

JULIANA LIEMI IKUNO

**REFLEXÕES SOBRE HERMENÊUTICA JURÍDICA:
DOS MÉTODOS TRADICIONAIS À INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

**CURITIBA
2003**

JULIANA LIEMI IKUNO

**REFLEXÕES SOBRE HERMENÊUTICA JURÍDICA:
DOS MÉTODOS TRADICIONAIS À INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

**Monografia apresentada como requisito
à obtenção do grau de Bacharel em
Direito, Curso de Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade Federal
do Paraná.**

Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig

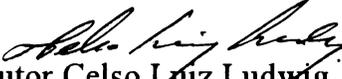
**CURITIBA
2003**

TERMO DE APROVAÇÃO

JULIANA LIEMI IKUNO

REFLEXÕES SOBRE HERMENÊUTICA JURÍDICA: DOS MÉTODOS TRADICIONAIS À INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Monografia aprovada como requisito para a conclusão do curso de bacharel em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:


Orientador: Prof. Doutor Celso Luiz Ludwig
Departamento de Direito Privado


Prof. Doutor Ricardo Marcelo Fonseca
Departamento de Direito Privado


Prof. Doutor César Serbena
Departamento de Direito Privado

Curitiba, novembro de 2003

AGRADECIMENTOS

Ao professor Dr. Celso Luiz Ludwig, pela dedicação com que orientou esta pesquisa.

À minha família, que mesmo distante, deu todo o apoio e carinho.

Ao meu namorado, Rogério Itiro Yamanishi, pela compreensão e companheirismo.

À CENIBRA e a todos os cenibrenses que foram de fundamental importância para a minha formação.

A todos que, direta ou indiretamente contribuíram para a realização deste trabalho.

SUMÁRIO

RESUMO	v
INTRODUÇÃO	1
1 HERMENÊUTICA TRADICIONAL	3
1.1 O MÉTODO E SUA PROBLEMATIZAÇÃO	3
1.2 UTILIZAÇÃO DOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO	4
1.3 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO	6
1.3.1 Método Gramatical	6
1.3.2 Método Histórico	9
1.3.3 Método Sistemático	12
1.3.4 Método Teleológico	14
2 SUPERAÇÃO OU NEGAÇÃO DOS MÉTODOS TRADICIONAIS?	16
2.1 SUPERAÇÃO DOS MÉTODOS TRADICIONAIS E OS NOVOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS	16
2.1.1 Superação dos métodos tradicionais	16
2.1.2 Novos métodos de interpretação constitucional	19
2.1.2.1 A Instância Política	19
2.1.2.2 A interpretação evolutiva	21
2.1.2.3 O método principiológico ou valorativo	22
2.1.2.4 O método da interpretação conforme a Constituição	24
2.2 NEGAÇÃO DOS MÉTODOS TRADICIONAIS	25
3 A CONSTITUIÇÃO COMO LUGAR HERMENÊUTICO PRIVILEGIADO	40
3.1 CARACTERÍSTICAS E QUALIDADES DA CONSTITUIÇÃO QUE FAZEM DELA UM LUGAR HERMENÊUTICO PRIVILEGIADO	41
3.1.1 A constituição como Carta Política	41
3.1.2 A superioridade da Constituição	44
3.1.3 A Constituição como sendo essencialmente principiológica	45
3.2 A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E A EXIGÊNCIA DA PRÉ- COMPREENSÃO DA CONSTITUIÇÃO COMO CONDIÇÃO DO ATO INTERPRETATIVO	49
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

RESUMO

A hermenêutica torna-se um estudo de fundamental importância para os operadores jurídicos tendo em vista que a atividade destes requer a todo o momento o ato interpretativo e da compreensão. Assim, partindo da abordagem da hermenêutica tradicional constituída dos métodos: gramatical, histórico, sistemático e teleológico, deve-se tratar da questão da superação ou negação de tais técnicas interpretativas. Para alguns, estes métodos continuam sendo utilizados no processo interpretativo, mas frente à hermenêutica constitucional, tais técnicas encontrar-se-iam superadas, necessitando de novos métodos de interpretação constitucional, para que seja possível a explicitação de tudo que a Lei Maior contém. Para outros, os métodos tradicionais deveriam ser negados, em razão da viragem lingüística ocorrida no século XX e da passagem do paradigma do sujeito (relação sujeito-objeto) para o paradigma da linguagem (relação sujeito-sujeito). Diante do exposto, importante, também, o estudo da Constituição como lugar hermenêutico privilegiado, tendo em vista as características e qualidades da Lei Maior que garantem a ela um posicionamento de destaque no ato interpretativo e pelo fato de toda interpretação ter que se dar em conformidade com a Constituição. Além disso, diante destas considerações, o papel dos operadores do direito torna-se vital na concretização dos objetivos e metas consagrados na Lei Fundamental.

Palavras-chave: hermenêutica, métodos, interpretação, compreensão, linguagem.

INTRODUÇÃO

O estudo da hermenêutica jurídica torna-se de fundamental importância frente à nova realidade social com que os operadores jurídicos se deparam diariamente. Verifica-se uma crise do Direito, resultado do descompasso existente entre o Direito e a Sociedade, visto que o Direito não tem sido capaz de suprir as demandas da sociedade atual.

Diante desta situação, cabe aos operadores jurídicos a postura de interpretar os textos legais de maneira conservadora e reprodutiva ou de maneira criativa e produtiva, sendo, desta forma, capazes de suprir os anseios sociais.

Assim, em razão da hermenêutica estar presente na atividade dos operadores jurídicos a todo o momento e em todos os ramos do saber jurídico, visto que a atividade dos operadores do direito requer a todo instante o ato interpretativo, a compreensão, necessário se faz o conhecimento dos métodos de interpretação, sua superação ou negação. Para isso, torna-se fundamental tratar da crise do paradigma da consciência (em que a maioria dos estudiosos do direito encontram-se atrelados) e do fenômeno da viragem lingüística, abandonando-se a dicotomia sujeito-objeto para abarcar a dicotomia sujeito-sujeito do paradigma da linguagem. E verificar como a linguagem é condição de possibilidade de acesso ao mundo e do ato da compreensão. Também torna-se de vital importância o estudo da Constituição como lugar hermenêutico privilegiado em razão de toda interpretação ter que se dar em conformidade com a Lei Fundamental e por causa de suas próprias qualidades e características que a colocam no topo do ordenamento jurídico, evidenciando sua superioridade.

Desta forma, o primeiro capítulo trata da relação existente entre hermenêutica, interpretação e métodos de interpretação, a questão da utilização dessas técnicas e sua problematização, além dos métodos de interpretação tradicionais, que são: gramatical, histórico, sistemático e teleológico.

O segundo capítulo aborda a questão da superação ou negação dos métodos tradicionais, a partir da hermenêutica constitucional e do paradigma da linguagem,

respectivamente. Assim, verificar-se-á como, para alguns autores, as técnicas de interpretação encontram-se superadas ao se tratar de uma hermenêutica constitucional, por não serem capazes de exprimir tudo o que está contido na Constituição, partindo-se para a análise de novos métodos de interpretação constitucional. Por outro lado, verificar-se-á a posição daqueles que negam os métodos tradicionais de interpretação, em razão destas técnicas estarem presas ao paradigma da consciência, não tendo acompanhado o giro lingüístico que desloca as relações entre sujeito-objeto para sujeito-sujeito.

Enfim, na terceira e última parte deste trabalho, irá se tratar da Constituição como lugar hermenêutico privilegiado e dos fatores que lhe empregam tal destaque no plano da hermenêutica jurídica. Também será abordado o papel dos operadores jurídicos diante das possibilidades abertas pelo Estado Democrático de Direito na concretização e efetivação das metas e objetivos constantes na Constituição, e a relevância dos operadores do direito na tarefa de diminuir a distância existente entre o Direito e a Sociedade.

1 HERMENÊUTICA TRADICIONAL

1.1 O MÉTODO E SUA PROBLEMATIZAÇÃO

Para tratar da hermenêutica tradicional é necessário primeiramente entender a relação existente entre hermenêutica, interpretação e métodos de interpretação.

De acordo com MAXIMILIANO a hermenêutica seria a teoria científica da arte de interpretar. Assim, a hermenêutica não se confunde com o ato de interpretar, constituindo um erro utilizar a palavra interpretação quando se quer tratar de hermenêutica. Esta descobre e determina os princípios que regem a interpretação¹. Nesse sentido, e partindo da definição de hermenêutica formulada por MAXIMILIANO, dispõe DINIZ que a hermenêutica jurídica não se restringe ao campo da interpretação, sendo, na realidade um instrumento para a sua realização².

Interpretar seria para DINIZ “descobrir o sentido e alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos. (...) Interpretar é, portanto, explicar, esclarecer, dar o verdadeiro significado do vocábulo, extrair da norma tudo o que nela se contém, revelando o seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão.”³

MAXIMILIANO dispõe que “(...) o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”⁴.

Antes de tratar dos métodos de interpretação, interessante analisar o conceito de método. A concepção mais conhecida é a cartesiana, em que o método é o caminho racional da inteligência para alcançar o conhecimento e a demonstração da verdade. Mas, de acordo com BRUM talvez melhor se adaptasse ao direito a concepção de

¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.1.

² DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 9ª ed., atualizada, São Paulo: Saraiva, 1997, p.416.

³ *Ibid.*, p.415.

⁴ MAXIMILIANO, *op. cit.*, p.1.

método adotada pela medicina: “Modo ordenado de proceder para alcançar um resultado determinado”⁵.

1.2 UTILIZAÇÃO DOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO

Em relação aos métodos de interpretação, propriamente, os mesmos são abordados de forma diferenciada pelos autores. Para DINIZ “nada mais são do que meios técnicos, lógicos ou não, utilizados para desvendar as várias possibilidades de aplicação da norma”⁶.

BRUM parte do pressuposto de que os métodos de interpretação funcionam como instrumentos a serviço da vontade do intérprete, visto que o simples ato de escolha de determinado método já evidenciaria o resultado a que se pretende chegar. Nesse sentido, dispõe que “À evidência da instrumentalidade dos métodos de interpretação está no fato indesmentível de que, trocando o método, chega-se a resultados diferentes, vale dizer, configuração de sentidos diversos. Isto prova que os métodos não são inocentes e que, em matéria de interpretação jurídica, haverá tantas verdades quantos forem os métodos existentes”⁷.

BARROSO parte do princípio de que nenhum método deve ser absolutizado, sendo que os diferentes meios empregados para realizar a interpretação ajudam-se uns aos outros, combinando-se e controlando-se reciprocamente⁸. Assim, da aplicação dos diferentes métodos a determinado caso concreto podem ocorrer duas situações. A primeira, em que todos os métodos apontam para um mesmo resultado, sendo a questão facilmente resolvida em razão da solução única. E a segunda hipótese, em que os diferentes métodos levam à resultados divergentes, caso em que se exigiria do

⁵ BRUM, Nilo de Barros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p.14.

⁶ DINIZ, op.cit., p.423.

⁷ BRUM, op. cit., p.14.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p.118.

intérprete uma maior indagação, não existindo nenhuma hierarquia predeterminada, nem um critério rígido de desempate entre os variados métodos interpretativos⁹.

Seguindo o mesmo entendimento, dispõe MAXIMILIANO que:

No meio termo está a virtude: os vários processos completam-se reciprocamente, todos os elementos contribuem para a descoberta da verdade e maior aproximação do ideal da verdadeira justiça. (...)

Não é de rigor que se empreguem todos simultaneamente; pode um dar mais resultado do que outro em determinado caso; o que se condena é a supremacia absoluta de algum, bem como a exclusão sistemática de outro. Cada qual tem o defeito das suas qualidades; é em tirar de cada processo o maior proveito possível, conforme as circunstâncias do caso em apreço, que se revela a clarividência do intérprete.¹⁰

O processo interpretativo não ocorre de forma isolada, de forma que os diversos métodos auxiliam-se mutuamente na construção do sentido da norma. Assim, o texto da lei deve ser interpretado de maneira que permita a melhor aplicação conforme o caso concreto apresentado. Ao se considerar que a escolha de um método específico leva necessariamente a um resultado determinado, faz com que haja um desvirtuamento dos métodos, ou seja, leva a uma utilização mascarada dos mesmos, ao permitir que o aplicador e intérprete da lei as utilizem conforme sua conveniência, justificando tal atitude com base no método escolhido para aquele caso. Ao contrário, para permitir o melhor aproveitamento das técnicas interpretativas, deve-se seguir a orientação de que os métodos devem ser utilizados conjuntamente. Na realidade, ao se interpretar, aplica-se de uma forma ou de outra todos os métodos, mas haverá sempre um método determinante, uma técnica que prevalece conforme o caso concreto a que se aplica a norma.

Porém, ao mesmo tempo em que se deve ter em mente que os diversos métodos aplicam-se conjuntamente, de forma a se auxiliarem e se completarem, não se pode deixar de lado o posicionamento crítico daqueles que acreditam que os métodos podem camuflar a vontade do intérprete, julgando um caso conforme sua conveniência. Os métodos de interpretação devem ser utilizados na busca da melhor solução para determinada situação e não conforme as conveniências do aplicador da lei.

⁹ Id

¹⁰ MAXIMILIANO, op. cit., p.127.

Para KELSEN o Direito a aplicar formaria uma moldura dentro da qual existiriam várias possibilidades de aplicação, sendo que seria conforme ao Direito todo o ato que se enquadrasse dentro da moldura, isto é, que preenchesse este quadro (moldura) em qualquer sentido possível¹¹. Assim, de acordo com KELSEN:

Se por <<interpretação>> se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objecto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correcta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no acto do órgão aplicador do Direito - no acto do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.¹²

Os ensinamentos de KELSEN demonstram que, a partir de um mesmo texto de lei, podem se extrair diversas normas jurídicas, sendo que todas elas estarão determinadas dentro de uma moldura da norma geral. E serão válidas para o Direito, as interpretações efetuadas dentro do limite estabelecido pela moldura. Desta forma, a norma a ser aplicada poderá ser neste ou naquele sentido conforme o caso em questão.

1.3 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO

1.3.1 Método Gramatical¹³

O método gramatical, também chamado textual, filológico ou verbal é aquele que parte do texto da lei, buscando o sentido literal do texto normativo. Para

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* (Tradução: MACHADO, João Baptista). 6ª ed, Coimbra: Editora Armênio Amado, 1984, p.466-467.

¹² *Ibid*, p.467.

¹³ No presente trabalho, ao se tratar deste método, não se quer referir somente ao método gramatical propriamente dito, mas também ao método literal, pois apesar de alguns autores os terem como métodos diversos, eles possuem uma certa semelhança que os integra e permite uma análise conjunta.

BARROSO a interpretação gramatical seria a primeira etapa do processo interpretativo, ou seja, seria o momento inicial do ato de interpretar¹⁴. De forma que o texto da lei formaria o substrato de que deve partir e em que deve ater-se o intérprete. E, embora o sentido da norma devesse ser buscado a partir de seu texto, caberia ao intérprete evitar o excesso de apego à letra da lei, que poderia conduzir à injustiça, à fraude e até ao ridículo¹⁵.

Dispõe ainda que:

Todavia, a mesma linguagem que confere abertura ao intérprete há de figurar como limite máximo de sua atividade criadora. As palavras têm sentidos mínimos que devem ser respeitados, sob risco de se perverter o seu papel de transmissoras de idéias e significados. É a interpretação gramatical ou literal que delimita o espaço dentro do qual o intérprete vai operar, embora isso possa significar zonas hermenêuticas muito extensas.¹⁶

De acordo com BRUM, o método gramatical autoriza o conhecimento do significado da base dos discursos normativos pelo fato de se utilizar a sinonímia e as regras sintáticas de um idioma. Isto não permitiria que se abandonasse o uso do método gramatical por completo, mesmo quando se utiliza de outros métodos. Porém, mesmo assim, trata-se de um método que tem pouco prestígio entre os juristas, visto que a maioria dos intérpretes utiliza esta técnica sem perceber de que se trata de uma técnica específica de interpretação. Alega ainda este autor que, segundo uma ótica lingüística, este método seria incompleto pelo fato de não ir além dos rudimentos da sintaxe e da semântica, ignorando os problemas mais importantes para a prática jurídica que seriam os da pragmática. Para ele, ideologicamente, seria um método formalista, já que se vincularia tão somente à interpretação literal da lei, congelando os significados estabelecidos¹⁷.

Verifica-se que, apesar de ambos autores concordarem no sentido de que a interpretação gramatical¹⁸ aplica-se juntamente com outros métodos, os mesmos

¹⁴ BARROSO, op. cit., p.120.

¹⁵ Id.

¹⁶ Ibid., p. 122.

¹⁷ BRUM, op.cit., p. 16.

¹⁸ A decisão a seguir é um exemplo da aplicação do método gramatical, ao considerar como hediondo o crime de estupro, visto que está previsto expressamente no artigo 1º, inciso I da Lei 8.072/90 que o estupro será considerado crime hediondo. Assim, neste caso, a partir da simples

possuem concepções divergentes em relação a sua aplicação. Para o primeiro autor, o método gramatical é a base para todo o processo interpretativo, que se efetiva pela integração das várias técnicas existentes, isto é, parte-se da interpretação gramatical, mas conjuntamente se utilizará dos outros métodos para permitir uma interpretação que se adeque ao caso concreto. Já para BRUM, apesar de se utilizar a interpretação gramatical, mesmo quando da aplicação de outros métodos, essa é formal e incompleta, o que impediria uma evolução e adequação da lei conforme o caso em questão.

literalidade da lei, já é possível compreender que os crimes previstos nos incisos do artigo 1º da Lei 8.072/90 são considerados hediondos, pois o caput deste artigo dispõe que “São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Dec.-Lei 2.408, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:”. Além disso, nesta mesma decisão, é aplicado o método sistemático, o que demonstra a aplicação conjunta das várias técnicas interpretativas. A análise sistêmica, que será objeto de estudo seguinte, ocorre quando a Lei 8.072/90 revoga o disposto no artigo 213 do Código Penal, ao aplicar pena mais severa ao crime de estupro.

