

OS PRINCÍPIOS E MÉTODOS DA “NOVA” INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: CRÍTICAS À DOGMÁTICA NACIONAL

PRINCIPLES AND METHODS OF THE "NEW" CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: CRITICIZING THE NATIONAL DOCTRINE

Breno Baía Magalhães¹
Beatriz Cavalcante da Silva²

Resumo:

Analisar a dinâmica da interpretação do texto constitucional, nos tribunais brasileiros, é importantíssimo, haja vista que a interpretação da Constituição é imprescindível atividade intelectual, pois consiste em suporte para concretizar os princípios e direitos fundamentais. Devido a isto, as atuais teorias modeladoras da interpretação constitucional serão objeto de discussão no presente artigo. Estas teorias trazem métodos e princípios que se dizem orientadores à chegada da correta interpretação. Contudo, nesta análise, tornar-se-ão claras as lacunas e incompatibilidades existentes em nossos tribunais, decorrentes de equivocadas interpretações dos referidos critérios, assim como a questionável utilização deles para a interpretação constitucional. Este problema ocorre, pois o modelo de utilização dos métodos e princípios foi colocado de modo obsoleto, e sem a compatibilidade de critérios, para fundamentação de votos, que se torna arbitrária, nos tribunais brasileiros, como se entenderá, mais claramente, no decorrer destes escritos.

Palavras-Chave: Princípios da interpretação – Métodos da interpretação – Supremo Tribunal Federal – Dogmática Nacional – Sincretismo Metodológico

Summary:

To analyze the dynamics of the interpretation of the constitutional text, in the Brazilian courts, it is important, given that the interpretation of the Constitution is essential intellectual activity because it consists of support to realize the fundamental principles and rights. Because of this, the current traditional theories of constitutional interpretation will be the subject of discussion in this article. These theories bring methods and principles that are, supposedly, guiding the arrival of the correct interpretation. However, this analysis will make clear the gaps and incompatibilities in our courts, resulting from misinterpretations of these criteria, as well as the questionable use of them for constitutional interpretation. This problem occurs because the model using the methods and principles was put obsolete mode, and no criteria for compatibility, for reasons of votes, it becomes arbitrary, in the Brazilian courts, as will be understood more clearly in the course of these writing.

Keywords: principles of interpretation - methods of interpretation – Brazilian Supreme Court - National Dogmatic - Methodological Syncretism

¹ Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Pará (UFPA), professor da Universidade da Amazônia (UNAMA) e da Faculdade Integrada Brasil Amazônia (FIBRA). Visiting Scholar na *Washington College of Law, American University*. E-mail: brenobaiamag@gmail.com.

² Discente na Faculdade Integrada Brasil Amazônia (FIBRA). E-mail: beatrizcavalcanteh@gmail.com.

1. Introdução

A interpretação da Constituição é atividade intelectual imprescindível, pois é necessária à aplicação das normas jurídicas, haja vista que é suporte para concretizar os princípios e direitos fundamentais. Entendida esta determinação, é visível a relevância de uma adequada dogmática nacional para oferecer subsídios ao intérprete constitucional. Com efeito, analisar a dinâmica da interpretação do texto constitucional, no contexto dos tribunais brasileiros, torna-se atitude fundamental.

Neste âmbito, as atuais teorias modeladoras da interpretação constitucional serão objeto de discussão no presente artigo. Estas teorias trazem métodos e princípios que se dizem orientadores à chegada da correta interpretação, tais como; métodos jurídico ou hermenêutico-clássico, tópico orientado ao problema, hermenêutico concretizador, científico-espiritual, normativo-estruturante, e princípios da unidade da constituição, concordância prática, conformidade funcional, efeito integrador, máxima efetividade, força normativa da constituição, interpretação conforme a constituição, os quais serão analisados nestes escritos.

Contudo, nesta análise, tornar-se-ão claras as lacunas e incompatibilidades existentes em nossos tribunais, decorrentes de equivocadas interpretações dos referidos critérios, assim como a questionável utilização deles para a interpretação constitucional. O que é até esperado, como se entenderá no decorrer da leitura, pois o modelo de utilização dos métodos e princípios foi colocado de modo obsoleto, e sem a compatibilidade de critérios, para fundamentação de votos, que se torna arbitrária, nos tribunais brasileiros.

2 - Os princípios da interpretação constitucional: da incorporação duvidosa à redundância teórica.

A interpretação constitucional é um dos mais importantes tópicos da teoria constitucional e muito do que se afirma nessa seara revela como a Constituição é encarada pelo teórico constitucional. O conteúdo e a efetividade das normas constitucionais, portanto, depende, de forma decisiva, de como as interpretamos.

