



O ATUAL PROTAGONISMO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO NORTEADORA DA APLICAÇÃO DO DIREITO.

THE CURRENT ROLE OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION AS A GUIDE TO THE LAW ENFORCEMENT.

¹Larissa Dias Puerta dos Santos

²Michelle Asato Junqueira

RESUMO

Tendo por pressuposto o Estado Constitucional, pautado na supremacia de sua norma e na soberania popular, o presente artigo analisa a importância do exercício interpretativo na sociedade contemporânea, executado pelo povo e pelo operador do Direito. Apresentando os sentidos adotados para a Constituição, bem como a abrangência das normas constitucionais, diferencia princípios e regras e expõe os métodos clássicos de interpretação constitucional, apontando novos paradigmas presentes nos conflitos da sociedade da informação em constante mutação. Utilizando-se do método de procedimento indutivo, sob abordagem bibliográfica qualitativa, conclui que o atual protagonismo interpretativo acabou por fortalecer fenômenos da judicialização e ativismo judicial.

Palavras-chave: Interpretação constitucional, Sentidos da constituição, Princípios e regras

ABSTRACT

Starting from the constitutional state, founded on the supremacy of the rule and popular sovereignty, the present article analyzes the importance of the interpretive exercise on contemporary society performed by people and the law operator. Presenting meanings that were adopted to the Constitution even as the extension of constitutional norms differentiates principles, rules and exposes classic constitutional interpretation methods, noticing the new paradigms presented on the conflicts of the “information society” that is constantly changing. Using the inductive method procedure under qualitative bibliographic approach concludes that current interpretive leadership ended up reinforcing the phenomenon of the justiciability and judicial activism.

Keywords: Constitutional interpretation, Meaning of constitution, Principles and rules

¹ Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo (Brasil). E-mail: larissa.puerta@outlook.com

² Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo (Brasil). Professora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo (Brasil). E-mail: michelle.asatojunqueira@gmail.com



“Cada um lê com os olhos que tem.
E interpreta a partir de onde os pés pisam.
Todo ponto de vista é a vista de um ponto”.
Leonardo Boff

INTRODUÇÃO

A democracia é uma forma de governo desenhada na Antiguidade e utilizada pela maior parte dos países da era contemporânea, baseada na ideia de governo do povo. Evidentemente que as ideias inicialmente configuradas para o governo na Idade Antiga tiveram de ser aprimoradas para aplicação atual, o que implica dizer que nosso estágio democrático é bem diferente do inicial.

Atualmente, por uma análise breve, democracia importa na existência de uma associação de pessoas, em um contexto comum, com traços de interesses comuns, que desejam elaborar e convencionar uma série de regras e princípios – uma constituição – que determinará como serão tomadas as decisões relativas à busca do interesse desta associação.

Fora isso, essa associação de pessoas está de acordo com o elementar princípio de que todos os membros serão tratados de maneira igualitária frente às regras elaboradas, bem como, todos possuem aptidão integral para participarem do processo de tomada de decisões políticas relativas à associação, sejam eles governantes ou governados.

Nos termos do que preleciona Robert Dahl (2001, p. 50) é possível identificar alguns critérios que o governo de uma associação teria de preencher para satisfazer a exigência de que todos estejam igualmente capacitados à participar das decisões da associação. Para o autor, são identificados pelo menos cinco critérios de um processo democrático, quais sejam: participação efetiva, igualdade de voto, entendimento esclarecido, controle do programa de planejamento e inclusão dos adultos.

Explica também que o Estado é a expressão de um tipo muito especial dessa associação, que se distingue pelo tanto que pode garantir a obediência às regras sobre as quais reivindica jurisdição, por seus meios superiores de coerção.

Nesse modelo de governo, as liberdades são prioritárias. A liberdade de expressão, principalmente, deve sempre ser preservada e garantida numa democracia. Desde 1988, com o fim da ditadura militar o Brasil apresenta uma democracia atuante no sentido de preservação da liberdade de expressão. Começa-se, então, respeitadas as liberdades clássicas, a crescer com a democracia social.



Em razão da evolução atual do cenário democrático brasileiro constata-se que a experiência aqui vivida nos trouxe diversas nuances das percepções que as pessoas passaram a sentir em razão das liberdades conquistadas, assim, foi com o início do desenvolvimento democrático que os brasileiros passaram a compreender e exercer seus direitos de liberdade de expressão, manifestação e reunião.

Com todos os avanços que nos foram possibilitados em razão da preservação da democracia brasileira, o Brasil mantém um regime de governo ainda em expansão. Caminha-se para a maturidade, porém é preciso encarar com humildade que a democracia brasileira é muito jovem, falha e extremamente imatura. É deste fator que a interpretação mostra sua força.

Vivemos tempos de globalização, situação esta que comporta, em sua essência, o compartilhamento de informações entre as pessoas de todo o mundo, que estão agora interligadas por meio da rede mundial de computadores. A tecnologia interfere na esfera cultural e política da sociedade, que anseia por informação cada vez mais rápida e direta, assim a visão dos fatos que circundam as pessoas ganham cada vez mais destaque e importância.

Na medida em que, a sociedade passa a se relacionar de forma intrínseca com a notícia, podendo, inclusive, ser nomeada de “sociedade da informação”, a interpretação que cada sujeito faz dos acontecimentos políticos, econômicos e sociais em seu entorno, ganha especial destaque, seja quanto à repercussão ou à responsabilidade. É, portanto, um estágio de desenvolvimento social, relacionando-se com a vida pública e privada.

O conceito destinado à sociedade da informação não é um conceito hermético, sendo mutável diante do desenvolvimento crescente de novas tecnologias. Contudo, nunca se afasta do papel da informação na centralidade da atividade econômica e da qualidade de vida dos cidadãos (SIMÃO FILHO, 2007, p. 12).