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. CRIME HEDIONDO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1º, V E 2º, § 1º, AMBOS DA LEI Nº 8.072/90. CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. IMPOSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO. FORMAS SIMPLES E QUALIFICADA. ANÁLISE SISTÊMICA E GRAMATICAL. VIOLÊNCIA DE GÊNERO. CONSEQUÊNCIAS BIOLÓGICAS, PSICOLÓGICAS E SOCIAIS DO ESTUPRO QUE FAZEM DELE UM COMPLEXO PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE LEVAM À CONCLUSÃO DE QUE NÃO EXISTE ESTUPRO DO QUAL NÃO RESULTE LESÃO DE NATUREZA GRAVE. ESTATÍSTICAS. CONCEITO DE LESÃO CORPORAL. 1. A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, ao relacionar quais os delitos considerados hediondos, foi expressa ao referir o estupro, apondo-lhe, entre parênteses, a capitulação legal: art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único. Pretendeu o legislador, atento à efetiva gravidade do crime, ao utilizar-se da conjunção coordenativa aditiva, significar que são considerados hediondos: (1) o estupro em sua forma simples que, na definição legal, corresponde a: constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça; (2) o estupro de que resulte lesão corporal de natureza grave e (3) o estupro do qual resulte a morte da vítima. 2. Revogação tácita, pela Lei nº 8.072/90, que impôs penas mais severas ao crime de estupro, do parágrafo único incluído no art. 213 do Código Penal pela Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). 3. Estupro: crime que, por suas características de aberração e de desrespeito à dignidade humana, causa tamanha repulsa que as próprias vítimas, em regra, preferem ocultá-lo, bem como que a sociedade, em geral, prefere relegar a uma semiconsciência sua ocorrência, os níveis desta ocorrência e o significado e repercussões que assume para as vítimas. Estatísticas de incidência que, somadas às consequências biológicas, psicológicas e sociais que acarreta, fazem desse crime um complexo problema de saúde pública. Circunstâncias que levam à conclusão de que não existe estupro do qual não resulte lesão de natureza grave. 4. O conceito de lesão corporal, na lição de Nelson Hungria, não abrange apenas consequências de ordem anatômica, mas compreende qualquer ofensa à normalidade funcional do corpo ou organismo humano, seja do ponto de vista anatômico, seja do ponto de vista fisiológico ou psíquico, o que abrange a desintegração da saúde mental. 5. Ordem denegada. (HABEAS CORPUS 81360 / RJ - RIO DE JANEIRO, Relator(a):Min. Ellen Gracie, Julgamento: 19/12/2001, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJ data-19-12-2002 PP-00071 ement vol-02096-02 PP-00404)

1.3.2 Método Histórico¹⁹

Este método baseia-se na averiguação dos antecedentes da norma, buscando o sentido da lei através dos precedentes legislativos, dos trabalhos preparativos, desde o projeto de lei, sua justificativa ou exposição de motivos, emendas, aprovação e promulgação. Também se pauta na *occasio legis*, isto é, nas circunstâncias fáticas que precederam a lei ou que lhe deram origem, nas causas ou necessidades que tornaram necessário a elaboração da lei, isto é, as condições culturais ou psicológicas sob as quais o preceito normativo surgiu²⁰.

Para BARROSO, o esforço realizado pelo intérprete para desvendar a vontade histórica do legislador levaria em consideração dois fatores: o conhecimento de suas intenções quando da edição da norma e a pesquisa sobre qual seria a sua vontade se ele

¹⁹ Ao tratar do método histórico, busca-se referir também ao método sociológico, visto que tais métodos possuem elementos semelhantes que autorizam uma análise conjunta dos mesmos.

Na decisão que se segue, verifica-se a utilização do método histórico, ao se relevar, no momento da tomada de decisão, o desenvolvimento do processo legislativo do Novo Código de Trânsito, e por se utilizar, também, do entendimento da doutrina penal da época em que se proferiu aquela decisão. Assim, não se levou em conta apenas a origem e desenvolvimento do processo legislativo do Novo Código de Trânsito, como se observou, também, qual a posição da doutrina contemporânea diante das situações analisadas.

EMENTA: I. Infração de trânsito: direção de veículos automotores sem habilitação, nas vias terrestres: crime (CTB, art. 309) ou infração administrativa (CTB, art. 162, I), conforme ocorra ou não perigo concreto de dano: derrogação do art. 32 da Lei das Contravenções Penais (precedente: HC 80.362, Pl., 7.2.01, Inf. STF 217). 1. Em tese, constituir o fato infração administrativa não afasta, por si só, que simultaneamente configure infração penal. 2. No Código de Trânsito Brasileiro, entretanto, conforme expressamente disposto no seu art. 161 - e, cuidando-se de um código, já decorreria do art. 2º, § 1º, in fine, LICC - o ilícito administrativo só caracterizará infração penal se nele mesmo tipificado como crime, no Capítulo XIX do diploma. 3. Cingindo-se o CTB, art. 309, a incriminar a direção sem habilitação, quando gerar "perigo de dano", ficou derogado, portanto, no âmbito normativo da lei nova - o trânsito nas vias terrestres - o art. 32 LCP, que tipificava a conduta como contravenção penal de perigo abstrato ou presumido. 4. A solução que restringe à órbita da infração administrativa a direção de veículo automotor sem habilitação, quando inexistente o perigo concreto de dano - já evidente pelas razões puramente dogmáticas anteriormente expostas -, é a que melhor corresponde ao histórico do processo legislativo do novo Código de Trânsito, assim como às inspirações da melhor doutrina penal contemporânea, decididamente avessa às infrações penais de perigo presumido ou abstrato. II. Recurso extraordinário prejudicado: habeas-corpus de ofício. 5. Prejudicado o RE do Ministério Público, dado o provimento do recurso especial com o mesmo objeto, é de deferir-se habeas-corpus de ofício, se a decisão do STJ - no sentido da subsistência integral ao CTB do art. 32 LCP, é ilegal, conforme precedente unânime do plenário do Supremo Tribunal. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 319556 / MG - MINAS GERAIS, Relator(a):Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 12/03/2002, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJ data-12-04-02 PP-00067 ement vol-02064-07 PP-01251)

tivesse conhecimento dos fatos e idéias contemporâneos, isto é, o que o legislador queria se vivesse no meio atual²¹. Mas, mesmo assim, haveria limites a serem impostos à interpretação histórica, pois para este autor, nem mesmo o constituinte originário poderia ter a pretensão de aprisionar o futuro.²²

De acordo com BRUM, a adoção do método histórico se deu com o surgimento da Escola histórica Alemã, fundada por Gustav HUGE e desenvolvida por SAVIGNY, substituindo o mito do “espírito do legislador” pelo “espírito do povo”. A Escola Histórica teria surgido em oposição à Escola Francesa de Exegese que se formou dentro do Iluminismo do século XVIII. Esta escola pregava o mais absoluto respeito da lei e reduzia a função dos juízes à aplicação automática desse texto. Caso fosse a lei incerta ou obscura, deveria se recorrer à vontade do legislador, pois só a razão do legislador poderia dar sentido ao direito legislado. Isto se tornou um entrave à evolução do Direito. A escola Histórica buscou, então, acenar com outras instâncias de sentido para o direito e decisões judiciais, intentando permitir que o juiz se emancipasse do legislador, mas sem perder sua neutralidade decisória²³.

Nesse sentido, dispõe BRUM que:

O Direito, segundo essa concepção, não se confunde com a vontade do legislador. É produto da história e sua fonte primordial são os costumes. Esse pensamento, levado a suas conseqüências lógicas, levaria à perquirição das necessidades e aspirações comunitárias de cada época. O sentido dos textos legais seria buscado nas convicções sociais historicamente sedimentadas, crescendo em importância a chamada opinião pública, o folclore, a arte popular e todas as manifestações espontâneas da coletividade, pelas quais se pudesse captar o “espírito do povo” que deveria desbancar o “espírito do legislador”. Ocorre, entretanto, que, se há outra coisa tão permeável à ideologia quanto o direito, essa coisa é a história. Os historiadores, tal como os juristas, não podem evitar que suas concepções políticas influam em suas obras. Os fatos históricos, os costumes, as lendas, a arte, o folclore etc., também dependem de interpretação. As aspirações populares e a opinião pública podem ser distorcidas e até mesmo fabricadas pela propaganda e outros meios massivos de comunicação.²⁴

Ao falar em “espírito do povo” e “espírito do legislador”, BRUM diz que esses espíritos seriam estereótipos que sempre escondem e mantêm determinadas ideologias.

²⁰ DINIZ, op. cit., p. 426.

²¹ BARROSO, op. cit., p.124 e 126.

²² Id.

²³ BRUM, op. cit., p.22 a 24.

²⁴ Ibid., p.23.

Os diversos povos efetivamente possuem características específicas, mas não se poderia a partir deste fato, efetuar de maneira teórica a generalização destas características, pois configuraria trabalho bastante questionável, visto que, levaria a uma proposta ideologicamente comprometida²⁵. Apesar desta observação conclui dispondo que:

Deixando de lado tais espíritos e suas conseqüências historicamente negativas, não se pode negar, entretanto, que a Escola Histórica alargou os horizontes da interpretação e acrescentou novos recursos na direção da equidade, já que descartou a vontade do legislador como única instância do sentido, dando maior plasticidade às palavras da lei. Incentivando a pesquisa retrospectiva dos jurídicos, essa escola tornou possível uma maior conscientização da evolução desses institutos. Se é verdade que a história das nações serviu como uma cortina de fumaça para sustentar ideologias extremistas, também não é falso que o estudo da história dos institutos jurídicos serviu para dar maior objetividade ao estudo do direito e enriquecer a criatividade do hermenêuta, agilizando o trabalho de interpretação em todas suas linhas.²⁶

Observa-se que, de acordo com BRUM, a utilização do método histórico poderia levar ao encobrimento de certas ideologias ao se falar em “espírito do povo”, além do que ao se falar nesse “espírito” poderia se proceder a uma generalização que não representa de forma correta os anseios de uma dada sociedade, visto que esta é complexa e apresenta diferenças²⁷.

Partindo desta colocação, é que se deve considerar que a aplicação deste método não se deve dar de forma isolada, mas juntamente com as outras técnicas de interpretação, sob pena de se permitir que o chamado “espírito do povo” esconda uma ideologia que leve a uma aplicação injusta da lei quando levada a determinado caso concreto.

²⁵ Ibid., p.25.

²⁶ Id.

²⁷ Nilo de Bairros Brum em sua obra Requisitos retóricos da sentença penal dispõe que “Falar-se no ‘espírito alegre e galhofeiro do brasileiro’ é esquecer o temperamento taciturno e sofrido do nordestino, tomando o carioca ‘típico’ como padrão.(...) Por outro lado, a tradição, o folclore e os costumes do sul do Brasil são diferentes em relação ao norte do país. Em estados-membros como São Paulo e Rio Grande do Sul, vemos sub-regiões onde se acotovelam italianos, alemães, holandeses, portugueses etc. Em tal caldo racial e cultural seria muito difícil senão impossível determinar-se o ‘espírito do povo brasileiro’. (Id)

1.3.3 Método Sistemático²⁸

Trata-se de um método que parte da idéia de unidade do ordenamento jurídico, de maneira que o direito objetivo não é formado por um aglomerado aleatório de disposições legais, mas constitui um organismo jurídico, ou seja, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. Assim, caberia ao intérprete a tarefa de enquadrar o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo, estabelecendo as conexões internas que ligam as instituições e normas jurídicas²⁹.

Seguindo este entendimento, BRUM dispõe que ao se deparar com um dispositivo que parece ambíguo, deve-se procurar as respostas dentro do próprio sistema, pois estariam presentes explicita ou implicitamente no mesmo, não sendo lícito buscar a solução fora do sistema. E para se descobrir o sentido deste preceito, deve-se partir das normas mais próximas para as mais remotas, de forma que primeiro

²⁸ O método lógico, apesar de ser tratado como uma técnica específica de interpretação por alguns autores, será tratado de forma conjunta com o método sistemático, em razão das características que aproximam ambas as técnicas e em virtude dos pontos de conexão que apresentam.

²⁹ BARROSO, op. cit., p. 127.

A decisão a seguir demonstra a aplicação do método sistemático ao não admitir a medida provisória em matéria penal, visto que a partir de uma análise contextual de todo ordenamento jurídico, a aceitação da medida provisória implicaria em ofensa aos princípios da separação dos poderes (artigo 2º da CF) e da legalidade (artigo 5º, XXXIX da CF), pois as normas de natureza penal devem ser editadas por lei em sentido estrito. Assim, representaria ofensa ao princípio da separação dos poderes, por ser resultado da vontade do Presidente da República, e não do Poder Legislativo, que representa a vontade popular. E, a ofensa ao princípio da legalidade, seria verificada em razão da medida provisória não ser lei, mas por possuir apenas eficácia de lei. Diante do exposto, a partir de uma interpretação sistemática da Constituição, a medida provisória não pode tratar de matéria penal, pois as normas de natureza penal só podem ser editadas por lei em sentido estrito.

EMENTA: I. Medida provisória: sua inadmissibilidade em matéria penal - extraída pela doutrina consensual - da interpretação sistemática da Constituição -, não compreende a de normas penais benéficas, assim, as que abolem crimes ou lhes restringem o alcance, extingam ou abrandem penas ou ampliam os casos de isenção de pena ou de extinção de punibilidade. II. Medida provisória: conversão em lei após sucessivas reedições, com cláusula de "convalidação" dos efeitos produzidos anteriormente: alcance por esta de normas não reproduzidas a partir de uma das sucessivas reedições. III. MPr 1571-6/97, art. 7º, § 7º, reiterado na reedição subsequente (MPr 1571-7, art. 7º, § 6º), mas não reproduzido a partir da reedição seguinte (MPr 1571-8 /97): sua aplicação aos fatos ocorridos na vigência das edições que o continham, por força da cláusula de "convalidação" inserida na lei de conversão, com eficácia de decreto-legislativo. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 254818 / PR - PARANÁ, Relator(a):Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 08/11/2000, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJ data-19-12-2002 PP-00081 ement vol-02096-07 PP-01480)

se buscaria integrar o sentido do dispositivo com o auxílio de outros preceitos do mesmo diploma legal e somente depois se passaria a buscar essa integração nas normas dos estatutos aparentados com esse diploma legal e assim por diante. Para o intérprete não haveria normas ambíguas ou obscuras, o que existe nada mais é do que a ignorância do sistema³⁰.

Para FREITAS o ato de aplicar uma norma, envolve a aplicação do sistema jurídico como um todo, de modo que “(...) a interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos”³¹.

Para FREITAS a norma vista isoladamente não permite um esclarecimento completo em relação ao seu significado. Isto só é possível após o conhecimento da totalidade das normas, dos valores e dos princípios integrantes do sistema jurídico. Uma norma vista singularmente, por mais que pareça clara, compreensível, só será realmente inteligível se houver o prévio conhecimento do sistema na qual está inserida³². Assim, dispõe o mesmo autor que: “... para compreender o singular como singular, uma interpretação prévia do todo já se faz necessária”³³.

BRUM faz uma advertência no sentido de que:

(...) a aparente cientificidade do método sistemático não nos deve enganar, pois não nos livra de sutis engodos. Partindo do pressuposto dogmático e falcioso de que a ordem jurídica é consistente, completa e coerente, o intérprete poderia escamotear incoerências e omissões do legislador e, combinando os dispositivos legais dispersos de forma a constituir conjuntos íntegros, poderia articular várias linhas de interpretações diferentes e conflitantes. Tal como o jogador que combina suas cartas na forma mais conveniente ao seu jogo, pode o hermenêuta sistemático combinar os elementos do sistema legal de conformidade com sua ideologia ou conveniência.³⁴

³⁰BRUM, op. cit. p. 20.

³¹FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros editores, 1995, p.54.

³²Ibid., p.16.

³³Id.

³⁴BRUM, op. cit., p. 21-22.

Dispõe, então, que com o intuito de limitar e controlar os excessos que a manipulação deste método poderia causar e para garantir uma maior racionalidade, a dogmática foi construindo princípios que, ao serem utilizados de forma articulada, permitem a resolução dos problemas de redundâncias e conflitos normativos no tempo e no espaço, como por exemplo os princípios da hierarquia das leis, da retroatividade ou irretroatividade da lei, da lei especial em relação à geral, da revogação, da derrogação, ab-rogação e reprivatização das leis, da especialidade, subsidiariedade e consunção de normas “aparentemente” conflitivas³⁵.

1.3.4 Método Teleológico³⁶

A partir do método teleológico³⁷ procura-se revelar o fim da norma, para a partir dele determinar o seu sentido. Busca-se a *ratio legis*, isto é, o fundamento

³⁵ Ibid., p. 22.

³⁶ Ao se tratar do método teleológico quer se abarcar também o método axiológico, pois apesar de alguns autores tratarem de tais técnicas separadamente, entende-se que eles podem ser tratadas conjuntamente por apresentarem traços que os ligam, os unem.

Na decisão que se segue é possível observar a aplicação da interpretação teleológica no trecho que dispõe que “a Súm 394 jamais pretendeu interpretação literal das referidas normas de competência, que todas elas tinham por objeto o processamento e julgamento dos titulares dos cargos ou mandatos aludidos; a extensão ao ex-titular do foro por prerrogativa da função já exercida, quando no exercício dela praticado o crime, sempre se justificou, na vigência mais que centenária da jurisprudência nela afirmada, à base de uma interpretação teleológica dos preceitos, correspondente”. De acordo com a análise desta passagem da decisão, verifica-se que a interpretação da súmula 394, quando vigente, era feita com base na finalidade da lei, isto é, de acordo com a *ratio legis* do preceito da Carta magna de 1946 e leis ordinárias que continham regras de outorga de competência penal originária por prerrogativa de função.