A contribuição teórica para a interpretação constitucional desempenha, conforme o acima exposto, inegável e imprescindível suporte para a concreção dos princípios fundamentais por ela acolhidos. Todavia, percebemos que as teses a respeito da interpretação constitucional defendidas pela imensa maioria dos autores nacionais³ dificultam uma melhor compreensão de nossa Constituição e de seus princípios fundamentais.

De acordo com populares teses sobre a interpretação constitucional brasileira, existiriam métodos e princípios específicos que orientariam tal interpretação e, ainda que partam de postulados filosóficos e teóricos distintos, são em geral, complementares, inexistindo uma relação fixa e hierárquica entre seus critérios (COELHO, 2007, p. 48-55). Tais métodos da interpretação seriam uma contingência necessária de uma moderna compreensão acerca das normas constitucionais, representando um ponto a mais na crítica ao denominado positivismo lógico formal (BONAVIDES, 2001, p. 434). O catálogo caracterizado pelos princípios da interpretação constitucionais constituiria como técnicas e diretrizes capazes de assegurar uma metódica racional e controlável ao processo de interpretação constitucional – sua utilização auxiliaria na construção de respostas constitucionalmente adequadas (SARLET, 2015, p. 211).

Dentre os métodos de interpretação constitucional, geralmente, são citados os seguintes: *Método Jurídico ou Hermenêutico-Clássico*; *Método Tópico Orientado ao Problema*; *Método Hermenêutico-*

3 Inúmeros doutrinadores adotam os chamados princípios e métodos da interpretação constitucional, tais como aqueles que serão criticados a seguir no trabalho. Apresentaremos um rol exemplificativo dos autores partidários dessa compreensão da interpretação constitucional: Bonavides (2001); Willis Santiago Guerra Filho (2007, p. 138-148); Inocêncio Mártires Coelho (2007); Moacyr Motta (2003, p. 145-149 e 190-198); Luiz Alberto Araújo e Vidal Serrano Jr. (2007, p. 83-90); Uadi Bullos (2007, p. 336-346); Barroso (2013) e Sarlet (2015) que, ao invés de falar em princípios, prefere técnicas da interpretação constitucional, mas que possuem o mesmo conteúdo daqueles princípios defendidos pela chamada “nova hermenêutica constitucional”.

Concretizador; Método Científico-Espiritual e Método Normativo-Estruturante. Quanto aos princípios, via de regra, são citados os seguintes: *Unidade da Constituição; Concordância Prática; Conformidade Funcional; Efeito Integrador; Máxima Efetividade; Força normativa da constituição e Interpretação conforme a constituição.*

Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 116) sustenta que tais construções doutrinárias, tão absorvidas e difundidas pela doutrina nacional, têm como mote uma suposta superação do que seria o arcaico em termos de interpretação (representado pelos métodos jurídicos de interpretação formulados por Savigny na metade do século XIX, e.g.: literal, teleológico, histórico etc.), em contraposição ao que seria moderno⁴. Ou seja, trata-se da superação dos tradicionais métodos de interpretação, em face de seu caráter privatista, com vistas à utilização de modernos métodos e princípios, especificamente, publicistas e constitucionais.

Todavia, não se tratam de considerações enraizadas ou sedimentadas nas práticas e teorias de um determinado país e que foram, posteriormente, transportadas ao Brasil. Nem mesmo na Alemanha, país berço dos juristas que os desenvolveram, tais métodos e princípios são utilizados ou estudados com profusão⁵. Nesse caso específico, não se pode, portanto, falar que os autores nacionais realizaram uma importação de um modelo alemão estabelecido na doutrina e na prática do Tribunal Constitucional Federal Alemão, uma vez que os propalados princípios da interpretação constitucional foram desenvolvidos e expostos por Konrad Hesse no seu manual de direito constitucional⁶, enquanto os métodos da interpretação constitucional foram inventariados por Böckenförde em clássico artigo sobre o tema⁷ (SILVA, 2005, p. 116-117).

Em primeiro lugar, é válido ressaltar, que o simples fato de o rol de princípios da interpretação constitucional não ser utilizado pelo Tribunal Constitucional Alemão não é o argumento mais forte contra o seu uso, mas sim aquele que afirma que tais princípios não possuem maiores utilidades práticas ou analíticas enquanto categorias que se pretendem especificamente como cânones interpretativos constitucionais, conforme Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 121). O que defendemos, na esteira do exposto por Virgílio Silva (2005), é que os chamados princípios da interpretação constitucional, além de serem vestes mais pomposas dos antigos cânones formulados por Savigny, não possuem nenhuma utilidade na interpretação de nossa Constituição, servindo, apenas, para dificultar um melhor esclarecimento sobre a mesma, ou, a fim de salvar sua rotineira utilização pelo STF, como simples argumentos de retórica, utilizados para tentar legitimar o resultado de uma interpretação, na realidade, fruto da leitura moral realizada pela Corte.

