAVID, René. *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains,* pp. 14-15.
[69] ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado*, p. 44.

proposta hermenêutica que se possa reputar independente, quer no âmbito filosófico, quer no estritamente jurídico. Quando muito, será um recurso a mais, entre tantos outros, que pode e deve ser utilizado pelo intérprete/aplicador da Constituição com vistas ao aprimoramento do seu trabalho hermenêutico. Afinal, olhar além das nossas janelas para descortinar outros horizontes é sempre enriquecedor, até porque "aqueles que confiam demais em suas próprias ideias não estão preparados para fazer descobertas".[70]

8. BALANÇO CRÍTICO

Abstração feita de pontos específicos, que permitam apontar as poucas diferenças existentes entre os diversos *métodos* interpretação constitucional, impõe-se reconhecermos a procedência da crítica, de ordem geral, que lhes dirigiu Böckenförde, no sentido de que – exceção feita, talvez, às ideias de Friedrich Müller –, esses instrumentos hermenêuticos acabam por degradar a força normativa da Constituição, um efeito perverso que não decorre de eventuais insuficiências ou imprecisões dos próprios métodos, ou dos métodos em si mesmos, mas, antes, da estrutura normativo-material da Constituição e da falta de ancoragem, de todas essas propostas hermenêuticas, em uma *teoria da Constituição constitucionalmente adequada*, vale dizer, em uma teoria da Constituição que tenha como ponto de partida a Constituição mesma e como objetivo a *realização* dos seus preceitos, sejam eles regras ou princípios. Mais ainda, como todos os *concretizadores* proclamam que a norma não é o pressuposto, mas o resultado da sua interpretação, se lhes torna difícil, senão impossível, estabelecer a priori o que é mesmo a Constituição, para extrair do seu texto – aberto e indeterminado por natureza –, significados que possam considerar-se minimamente vinculantes.

Aqui, mas uma vez, como registra Böckenförde, evidencia-se a dependência recíproca entre objeto e método, do que resulta que toda discussão metodológica sobre interpretação constitucional implique, também e ao mesmo tempo, uma incontornável discussão sobre conceito e teoria da constituição; e as pré-decisões tomadas em um âmbito repercutam, necessariamente, sobre o outro. [71]

[70] BERNARD, Claude *apud* POPPER, Karl. MILLER, David (org.) *Popper. Textos escolhidos*, p. 83.
[71] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, pp. 35/39.

Em suma, não dispondo de uma teoria da constituição e tampouco de uma ancoragem filosófica,[72] que deem suporte e direção ao processo interpretativo, nem podendo *legalizar* a Constituição, vale dizer, tratá-la *como lei* para, assim, fechar a compreensão do seu texto, todos os operadores constitucionais, em certa medida, se veem perdidos no *labirinto* da interpretação e, tendo de escolher um dos caminhos, acabam seguindo a trilha que lhes aponta a sua pré-compreensão. Esta, por sua vez, precisando racionalizar-se de antemão e nalguma medida, se não para vencer, ao menos para reduzir os efeitos nocivos dos pré-juízos que lhe são congênitos, como que devolve o intérprete para o labirinto do qual, ingenuamente, ele acreditava ter escapado. Embora não seja este o lugar para levar adiante semelhante discussão, registre-se que é dessa perplexidade metodológica, só aparentemente insuperável, que se alimentam os *decisionismos* hermenêuticos de índole autoritária, cuja *violência*, entretanto, parece não resistir *ad aeternum* à força do *melhor argumento*.

REFERÊNCIAS

AMADO, Juan Antonio García. *Teorías de la tópica jurídica*. Madrid: Civitas, 1988, p.278/279.

ANCEL, Marcel. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

BACHELARD, Gaston. *A epistemologia*. Lisboa: Edições 70, 1984.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BURDEAU, Georges. *El Estado.* Madrid: Seminarios y Ediciones, S.A., 1975.

_____. *Traité de science politique*. Paris: L.G.D.J. tomo II, 1980.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

[72] Ver Cossio, Carlos. *El substrato filosófico de los métodos interpretativos*. Santa Fé: Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, 1940.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CASSIRER, Ernst. *Las ciencias de la cultura*. México: Fondo de Cultura Económica, 1982.

COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*, nº 137, vol. 137, Brasília, jan./mar., 1998.

_____. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista de informação legislativa*, nº 138, Brasília, abril/junho 1998.