³⁷ EMENTA: Competência originária por prerrogativa de função: cancelamento da Súmula 394: inclusão, no seu alcance, do foro privilegiado dos Prefeitos (CF, art. 29, X): nulidade do acórdão que, posteriormente ao cancelamento da Súmula 394, julgou originariamente processo penal contra ex-Prefeito, sem prejuízo da validade dos atos anteriores. 1. O Supremo Tribunal, em 25.8.99, no Inq 687, cancelou a Súmula 394, preservada, contudo, a validade de atos praticados e decisões proferidas com base na orientação nela anteriormente consagrada (DJ 9.9.99). 2. À aplicação ao caso de nova orientação do Tribunal, não importa que a Súm. 394 não incluisse entre as suas referências normativas o art. 29, X, da Constituição, mas - conforme o ordenamento vigente ao tempo de sua edição - os preceitos da Carta Magna de 1946 e de leis ordinárias que então continham regras de outorga de competência penal originária por prerrogativa de função: a Súm 394 jamais pretendeu interpretação literal das referidas normas de competência, que todas elas tinham por objeto o processamento e julgamento dos titulares dos cargos ou mandatos aludidos; a extensão ao ex-titular do foro por

racional da norma que permite redefinir ao longo do tempo a finalidade contida na norma. Para BARROSO a finalidade de uma norma não seria perene e poderia evoluir sem a modificação do seu texto³⁸. Assim, para este autor a ratio legis seria uma “força vivente móvel” que anima a disposição e a acompanha em toda a sua vida e desenvolvimento³⁹.

DINIZ dispõe que:

O aplicador, nas palavras de Henri de Page, não deverá quedar-se surdo às exigências da vida, porque o fim da norma não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e, sim, manter contato íntimo com ela, segui-la em sua evolução e a ela adaptar-se. Daí, continua ele, que a norma se destina a um fim social, de que o magistrado deve participar, ao interpretar um preceito normativo.⁴⁰

BRUM considera que no método teleológico o direito deixa de procurar a vontade de um legislador ou de um povo, passando a buscar a finalidade prática da lei, o direito seria considerado como mero instrumento de controle social⁴¹. Assim, dispõe que:

Não mais se quer saber quem fez a lei ou quando e porque esta foi feita, mas para quem e para que foi ela promulgada, e principalmente, se quer saber quais serão as repercussões sociais da aplicação de uma lei. Busca-se, então, o sentido prescritivo da lei com vistas ao futuro. O direito é pensado como um conjunto de instrumentos legais, jurisprudenciais e doutrinários que devem ser empregados com uma finalidade prático-social. Essa tendência interpretacional possui hoje diversas variantes e obriga posturas ideológicas contraditórias que se identificam apenas pelo fato de que supervalorizam os fins em detrimento dos meios.⁴²

prerrogativa da função já exercida, quando no exercício dela praticado o crime, sempre se justificou, na vigência mais que centenária da jurisprudência nela afirmada, à base de uma **interpretação teleológica** dos preceitos, correspondente (cf. voto vencido do relator, cópia anexa). 3. Por isso, promulgada a Constituição de 1988 - que conferiu ao Tribunal de Justiça dos Estados a competência originária para julgar os Prefeitos (art. 27, X, originariamente, 27, VIII) - nada mais foi necessário a que se estendesse a orientação da Súm. 394 ao ex-Prefeitos, desde que o objeto da imputação fosse crime praticado no curso do mandato. 4. Se a Súmula 394, enquanto durou - e em razão da identidade dos fundamentos dos precedentes em que alicerçada - se aplicou à hipótese dos ex-Prefeitos, alcança-os igualmente o seu cancelamento, assim como a qualquer outro ex-titular de cargo ou mandato a que correspondesse o foro especial. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 289847 / GO - GOIÁS, Relator(a):Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 28/11/2000, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJ data-02-02-01 PP-00144)

³⁸ BARROSO, op. cit., p. 130.

³⁹ Id.

⁴⁰ DINIZ, op. cit., p. 426-427.

⁴¹ BRUM, op. cit., p. 26.

⁴² Id.

Para BRUM a interpretação teleológica não chega a ser um método ou técnica de interpretação verdadeiro, mas uma postura ideológica frente ao ato de interpretação, isto é, uma tendência ou predisposição do intérprete em relação à função do direito⁴³.

2 SUPERAÇÃO OU NEGAÇÃO DOS MÉTODOS TRADICIONAIS?

Após a análise dos métodos tradicionais de interpretação, torna-se importante examinar como tais métodos são encarados atualmente pelos estudiosos do Direito, ou seja, se as técnicas de interpretação ainda são utilizadas no processo interpretativo ou se apresentam completamente superadas, e verificar se poderia se falar até mesmo numa negação de tais métodos.

2.1 SUPERAÇÃO DOS MÉTODOS TRADICIONAIS E OS NOVOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS

2.1.1 Superação dos métodos tradicionais

De acordo com CASTRO, os métodos tradicionais de interpretação se mostram insuficientes ao se tratar da hermenêutica constitucional. Utilizando-se apenas de tais técnicas não seria possível extrair do texto constitucional tudo que nele se contém, falando a autora que “O intérprete, à luz somente destas pautas legais, não pode levar a bom fim a atuação completa da Lei Fundamental”, o que levaria a uma aplicação apenas formalista da Constituição⁴⁴.

Além disso, para esta autora os métodos tradicionais apresentariam o problema da existência de uma vontade objetiva ou subjetiva pré-constituída a situação a ser

⁴³ Ibid., p.27.

⁴⁴ CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. **Interpretação constitucional e prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 55.

analisada, o que não permitiria a descoberta da real situação a ser analisada, pois a Constituição não possui uma vontade imutável, não se admitindo, desta forma, a existência de uma vontade prévia a situação concreta⁴⁵.

Neste sentido, dispõe que:

Tradicionalmente, como resumidamente se viu, a interpretação perseguia a revelação da vontade inscrita na norma, ou a vontade subjetiva do legislador, através da análise do texto, de seu processo de criação, de suas conexões sistemáticas e de seus antecedentes e finalidades de seu sentido e finalidade (a *ratio* e *telos* da norma). O conteúdo da regra de direito, desta forma obtido, era subsumido em uma fórmula de conclusão silogística ao suposto concreto que se pretendia solucionar.

Esta teoria tradicional da interpretação não se mostrou livre de problemas. O objeto da interpretação só relativamente poderia ser constituído pelo descobrimento de uma vontade objetiva ou subjetiva preexistente à Constituição. Tal tese, que tem por fundamento a vontade, encobria a verdadeira situação encontrada pelo operador do direito, eis que a Constituição não contém vontades inequívocas e fixas.

Identificar como objeto da interpretação o descobrimento de uma prévia vontade da norma constitucional ou do constituinte, para lhe dar execução, equivaleria a pretender dar cumprimento a algo inexistente, e, portanto, tratar-se-ia de um equívoco, desde o ponto de vista inaugural, que fundamenta tal raciocínio. Em razão de seu objeto, só com reservas se pode admitir que a interpretação seja execução.⁴⁶

Verifica-se, assim, que para CASTRO os métodos tradicionais de interpretação são insuficientes para a hermenêutica constitucional, existindo até mesmo autores que entendem que não se poderia vincular tais técnicas a interpretação constitucional por estas se encontrarem positivadas nas leis introdutórias da legislação civil (infraconstitucionais). Esta posição, porém, seria facilmente afastada por aqueles que defendem a natureza constitucional das regras interpretativas. Deve-se atentar, portanto, para o caráter jurídico de tais metodologias tradicionais e ao fato de que a presença de tais técnicas evidenciam a constante necessidade de se interpretar, visto que os dispositivos legais apresentam termos indeterminados e abstratos. Tais técnicas também seriam utilizadas como um vetor (referencial) e limite da discricionariedade e atuariam como potencial criativo. Porém, por se mostrarem insuficientes, teria se criado de acordo com esta autora pautas interpretativas retiradas dos Tribunais Constitucionais. Desta forma, cabe ao operador do direito utilizar as regras

⁴⁵ Ibid., p.57.

⁴⁶ Id.

tradicionais, que são legais e gerais, conjuntamente com as pautas interpretativas, originadas da via jurisdicional, para que desta forma se alcance o resultado pertinente⁴⁷.

A necessidade de complementação dos métodos tradicionais fica evidenciada quando a mesma autora dispõe que:

O claro desgaste que, no âmbito constitucional, sofrem as disposições legais interpretativas, acentua, ainda mais, a natureza instrumental e de segundo grau de tais normas. Já não apenas necessitam de uma outra lei para terem aplicação, senão que ainda seus efeitos serão relativizados e dependentes de outros critérios, também instrumentais, mas que, em relação a tais regras, possuem uma evidente superioridade hierárquica. Em conclusão, tais métodos informam, mas não vinculam o sujeito da interpretação constitucional.⁴⁸

CASTRO defende a manutenção de uma máxima objetivação⁴⁹ da metodologia a ser integrada no processo interpretativo, a fim de evitar o que chama de perigos de subjetivação (de arbitrariedade e de politização da justiça), mas sem abandonar uma abordagem valorativa que leve em consideração ponderações políticas e de acordo com uma visão evolutiva da Constituição. Deve-se partir, assim, de acordo com a mesma autora de uma dimensão concretizadora do Direito, observando o problema, ou seja, o caso concreto que deve ser decidido e o sistema⁵⁰.

Assim, dispõe que:

A perspectiva tradicional partia da interpretação como uma atividade metodológica em si, para lhe vir somar outras atividades autônomas (a integração, o desenvolvimento e a concretização do direito). A percepção atual da interpretação considera a intencionalidade normativa unitária e o sentido metodológico global da realização do direito e, no horizonte de tal realização, procura saber de que modos metodologicamente específicos ou diferenciados a concretização do direito poderá ocorrer.

⁴⁷ Ibid, p.55.

⁴⁸ Ibid., p.56.

⁴⁹ De acordo com Flávia de Almeida Viveiros de CASTRO em sua obra **Interpretação constitucional e prestação jurisdicional** “Não é possível interpretar a norma constitucional de forma adequada sem um método próprio. O intérprete necessariamente há de contar com uma bagagem teórica que facilite a tarefa de extrair do preceito jurídico seu significado constitucionalmente adequado, ou de converter em princípios jurídicos os valores enunciados pela norma, ou ainda de estabelecer as conexões pertinentes entre um e outro dos princípios que concorram no caso concreto *sub judice*”. (Ibid, p.57) Assim, “A objetivação da interpretação constitucional, ou seja, a igualdade do método, deve ser encontrada através de uma Teoria da Constituição, que sirva como critério interpretativo e que proporcione pontos de vista orientadores e estruturas dogmáticas definidas”.(Id.)

⁵⁰ Ibid., p.56-59.

A interpretação jurídica deixa de ser um pressuposto metodológico, ou uma simples técnica de leitura da lei, para ser um ato complexo que se problematiza pelo desafio da realização do direito.⁵¹

Para CASTRO a interpretação constitucional deve estar vinculada a um problema concreto. E é a partir da análise deste problema concreto que se torna possível compreender e concretizar a atividade interpretativa. Todo este processo é único e envolve a consideração do momento histórico na qual a questão se encontra inserida e a pré-compreensão do intérprete, que requer uma fundamentação teórico-constitucional (encontrada em uma metodologia e em teoria constitucionais). E, de acordo com a autora, a interpretação constitucional por ser vista como concretização faz com que ela possua um caráter criativo, ou seja, o conteúdo da norma só se torna completo com a atividade interpretativa⁵².

2.1.2 Novos métodos de interpretação constitucional

Diante da insuficiência dos métodos tradicionais utilizadas na interpretação constitucional, CASTRO expõe novas metodologias para serem utilizadas em concorrência com as técnicas tradicionais. Passa-se, então, para a análise desses novos métodos.

2.1.2.1 A Instância Política

De acordo com este método, a Constituição Federal é formada por uma orientação política fundamental, que deve ser respeitada no processo interpretativo. Neste sentido, CASTRO dispõe que o espírito da Constituição é formado e informado por essa orientação política fundamental, sendo que na formação desse espírito da Constituição existe uma pluralidade de elementos ideológicos e políticos surgidos em

⁵¹ Ibid., p.59.

⁵² Ibid., p.60.

uma fase pré-constitucional. A inclusão destes componentes no texto constitucional, de acordo com a autora, é o resultado da atividade, ocorrida de forma consensual ou não, das forças políticas suficientemente capacitadas e respaldadas popularmente para que seja possível concorrer na formação do substrato ideológico da lei fundamental⁵³. Assim, para CASTRO, “A fórmula política constitui, portanto, um dado pré-constitucional que se completa e se plasma através da Carta Magna”⁵⁴.

De acordo com CASTRO deve-se atentar para o fato de que:

(...) nas nações democráticas não ocorre que uma só força política possa transladar para o âmbito constitucional a totalidade de seus objetivos. Acontece, pelo contrário, que as forças dominantes existentes no momento da elaboração da Carta Magna chegam a acordos através dos quais, e em virtude da presença destas forças, se estabelece um rol de objetivos políticos que a Constituição finalmente incorpora como próprios, e que são propostos pelas várias correntes ideológicas. São aqueles pontos acerca dos quais estes diferentes agentes políticos chegam a um consenso.

Em nenhum caso, portanto, é legítimo identificar fraudulentamente os objetivos políticos constitucionalizados em princípios com aqueles particulares de uma determinada força política, que eventualmente possa desfrutar de uma posição privilegiada em uma determinada etapa histórica. Os objetivos políticos incorporados à Carta Magna, como consignado, se caracterizam por ser fruto de um compromisso entre as forças dominantes na sociedade, em determinada época histórica.

O espírito da Constituição se preenche com metas político ideológicas, cuja diferença essencial para os conteúdos dos programas políticos de um certo grupo ou partido, reside, em primeiro lugar, na sua diversa colocação - estar na Norma Fundamental - e, em segundo lugar, na generalidade de sua posterior apreciação, já que não configuram ou não deveriam representar a opinião política de um setor concreto da sociedade, mas sim as aspirações majoritárias dos cidadãos representados pelas forças políticas dominantes (que são dominantes por conta do respaldo que possuem). Não há, portanto, que confundir a politicidade e os fatores políticos conjunturais e partidários eventualmente preponderantes em um determinado contexto social, com o espírito da Constituição.⁵⁵

Para incorporar os motivos político-ideológicos na Constituição, a técnica mais utilizada pelo legislador é a utilização dos princípios, visto que estes têm como traço a politicidade e a incidência diretiva, devendo ser observada também pela legislação infraconstitucional. O processo interpretativo da norma constitucional torna

⁵³ Ibid, p.62-63.

⁵⁴ Ibid, p.63.

⁵⁵ Ibid,p.63-64.

necessária a análise conjunta da norma com a realidade política, havendo uma vinculação do caso concreto ao contexto político-axiológico⁵⁶.

Desta forma, verifica-se que, de acordo com este novo método interpretativo, deve-se atentar para o espírito da Constituição, isto é, para a orientação política fundamental por meio da análise das aspirações da maioria dos cidadãos que são representados pela forças políticas dominantes, e não de uma certa classe política. Além disso, deve-se conjugar a norma a ser interpretada com a realidade política em que se encontra inserida, ou seja, de acordo com o universo que envolve a norma.

2.1.2.2 A interpretação evolutiva

De acordo com este método, a interpretação da norma deve ser feita observando-se a realidade social da época em que será aplicada. E isto é que forma o caráter evolutivo, tanto da interpretação constitucional como infraconstitucional. O Direito deve ser encarado do ponto de vista da atualidade, ou seja, com base na realidade do tempo em que está sendo observada. Assim, é necessário entender que a compreensão que se tem em dado momento em relação a uma questão polêmica, pode não ser a mesma no futuro. A interpretação evolutiva envolve a consideração de elementos extranormativos, que possuem como traço característico a preocupação com o social⁵⁷.

De acordo com CASTRO, para que um sistema legal perpetue, isto é, para que sobreviva além do seu tempo, é necessário que tenha eficácia em relação à realidade social. Para isto, o Direito deve passar por uma constante adaptação, que significa adequar o seu texto legal e seu conteúdo normativo às questões da vida que se pretende regular. Esta adequação decorre, assim, da necessidade de manter a coerência e unidade das disposições legais e para corresponder às exigências sociais. Assim, no processo interpretativo deve-se valorar as necessidades e os interesses apontados em

⁵⁶ Ibid, p.64-65.

⁵⁷ Ibid, p.66-67.

cada momento da realidade social. Mas não se deve confundir o método evolutivo com o valorativo, pois não são sinônimos apesar de terem pontos de contato⁵⁸.

CASTRO dispõe que “A evolutividade em si mesma pode ser tida como elemento imanente da Constituição. Através de uma interpretação evolutiva se propõe todo um plano de adaptação e transformação da sociedade. Uma carta moderna e estável é aquela que caminha em linha de evolução, através do trabalho de seus intérpretes, não a que perpetua um pensamento, para o qual é essencial a manutenção das estruturas sociais. Muito ao contrário, os instrumentos constitucionais modernos, precisamente porque buscam prolongar sua vigência, pretendem também assegurar sua eficácia, prevendo, mediante a indeterminação de seus dispositivos, caminhos suficientes que permitam sua evolução.”⁵⁹

Assim, para CASTRO, a ambigüidade e a elasticidade dos termos da Constituição é que permitem sua constante adaptação às mudanças que vão ocorrendo na sociedade. Porém, apesar da generalidade das normas jurídicas permitirem que essas atendam a uma maior amplitude de casos concretos, existe por um outro lado a possibilidade de se extrair maior número de interpretações, o que acarreta na falta de uniformidade e necessidade de aclaração. Os críticos deste método apontam, então, os perigos dessa tendência expansiva. Mas, a autora considera este risco superável por meio da rigidez constitucional⁶⁰ e as limitações impostas pelos princípios constitucionais⁶¹.