A principal crítica é endereçada ao princípio chave da “nova hermenêutica constitucional”⁸, o da *Unidade da Constituição*. Segundo tal princípio, o intérprete não pode interpretar as normas da Constituição como partes isoladas, mas sim como preceitos integrados, a fim de evitar contradições normativas (COELHO, 2007, p. 101).

4 Ainda que muito da construção de princípios e métodos da interpretação constitucional, bem como suas conceituações, sejam atribuíveis a Canotilho (1998), seria injusto afirmar que tal autor tenha se filiado a uma teoria da interpretação que congregue, necessariamente, tais artifícios. Sem embargo de ter afirmado, explicitamente, que, embora distintos filosoficamente e teoricamente, os métodos serem reciprocamente complementares, o português alerta, todavia, que expõe os métodos apenas como fornecimento de instrumentos práticos e específicos da concretização das normas constitucionais, pois, em seu manual, não lhe interessa a querela metódica, mas apenas a descrição das indicações teóricas e metodológicas para melhor compreensão da matéria (CANOTILHO, 1998, p. 1084). O português, ao contrário de adotar ou considerar todos os métodos como operativos e aplicáveis à Constituição portuguesa, por exemplo, tece as mesmas e severas críticas que Böckenförde faz acerca do método tópico e, ainda que não adote nem um deles de forma expressa, Canotilho (1998, p. 1088) se alinha, explicitamente, às considerações de Muller sobre a teoria da norma jurídica e da interpretação constitucional, ainda que afirme, contraditoriamente, pela necessária ponderação de bens e valores na metódica constitucional de matriz alexyana (CANOTILHO, 1998, p. 1109-1112).

5 Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 118), estudioso do direito constitucional alemão, afirma que os princípios da interpretação constitucional não são encontrados em todos os manuais de direito constitucional e são apenas a sistematização das ideias de um único autor, Konrad Hesse (1998).

6 Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (HESSE, 1998).

7 Los métodos de la interpretación constitucional – inventario y crítica (BOCKENFORDE, 1993).

8 Como se refere, por exemplo, José Queiroz (2005, p. 189-191).

Nesta seara, na ADI 2650/DF, o STF utilizou o princípio da Unidade da Constituição para solucionar caso referente à constitucionalidade da lei que regulamentou a consulta acerca do desmembramento de município e estado-membro. Ou seja, o caso versava sobre a questão de se a decisão necessitava de apoio apenas da população diretamente afetada ou da população total residente no estado-membro e/ou município. Neste âmbito, a argumentação se baseia na atividade interpretativa das normas constitucionais em um contexto integrado, reafirmando, deste modo, a utilidade do princípio da Unidade da Constituição nas colocações do Supremo Tribunal Federal.

Não existe nada de superador, enquanto princípio específico da interpretação constitucional, na unidade da Constituição, uma vez que se trata de uma versão diferente da decantada interpretação sistemática. Não se trata, portanto, de um cânone especializado ou que se diferencie quando se tem em vista normas constitucionais, mas sim um indício de que aquele velho postulado pode ser válido, também, no âmbito constitucional. Ademais, quem poderia sustentar que um sistema normativo específico possa ser interpretado fora de sua unidade? Por exemplo, como não defender um princípio da unidade do direito processual civil? Ou unidade do direito penal?

Entretanto, é necessário analisar os demais princípios aplicados à interpretação constitucional utilizados pelo Supremo Tribunal Federal. Nos autos do RE 596.152/SP, o tribunal se utiliza do princípio da máxima efetividade da constituição para conferir ao Art. 5º, XL, CF a sua correta interpretação e aplicabilidade. Neste Recurso Extraordinário houve uma interpretação “elástica” visando trazer máxima eficácia à norma constitucional que trata da retroação da lei mais penal benéfica ao pequeno traficante que praticou conduta criminoso e foi condenado pela antiga lei de drogas (lei nº 6.368/1976).

Já no Recurso Extraordinário 363.889/DF, o ministro Luiz Fux (que não relatou o acórdão) lançou mão do princípio da concordância prática, devido ao fato de o caso em questão ser referente à repropositura de ação de investigação de paternidade – a qual não foi realizada no período correto, pois o autor era hipossuficiente e o Estado não custeou o exame – para reparar os prejuízos causados pelas normas processuais. Para realizar um cotejamento entre o princípio da estabilidade das decisões (coisa julgada) e o direito fundamental à identidade. Nenhum outro ministro fez menção ao princípio.

Enquanto que no RE 358.315/MG, é possível citar o princípio da conformidade funcional, haja vista que trata de análise da proporcionalidade das penas no concurso de pessoas em furto e roubo, sem que um juízo de valor sobre o quantum da pena seja realizado, deste modo, com o objetivo o Poder Judiciário não incorrer em violação ao princípio da separação de poderes. Tal fato traz o entendimento de que o princípio da conformidade funcional - o qual representa o órgão encarregado de interpretação constitucional, não pode chegar a resultados que perturbem o esquema organizatório-funcional, constitucionalmente estabelecidos, como separação de poderes e funções do Estado (KILDARE, 2013, p. 384) - foi notadamente aplicado.