COHEN-TANUGI, Laurent. *Le droi sans l' Etat*. Paris: PUF, 1985.

COSSIO, Carlos. *El substrato filosófico de los métodos interpretativos*. Santa Fé: Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, 1940.

DAVID, René. *Les grands systemes de droit contemporains*. Paris: Dalloz, 1966.

_____. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo.* São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DILTHEY, Wilhelm. *Crítica de la razón histórica*. Barcelona: Ediciones Península, 1986.

_____. *Textos de hermenêutica*. Lisboa: Res-Editora, 1984.

_____. *Introducción a las Ciencias del Espíritu*. Madrid: Revista de Occidente, 1956.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Gulbenkian, 1988.

_____. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1968.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer.* Valladolid: Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, 1992.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1977.

FRANK, Jerome Frank. *Derecho e incertidumbre*. México: Fontamara, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. *A ideia do bem entre Platão e Aristóteles*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 115;

_____. *Le probléme de la conscience historique*. Paris: Seuil, 1996.

_____. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

_____. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, vol. I, 1993.

_____. *A razão na época da ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

GASSET, José Ortega. *Ideas y Creencias*. Madrid: Revista de Occidente, Tomo V, 1964.

GRANGER, Gilles-Gaston. *Formalismo y ciencias humanas.* Barcelona: Ariel, 1965.

HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. México: UNAM, 2001.

_____. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.* Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998.

HART, Herbert L. A. *Conceito de direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1996.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

KALINOWSKI, Georges. *Querelle de la science normative*. Paris: L.G.D.J. 1969.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: UNAM, 1969.

KIRCHMANN, Julius Herman Von. *El carácter a-científico de la llamada Ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1978.

MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. La ideología alemana. *Obras Escogidas*. Moscou: Editorial Progreso, 1974. Tomo I.

_____. *A ideologia alemã*. São Paulo: Editora Hucitec, 1987.

MILLER, David. *Karl Popper: textos escolhidos*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. De l'esprit des lois.*Oeuvres Complètes de Monstesquieu.* Paris: Chez Lefrèvre, Éditeur, Tome Premier, 1839.

_____. *Do espírito das leis.* São Paulo: Difusão Europeia do Livro, vol. 1, 1962.

MORA, José Ferrater. Compreensão e explicação. *Diccionario de filosofía.* Madrid: Alianza Editorial, 1986.

MILLER, David (org.). *Popper. Textos escolhidos*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.

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

NETO, A.L. Machado. *Problemas Filosóficos das Ciências Humanas*. Brasília: Universidade de Brasília, 1966.

NIETZSCHE, Friedrich. *Más allá del bien y del mal*. Madrid: M.E. Editores, 1993.

NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.

PALASÍ, José Luis Villar. *La Interpretación y los Apotegmas Jurídico-Lógicos.* Madrid: Tecnos, 1975.

PINA, Antonio López. "La Corte Constitucional y la Interpretación de la Constitución, División de Poderes e Interpretación". *Hacia una teoría de la praxis constitucional*. Madrid: Tecnos, 1987.

RADBRUCH, Gustavo. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Arménio Amado, vol. 1, 1961.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. *Fontes e modelos do direito.* São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

RESTREPO, Gabriel Mora. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

REVORIO, Francisco Javier Díaz. *La Constitución como orden abierto.* Madrid: McGraw-Hill, 1997.

RICOEUR, Paul. Explicar e compreender. *Do texto à acção.* Porto: RÉS-Editora, s/d.

_____. Interpretação e/ou argumentação. *O Justo ou a essência da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RODRIGUEZ, José María. *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo.* Madrid: Marcial Pons, 2000.

SANCHÍS, Luís Prieto. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993.

_____. *Ley, principios, derechos.* Madrid: Dykinson, 1998.

SANTIAGO, José María Rodríguez**.** *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo.* Madrid: Marcial Pons, 2000.

SAVIGNY, Friedrich Carl. *Traité de Droit Roman*. Paris: Firmin Didot Frères, Librairies, vol. 1, 1840.

SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución abierta y sus "enemigos"*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid/Ediciones Beramar, S/A, 1993.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Filosofía del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1991.

_____. *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1964.

VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*. Madrid: Dykinson, 2007.

WROBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. San Sebastián: Universidad del País Vasco, 1989.

_____. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica.* Madrid: Civitas, 1985.

ZACCARIA, Giuseppe. *Razón jurídica e interpretación*. Madrid: Thompson/Civitas, 2004.