2.1.2.3 O método principiológico ou valorativo

No momento em que se efetua o processo interpretativo, deve-se levar em consideração todos os fatores que irão contribuir para a resolução do caso concreto.

⁵⁸ Ibid, p.68.

⁵⁹ Id.

⁶⁰ A autora, em relação a rigidez constitucional, esclarece que “a rigidez não deve nunca estrangular a vitalidade social, mas sim permitir que o Texto da Lei Maior tenha necessária estabilidade, que lhe assegure permanência, mas não perpetuidade.” (Ibid., p.69)

⁶¹ Id.

Assim, haverá fatores de caráter mais técnico e outros que apontam para características substantivas da norma interpretada. É justamente neste segundo grupo que se encontram os princípios e valores presentes na Constituição⁶².

Para CASTRO toda interpretação possui uma carga valorativa, mas não é fácil a tarefa de descobrir seu sentido e seu raio de aplicação, para isso torna-se necessário a tarefa hermenêutica. Mas uma primeira dificuldade que se encontra é garantir uma mesma feição à ordem de valores presentes na Lei Maior, visto que não existe uma linha diretiva que possa conduzir o intérprete em relação a matéria axiológica e, através dos critérios formalistas, não é possível descobrir toda carga normativo-valorativa dos dispositivos da Constituição.⁶³

Os princípios, na interpretação constitucional, operam através dos preceitos constitucionais refletindo a realização de determinados fins consagrados neles mesmos. Ou seja, os princípios concretizam os fins estabelecidos na própria Lei Maior. Os princípios não podem ter sua eficácia relativizada, pois isto implicaria em colocar os princípios num plano inferior e subsidiário da lei. Diversamente, os princípios atuam de forma diretiva e vinculante, ocasionando a imediata orientação de todo o Direito na direção fixada pelos mesmos, não sendo subsidiário, nem simplesmente informador. Além disso, deve-se atentar para o caráter de generalidade dos princípios, isto é, envolve um grande número de questões de fato. Também atuam no âmbito constitucional e infraconstitucional, o primeiro caso ocorre quando o princípio parece eleger a si próprio certos preceitos da Constituição, que a ele se refere e o segundo caso ocorre quando o legislador é compelido a normatizar seu conteúdo, conforme fatores previamente inseridos na Lei Maior⁶⁴.

Assim, CASTRO dispõe que “... os princípios atuam tanto em referência ao próprio texto constitucional, balizando a interpretação de seus dispositivos, quanto na

⁶² Ibid., p. 69-70.

⁶³ Ibid., p. 70-71.

⁶⁴ Ibid., p. 71-72.

totalidade do ordenamento jurídico, modelando sua interpretação e a criação das normas infraconstitucionais”⁶⁵.

CASTRO diz que “O princípio atua através do preceito que está sendo interpretado”⁶⁶, isto é, ele é efetivamente utilizado no momento em que se interpreta algum dispositivo da constituição, no momento em que se aplica o princípio na solução de um caso concreto. Diz ainda a mesma autora que “É nesta hora que se materializa e se vivifica, em toda a sua extensão, a aplicabilidade do princípio constitucional”⁶⁷.

Os princípios, além da função diretiva e integrativa, servem para fazer a escolha do método interpretativo a ser utilizado e também para selecionar a resposta do caso concreto a ser solucionado. “Em conclusão, os princípios cumprem todas as funções interpretativas relevantes a saber: a primeira, instrumental, que corresponde à seleção e guia do emprego dos elementos hermenêuticos; a segunda, material, quando ajustam o conteúdo de que é interpretado ao próprio paradigma que ele representa”⁶⁸.

Importante, também, fazer uma observação em relação aos princípios “...tem-se que como regra eles tendem a permanecer estáveis porque traduzem os ideais políticos, sociais e também morais de uma comunidade, e esta exige um alto grau de permanência de seus próprios valores para se sentir segura. Isto não quer dizer que não possam ter seu sentido alterado através de sucessivas interpretações de seus conteúdos”⁶⁹.

2.1.2.4 O método da interpretação conforme a Constituição

De acordo com este método toda interpretação deve ser feita de acordo com a Constituição. Assim, uma lei não será considerada nula quando sua interpretação puder se dar em consonância com a Constituição. Também se aplica este método na existência de dispositivos constitucionais com conteúdo ambíguo ou indeterminado.

⁶⁵ Ibid., p.73.

⁶⁶ Id.

⁶⁷ Id.

⁶⁸ Ibid., p. 74.

Para CASTRO “estas não são somente ‘normas-parâmetros’, senão também ‘normas-conteúdo’ na determinação da lei interpretanda”⁷⁰.

Dispõe a mesma autora que “O fundamento deste método está no princípio da unidade do ordenamento jurídico: em função de tal unidade, as leis emanadas sob a égide de uma Constituição devem ser interpretadas em consonância com a mesma, assim como o direito então vigente ao tempo da promulgação da Lei maior deve adaptar-se à nova situação constitucional”⁷¹.

2.2 NEGAÇÃO DOS MÉTODOS TRADICIONAIS

Ao lado daqueles que consideram os métodos tradicionais insuficientes, partindo, assim, para a construção de novos métodos a serem utilizados conjuntamente com os primeiros na solução dos casos concretos, há aqueles que entendem que as técnicas tradicionais devem ser desconsideradas, negando-se, assim, tais métodos.

Entre os autores que negam os métodos tradicionais estão STRECK e KELSEN.

Para STRECK os métodos tradicionais ainda estão presos ao 2º paradigma, ou seja, ao paradigma do sujeito ou paradigma da consciência, em que a linguagem é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto. Assim, caberia ao intérprete determinar o sentido do texto, extrair deste a sua essência. E isto constitui um erro para este autor porque o que há na realidade é a relação do sujeito com mundo, e a partir desta interação do sujeito com o mundo, que está inserido numa historicidade e a partir de suas pré-compreensões é que se torna possível o ato da compreensão, que é justamente a condição de possibilidade da interpretação. Desta forma, verifica-se que, para STRECK, o processo interpretativo é algo que independe dos métodos. É o que fica evidenciado quando este autor dispõe que:

⁶⁹ Ibid., p. 75.

⁷⁰ Ibid., p. 80.

⁷¹ Ibid., p. 81.

Em síntese, pensar na interpretação jurídica como produto de método(s), é pensar que o conteúdo normativo (ou o sistema jurídico e tudo que o cerca) é, inicialmente, algo nu/carente de sentido, que irá receber, da nossa compreensão **subjetiva** [grifo do autor] determinada significação, como se essa significação fosse dada pelo sujeito (do conhecimento) a um objeto, quando com ele “confrontado”... Pensar assim é pensar a interpretação como um (mero) instrumento de conhecimento... Ora, isso é um equívoco, porque o que existe, de início, é precisamente nossa relação com o mundo (com o Direito, os textos normativos, Constituição, etc.), no *modus* de pré-esboços da compreensão. (...)

De um modo mais simples, é necessário ter claro que **o sentido não é algo que pode ser imposto a um objeto, nem é um objeto de percepção distinto, nem sequer um intermediário entre o sujeito e o objeto** [grifo do autor]. (...) A interpretação deriva da compreensão, pois. A compreensão é condição de possibilidade para a interpretação. **Compreender não é um modo de conhecer, mas um modo de ser** [grifo do autor]. Definitivamente, compreender (e portanto, interpretar) **não depende de um método**[grifo do autor]; por isso, com a hermenêutica da faticidade (fenomenologia hermenêutica), salta-se da epistemologia da interpretação para a ontologia da compreensão.⁷²

De acordo com este autor, o direito brasileiro, assim como os métodos tradicionais, encontram-se presos ao paradigma da consciência, não recepcionando a viragem-lingüística⁷³, encontrando-se preso a dicotomia sujeito-objeto. Assim dispõe que:

⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Terceira edição revista, Porto Alegre: Editora livraria do advogado, 2001,p.298.

⁷³ “A viragem (reviravolta) lingüística do pensamento filosófico do século XX vai se centralizar justamente ‘na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige a reflexão sobre sua infraestrutura lingüística. Pensa-se, enfim, à inexorabilidade da mediação lingüística, onde a hermenêutica e a pragmática passam a ocupar o centro do palco, na feliz expressão de Carrilho.

Por isso, ‘o acesso a algo nunca é direto e objetivante, o acesso a algo é pela mediação do significante e do sentido. (...) Não existe acesso às coisas sem a mediação do significado. Então, se não existe acesso às coisas sem a mediação do significado, não podemos compreender as coisas sem que tenhamos um modo de compreender que acompanha qualquer tipo de proposição e este modo de compreender é exatamente este como que sustenta a estrutura fundamental do enunciado assertótico *algo enquanto algo, algo como algo* [grifo do autor]. Esta expressão revela que não temos acesso aos objetos assim como eles são, mas sempre de um ponto de vista, a partir de uma clivagem, *a cadeira enquanto cadeira, a árvore enquanto árvore* [grifo do autor]. Isto é mediação do significado” (Ibid., p. 171).

Ainda tratando da viragem lingüística, STRECK ao mencionar Cristina Lafont diz que “... a autora assevera que os aspectos filosoficamente relevantes deste “giro lingüístico” podem ser assim detalhados: *por uma parte, como consequencia da concepção da linguagem como instrumento e precisamente a causa da consideração da linguagem em sua dimensão constitutiva tanto para o pensamento como o conhecimento, a linguagem é vista como condição de possibilidade tanto da objetividade da experiência como da intersubjetividade da comunicação* [grifo do autor].(...)”(Ibid,p.138)

(...) no paradigma da filosofia da consciência a concepção vigente é a de que a linguagem é um instrumento para a designação de entidades independentes desta ou para transmissão de pensamentos pré-linguísticos, concebidos sem a intervenção da linguagem. Assim, *somente depois de superar esse paradigma, mediante o reconhecimento de que a linguagem tem um papel constitutivo na nossa relação com o mundo é que se pode falar em uma mudança paradigmática* [grifo do autor], representado pelo rompimento com a filosofia da consciência pela filosofia da linguagem.⁷⁴

Dispõe ainda que “A discussão acerca da hermenêutica jurídica, é dizer, do modo-de-fazer-Direito-cotidianamente, está forjada na idéia de que é possível atingir a verdade, a *ratio essendi* da lei, a correta *mens legis*, a fiel *mens legislatoris*... Por isto, *elaborar uma hermenêutica de ruptura passa necessariamente pelo rompimento com as concepções metafísico-essencialistas-ontológicas acerca da interpretação* [grifo do autor]. (...)”⁷⁵.

De acordo com STRECK a busca incessante em se objetificar o direito, assim como a procura em garantir a objetividade do resultado interpretativo, oriundo do paradigma do sujeito, faz com que os operadores do direito se apoiem nos métodos, com a crença de que através de sua utilização seja possível alcançar a verdade, seja esta baseada na racionalidade da lei, na vontade do legislador ou na vontade da lei. Deve-se superar este paradigma, partindo-se do entendimento de que não se deve buscar a essência da lei, através de um processo em que há um objeto (a lei), um sujeito (o intérprete) e um instrumento revelador da verdade (métodos), mas sim que o que existe é a relação entre sujeitos (e não sujeito-objeto), onde as ditas verdades são obtidas por consenso e que a linguagem é condição de possibilidade para a interpretação, visto que esta pressupõe sempre uma compreensão. Este é o chamado paradigma da linguagem ou 3º paradigma.

STRECK faz a análise deste novo paradigma, partindo de GADAMER e HEIDEGGER e diz que primeiramente é necessário observar a diferença que existe entre a hermenêutica clássica e a hermenêutica filosófica. A primeira vista como pura

O termo reviravolta lingüística deve-se à obra: RORTY, Richard. *The Linguistic Turn. Recent Essays in Philosophical Method*. Chicago: The University of Chicago Press, 1969.

⁷⁴ Ibid., p. 137.

⁷⁵ Ibid., p. 155.

técnica de interpretação, enquanto a segunda parte da idéia de se “dar sentido”⁷⁶. Esta é a nova hermenêutica pretendida por GADAMER e o que ele questiona é “a totalidade do existente humano e a sua inserção no mundo”⁷⁷.

Assim, discordando do modo de interpretar pregado pelo 2º paradigma, dispõe que:

(...) é preciso denunciar que o processo interpretativo dominante no âmbito do pensamento dogmático do Direito está assentado em um paradigma metafísico-objetificante, no qual o processo interpretativo depende sempre de um sujeito, que vai se relacionar com os textos jurídico-normativos e os fatos sociais *como se estes fizessem parte de um mundo exterior* [grifo do autor], e o jurista/intérprete deles pudesse livre e conscientemente dispor...⁷⁸.

Diante desta situação, o mesmo autor diz que “Intérprete e Direito/texto/norma/fato não estão separados. Desde sempre intérprete e Direito já estão juntos no mundo através da linguagem”⁷⁹. Diante desta situação, propõe que haja um efetivo rompimento com estas “concepções vigorantes no campo jurídico-dogmatizante, sustentadas no paradigma metafísico-objetificante”⁸⁰ que tratam os textos jurídicos e os fatos da vida como objetos, e que camuflam o fato de que o intérprete do Direito é um sujeito inserido no mundo e que interage com os fatos sociais e da vida concreta que o cerca⁸¹.

Partindo do Dasein (ser-aí, ser-no-mundo), conceito formulado por HEIDEGGER, STRECK trata da impossibilidade de se separar o intérprete do Direito/texto/norma/fato, dispondo que:

(...) O Dasein, nas palavras do próprio Heidegger, na sua intimidade com a significatividade, é a condição ôntica da possibilidade de descobrir o ente que se encontra no mundo no modo de ser da prestabilidade [grifo do autor]. Daí que para estar-aí, ser-no-mundo equivale a ter originariamente intimidade com uma totalidade de significados. O mundo não lhe é dado primariamente como um conjunto de “objetos” com os quais, num segundo momento, se relacionaria, ao atribuir-lhe os seus significados e funções. As coisas já vêm dotadas de uma função, isto é, de um significado e podem manifestar-se-lhe como coisas, unicamente enquanto se inserem numa totalidade de significados de que o Dasein já dispõe. *O mundo só se nos dá*

⁷⁶ Ibid., p. 186.

⁷⁷ Ibid., p. 187.

⁷⁸ Ibid., p. 253-254.

⁷⁹ Ibid., p. 254.

⁸⁰ Id.

⁸¹ Id.

*na medida em que já temos sempre certo patrimônio de idéias, é dizer, certos pré-juízos que nos guiam na descoberta das coisas. O ser-no-mundo nada tem daquele “sujeito” do cogito da filosofia moderna, porque esta noção pressupõe precisamente que o sujeito é algo que se contrapõe a um “objeto” entendido como simples-presença [grifo do autor]. O estar-aí nunca é algo de fechado que há que sair para ir ter com o mundo; o *Dasein* já é sempre e constitutivamente relação com o mundo, antes de toda a distinção artificial entre sujeito e objeto. O conhecimento como interpretação não é o desenvolvimento e articulação das fantasias que o *Dasein*, como sujeito individual, possa ter sobre o mundo, mas, sim, a elaboração da constitutiva e originária relação com o mundo que o constitui. É essa idéia do conhecimento como articulação de uma pré-compreensão (*Vorverständnis*) originária que Heidegger chama de “círculo hermenêutico”⁸².*

Para o mesmo autor, o fato de estar no mundo já faz com que haja uma compreensão que se antecipa a qualquer tipo de explicação. E, partindo da filosofia hermenêutica de HEIDEGGER, a compreensão é totalidade e a linguagem é o meio de acesso ao mundo e aos seus objetos, de forma que “como o compreender só é possível se o homem é um ser-no-mundo, nosso acesso ao mundo só é possível pela linguagem”⁸³. De modo que “A linguagem, então, é totalidade; é abertura para o mundo; é, enfim, *condição de possibilidade* [grifo do autor]”⁸⁴, podendo se falar até mesmo que ela é “constituente e constituidora do saber, e, portanto, do nosso modo-de-ser-no-mundo, que implica as condições de possibilidade que temos para compreender e agir”⁸⁵. Para ele, “Não há coisa alguma onde falta a palavra. Somente quando se encontra a palavra para a coisa é que a coisa é uma coisa”⁸⁶.

Assim, pode-se dizer que “para Heidegger compreender não é um modo de conhecer, mas é um modo de ser, *isto porque a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão (o homem já sempre compreende o ser)*. A verdade não é uma questão de método. Será, sim, uma questão relativa à manifestação do ser, para um ser cuja existência consiste na compreensão do ser [grifo do autor]”. Neste sentido, STRECK dispõe que:

Revela notar - e aqui vem a explicação da origem da metodologia moderna - que, para sustentar a separação entre ser-ente [grifo do autor], enfim, para negar a mesmidade (a

⁸² Ibid., p.190.

⁸³ Ibid, p.193.

⁸⁴ Id.

⁸⁵ Id.

⁸⁶ Ibid., p.193-194.

síntese) entre ser e ente, a metafísica apela para a especialização, o método, a técnica. O método - supremo momento da subjetividade - vai ter, assim, a função de encobrir, na ciência, a diferença ontológica [grifo do autor]. Nesse exato sentido é que Heidegger vai dizer que a essência da ciência moderna se fundamenta na essência técnica. A figura na qual impera o ser na esfera da técnica é o dispositivo (*GeStell*) [grifo do autor]. “O dispositivo é a essência da técnica.(...) A essência da técnica é o dispositivo, porque o dispositivo é o que converte sempre em objeto a coisa”. Por isso e a toda evidência, é preciso ter claro que a diferença ontológica é o suporte do ser e do ente. No ente é pensado e dito o ser. O ente não existe como ente, ou seja, o ente não existe - no sentido de sua existência - sem estar junto ao ser (o ente só é no seu ser e o ser é sempre ser-em, ser-junto (*Sein-bei*)(...)⁸⁷.