O princípio da Interpretação conforme a Constituição se fez presente na ADI n. 581/DF, pois neste âmbito, a análise foi acerca de alguns dispositivos que tratavam de promoção por merecimento dos Juízes do trabalho. A ação foi julgada parcialmente procedente, e, de acordo com o Ministro Celso de Mello, o princípio da interpretação conforme a Constituição permite que se faça a concreta incidência do ato do Poder Público no Sistema de Direito Positivo, e permite a realização do controle de constitucionalidade.

Também, é vislumbrada a aplicabilidade do princípio da Força Normativa da Constituição, no ARE 639.337/SP. Esta decisão teve como objeto de julgamento a questão da implementação de políticas públicas efetivas, para assegurar às crianças menores de cinco anos a educação infantil na pré-escola, haja vista que, nas palavras do Ministro Celso de Mello, havia inércia estatal para aplicabilidade do art. 208, IV..

Alguns destes princípios exemplificados acima, tais como, *do efeito integrador, da máxima efetividade e da força normativa*, além de gravitarem em torno da noção *de unidade da constituição*, são pouco distinguíveis uns dos outros, uma vez que todos apontam, em alguma medida, que o intérprete tem de dar uma maior preferência à interpretação que favoreça e mantenha a unidade política da constituição e que atribua uma eficácia ótima às normas constitucionais.

Além da patente redundância entre os seus conteúdos, que podem ser inferidos, sem maiores dificuldades, da própria nomenclatura dos princípios, são postulados vazios que nada têm a acrescentar a uma melhor interpretação da constituição e que prejudicam a suposição de suas autonomias enquanto princípios, pois, dificilmente, algum intérprete constitucional se habilitaria a realizar e defender interpretações que pudessem contrariar a unidade da constituição (princípio da parcialidade da interpretação constitucional), que corrompessem a divisão de poderes (princípio da discordância prática), que diminuíssem a eficácia dos direitos fundamentais ou que pudéssemos interpretar uma norma constitucional com a possibilidade de se buscar uma mínima efetividade (SILVA, 2005, p. 131)⁹.

Não bastassem tais considerações, talvez a mais importante das críticas feitas aos princípios da interpretação constitucional resida nos pressupostos teóricos que os permeiam e aqueles adotados por quem os considera válidos. Conforme o afirmado acima, tais princípios são retirados de rol formulado por Konrad Hesse, que adota postulados da hermenêutica filosófica Gadameriana e rejeita as teses argumentativas de Robert Alexy¹⁰, bem como suas teses sobre ponderação de bens, uma distinção necessária que não se realiza no Brasil, uma vez que todos os autores estudados que adotam tais posturas são alexyanos¹¹, como se tais teorias fossem compatíveis entre si (SILVA, 2005, p. 128).

3. Métodos da interpretação constitucional: o inventário de Böckenförde e a ausência de referências práticas na jurisprudência do STF.

Dos mesmos problemas apontados anteriormente padecem os chamados métodos da interpretação constitucional. De acordo com seus defensores, ainda que partam de postulados filosóficos e teóricos distintos, seriam, em geral, complementares entre si (COELHO, 2007, p. 48). Os referidos métodos teriam o condão de estabelecer limites à discricionariedade do intérprete, por meio da fixação de parâmetros capazes de reduzir o subjetivismo (NOVELINO, 2012, p. 156)¹².

Nossa doutrina encara a problemática do método, desse modo, com um inaceitável e ingênuo sincretismo, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva (2005, p.133), porquanto os autores que deles tratam não assumem uma postura metodológica específica, mas propugnam, via de regra, a união e a complementaridade de tais métodos, como panacéia para a resolução de todos os problemas constitucionais.

9 Não nos esqueçamos da Interpretação conforme a constituição, considerada como uma diretriz de prudência política, consubstanciada na proposição de que os intérpretes devem escolher as interpretações das leis que sejam conformes à constituição (COELHO, 2007, p. 108). É curioso pensar que a interpretação conforme integre o rol de princípios da interpretação constitucional, quando se trata, em verdade, de uma diretriz voltada à interpretação da legislação infraconstitucional, pois a constituição não pode ser interpretada em conformidade consigo mesma (SILVA, 2005, p. 132-133).