Verifica-se que HEIDEGGER “desenvolvendo a hermenêutica no nível ontológico, trabalha com a idéia de que o horizonte do sentido é dado pela compreensão; é na compreensão que se esboça a matriz do método fenomenológico”⁸⁸, de maneira que “A compreensão possui uma estrutura em que se antecipa o sentido. Ela se compõe de aquisição prévia e antecipação, nascendo desta estrutura a situação hermenêutica”⁸⁹.

E, partindo de tais premissas heideggerianas, torna-se possível compreender o projeto hermenêutico de GADAMER, visto que este foi seguidor daquele. GADAMER “ao dizer que ser que pode ser compreendido é linguagem, retoma a idéia de Heidegger da linguagem como casa do ser, onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado. Daí que, para Gadamer, ter um mundo é ter uma linguagem”⁹⁰. Assim, verifica-se que GADAMER parte do entendimento de que a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, mas o sujeito desde sempre já está inserido e ligado a linguagem⁹¹. De forma que “ (...) A linguagem é totalidade, no interior da qual o homem, o *Dasein*, se localiza e age [grifo do autor]. Ou seja, a existência de uma relação com o mundo (relação sujeito-sujeito) pressupõe a anterioridade do *Dasein*. Daí que a apropriação dessa realidade (lingüística, é dizer, a lingüisticidade - *Sprachlichkeit* - do ser) é possível, então pela

⁸⁷ Ibid., p.199.

⁸⁸ Ibid, p.175-176.

⁸⁹ Id.

⁹⁰ Id.

⁹¹ Ibid., p.199-200

interpretação. Nisso reside a própria pretensão de universalidade da hermenêutica de Gadamer”⁹².

Desta forma, para Gadamer, o que pode ser compreendido é linguagem. Não basta a simples existência do ser, é necessário que este ser seja compreendido, interpretado. E para ele toda interpretação comporta conceitos prévios, que vão sendo substituídos por outros mais adequados. Assim, todos estariam sujeitos a erros oriundos de opiniões prévias⁹³. Diante deste fato

(...) é importante que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, desde as opiniões prévias que lhe subjazem, *senão que examine tais opiniões enquanto a sua legitimação, isto é, enquanto a sua origem e validade* [grifo do autor]. Frente a todo o texto, nossa tarefa não é introduzir direta e acriticamente nossos próprios hábitos lingüísticos, contrariamente a isto, Gadamer reconhece como tarefa fundamental o conseguir a compreensão do texto apenas desde o hábito lingüístico do seu tempo ou do seu autor. Quem quer compreender um texto realiza sempre um projetar, acrescenta.

Quando se ouve a alguém ou quando se empreende uma leitura, não é que tenhamos que esquecer todas as opiniões prévias sobre seu conteúdo, ou todas as opiniões próprias, diz o mestre. *O que se exige é que simplesmente tenhamos abertura para o texto* [grifo do autor]. Entretanto, essa abertura implica sempre que se coloque a opinião do outro sempre em alguma classe de *relação com o conjunto de opiniões próprias* [grifo do autor] ou que um se coloque em *certa relação com as do outro* [grifo do autor]. Para Gadamer, aquele que pretende compreender não pode entregar-se desde o princípio à sorte de suas próprias opiniões prévias e ignorar a mais obstinada e conseqüentemente possível opinião do texto. *Aquele que pretende compreender um texto ou tem que estar em princípio disposto a que o texto lhe diga algo* [grifo do autor]. Uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva desde o início para a condição do texto. Entretanto, esta receptividade não pressupõe nem neutralidade frente às coisas, nem auto cancelamento, senão que inclui uma matizada incorporação das próprias opiniões prévias e pré-juízos. O que importa, aduz o autor, é que se faça a mediação das próprias mediações com a finalidade de que o texto mesmo possa apresentar-se em sua condição e obtenha, assim, a possibilidade de confrontar a sua verdade objetiva com as próprias opiniões prévias.⁹⁴

E para GADAMER a compreensão está ligada a condição histórica, que faz a mediação entre o sujeito e a coisa a ser compreendida. “A história é a condição prévia para que o ente seja um ser-no-mundo. *Não há uma contraposição entre sujeito e objeto e sim, uma fusão entre ambos a partir de sua historicidade* [grifo do

⁹² Ibid., p.200.

⁹³ Ibid., p.200-201

⁹⁴ Ibid., p.202.

autor]”⁹⁵. Importante tratar também da tradição enquanto objeto da (pré) compreensão⁹⁶.

Assim, para GADAMER, o caráter da interpretação é sempre produtivo, não sendo possível a reprodução de um sentido, como muitas vezes é buscado pelo paradigma do sujeito, através da utilização dos métodos, da técnica. Isso porque a compreensão é produto de uma fusão de horizontes⁹⁷, e isto ocorre sempre que se compreende algo do passado, havendo uma relação dialética de participação e de distanciamento⁹⁸.

Nesse sentido, STRECK dispõe que:

(...) Todo encontro com a tradição realizado com a consciência histórica experimenta por si mesma a relação de tensão entre texto e presente. A *tarefa hermenêutica consiste então, explica o mestre alemão, em não ocultar esta tensão em uma assimilação ingênua, e sim desenvolvê-la conscientemente* [grifo do autor]. Por esta razão é que o comportamento hermenêutico está obrigado a projetar um horizonte histórico que se distinga do presente. A consciência histórica é consciente de sua própria alteridade e por isto destaca o horizonte de tradição com o respeito a si próprio⁹⁹.

GADAMER, negando desta forma, um saber reprodutivo do direito, entende que a interpretação do direito é uma tarefa criativa e que o processo de interpretação deve levar em consideração o caso jurídico concreto¹⁰⁰.

⁹⁵ Ibid., p.203.

⁹⁶ Ibid., p. 204.

⁹⁷ Para Streck “(...) A fusão de horizontes se dá pela aplicação. O ato de interpretar implica uma produção de um novo texto, mediante a adição de sentido que o intérprete lhe dá. Essa adição de sentido decorre da consciência histórico-efetual no qual o intérprete está possuído. Isto porque há um caráter construtivista na história”. (Ibid., p. 206)

⁹⁸ Nesse sentido, STRECK ao se referir a FERNANDEZ-LARGO dispõe que “quando a hermenêutica fala de tradição e de efetualidade histórica, há que se entendê-la como uma tensão e dialética entre pertencer a essa história e a distância com respeito à mesma. E não se diga que a hermenêutica venha a favorecer um conservadorismo, já que a fusão de horizontes dará passagem a algo sempre imprevisível e novo”. (Ibid., p.210)

⁹⁹ Ibid., p. 205.

¹⁰⁰ Procurando exemplificar o fato de que a norma deve ser aplicada com base no caso concreto, STRECK, a partir de uma análise comparativa entre a figura do jurista e do historiador, diz que: “Para Gadamer, a situação hermenêutica é similar para o historiador e para o jurista: frente a um texto, todos nos encontramos com uma determinada expectativa de sentido imediata. Não há acesso imediato ao objeto histórico, capaz de proporcionar-nos objetivamente o seu lugar de valoração. Só há valor histórico quando o passado é entendido em sua continuidade com o presente, e é isto o que realiza o jurista em seu trabalho prático-normativo. Para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica, é

Pode-se dizer, então, que:

A partir do projeto hermenêutico de Gadamer, é possível dizer, com Fernandez-Largo, que a *hermenêutica jurídica é uma proposta de descrever as condições reais do intérprete e não uma oferta de critérios ou métodos científicos* [grifo do autor]. Esse intérprete é um sujeito integrado em um meio cultural e em uma tradição, fora da qual não é imaginável ter acesso a um texto determinado. Não cabe situar-se fora do ambiente cultural nem de uma cadeia interpretativa do texto. Porém, simultaneamente, esse sujeito não está atado indefectivelmente a uma compreensão, pois entender é sempre uma atitude de abertura e ante-sala a algo criador e complementar do passado. *Na ciência jurídica nunca se ressaltará suficientemente que a interpretação é uma nova leitura das normas jurídicas e que cada caso será uma nova aplicação* [grifo do autor], algo assim como se o direito recobrasse o seu vigor cada vez que é aplicado ou cumprido.¹⁰¹

Verifica-se, assim, que STRECK partindo de HEIDEGGER e de GADAMER nega os métodos tradicionais de interpretação, considerando-os como produto da filosofia da consciência, que tem a técnica como o instrumento que permite ao sujeito/intérprete retirar do texto o seu real sentido. Isto faz com que o Direito continue preso ao 2º paradigma, isto é, encobre-se o fato de que na realidade não há um sujeito, um objeto e um método para proceder a interpretação. O que de fato existe é o sujeito inserido no mundo, em um dado momento histórico e que já é dotado de uma pré-compreensão. Assim, para este autor interpretar é compreender, e isto só se torna possível através da linguagem, que é a condição de possibilidade para a compreensão. O sujeito ao interpretar não se encontra livre de suas pré-compreensões e se encontra envolvido no momento histórico em que está inserido, e é justamente esses elementos que permitem uma interpretação produtiva do direito, ou seja, uma interpretação de acordo com o caso concreto a ser resolvido.

Esta posição fica evidenciada quando STRECK dispõe que:

(...) fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o direito de soslaio, rompendo-se com (um)a *hermé(nêu)tica* jurídica tradicional-objetificante prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência. *Com (ess)a (nova) compreensão hermenêutica do Direito recupera-se o sentido-possível-de-um-determinado*

essencial que a lei vincule por igual todos os membros da comunidade. A tarefa da interpretação consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação". (Ibid., p.209)

¹⁰¹ Ibid, p.210.

texto e não a re-construção do texto advindo de um significante-primordial-fundante [grifo do autor]. (...) ¹⁰².

O posicionamento de STRECK, no sentido de que os métodos de interpretação se encontram arraigados no paradigma do sujeito, fazendo com que se busque a essência do texto, como se houvesse apenas um sentido possível, fica evidenciado quando dispõe que:

(...) fica a impressão de que os juristas acreditam na existência de um conceito-em-si-mesmo-de-aplicabilidade-de-normas, produto de uma relação significante/significado-imanente-fundante. Parece que a linguagem, é dizer, o discurso jurídico interpretante, serve apenas como instrumento (terceira coisa) para “buscar-encontrar” “o” sentido que “flutua” sobre o texto “originário” ... [grifo do autor] Graças a isto, no âmbito do imaginário dos juristas (sentido comum teórico) há sempre “o sentido”, e não apenas sentidos possíveis! No plano da dogmática jurídica isto somente se torna possível porque ela mesma estabelece, paradigmática e epistemologicamente, as regras interpretativas que servirão de base para a produção de um texto jurídico. (...) ¹⁰³

KELSEN também compartilha desta posição pois para ele os métodos de interpretação não levam ao correto e verdadeiro sentido do texto, mas a um sentido possível. Não existe um critério que informe qual o melhor sentido possível dentre as diversas possibilidades existentes na moldura do Direito a aplicar, como tratado anteriormente. Assim, dispõe que:

Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar, possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método - capaz de ser classificado como de Direito positivo - segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como <<correcta>> - desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica.

Apesar de todos os esforços da jurisprudência tradicional, não se conseguiu até hoje decidir o conflito entre vontade e expressão a favor de uma ou da outra, por uma forma objectivamente válida. Todos os métodos de interpretação até o presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto. (...)

(...)

(...)A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único acto administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de

¹⁰² Ibid., p.222.

¹⁰³ Ibid., p.223-224.

interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tão-pouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças correctas.¹⁰⁴

Nesse mesmo sentido, MELO dispõe que “pode-se entender que interpretar, como manifestação da leitura do mundo, nunca se exaure em apenas uma e única possibilidade interpretativa, embora constitua ato único, plenamente carregado de subjetividade: *interpretar consiste, necessariamente, em apresentar uma leitura construída a partir do texto [grifo do autor]”¹⁰⁵.*

Verifica-se que MELO também entende que não há apenas um significado possível para a norma jurídica, mas várias leituras possíveis, que serão construídas pelos intérpretes. Assim, o significado que será dado a norma será influenciado por uma carga de subjetividade do intérprete, ou seja, a forma como se dará a leitura do texto, da norma, do Direito dependerá do contexto em que o intérprete está inserido, de sua percepção do mundo, suas preocupações e seus valores, isto é, do seu modo de ser no mundo. Assim, o mesmo autor diz que “É preciso, pois, levar em conta, inclusive quanto à norma jurídica, que *não há um sentido sacralizado* [grifo do autor], mas *sentidos* [grifo do autor] diferenciados pelos múltiplos pontos de vista em relação à percepção, significação, valoração e institucionalização daquilo que se oferece como objeto de interpretação, onde permeia a pré-compreensão”¹⁰⁶. Continua, ainda, dispondo que:

Esta síntese entre o “real” e o possível na interpretação é destacada pelo escritor francês Antoine COPAGNON sob a forma de um *télos* subjetivo inafastável em qualquer interpretação/leitura do mundo e de seus textos: *a leitura tem a ver com empatia, projeção, identificação. Ela maltrata obrigatoriamente o livro, adapta-o às preocupações do leitor* [grifo do autor]. Na mesma medida, em relação à norma jurídica, a busca de sentido do texto está vinculada à intencionalidade buscada por seu empreendedor, seja a implementação de específicos e identificáveis interesses, seja o cumprimento da lei ou enfim, a tentativa de concretização da justiça.¹⁰⁷

¹⁰⁴ KELSEN, op. cit, p. 468-469

¹⁰⁵ MELO, Carlos Antonio de Almeida. **O Horizonte Interpretativo da Constituição: uma Proposta**. REVISTA DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL, Curitiba-PR: Academia Brasileira de Direito Constitucional, n.2, 2002, p.158.

¹⁰⁶ Ibid, p,160.

¹⁰⁷ Id.

Além do fato de que, os operadores do direito presos ainda ao paradigma da consciência, informam o sentido dos textos de forma objetificante, como se fossem verdades únicas, como se não bastasse, STRECK alerta para o fato de que “nesse processo de (inter)mediação, pelo qual a dogmática jurídica (re)produz os discursos de verdade, estes *‘nunca são o resultado de um emissor isolado, estando vinculados a uma prática comunitária organizado em torno de uma subjetividade específica dominante [grifo do autor]’*”¹⁰⁸. E para este autor quem detém a “fala autorizada que (re)produz o habitus do campo jurídico”¹⁰⁹ e está autorizado ainda a fazer “extorsões de sentido”¹¹⁰ e “abusos significativos”¹¹¹ “é filho (reconhecido) de uma comunidade ‘científica’, de um monastério de sábios”¹¹².

Em relação a esta situação, diz ainda que:

É claro que esse processo de produção da “fala autorizada” exige de parte dos operadores jurídicos uma espécie de cumplicidade lingüística (Warat, Veron e Santella). Isso é possível apenas se e quando o público-alvo (comunidade jurídica) reconhece quem exerce a eficácia simbólica do discurso como podendo exercê-la de pleno direito: *“A linguagem de autoridade governa sob a condição de contar com a colaboração daqueles a quem governa, ou seja, graças à assistência dos mecanismos sociais capazes de produzir tal cumplicidade, fundada por sua vez no desconhecimento, que constitui o princípio de toda e qualquer autoridade”* [grifo do autor].

No mesmo diapasão, torna-se evidente que esse processo é, ao mesmo tempo, complexo e sofisticado. Nas práticas dos operadores jurídicos isso ocorre de forma difusa, através de uma (im)perceptível (e constante) produção de standards significativos, destinados ao consumo da comunidade jurídica. Desse modo, *com a aparência da busca do “real” sentido do texto jurídico, mediante a utilização de artifícios do tipo a busca da mens legis, do espírito do legislador, da ratio essendi do Direito etc., e na crença da existência de um legislador racional, constrõem, parafraseando Umberto Eco, “simulacros de enunciações”* [grifo do autor], que nada mais são do que o resultado de uma rede de ficções que se põe a serviço de efeitos de verdade, no interior da qual não está em questão a validade do enunciado, mas a verdade da enunciação no que diz respeito a sua cota de verossimilhança.¹¹³

Diante do exposto, além de negar os métodos tradicionais, STRECK atenta para o fato de que a descoberta do “real sentido do texto jurídico”, obtida através das

¹⁰⁸ STRECK, op cit, p.224-225.

¹⁰⁹ Ibid, p.225.

¹¹⁰ Id.

¹¹¹ Id.

¹¹² Id.

¹¹³ Id.

técnicas interpretativas, seriam construções daqueles que possuem a “fala autorizada” e que criam “standards significativos” a serem utilizados pelos operadores do Direito.

Nesse sentido, diz o mesmo autor que:

(...) se não existir a necessária interrogação do texto para a realização da fusão de horizontes entre o texto-fato e o horizonte de sentido do intérprete, exurgirá uma interpretação satandardizada-objetificante inautêntica), produto da mera subsunção do fato à norma amoldada pelos pré-juízos doutrinários e jurisprudenciais [grifo do autor] apreendidos e reproduzidos de forma descontextualizada, a partir de um *habitus* pré-elaborado pelo sentido comum teórico, que estabelece o modo-de-fazer-interpretar o Direito.¹¹⁴

Assim, para STRECK, esse processo subsuntivo do fato à norma, em que se reproduz conceitos e em que se tem o modo-de-fazer-interpretar o Direito com base no sentido comum teórico é o resultado da utilização dos métodos de interpretação, que objetificam o Direito. Para este autor “o pensamento dogmático pretende colocar à disposição da comunidade jurídica definições *a priori*, ‘aptas’ a servirem de ‘acoplagem’ da premissa menor à premissa maior”¹¹⁵, de maneira que “em nome da construção de uma universalidade - essencialista/conceitual - oculta-se o aparecer da singularidade, o aparecer da coisa mesma”¹¹⁶. Desta forma, o mesmo autor diz que “(...) *O Direito é parte ou momento próprio do caso* [grifo do autor]. Não se pode isolar o caso do Direito e de certa maneira considerá-lo em si independente do Direito. O Direito não pode ser analisado sem que seja posto em relação com o caso. E é por isso que Gadamer dirá, mostrando que hermenêutica é sempre aplicação, que interpretar não é nunca subsunção do individual sob os conceitos do geral”¹¹⁷.