10 Partindo de fundamentações gadamerianas, Hesse (1998, p. 61-65) conceitua a interpretação constitucional como concretização, por conta do caráter criador do conteúdo normativo pelo intérprete. Nesse passo, o conteúdo da norma não pode se considerar como compreensível fora da existência histórica, mas apenas na situação concreta atual. Por essas razões, as pré-compreensões do intérprete constitucional devem ser fundamentadas e ajustadas a uma teoria vinculante da constituição, que não pode ser caracterizada por uma normatividade de aceitação discricionária. Conclui que a interpretação se realiza apenas em face de problemas concretos, pois não existe interpretação que deles independa. O autor refuta as construções teóricas de Alexy ao expor sobre o princípio da concordância prática, que postula a proteção dos bens constitucionais, através de uma coordenação para que ganhem realidade, não por meio de ponderação de bens ou valores, realizando um à custa do outro. A proporcionalidade adotada pelo autor é apenas aquela que expressa uma relação de duas grandezas variáveis e que melhor satisfaz a tarefa de otimização, não o estabelecimento de uma relação entre uma finalidade constante e um meio variável (HESSE, 1998, p. 66-67).

11 Nesse sentido, ver a adesão às teses de Alexy em Willis Santiago Guerra Filho (2007, p. 148), ao apontar o princípio da proporcionalidade (na conceituação dada por Robert Alexy) como o mais importante e indispensável na interpretação constitucional; no mesmo sentido, Moacyr Motta (2003, p. 130); Luiz Alberto Araújo e Vidal Serrano Jr. (2007, p. 90); Inocêncio Mártires Coelho (2007, p.109-110); Uádi Bulos (2007, p. 345).

12 Apesar de fazer críticas à utilização dos métodos na interpretação constitucional, Marcelo Novelino (2012, p. 164-165) os elenca e os descreve da mesma forma que os demais autores. É difícil afirmar com certeza o porquê dessa contraditória escolha de exposição teórica. Especulamos, todavia, que a preocupação maior do autor seja compilar conceitos superficiais para “concurseiros”, do que apreender e desenvolver uma teoria da interpretação constitucional brasileira.

Os métodos inventariados pela doutrina brasileira são sempre estáticos e são os que seguem: Método Jurídico ou Hermenêutico-Clássico; Método Tópico Orientado ao Problema; Método Hermenêutico-Concretizador; Método Científico-Espiritual e Método Normativo-Estruturante. A origem desses métodos pode ser encontrada em clássico estudo feito por Ernst Böckenförde (1993) sobre possíveis métodos interpretativos utilizados para interpretar a Constituição alemã.

A partir da leitura do artigo de Böckenförde, não é nada difícil afirmar que seu objetivo foi o de inventariar as principais correntes (não todas, apenas as mais difundidas e discutidas à época da elaboração de seu estudo) e teses a respeito de um possível método específico apto a interpretar a constituição alemã, tendo em vista que até o momento não havia se estabilizado ou consolidado um método de interpretação constitucional em uma jurisdição constitucional já estabelecida (BÖCKENFÖRDE, 1993, p.13-15). O autor nunca defendeu a complementaridade dos métodos ou, mesmo, que todos (ou qualquer um) fossem aptos à interpretação da constituição alemã.

Muito pelo contrário. Böckenförde (1993) tece críticas que desqualificam todos os métodos interpretativos que inventaria. Em breve resumo, considera que o método hermenêutico-clássico de Forsthoff peca por negligenciar o caráter fragmentário das normas constitucionais, que impede uma maior identidade daquelas com a estrutura normativo-material de uma lei qualquer, pois é uma norma marco que determina não apenas a forma de produção legislativa, mas expressa as decisões políticas da nação e se ergue sozinha, não necessitando de um complexo de regras que determinem sua estrutura, portanto, a igualdade estrutural entre lei e constituição seria uma ficção impraticável. Böckenförde prossegue ao afirmar que Savigny desenvolveu suas teorias com base na legislação privada, de institutos jurídicos próprios, e não pretendia, portanto, abarcar o direito público, ou seja, o conceito de lei utilizado por Savigny é restrito a esse âmbito, o que demonstra a insuficiência dos métodos clássicos de interpretação, que não pode ser superada metodicamente, por conta de sua premissa inicial. O próprio defensor da tese, Forsthoff, aponta que lei e constituição não se identificam de um ponto de vista material e normativo, pondo, nesses termos, em xeque a premissa inicial e máxima da equiparação entre os métodos interpretativos (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 17-19).

O método tópico-problemático, em face do caráter fragmentário e indeterminado da constituição, é uma via natural ao intérprete, bem como por conta da abertura do seu texto e de sua necessária durabilidade. Todavia, tal método prescinde do conteúdo normativo ínsito ao direito para se focar na problemática como critério orientador pressuposto, mesmo que a constituição não imponha ou determine uma gradação argumentativa dos tópicos elencados pelo intérprete. Como consequência desse pensamento, as decisões fundamentais, os princípios e os bens jurídicos não possuem a feição de normas ou princípios normativos, mas sim de matérias jurídicas constitucionais e, por esse motivo, pontos de vista interpretativos, cuja relevância se determina de acordo com sua adequação ao problema. A teoria da constituição, em consequência, não é mais vista como uma referência normativa da interpretação, mas um ponto de vista de fundamentação orientado ao problema no marco do processo argumentativo tópico, o que permite uma ampla e ilimitada abertura de argumentos para adequação ao problema. Nesse passo, a exacerbação do problema frente à norma conduz a um questionamento acerca da vigência normativa da constituição, que é reduzida a ponto de vista para resolução de problemas, elevando a questão da fragmentariedade das suas normas a princípio necessário à interpretação constitucional. Por fim, apenas por meio de um consenso quase absoluto poderia se falar na acumulação e comparação de pontos de vista relativos a um determinado problema, sem que se dissolva a essência jurídica da constituição e tal consenso é impossível de se obter nas contendas constitucionais (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 21-26).

O método da interpretação constitucional orientado às ciências da realidade (ou científico espiritual) de Smend se contrapõe ao positivismo da época de Weimar, no intuito de livrar a interpretação constitucional das formalidades ínsitas às regulações legais, buscando no marco da realidade do Estado e da Constituição a medida e direção para a interpretação. A tese principal é a de que o sentido e a realidade da Constituição (ou seja, não o seu texto literal ou a abstração dogmática) devem constituir o fundamento e critério de sua interpretação. O problema é que tal realidade e sentido são buscados fora da constituição, previamente postos fora dela, das decisões fundamentais e de suas normas. Nesse

sentido, tal método conclui que existe um descompasso entre a norma e a realidade, como se fosse possível uma interpretação da norma que dela prescindisse, o que faz com que os preceitos sociológicos ganhem contornos de validade normativa, que se perfazem como juízos e afirmações sobre a constituição e com isso, sobre sua interpretação, dissolvendo a constituição enquanto norma jurídica (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 27-30).

Por fim, os métodos denominados da interpretação hermenêutico-concretizadora e normativo-estruturante, que incluem, respectivamente, as teses de Konrad Hesse e Friederich Muller, falham pela confusa posição intermediária entre a tópica desvinculada da norma e a vinculação normativa clássica da interpretação, bem como falham em explicar melhor a noção de concretização utilizada pelos métodos, porquanto, como quer Hesse¹³, um conteúdo normativo vinculante não pode ser obtido tão facilmente de um texto normativo muito abstrato, vago, sem recorrer a uma teoria da constituição obrigatória, que corresponda como diretriz normativa suficiente para a decisão. Por essa razão, é difícil perceber se não se trata de uma vinculação artificial ou se estamos, em verdade, de frente com a indeterminação salientada pela tópica (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 30-34).

O sincretismo metodológico (rejeitado por Böckenförde), ao invés de ajudar, atravanca um maior desenvolvimento acerca da interpretação constitucional, uma vez que nas considerações analíticas dos autores sobre tais métodos, muito pouco se acrescenta a respeito de sua possível compatibilidade e, mais importante, de sua compatibilidade e operatividade com a constituição brasileira (SILVA, 2005, p. 135). Como vimos nos parágrafos posteriores, as bases teóricas dos métodos são irreconciliáveis, pois cada método tem uma perspectiva diferente sobre o que seria a constituição, impossibilitando sua complementaridade. E, o mais, importante, nenhum dos autores mencionados cita algum caso em que o STF (ou algum de seus ministros) tenha utilizado algum dos métodos da interpretação constitucional¹⁴.

Ainda que se persista, apenas pela argumentação, com a possibilidade de aplicarmos apenas um dos métodos da interpretação constitucional, o recurso a métodos de interpretação é obsoleto, pois inexistente um critério que determine qual deles deve ser escolhido na interpretação/aplicação, o que demonstra que sua aplicação é arbitrária, funcionando apenas como justificativa para legitimar resultados que o intérprete gostaria de alcançar (GRAU, 2003, p. 99). Do mesmo pensamento compartilha Lenio Streck (2004, p. 113-114), para quem os próprios métodos dependem de interpretação para que possam ser densificados. Portanto, de pouco auxílio para a interpretação constitucional são os métodos e princípios da chamada “nova hermenêutica constitucional”.

Mesmo quando os autores nacionais não citam os supracitados princípios e métodos da interpretação constitucional, suas posições se ancoram em considerações filosóficas e teóricas que necessitam ser superadas.