Para o mesmo autor, a noção de círculo hermenêutico (conhecimento como resultado de uma pré-compreensão originária, fruto do ser-aí, estar-no-mundo) é incompatível com a existência dos métodos ou técnicas de interpretação, que fazem do processo interpretativo uma atividade subsutiva do fato à norma, como se fosse possível interpretar, que requer o ato de compreender, por fases ou partes, como se o

¹¹⁴ Ibid, p.275

¹¹⁵ STRECK, Luiz Lenio. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Editora livraria do advogado, 2002, p 202.

¹¹⁶ Ibid., p. 203.

¹¹⁷ Id.

sujeito pudesse ser separado do objeto, como se fosse possível separar o sujeito do texto, do direito e dos fatos que o cercam¹¹⁸.

Para STRECK, a idéia de que a utilização dos métodos de interpretação garantem um resultado ou um processo calcado na objetividade, faz com que os operadores do direito possam se eximir da responsabilidade dos efeitos produzidos pela interpretação, pois a partir da utilização de tais técnicas o resultado do processo interpretativo é fruto da vontade do legislador, da vontade da lei ou da racionalidade da mesma obtida objetivamente¹¹⁹. Deixa-se, então, de levar em conta que o ato interpretativo é criativo e produtivo, visto que é o resultado da leitura feita pelo intérprete, a partir de suas pré-compreensões, do momento histórico em que se encontra inserido e dos fatos concretos que clamam soluções. A partir destas considerações é que se deve compreender que não se deve absolutizar um método, sob pena de se permitir que os operadores do direito possam primeiramente encontrar uma solução para um caso concreto e posteriormente justificar sua decisão a partir de um método. Além do fato de que a falta de um método dos métodos, faz com que não haja uma regra que estabeleça qual o método que deve ser utilizado para uma dada situação.

Assim, STRECK entende que a interpretação “é compreendida como um ato unitário em que concorrem integradamente vários elementos”¹²⁰ De modo que, para ele “não há **uma** [grifo do autor] interpretação gramatical, **uma** [grifo do autor] interpretação histórica, etc. (e acrescento: não há **uma** [grifo do autor] interpretação sistemática, **uma** [grifo do autor] interpretação teleológica, etc.), mas, sim um elemento gramatical, um elemento histórico, etc., que, conjuntamente **concorrem para o ato interpretativo** [grifo do autor], e assim por diante”¹²¹, chegando a dizer que:

(...)toda a interpretação sempre será **gramatical** [grifo do autor] (porque, à evidência, deve partir de um texto jurídico); será inexoravelmente **teleológica** [grifo do autor] (seria viável pensar em uma interpretação que não fosse voltada à finalidade da lei, com a conseqüente violação à firme determinação do art. 4º 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

¹¹⁸ Ibid., p.208.

¹¹⁹ Ibid., p.297.

¹²⁰ Ibid, p.

¹²¹ Ibid,p.299

bem comum?); será, obrigatoriamente, **sistemática** [grifo do autor] (porque é impossível conceber que um texto normativo represente a si mesmo, sem se relacionar como todo, para usar as anteriores palavras de Fr. Müller), e assim por diante...¹²²

Desta forma, negando a interpretação a partir dos métodos tradicionais e afirmando o fato de que a interpretação compreende um ato unitário em que vários elementos (gramatical, histórico, teleológico, sistemático) concorrem para o ato interpretativo, STRECK nega da mesma forma a possibilidade de uma hermenêutica constitucional, dispondo que “não se torna desarrazoado afirmar que pugnar por uma hermenêutica constitucional enquanto método ou técnica nada mais é do que agregar ao processo de interpretação tradicional (“métodos” gramatical, teleológico, sistemático, etc) “o” ou “um” elemento constitucional, o que se afigura, a toda evidência, em uma insuficiência hermenêutica”¹²³.

Assim, diferentemente da posição de autores como CASTRO e BARROSO, STRECK não admite a construção ou a existência de uma hermenêutica constitucional específica pois isso significaria uma volta a hermenêutica tradicional, baseada em métodos e que tem a interpretação como mera técnica, o que levaria ao retorno do 2º paradigma. Esta posição fica evidenciada quando dispõe que:

(...) Entendo, ademais, que não é mais possível falar de uma “hermenêutica constitucional” específica, porque isto leva à recuperação (ou à armadilha) da velha hermenêutica clássica (método). Dito de outro modo, admitir a existência de uma hermenêutica constitucional é ver/entender a hermenêutica como uma (mera) técnica, recuperando, com isso, a superada relação sujeito-objeto (S-O) da filosofia da consciência. Como consequência, tudo do que dela emana é relativizado (ou pode vir relativizado), ou seja, dependendo da técnica (ou “método” de interpretação) que o jurista/ intérprete utiliza/ maneja, exsurgirá uma interpretação diferente. Ora, isso acarreta um seríssimo problema, **porque a Constituição deve ter um caráter pétreo/material/substancial, porque constituidora da própria sociedade** [grifo do autor] (afinal, a Constituição é a explicitação do contrato social, é o espaço de mediação ético-política da sociedade, e, fundamentalmente, Constituição é constituir).¹²⁴

Verifica-se que, apesar de negar os métodos tradicionais de interpretação e negar uma nova hermenêutica constitucional específica com base em métodos, STRECK admite a existência de elementos (gramatical, teleológico, sistemático...) que

¹²² STRECK, *Hermenêutica...*, p.297.

¹²³ *Ibid.*, p.299.

integram o ato interpretativo. O que este autor não considera é a objetificação do processo interpretativo a partir da escolha de específico método de interpretação na busca do sentido do texto, pois não existe um único sentido possível, mas vários sentidos, que devem ser analisados com base no caso concreto a ser resolvido e a partir da historicidade que envolve a situação e a compreensão que se tem do mundo. Afinal, interpretar é compreender e não simplesmente aplicar determinado método para extrair o sentido do texto. Isto só é possível a partir do momento em que se tem em mente que a linguagem não é terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o texto a ser interpretado, pois a linguagem é condição de possibilidade para o sujeito estar no mundo e compreendê-lo.

Pode-se dizer, assim, que apesar de CASTRO e STRECK partirem de perspectivas diferentes, a primeira alegando a superação dos métodos tradicionais de interpretação e o segundo, negando-os, ambos concordam no fato de que a interpretação deve levar em consideração o caso concreto a ser resolvido e a dimensão concretizadora que possui o Direito no momento em que se aplica determinada norma. Para esses autores, o ato interpretativo não deve estar em desconformidade com os fatos da vida concreta que cercam os operadores do Direito. Deve-se atentar para o fato de que o Direito requer sempre do intérprete uma pré-compreensão do complexo normativo a ser aplicado, do momento histórico em que se encontra inserido e o caso concreto a ser solucionado, para que assim seja possível evidenciar o caráter criativo do Direito.

3 A CONSTITUIÇÃO COMO LUGAR HERMENÊUTICO PRIVILEGIADO

Após a análise dos métodos de interpretação e sua superação ou negação, importante tratar da Constituição como lugar hermenêutico privilegiado, visto que o direito possui uma peculiaridade, que é o fato de que toda norma jurídica deve estar em conformidade com a Constituição para ser válida.

¹²⁴ Ibid, p.294.

Assim, para STRECK a Constituição é “condição de possibilidade hermenêutica de outro texto”¹²⁵, pois “diferentemente de outras disciplinas (ou ciências), o Direito possui uma especificidade, que reside na relevante circunstância de que a interpretação de um texto normativo depende de sua conformidade com um texto de validade superior”¹²⁶.

No entanto, o fato de que toda interpretação deve se dar em conformidade com a Lei Maior não é o único fator que faz da Constituição um lugar hermenêutico privilegiado. Para entender esta qualidade de nossa Carta Magna é necessário entender o porquê de todo ato interpretativo requerer uma prévia compreensão da Constituição e analisar também outras características da Lei Maior como o fato de ser uma Carta política, ser essencialmente principiológica e a questão de sua superioridade como condições para se tratar da Constituição como lugar hermenêutico privilegiado.

Desta forma, se tratará primeiramente das qualidades e características da Constituição que fazem dela um lugar hermenêutico privilegiado, para posteriormente esclarecer porque toda atividade interpretativa ter que se dar conforme a Lei Maior. Se adotou esta ordem de exposição em razão do fato de que esta justificação da interpretação conforme a Constituição está relacionada com as características que serão abordadas a seguir.

3.1 CARACTÉRISTICAS E QUALIDADES DA CONSTITUIÇÃO QUE FAZEM DELA UM LUGAR HERMENÊUTICO PRIVILEGIADO

3.1.1 A constituição como Carta Política

As Constituições resultantes de um processo democrático, como ocorre com a nossa Constituição Federal de 1998, representam uma carta que consagra os anseios da sociedade, a vontade popular.

¹²⁵ STRECK, *Jurisdição...*, p 179.

¹²⁶ *Ibid*, p.179.

Assim, necessário falar do poder constituinte que é o poder conferido ao povo para a elaboração de um estatuto fundamental. De forma que, a titularidade deste poder pertence ao povo, mas é exercido por seus representantes, que irão organizar juridicamente o Estado, elaborando-se a Constituição. Trata-se de um poder que aparentemente é ilimitado, por não sofrer restrições do ordenamento anterior, e para que possa permitir a transformação da sociedade, e que aparentemente é incondicionado por elaborar suas próprias regras de atuação.

Diz-se aparentemente ilimitado e incondicionado porque a partir de um exame mais rigoroso, verifica-se que concretamente e historicamente este poder é limitado e está condicionada a questão da legitimidade, pois quem é titular legítimo do poder constituinte é o povo, de forma que seus representantes estão presos à vontade, aos anseios de toda sociedade, não podendo agir de forma livre e incondicionada. Por isso, deve-se atentar para a força que a afirmativa no sentido de que o poder constituinte é ilimitado e incondicionado possui, e verificar as conseqüências a que esta afirmativa pode levar.

Importante, também, para compreender a importância da Constituição como carta representativa da vontade da nação, fazer a distinção entre o poder constituinte e o poder constituído. De acordo com BONAVIDES o primeiro, poder constituinte originário, “faz a Constituição e não se prende a limites formais: é essencialmente político, ou se quiserem, extrajurídico”¹²⁷. Já o segundo, poder constituído ou derivado, “se insere na Constituição, é órgão constitucional, conhece limitações tácitas expressas, e se define como poder primacialmente jurídico, que tem por objeto a reforma do texto constitucional. Deriva da necessidade de conciliar o sistema representativo com as manifestações diretas de uma vontade soberana, competente para alterar os fundamentos institucionais da ordem estabelecida”¹²⁸.

¹²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p.125.

¹²⁸ *Ibid*, p.125.

Verifica-se que o poder constituído se sujeita ao poder constituinte e conseqüentemente a Constituição. Assim, a ação do poder constituído deve sempre se adequar a Constituição.

Importante ressaltar as considerações feitas por BONAVIDES, ao dizer que “Como noção política, o poder constituinte, qual o concebeu Sieyès, se confundem com a vontade da nação. É poder que tudo pode. Ao fazer a Constituição, ele não se autolimita, porque sendo a expressão mesma da vontade nacional, não pode ser ‘acorrentada no exercício dessa vontade por nenhuma prescrição constitucional, por nenhuma forma constituída”¹²⁹. O mesmo autor, chega a dizer que “Politicamente é o poder constituinte um poder *supra legem* ou *legibus solutus*, um poder a que todos os poderes constituídos hão necessariamente de dobrar-se ao exercer ele a tarefa extrajurídica de criar a Constituição”¹³⁰.

A partir das considerações feitas, percebe-se que a Constituição “é um espaço garantidor das relações democráticas entre o Estado e a Sociedade”¹³¹. De modo que “Constituição significa *constituir* alguma coisa; é fazer um pacto, um contrato, no qual toda a sociedade é co-produtora. Desse modo deixar de cumpri-la é descumprir *essa constituição* do contrato social”¹³².

Neste sentido, HÄBERLE, partindo da idéia de que a interpretação é um processo aberto propõe a seguinte tese: “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgão estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”¹³³. Este mesmo autor fala de uma “democratização da interpretação constitucional”¹³⁴, que “significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática”¹³⁵. Diz

¹²⁹ Ibid, p.127.

¹³⁰ Id.

¹³¹ STRECK, *Hermenêutica ...*, p.236.

¹³² Id.

¹³³ HÄBERLE, Peter (Tradução: MENDES, Gilmar Ferreira). **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio fabris Editor, 1997, p. 13.

¹³⁴ Ibid., p.14.

¹³⁵ Id.

ainda que “como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição”¹³⁶.

Diante das considerações feitas, entende-se a importância da Constituição, que por ser elaborada pelo poder constituinte, e, assim, representar os anseios da sociedade deve ser sempre observada e respeitada, inclusive no ato interpretativo.

3.1.2 A superioridade da Constituição

Outra característica da Constituição é a sua posição de superioridade em relação as demais normas jurídicas, ocupando o topo do ordenamento jurídico e constituindo o fundamento de validade de todas as suas normas. Assim, “Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental”¹³⁷.

De acordo com BARROSO a supremacia constitucional tem o seu fundamento ligado a dois fatores, que são: a distinção entre poder constituinte e poder constituído (já tratado anteriormente) e entre Constituições rígidas e flexíveis. Em relação a segunda diferenciação, pode-se dizer que a Constituição flexível é aquela em que seu processo de reforma coincide com o modo de produção ordinária, de forma que não há diferença formal entre a norma constitucional e a infraconstitucional. Já a Constituição rígida requer um processo especial para a sua reforma, mais complexo e distinto do que o utilizado para a edição de leis infraconstitucionais. No caso da Constituição Brasileira, é necessário, ainda, um *quorum* e procedimento diversos, além de limitações materiais e circunstanciais. A supremacia constitucional só se verifica nas Constituições rígidas¹³⁸.

Este mesmo autor fala, ainda, de uma superlegalidade formal e material no âmbito dogmático e positivo da supremacia constitucional. A primeira, superlegalidade formal identifica a Constituição como fonte primária da produção normativa, ditando

¹³⁶ Ibid., p.15.

¹³⁷ BARROSO, Op. Cit. 9ª edição

competências e procedimentos para a elaboração de atos normativos inferiores”¹³⁹, e a segunda, superlegalidade material, “subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Constituição”¹⁴⁰.

Diante do exposto, verifica-se que o fato do poder constituinte (sendo o povo o seu titular), representando a vontade nacional, ter elaborado o estatuto fundamental, e em razão de se ter um sistema rígido de reforma constitucional, além da superlegalidade formal e material é que garantiram à Constituição o lugar no topo do ordenamento.

3.1.3 A Constituição como sendo essencialmente principiológica

Além das qualidades inerentes a Constituição já tratadas anteriormente, importante ressaltar o fato de que a Lei Fundamental é essencialmente principiológica, constituída tanto de regras como (e especialmente) de princípios.

Assim, importante primeiramente traçar as diferenças existentes entre regras e princípios: estes (princípios) possuem maior grau de abstração que aqueles (regras); os princípios em razão de serem vagos e indeterminados necessitam de mediações concretizadoras, enquanto as regras podem ser aplicadas diretamente; os princípios possuem papel fundamental dentro do sistema jurídico graças a sua posição hierárquica no sistema de fontes e devido à importância estruturante dentro do ordenamento jurídico; além disso, os princípios constituem fundamentos de regras¹⁴¹.

De acordo com BONAVIDES regras e princípios são espécies de normas, sendo a norma o gênero e as regras e princípios espécies. Assim, tem-se que os princípios são dotados de normatividade. A principal característica que diferencia regras e princípios é, para este autor, a diferença qualitativa e não apenas de grau. No caso de colisão de regras, admite-se apenas a aplicação de uma das regras, ou ela vale

¹³⁸ Ibid, p.151-153.

¹³⁹ Ibid, p.153.

¹⁴⁰ Id., Ibidem.

ou não vale. Já no caso de colisão de princípios se verificará o peso de cada uma conforme os diferentes casos concretos, sendo que o princípio de maior peso é que prepondera. Assim, as regras estão no plano da validade e os princípios (ao passo que somente princípios válidos podem colidir) estão fora da dimensão da validade, ou seja, estão na dimensão do peso, do valor¹⁴². De forma que “se as regras têm que ver com validade, os princípios têm muito que ver com os valores”¹⁴³. Diz ainda que “O conceito de validade da regra é o conceito de tudo ou nada apropriado para a mesma, mas incompatível com a dimensão do peso, que pertence à natureza do princípio”¹⁴⁴.

Assim, os princípios podem ser ponderados, relativizados de acordo com as circunstâncias do caso concreto sob análise. Quando vários princípios forem aplicáveis a determinado fato, a escolha se dará de acordo com o caso concreto, sendo que em outras circunstâncias poderá se resolver a questão de maneira diversa, utilizando-se de outro princípio. Isto não ocorre com as regras, pois ou elas valem e incidem ou não valem e não incidem. A utilização de uma exclui, afasta a outra, de modo que foram criadas regras de solução de conflitos que são os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade¹⁴⁵.