Por exemplo, Michel Temer (1999, p. 22-23), dedicando menos de duas páginas sobre o tema, afirma que é necessário que o intérprete busque os valores constitucionais expostos em suas normas, a fim de extrair os seus princípios, que seriam, por sua vez, regentes do sistema constitucional. E elenca

13 Ainda que tome com base filosófica as posturas gadamerianas, não podemos deixar de concordar com as críticas de Böckenförde dirigidas a Hesse, pois o último considera que existe um limite insuperável à interpretação constitucional, que é o texto normativo, que se apresenta como forma de racionalização do poder limitado que representa a constituição. Tal distinção, ainda que possibilite uma mutação constitucional, exclui o rompimento constitucional, que se caracteriza como o desvio do texto em cada caso particular, como vinculação à constituição. Hesse, portanto, aponta o texto constitucional como limite interpretativo e estes limites são encontrados quando terminam as possibilidades de uma interpretação conveniente do texto da norma ou quando uma resolução entra em contradição unívoca com o texto da norma (HESSE, 1998, p. 69-70). Ratificando o esposado por Böckenförde (1993, p. 32), como se pode vincular a algo que se deve produzir de antemão, a fim de estabelecer seus limites?

14 Vimos que na doutrina contemporânea a recepção dos princípios e métodos da interpretação constitucional foi muito bem sucedida, na medida em que considerável parte dos autores de direito constitucional, seja em manuais, artigos ou monografias específicas sobre o tema, os adota sem maiores discussões (ver nota 03, supra). Mas e o STF? Em pesquisa jurisprudencial, pudemos notar que os princípios da interpretação são utilizados como argumentos retóricos em algumas decisões, sendo citados textualmente, por exemplo, nas seguintes decisões: a) Unidade da Constituição: ADI 815/DF; b) Concordância Prática: nas Decisões monocráticas nos AI 756.462/RJ e RE 387.508/RS; c) Conformidade Funcional: MC na ADI 4140/GO; d) Eficácia Integradora: Decisão monocrática no AI 667.499/RJ; e) Força Normativa da Constituição: ADPF 153/DF, Rcl 6.568/SP e RE 556.664/RS; f) Máxima Efetividade: AgR no AI 555.806/MG e ED no RE 328.812/AM. Apesar da grande quantidade de decisões que citam os princípios, nenhuma decisão faz expressa menção aos ditos métodos de interpretação constitucional.

como princípios: o federativo, separação dos poderes, os direitos fundamentais etc. Nessa empreitada, o intérprete não poderá deixar de dar ênfase ao sentido que o constituinte atribuiu às palavras do texto constitucional, após a correta apreensão da principiologia que as ampara¹⁵. Em tais considerações, transparece a ideia de que o intérprete constitucional deve se ater à literalidade do texto normativo, de acordo com a vontade do poder constituinte, desconsiderando inexistir uma teoria plausível capaz de descobrir a intenção do constituinte, ou mesmo, quando esta se faz importante¹⁶. Ademais, apenas reforça uma aporia – para interpretar um dispositivo constitucional, o intérprete deverá contar com interpretações sobre a separação de poderes e federalismo, que, por si sós, já são objeto de construções teóricas diversas.

Celso Ribeiro Bastos (1990, p. 98-101) também compartilha dessa visão, ao afirmar que a vontade constitucional apenas é alcançada pela interpretação e chega a defender, inclusive, a existência de uma interpretação autêntica da constituição, apenas viabilizada por meio de emendas constitucionais. Conclui que na interpretação constitucional, ainda que o intérprete deva buscar fundamentações históricas, econômicas etc., não pode perder de vista o referencial do direito posto, para que não substitua a vontade objetiva da norma por sua vontade psicológica (BASTOS, 1990, 105-107). Quanto à afirmação final, Celso Bastos se refere a uma vontade objetiva da norma, como se essa pudesse ser extraída sem as considerações estéticas do intérprete acerca do que seria tal vontade e como ela se apresenta na Constituição. Caso existisse uma “vontade objetiva”, ou algo que fosse a correta interpretação da norma constitucional guardada em algum lugar ao alcance de todos e que esta sempre fosse constante (ou que todos soubessem quando seu conteúdo substancial se alterasse), desnecessária seria a interpretação, uma vez que, se todos puderem alcançar tal padrão, todos os resultados das interpretações deverão ser os mesmos¹⁷.

Feitas tais considerações, esperamos ter demonstrado a insuficiência do recurso à simples princípios e métodos da interpretação constitucional, como se estes estivessem aptos a resolver os problemas que se enfrentam na interpretação da constituição.

15 Assim como Michel Temer, Alexandre Moraes (2005, p. 09-10) dedica poucas e inexpressivas páginas à problemática da interpretação constitucional, afirmando que a principal função da interpretação constitucional seria a de resolver conflitos entre direitos e bens jurídicos, tais como: saúde pública, defesa nacional, família etc, compatibilizando e resolvendo o suposto conflito, para que todas tenham aplicabilidade e finda citando, tão somente, os princípios da interpretação constitucional dispostos por Hesse.

16 A argumentação da intenção dos constituintes como fator determinante da interpretação constitucional é fraca e impossível de ser defendida, pois a busca por uma intenção unitária dos constituintes, seja com base em argumentos históricos, analíticos ou psicológicos não pode prosperar, porque se baseia no erro de considerar que a intenção do legislador é um fato isolado esperando para ser encontrado. Ademais, não existem razões plausíveis para sustentar uma teoria que afirme quais intenções devem ser consideradas importantes ou quais estados mentais dos constituintes devem ser considerados, em função de inúmeros fatores: impossibilidade de determinar a intenção de qual dos constituintes se levará em conta; dificuldade em determinar se devemos considerar os desejos e expectativas do parlamentar na aplicação da lei; a necessidade de que sempre o parlamentar justifique suas decisões, no caso de negativas ou delegações, quanto a determinados direitos etc (DWORKIN, 2000, p. 50-80).

17 A interpretação não pode fugir das compreensões do intérprete sobre o tema. De acordo com Eros Grau (2003, p. 89-104), a realidade se apresenta da forma como a construímos, pois não se trata de um dado pronto; não determinamos o que são os objetos, apenas o modo como eles se manifestam para nós, influenciando nosso pensamento, ou seja, nossa pré-compreensão sobre a realidade determinará nossa interpretação. Os preconceitos do intérprete (ou, como quer Celso Bastos, sua vontade psicológica) não são o resultado de meras idiosincrasias pessoais, refletindo, em verdade, toda sua vivência histórica, que marca seu perfil existencial e determina as interpretações que realiza. Daí a importância do círculo hermenêutico, realizado por meio de perguntas e respostas, pois a construção da decisão judicial deve ser constantemente revisada, ou seja, consubstanciado na reelaboração de um projeto prévio, pois quem pretende interpretar está sujeito a erros das opiniões prévias que não se comprovam nas coisas mesmas (em suas justificativas principiológicas, no caso do direito). Dessa forma, não pode o intérprete partir de suas pré-compreensões diretamente, mas antes deve analisá-las quanto a sua origem e validade. Por fim, a decisão judicial implica, sempre, em elementos emotivos e volitivos, dada a situação histórica e a posição social do juiz, como sujeito inserido nos problemas de seu tempo (GRAU, 2003, p. 103-108). Complementa Habermas (1998, p. 273) que a referência hermenêutica à pré-compreensão determinada por princípios não pode deixar o juiz alheio à história efetual das tradições normativas adotadas pela comunidade, por si mesmas, dotadas de autoridade. Antes, esse recurso lhe obriga a apropriar criticamente de uma história institucional do direito em que a razão prática tenha deixado suas impressões e resíduos.

4. Conclusão

Após a análise acerca da interpretação constitucional, é notável a aplicabilidade de uma arbitrária dogmática no STF. Fato que demonstra, esta arbitrariedade são os critérios, ou, melhor dizendo, sua falta; não existem critérios que possam justificar a faculdade por estas interpretações, as quais são extremamente superficiais para servirem de fundamento.

Os métodos e princípios, que originam a interpretação constitucional acolhida nos tribunais nacionais foram trazidos ao Brasil, pelos doutrinadores, com o argumento de que formariam uma “nova hermenêutica”, no entanto, os critérios não se concatenam, nem mesmo foram aplicados nos países em que se desenvolveram.

Apesar disto, como visto nestes escritos, os princípios estão frequentemente elencados nos votos dos ministros do STF, os métodos são implícitos, mas a utilização dos princípios, de fato, mostra-se habitual.

Esta problemática é vislumbrada de forma preocupante, haja vista que traz uma subjetividade nas decisões, subjetividade esta que fere a imparcialidade, a qual deve ser regra nos tribunais, principalmente no Supremo Tribunal Federal que titula relevantes decisões.

Neste contexto, os operadores do direito, presentes nos tribunais, necessitam avaliar se há uma real compatibilidade entre o que desejam argumentar e o que se utilizam para embasar esta argumentação, haja vista, que isto não está sendo visível.

Portanto, para que seja alcançado, primariamente, o fim do direito, ou seja, a correta aplicabilidade da Justiça; faz-se necessária a crítica a esta “nova hermenêutica”, com o objetivo de realizar a retirada desta arbitrária dogmática nacional, e fazer a inclusão de uma dogmática concretamente adequada.

5. Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David. SERRANO NUNES JR., Vidal. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Los métodos de la interpretación constitucional – inventario y crítica. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes.. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Teoria do Estado e da Constituição*. 20. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. . *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 3.ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da alemanha*. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOTTA, Moacyr Parra. *Interpretação Constitucional sob Princípio*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Método, 2012.

QUEIROZ, José Guilherme Carneiro. A interpretação constitucional como adaptação histórica do conteúdo normativo da constituição, frente às cláusulas pétreas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, Ano 13, n. 52, julho/setembro, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.