As regras estabelecem sua hipótese de incidência e sua consequência jurídica, diferentemente, os princípios “se abstém de fazer isso, ou fazê-lo sozinho e por inteiro, preferindo compartilhar esta tarefa com aqueles que irão aplicá-los, porque sabe de antemão que é somente em face de situações concretas que essas espécies normativas logram atuar e operar como verdadeiros *mandatos de otimização*”¹⁴⁶.

A Constituição Federal por ser constituída de princípios, que são escolhidos e aplicados conforme dada situação concreta permite que a Lei Maior acompanhe a evolução da sociedade, seus anseios, suas necessidades e aspirações. O que não é possível com a regra que já traz consigo sua hipótese de incidência e sua consequência

¹⁴¹COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 2ª edição revista e aumentada, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p.106-107

¹⁴²BONAVIDES, op.cit., p.249-255.

¹⁴³Ibid, p.251.

¹⁴⁴Ibid, p.253.

¹⁴⁵COELHO, op. cit., p.96-102.

¹⁴⁶Ibid, p.98.

jurídica. Já os princípios garantem a efetividade da Constituição, a partir do momento em que possuem maior grau de generalização e abstração, permitindo sua adequação as necessidades sociais.

Importante, também, tratar das considerações de COELHO feitas em relação aos princípios, ao dizer que:

A sua gênese e o modo como são positivados nos textos constitucionais evidenciam, por outro lado, que os princípios jurídicos possuem, igualmente, uma importante dimensão institucional, como fatores de criação e manutenção de unidade política, à medida que, nos momentos constituintes, por exemplo, graças à amplitude e indeterminação dos seus enunciados - a comportarem leituras diversas - eles viabilizam acordos ou pactos de conveniência sem os quais as disputas ideológicas seriam intermináveis, e os conflitos delas resultantes não permitiriam a promulgação consensual das leis fundamentais.¹⁴⁷

BARROSO, tratando dos princípios constitucionais, diz que estes “são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica”¹⁴⁸. Dispõe, ainda, que “Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem perseguidos”¹⁴⁹.

Tanto BARROSO como CASTRO entendem que o âmbito de atuação dos princípios pode ser constitucional como infraconstitucional, visto que eles são aplicados ao texto da Lei Maior, no momento do ato interpretativo, como são aplicados sobre todo o ordenamento jurídico, seja no processo de construção das normas infraconstitucionais, como no momento de realizar a interpretação (que deve se dar em conformidade com a Lei Fundamental). Nesse sentido, o primeiro autor dispõe que “Aos princípios calha a peculiaridade de se irradiarem pelo sistema normativo, repercutindo sobre outras normas constitucionais e daí se difundindo para os escalões normativos infraconstitucionais”¹⁵⁰.

Nesse sentido, BONAVIDES entende que o ponto central da grande transformação por que passaram os princípios foi sua passagem dos Códigos, onde

¹⁴⁷ Ibid, p. 100.

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p.142.

¹⁴⁹ Ibid, p. 143.

eram mera fontes de caráter supletório, para as Constituições, em que passaram a ser fundamento de toda ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais. Assim, esta mudança no caráter e no lugar da normatividade dos princípios, fez com que os princípios passassem a ser norma das normas ao servir de pauta ou critério por excelência para a validação de todo e qualquer conteúdo normativo¹⁵¹.

Outro motivo que revela a importância da Constituição é o fato dela comportar os princípios fundamentais. De acordo com BARROSO, os princípios fundamentais “são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado”¹⁵², de maneira que “são tipicamente os fundamentos da organização política do Estado”¹⁵³, correspondendo aos princípios constitucionais de organização. Tais princípios, além de evidenciarem a ideologia política que integra o ordenamento jurídico, formam “o núcleo imodificável do sistema, servindo como limite às mutações constitucionais”¹⁵⁴. Assim, para serem superados, modificados devem passar necessariamente por um novo momento constituinte originário. Teriam, também, uma imanente força de expansão, que atua no momento de seu desdobramento em outros princípios e em sua ampla integração infraconstitucional¹⁵⁵.

Por fim, cabe tratar do papel dos princípios dentro do ordenamento jurídico constitucional de acordo com os ensinamentos de BARROSO. Para este autor o primeiro papel do princípio é “embasar as decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte e expressar valores superiores que inspiram a criação ou reorganização de um dado Estado. Eles firmam os alicerces e traçam as linhas mestras das instituições, dando-lhes o impulso vital inicial”¹⁵⁶. Num segundo momento seria função dos princípios atuarem como “fio condutor dos diferentes segmentos do Texto Constitucional, dando uniformidade ao sistema normativo”¹⁵⁷. O caráter eminente

¹⁵⁰ Ibid, p.144.

¹⁵¹ BONAVIDES, op. cit., p.260-261.

¹⁵² BARROSO, op. cit., p.145.

¹⁵³ Id.

¹⁵⁴ Id.

¹⁵⁵ Id.

¹⁵⁶ Ibid, p. 146.

¹⁵⁷ Id.

político da Constituição, instituído em compromissos com correntes opostas de opinião, comporta normas aparentemente contraditórias. Cabe, assim, aos princípios compatibilizar e integrar tais normas à harmonia do sistema¹⁵⁸. E o último papel seria, para o mesmo autor, a principal dimensão operativa dos princípios, que é o fato dos princípios se dirigirem ao Executivo, Legislativo e Judiciário, “condicionando a atuação dos poderes públicos e pautando a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes”¹⁵⁹.

Verifica-se, assim, que o fato da Lei Fundamental ser essencialmente principiológica já faz com que a Constituição e suas normas tenham um peso maior em relação às normas infraconstitucionais em razão de tudo que foi exposto anteriormente e principalmente por conterem as normas fundamentais, que constituem o núcleo imodificável do sistema e só podem ser alteradas por um novo momento constituinte originário em que o povo, através de seus representantes, elabore uma nova Constituição.

3.2 A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E A EXIGÊNCIA DA PRÉ-COMPREENSÃO DA CONSTITUIÇÃO COMO CONDIÇÃO DO ATO INTERPRETATIVO

Como já foi visto anteriormente, toda interpretação deve se dar em conformidade com a Lei fundamental, sob pena de ser inválida. Assim, cabe neste momento tratar do fundamento da interpretação conforme a Constituição.

De acordo com BARROSO, para a doutrina alemã, o fundamento da interpretação conforme a Constituição estaria calcada no princípio da unidade do ordenamento jurídico¹⁶⁰. De acordo com este princípio, o ordenamento jurídico é um sistema constituído de diversos elementos coordenados, que apóiam-se um ao outro e pressupõem-se reciprocamente, cabendo à Constituição a função de elo de ligação de todos esses elementos, pois a Lei Maior constitui a origem comum de todas as normas.

¹⁵⁸ Id.

¹⁵⁹ Id.

Assim, é a mesma responsável pela unidade e caráter sistemático do ordenamento jurídico¹⁶¹.

Relevante considerar, também, que todas as qualidades e características da Constituição (é uma Carta Política, é essencialmente principiológica, sua superioridade), anteriormente tratadas, já revelam a importância e a necessidade de toda interpretação ter que se dar em conformidade com a Lei Maior.

Após estas considerações, é relevante tratar da pré-compreensão como condição de possibilidade da interpretação conforme a Constituição.

De acordo com STRECK, para se verificar a conformidade do texto normativo com a Constituição deve-se ter uma pré-compreensão sobre o sentido da Constituição, e para o mesmo autor isto “já se encontra, em face do processo de antecipação do sentido, numa co-pertença *faticidade-historicidade do intérprete e Constituição - texto infraconstitucional* [grifo do autor]”¹⁶². De forma que, “Não se interpreta, sob hipótese alguma, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei, etc.) *desvinculado da antecipação de sentido* [grifo do autor] representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição. Ou seja, o intérprete não interpreta por partes, como que a repetir as fases da hermenêutica clássica: primeiro compreende, depois interpreta, para, finalmente, aplicar”¹⁶³

Para STRECK:

(...) a Constituição é (também) um existencial. Faz parte do *modo-de-ser-no-mundo (autêntico ou inautêntico do jurista/intérprete* [grifo do autor]. Isso significa poder afirmar que o próprio sentido de validade de um texto jurídico tem um caráter ontológico (no sentido de diferença ontológica de que fala Heidegger). Ou seja, se ele somente tem sentido (válido) se estiver em acordo com a Constituição, ontologicamente *esse sentido exurgirá da antecipação do sentido proporcionado pelo movimento da circularidade, onde o ser (o sentido) somente é ser-em* [grifo do autor], isto é, o ser é sempre o ser de um ente. Nem o texto constitucional pode ser visto apartado do sentido da Constituição e nem esta (a Constituição) pode ser entendida como se fosse um “ser sem o ente” (uma “categoria” ou uma “premissa”).

Por isso, as condições de possibilidades para que o intérprete possa compreender um texto implicam (sempre e inexoravelmente) a existência de uma pré-compreensão (seus pré-juízos)

¹⁶⁰ Ibid, p. 177.

¹⁶¹ Ibid, p. 181.

¹⁶² STRECK, Jurisdição ... p. 179.

¹⁶³ Ibid, p. 179-180.

acerca da totalidade (que a sua linguagem lhe possibilita) do sistema jurídico-político-social. (...)”¹⁶⁴.

De acordo com STRECK não importa saber o que é a Constituição ou o Direito em si, pois ver o ente como ente seria tarefa da metafísica, o que importa é saber o que se diz, o que se quer significar ao se tratar, ao se falar da Constituição e do Direito¹⁶⁵. Dispõe, então, o mesmo autor que “a Constituição não é simplesmente a Lei Maior, ou qualquer outro conceito (abstrato) que lhe tenha sido dado pela ciência jurídica. Não há Constituição ‘primeva-fundante’”¹⁶⁶. Para ele, a Constituição é como uma ponte que não existe enquanto uma generalidade, algo isolado. A ponte “não só liga as margens que aí estavam desde sempre, como faz, na verdade, aparecer as margens como margens, ou seja, especialmente por sua presença, a ponte **destaca** uma margem da outra, **opõe** uma margem à outra. Antes da ponte não havia um lugar. Enquanto coisa, a ponte faz **aparecer** um lugar [todos grifos do autor]”¹⁶⁷. Assim, pode-se dizer que:

Não há, pois, um texto constitucional, abstrato, universalizante, como não há, do mesmo modo, uma ponte abstrata, universal (uma generalidade de ponte), que não una margens, que não ligue estradas e que não comunique pessoas. **A Constituição é, finalmente, o resultado de sua interpretação, uma vez que uma coisa só é (algo, uma coisa) na medida em que é interpretada (porque compreendida ‘como’ algo) [grifo do autor].** Numa palavra, do mesmo modo que o texto (constitucional) somente é um ‘texto’ porque se refere a algo (portanto, em contexto), somente haverá uma ponte na medida que significada/vivenciada “como” ponte.¹⁶⁸

Diante das considerações efetuadas e partindo do ponto de que “hermenêutica é condição de ser no mundo, que hermenêutica é existência, e que o processo de interpretação tem como condição de possibilidade a compreensão, onde o sentido já vem antecipado pela pré-compreensão”¹⁶⁹, STRECK faz a seguinte indagação: “*como é possível olhar o novo (texto constitucional de 1988), se os nossos pré-juízos (pré-compreensão) estão dominados por uma compreensão inautêntica do Direito, onde no*

¹⁶⁴ Ibid, p.180-181.

¹⁶⁵ STRECK, *Hermenêutica...* p.294.

¹⁶⁶ Ibid, p.295.

¹⁶⁷ Id.

¹⁶⁸ Ibid, p.296.

campo do direito constitucional pouca importância tem sido dada ao estudo da jurisdição constitucional? [grifo do autor]”¹⁷⁰.

Antes de responder a esta pergunta, relevante tratar do fenômeno que STRECK denomina de “baixa constitucionalidade”¹⁷¹, que consiste no fato de que no Direito brasileiro, a pré-compreensão, os pré-juízos dos intérpretes, influenciados por uma história que coloca a Constituição em segundo plano, faz com que a interpretação seja um processo limitado, ou até mesmo reprodutivo, o que impede a manifestação do ser. Esta “baixa constitucionalidade”, a pouca importância que se dá a Constituição, teria tido influência também do fato das Constituições anteriores a de 1988, terem sido meramente programáticas, contendo apenas uma lista de propósitos, deixando o legislador ordinário incumbido de tornar efetivos os valores, direitos e objetivos materiais contidos na Carta Magna¹⁷².

Diante desta situação, “o legislador ordinário se erigia o dono absoluto dos conteúdos da Constituição, podendo desenvolvê-los com maior ou menor amplitude, ou, inclusive desconhecê-los, sem que nem os cidadãos e nenhum outro órgão do Estado pudessem ser capazes de reprovar tais comportamentos”¹⁷³. Assim, continua STRECK, dizendo que “na prática - e isso não é difícil de constatar - muito embora as várias Constituições que tivemos, sempre prevaleceram os códigos (Civil, Comercial, Penal, etc.). Mesmo com o advento da CF/88, ainda é considerável o movimento de refração ao novo texto, mormente naquilo que ele tem de ab-rogante e no seu papel de filtragem hermenêutica”¹⁷⁴. Nesse sentido, dispõe que:

É por isso que Hesse vai dizer que não é possível interpretar sem uma prévia teoria da Constituição, isto porque não somente para compreender a norma é preciso uma teoria constitucional: esta resulta igualmente necessária para compreender a realidade que em cada caso deve aplicar-se o texto da Constituição. Por tudo isso, é preciso denunciar que a dogmática jurídica, entendida a partir do sentido comum teórico, *é metafísica, porque*

¹⁶⁹ Ibid, p.181.

¹⁷⁰ Id.

¹⁷¹ Ibid, p.185.

¹⁷² Id.

¹⁷³ Id.

¹⁷⁴ Id.

provoca o esquecimento [grifo do autor] do ser do Direito. No interior do sentido comum teórico, o que está em causa é o ente como ente, com o que ocorre a entificação do ser.¹⁷⁵

Assim, para deixar de ver o novo com os olhos do velho, necessário primeiramente entender que não se pode considerar o direito metafisicamente, isto é, não se pode “interpretar” os textos jurídicos a partir do sentido comum teórico, que apenas reproduz conceitos, idéias construídas pelo “monastério dos sábios”, já tratado anteriormente. Partindo-se de conceitos standardizados não é possível a manifestação do ser da Constituição, o que impede uma interpretação produtiva, criativa e transformadora do direito.

Nesse sentido, STRECK dispõe que:

A compreensão do novo modelo de Direito (e de Estado) estabelecido pelo Estado Democrático de Direito implica a construção de possibilidades para a sua interpretação. *Olhar o novo com os olhos do velho transforma o novo no velho!* [grifo do autor] Interpretar o Estado Democrático de Direito - e seu programa de metas deontológico [grifo do autor] - partir do horizonte do sentido proporcionado pelo modelo liberal-individualista-normativista (que o vê como um conjunto meramente axiológico de princípios) redefine e esvazia as possibilidades do novo modelo. *Se estamos desde sempre na linguagem e falamos a partir da tradição, os pré-juízos representados pelo velho modelo de Direito pré-formaram o nosso olhar sobre o novo que, neste caso, nem pode ser visto como novo, pois o novo somente será novo se tivermos a linguagem apropriada (que é condição de possibilidade) para dizê-lo/compreendê-lo, isto é, se pudermos tratá-lo (fazê-lo ser) pela linguagem* [grifo do autor]. Enfim, sem o necessário horizonte crítico para fundir com a tradição, a interpretação resultará em um mal-entendido.¹⁷⁶

Assim, de acordo com STRECK o sentido comum teórico constitui uma manifestação inautêntica do Direito, visto que encobre/oculta/impede as “possibilidades da manifestação de um Direito de índole transformadora, condizente com o novo modelo proporcionado pelo Estado Democrático de Direito que, superando a tradição própria de um constitucionalismo de outro viés, introduz a noção de Constituição enquanto constituidora de um Direito voltado à promoção da justiça social e ao respeito dos direitos sociais-fundamentais”¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Ibid, p.182.

¹⁷⁶ STRECK, Hermenêutica ... p.272.

¹⁷⁷ STRECK, Jurisdição ... p.186.

Para STRECK está ocorrendo uma “absoluta falta de função social do direito”¹⁷⁸, decorrente do velamento da manifestação do direito de índole transformadora, que pode ser observada na inefetividade da Constituição, na crise da justiça, no problema de acesso à justiça entre outros¹⁷⁹. Para este mesmo autor “do cotejamento entre o texto e a ‘realidade social’, tem-se que houve um acontecer que os juristas não perceberam: o acontecer constituinte (*o acontecer que Constitui-a-ação!*), originário da Constituição”¹⁸⁰.

De acordo com o mesmo autor, este acontecer não foi tornado visível pelo fato de que no próprio desvelamento, amarrado ao sentido comum teórico, não foram produzidas as “condições propiciadoras da abertura (clareira) necessária e suficiente *para a manifestação do ser da Constituição* [grifo do autor] e de seus desdobramentos jurídicos-políticos, como a igualdade, a redução da pobreza, a função social da propriedade, o direito à saúde, o respeito aos direitos humanos fundamentais, etc.)”¹⁸¹.

Assim:

Para romper com essa *tradição inautêntica* [grifo do autor], no interior do qual os textos jurídicos constitucionais são hierarquizados e tornados ineficazes, torna-se necessário compreender o sentido de Constituição. Mais do que isto, trata-se de compreender que a especificidade do campo jurídico implica, necessariamente, entendê-lo *como mecanismo prático que provoca mudanças na realidade* [grifo do autor]. No topo do ordenamento, está a Constituição. Esta Lei Maior deve ser entendida como *algo que constitui a sociedade, é dizer, a constituição do país é a sua Constituição* [grifo do autor].¹⁸²

Verifica-se, desta forma, que além da necessidade de se ter uma pré-compreensão da Constituição para que se possa interpretar os textos normativos em conformidade com a Lei Maior, é necessário que esta pré-compreensão seja efetuada a partir de uma nova linguagem, que não esteja presa ao sentido comum teórico, ou seja, que não esteja atrelada ao paradigma liberal-individualista. Só a partir destas considerações é que se torna possível falar do Direito, a partir do Estado Democrático

¹⁷⁸ Ibid., p. 187.

¹⁷⁹ Ibid., p. 186-187.

¹⁸⁰ Ibid., p. 187.

¹⁸¹ Id.

¹⁸² Id.

do Direito, como mecanismo de transformação social e de implementação das promessas da modernidade¹⁸³.

Nesse sentido, STRECK dispõe que “é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, há - ou deveria haver - um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional”¹⁸⁴, pois para este autor “no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na Economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário”¹⁸⁵ em razão das “*Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo* [grifo do autor]”¹⁸⁶. Assim, esta ausência do Estado criada por parte do Executivo e Legislativo “*passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito* [grifo do autor]”¹⁸⁷. De maneira que:

¹⁸³ STRECK em seu livro *Hermenêutica Jurídica e(m) crise* diz que: “No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um *simulacro de modernidade* [grifo do autor]. Como muito bem assinala Eric Hobsbawm, o Brasil é ‘um monumento à negligência social’, ficando atrás do Sri Lanka em vários indicadores sociais, como mortalidade infantil e alfabetização, tudo porque o estado, no Sri Lanka, empenhou-se na redução das desigualdades. Ou seja, em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram, a solução que o *establishment* [grifo do autor] apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal. Daí é que a pós-modernidade é vista como a visão neoliberal. *Só que existe um imenso* [grifo do autor] *deficit social em nosso país, e por isso, temos que defender as instituições da modernidade contra esses neoliberalismo pós-moderno* [grifo do autor]”. (STRECK, *Hermenêutica ...*, p.25) Continua, então, dizendo que “É evidente, pois, que em países como o Brasil, em que o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social deve ser o Estado. *As políticas neoliberais que visam minimizar o Estado, não apontarão para a realização de tarefas antitéticas a sua natureza* [grifo do autor]” (Ibid, p.26) Porém, continua o autor, dizendo que “*quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe !* [grifo do autor]” (Ibid, p.27). Diante desta situação dispõe que “Tudo isso acontece na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, *que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador* [grifo do autor], na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito. O Direito recupera, a secularização do Direito. Desse modo, é razoável afirmar que o Direito, enquanto legado da modernidade - *deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para a implantação das promessas modernas* [grifo do autor]”. (Ibid, p.27.)

¹⁸⁴ STRECK, *Hermenêutica ...* p.54.

¹⁸⁵ Id.

¹⁸⁶ Id.

¹⁸⁷ Id.

O Estado Democrático de Direito depende(ria) muito mais de uma ação concreta do Judiciário do que de procedimentos legislativos e administrativos. Claro que tal assertiva pode e deve ser relativizada mormente porque não se pode esperar que o Judiciário seja a solução (mágica) dos problemas sociais. O que ocorre é que, se no processo constituinte optou-se por um Estado intervencionista, visando a uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza etc., *dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição* [grifo do autor]. Acontece que a Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, *surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados* [grifo do autor]. Por isso a inخورabilidade desse “sensível deslocamento” antes especificado.¹⁸⁸

Diante desta situação, STRECK acredita que a dogmática jurídica deve ser repensada a partir de uma perspectiva criativa, criadora, em que o intérprete descubra a sua capacidade de produção de sentido, e que não busque apenas reproduzir os sentidos dados por aqueles que detém a fala autorizada, mas sim que seja capaz de produzir o melhor sentido possível a partir da consideração dos fatos da vida concreta, do momento histórico em que está inserido, e da sua pré-compreensão.

Para o mesmo autor, a dogmática jurídica estaria inserida em uma forte crise de paradigma, em que “o operador jurídico ‘conhece’, ‘contempla’ e ‘assume’ o seu lugar”¹⁸⁹. Para ele, os operadores do direito “não conhecem as suas possibilidades hermênêuticas de produção do sentido. (...) Consideram que sua missão e seu labor é o de - apenas - reproduzir os sentidos previamente dados/adjudicados/ atribuídos por aqueles que têm o *skeptron*, é dizer, *a fala autorizada!* [grifo do autor]”¹⁹⁰. Continua, ainda, dizendo que os operadores jurídicos “Não se consideram dignos-de-dizer-o-verbo. Perderam a fé em si mesmos. Como órfãos científicos, esperam que o processo hermênêutico lhes aponte o caminho-da-verdade, ou seja, a ‘correta interpretação da lei’! Enfim, esperam a fala-falada, a revelação-da-verdade!”¹⁹¹.

¹⁸⁸ Ibid, p.54-55.

¹⁸⁹ Ibid, p.228.

¹⁹⁰ Ibid, p.228-229.

¹⁹¹ Ibid, p.229.

Buscando exemplificar esta situação, STRECK diz que os operadores do direito sofrem uma espécie de “síndrome de Abdula”. Assim, partindo de um conto de Ítalo Calvino, o mesmo autor diz que “Pela estória, Alá ditava o Corão para Maomé, que, por sua vez, ditava para Abdula, o escrivão. Em determinado momento, Maomé deixou uma frase interrompida, Instintivamente, o escrivão Abdula sugeriu-lhe a conclusão. Distraído, Maomé aceitou como palavra divina o que dissera Abdula. Esta fato

Diante de todos esses fatores, observa-se a importância de ver a Constituição como lugar hermenêutico privilegiado, visto que é o espaço garantidor da efetivação dos direitos fundamentais e que permite ao Direito atuar como mecanismo de transformação social, além de representar os anseios de toda a sociedade. Desta forma, deve-se atentar para o fato de que apesar de toda interpretação ter que se dar em conformidade com a Constituição, este não é um processo subsuntivo, dedutivo.

Deste modo, assim como uma interpretação não é feita a partir de um processo subsuntivo em que se aplica um texto normativo em relação a um caso concreto, a interpretação conforme a Constituição não pode ser realizada de maneira dedutiva¹⁹². Para STRECK “a Constituição, muito embora fundamento de validade do sistema jurídico, *não pode ser considerada uma “categoria fundante”, ou uma premissa maior, de onde se possa deduzir sentidos [grifo do autor]”*¹⁹³.

(...) O sentido do texto se dá a partir do modo de ser-no-mundo no qual está inserido o intérprete. Não se percebe o texto primeiramente enquanto “ser-objeto”. Há um mundo circundante onde acontece essa manifestação. Ao vislumbrar o texto, já há um ter prévio, um ver-prévio e um pré-conceito acerca da Constituição. *Desse modo, a Constituição não é um elemento objetivo, separado do intérprete, fora da circularidade hermenêutica; dela é impossível “deduzir” “outro” elemento “objetivado” [grifo do autor].*¹⁹⁴

Para HESSE é a partir do ato interpretativo que se constitui e se fortalece a força normativa da Constituição, e a interpretação constitucional está sujeita ao princípio da ótima concretização da norma que não pode ser utilizada a partir de um processo subsuntivo. A eficácia da Constituição estaria ligada, conectada com os fatos concretos da vida. Assim, o mesmo autor dispõe que:

(...) a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot Optimaler Vrwirklichung der Norm*) Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia

escandalizou o escrivão, que abandonou o profeta e perdeu a fé. Abdula não era digno de falar em nome de Alá”. (STRECK, hermenêutica ... p. 228.)

¹⁹² STRECK, Jurisdição... p.194-195.

¹⁹³ Ibid, p.194.

¹⁹⁴ Id.

condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tabula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.¹⁹⁵

Verifica-se, assim, que a Constituição é um lugar hermenêutico privilegiado em razão de diversos fatores. Primeiramente, em razão de suas próprias qualidades e características (é uma Carta Política, é essencialmente principiológica e sua superioridade). Em segundo lugar, pelo fato de que a interpretação de qualquer texto jurídico deve ser feita em conformidade com a Constituição. Isto faz com que todos os operadores do direito tenham uma pré-compreensão da constituição, para que a interpretação não seja um ato feito por partes, em que se analisa primeiro o texto e depois se verifica sua compatibilidade com a Constituição, mas que a interpretação do texto já seja feita a partir da pré-compreensão que se tem da Constituição e a partir do momento histórico em que se encontra o intérprete e do caso concreto a ser resolvido.

Diante do exposto, outra questão que deve ser considerada é a de que a Constituição, a partir do Estado Democrático de Direito, assegura uma série de direitos aos cidadãos e estipula uma série de tarefas que devem ser observadas por todos aqueles que a interpretam e a aplicam, além de fazer com que o Judiciário passe a ser o instrumento de concretização das promessas da modernidade (que não foram cumpridas) e permitir os resgate dos direito não realizados, a partir do deslocamento das decisões e atuações do Executivo e Legislativo (por se encontrarem inertes) para o Judiciário. Diante desta situação, importante se mostra a tarefa dos operadores do direito em interpretar os textos jurídicos em conformidade com a Constituição, isto é, a partir de uma pré-compreensão da Constituição e a responsabilidade que pesa sob os mesmos em razão de sua atuação que tanto pode ser simplesmente reprodutiva ou transformadora.

¹⁹⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição** (tradução: MENDES, Gilmar Ferreira). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p.22-23.

CONCLUSÃO

Diante da crise do Direito em que se vive atualmente, em que há um fosso entre o Direito e a sociedade, o papel dos operadores jurídicos torna-se de vital importância na efetivação das demandas sociais e na concretização das metas e objetivos contidos na Constituição. Desta forma, sendo a atividade dos operadores jurídicos constituída essencialmente do ato interpretativo e da compreensão, a hermenêutica se preocupa em estabelecer princípios orientadores do processo interpretativo.

Assim, a hermenêutica tradicional criou os métodos de interpretação que são técnicas que auxiliam os operadores jurídicos no ato interpretativo, sendo estes os métodos: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. A questão que surge e que foi abordado neste trabalho é saber se estas técnicas continuam sendo utilizadas, se estão superadas ou se devem até mesmo ser negadas diante do paradigma da linguagem e da viragem lingüística ocorrida no século XX.

Verifica-se, que em relação à utilização dos métodos tradicionais a opinião entre os autores são divergentes. De um lado estão autores como BARROSO e MAXIMILIANO que defendem a utilização de tais métodos de maneira conjunta, de modo que todos os métodos são utilizados de certa maneira no processo interpretativo, mas uma técnica pode se sobressair em relação à outra conforme a solução do caso concreto. Assim, para estes autores, o processo interpretativo não ocorre de forma isolada, de maneira que os diversos métodos de interpretação auxiliam-se mutuamente na construção do sentido da norma, sendo que o texto jurídico deve ser interpretado de modo que permita a sua melhor aplicação de acordo com o caso a ser solucionado. Por outro lado, BRUM entende que a utilização dos métodos permite ao operador julgar um caso conforme a sua conveniência, utilizando-se da técnica como justificção de sua escolha. Desta forma, para este autor, o método faz com que se acredite que sua aplicação se deu de maneira objetiva, mas o que ocorre na realidade, é uma ocultação da vontade do seu intérprete (subjetividade). Assim, ocorreria uma inversão do processo interpretativo, pois ao invés da técnica auxiliar o intérprete na busca da

solução, o operador do direito é quem escolheria o resultado para posteriormente justificá-la a partir do método. Diante destas considerações, é importante também tratar da idéia de KELSEN em que não há apenas uma interpretação possível de um texto jurídico, mas várias interpretações possíveis que se estiverem dentro da moldura da norma geral são normas jurídicas consideradas válidas.

Assim, partindo desta consideração de KELSEN, pode-se dizer que a interpretação de um texto jurídico não levará a apenas um resultado, mas a vários resultados possíveis. Daí a importância de se considerar a posição de BARROSO de que os métodos devem ser aplicados conjuntamente e não devem ser absolutizados, de modo que partindo-se do caso concreto a ser solucionado possa se encontrar a melhor interpretação para a resolução do fato analisado. No entanto, não se pode ignorar a crítica feita por BRUM de que os métodos podem ser utilizados para camuflar essa vontade de seu intérprete.

Outra questão que foi tratada no presente trabalho foi o de verificar se estes métodos de interpretação continuam sendo utilizados pelos operadores do direito no ato interpretativo ou se encontram superados e se podem até mesmo ser negados diante da viragem lingüística ocorrida no século XX. Desta forma, verificou-se que há duas posições entre os autores. A primeira posição seria daqueles que consideram os métodos tradicionais de interpretação superados ao tratar da hermenêutica constitucional, pois tais técnicas não permitiriam extrair do texto constitucional tudo que nele se contém. Esta é a posição de CASTRO que em razão da insuficiência dos métodos tradicionais de interpretação, ao se tratar da hermenêutica constitucional criou novas técnicas de interpretação da Lei Maior que são: a instância política, a interpretação evolutiva, o método principiológico ou valorativo e o método da interpretação conforme a Constituição. A segunda posição é a de STRECK que nega os métodos de interpretação. Para este autor, os métodos tradicionais de interpretação encontram-se presos ao segundo paradigma, não tendo recepcionado a viragem lingüística em que a linguagem é condição de possibilidade de acesso ao mundo.

Então, os métodos por estarem ligados ainda ao paradigma da consciência consideram a linguagem como terceira coisa que se interpõe ao sujeito (intérprete) e ao

objeto (texto), cabendo ao intérprete extrair do texto a verdade, a sua essência. Assim, STRECK nega tais métodos, pois para ele o ato interpretativo independe de tais técnicas, visto que para ele interpretar é acima de tudo compreender, pois o ato da compreensão é condição de possibilidade da interpretação. Desta forma, o que há na realidade é a relação do sujeito com o mundo. Assim, a interação do intérprete com o mundo, inserido numa historicidade e a partir de suas pré-compreensões é que tornam possível o ato da compreensão. E esta compreensão só se torna possível a partir do momento em que o homem é um ser no mundo, sendo que esse acesso ao mundo só se torna possível pela linguagem. Desta forma, para STRECK, não há como conceber os métodos pelo fato destes estarem presos ao paradigma da consciência. STRECK chega a negar até mesmo uma hermenêutica constitucional, pois para ele a construção de novas técnicas já representa um retrocesso ao paradigma do sujeito. E apesar de negar qualquer técnica de interpretação, STRECK diz que em toda interpretação estão presentes os elementos: gramatical, histórico, sistemático e teleológico, pois todos esses fatores influenciam o processo interpretativo.

Ante o exposto, pode-se dizer que apesar dos dois autores (CASTRO e STRECK) possuírem concepções divergentes acerca dos métodos, pode-se dizer que ambos entendem que o ato interpretativo não é um ato isolado, devendo levar em consideração o momento histórico em que vive e o caso concreto a ser solucionado.

Na última parte do trabalho, após tratar da questão da utilização, superação ou negação dos métodos, partiu-se para análise da Constituição como lugar hermenêutico privilegiado. Verificou-se, então, que são as próprias qualidades e características da Constituição, juntamente com o fato de toda interpretação ter que se dar em conformidade com a Lei Fundamental é que lhe garantem este status. As qualidades e características que fazem da Constituição um lugar hermenêutico privilegiado são: é uma carta política, elaborada por um poder constituinte em que o povo, titular deste poder, através de seus representantes, elaborou a Lei Fundamental que representa a vontade nacional e os anseios da sociedade; é essencialmente principiológica, sendo formada por princípios e regras, e é nesta Carta Política que se encontram resguardadas os princípios fundamentais que devem estar sempre sendo observados; a superioridade

da Constituição dentro do ordenamento jurídico em razão de ter sido elaborada em um momento constituinte e por ser rígida, o que impede que seja constantemente modificada como ocorre com a legislação infraconstitucional. Assim, tais características e qualidades da Lei Maior aliadas ao fato de que toda interpretação deve se dar em conformidade com a Lei Fundamental fazem da Constituição um lugar hermenêutico privilegiado.

Após tecer estas considerações, fundamental tratar do papel dos operadores jurídicos no ato de interpretação e aplicação das normas jurídicas. Partindo das considerações de STRECK, que diz que com o Estado Democrático de Direito é possível sustentar um deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o Judiciário em razão da inércia desses poderes (Legislativo e Executivo) na efetivação dos objetivos e metas constantes na Constituição, vital se torna a atuação dos operadores do direito na concretização desses valores e princípios. Assim, cabe aos operadores jurídicos, repensar o direito a partir de uma perspectiva criativa e criadora em que o intérprete reconheça sua capacidade de produção do sentido e que não atue de forma apenas reprodutiva. É necessário que tenham consciência de sua atividade que requer antes de tudo uma interpretação, uma atuação criativa e produtiva para que se torne possível a efetivação dos objetivos e metas constantes na Constituição e para que seja possível atender as carências da sociedade. Desta forma, está nas mãos dos operadores jurídicos construir um Direito de índole transformadora ou meramente reprodutiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BRUM, Nilo de Barros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. **Interpretação constitucional e prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 2ª edição revista e aumentada, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 9ª ed., atualizada, São Paulo: Saraiva, 1997.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros editores, 1995.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição** (Tradução: MENDES, Gilmar Ferreira). Porto Alegre: Sergio Antonio fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição** (tradução: MENDES, Gilmar Ferreira). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** (Tradução: MACHADO, João Baptista). 6ª ed, Coimbra: Editora Armênio Amado, 1984.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MELO, Carlos Antonio de Almeida. **O Horizonte Interpretativo da Constituição: uma Proposta.** REVISTA DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL, Curitiba-PR: Academia Brasileira de Direito Constitucional, n.2, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** Terceira edição revista, Porto Alegre: Editora livraria do advogado, 2001.

_____. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito.** Porto Alegre: Editora livraria do advogado, 2002.