São diversas as charges e críticas conhecidas que abordam o fato de que todas as pessoas tornam-se verdadeiros juízes e intérpretes dos fatos sociais. É preciso compreender que esta realidade não importa, necessariamente, em algo ruim. Aliás, ao revés, é preciso encarar como algo positivo o fato da população ter interesse e manifestar-se incansavelmente à respeito das situações que envolvem a experiência democrática brasileira.

Não é imprescindível conhecimento profundo da temática para que seja possível expor suas ideias em uma discussão política. Na verdade, exatamente como pensa José Afonso da Silva (2014, p. 130), trata-se do contrário.

A democracia não precisa de pressupostos especiais. Basta a existência de uma sociedade. Se seu governo emana do povo, é democrática, se não, não o



é. [...] A democracia pressupõe a luta incessante pela justiça social. Não pressupõe que todos sejam instruídos, cultos, educados, perfeitos, mas há de buscar distribuir a todos instrução, cultura, educação, aperfeiçoamento, nível de vida digno.

A democracia, por sua vez, demanda cidadãos autônomos, adultos emancipados, capazes de se responsabilizar pelas suas escolhas e se mover pela razão. A interpretação dos fatos sociais entra em cena nesse momento, posto que é justamente em razão dela, que as pessoas conseguem exercitar a compreensão daquilo que chega ao seu conhecimento. Percebe-se uma forte atuação interpretativa sendo exercida no Brasil atual, não apenas na guerra das redes sociais, mas de formas bem mais sofisticadas. Isso, inclusive, tem sido estimulado.

Diante destas premissas, fica evidente concluir que a população brasileira, com todos os meandros e particularidades que a cercam, vive a interpretação de premente dos fatos sociais, que ganham grande destaque no debate acalorado das ruas e principalmente do meio acadêmico.

Nesta linha e tendo por premissa a sociedade da informação mutante e mutável, o presente artigo utiliza-se do método indutivo, sob a abordagem bibliográfica qualitativa para discutir a importância da hermenêutica constitucional, não só para o aplicador do direito, mas como instrumento de participação democrática. Para tanto, descreve conceitos essenciais acerca da atividade interpretativa e do papel essencial do texto constitucional como norma fundamental e orientadora do cumprimento dos objetivos pactuados por seu povo.

1. INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: DO QUE SE ESTÁ FALANDO?

A interpretação jurídica da realidade que nos cerca, seja através da compreensão dos fatos pela ótica legal, seja através da subsunção dos fatos concretos aos textos normativos, é elemento essencial para que se discorra acerca do tema aqui tratado.

Tendo em vista o esclarecimento à respeito da necessidade de compreender o exercício hermenêutico que qualquer pessoa deve fazer quando tenta assimilar, de acordo com suas percepções, aquilo que a cerca, é preciso ressaltar a importância do exercício de hermenêutica jurídica, posto que é o operador do direito quem ganha relevante protagonismo em nosso contexto, principalmente em razão da atuação perante ou conjunta ao Poder Judiciário, a quem cabe, precipuamente, a guarda constitucional.

[...] a interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política (HABERLE, 1997, p. 23).



De acordo com a clássica compreensão adotada por Friedrich Karl von Savigny (1951, p. 18), interpretação é a reconstrução do conteúdo da lei, seu esclarecimento, de modo a construir uma reestruturação dando sentido ao texto viciado ou obscuro. Esclarece Paulo Bonavides (2014, p. 447) que se trata, evidentemente, de “operação lógica, de caráter técnico mediante a qual se investiga o significado exato de uma norma jurídica, nem sempre clara ou precisa”.

Existem diferenças intrínsecas nos termos que serão aqui pormenorizados, razão pela qual torna-se relevante desenhar as nuances dos termos que, embora próximos são relativos à compreensões diversas entre si.

Hermenêutica é ciência que disciplina a interpretação, descobrindo e fixando os princípios que a regem. Importa na teoria científica da arte de interpretar, com a finalidade de concatenar a “sistematização dos atos elaborados que tendem à ser aplicados para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito” (MAXIMILIANO, 1988, p. 01).

Por sua vez, o ato de interpretar importará na determinação do sentido e do alcance das expressões do Direito. Interpretar é explicar aquilo que parece obscuro, dando a uma coisa esta ou aquela significação, justamente o que acontece quando interpretamos uma lei. A interpretação possui a sua técnica que são os meios para chegar aos fins colimados. Trata-se da aplicação da Hermenêutica.

Todas as situações anteriormente descritas são diferentes de aplicação do Direito, a qual consiste em enquadrar um caso concreto em uma norma jurídica adequada (subsunção do fato à norma). Submete às prescrições da lei uma relação da vida real, procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. A aplicação do direito pressupõe à hermenêutica, como a diagnose pressupõe à medicação. Já exegese é a atividade de interpretar. Toda vez que estas ideias forem mencionadas durante este artigo, é preciso compreender que cada instituto possui uma compreensão própria.

Mais uma vez, salientando a afirmação acerca do amplo processo interpretativo, cabe a transcrição de Haberle (1997, p. 26):

O muitas vezes referido processo político, que, quase sempre, é apresentado como uma subespécie de processo livre em face da interpretação constitucional, representa, *constitucione lata* e de fato, um elemento importante – mais importante do que se supõe geralmente – da interpretação constitucional (política como interpretação constitucional). Esse processo político não é eliminado da constituição, configurando antes um elemento vital ou central no mais puro sentido da palavra: ele deve ser comparado a um motor que impulsiona esse processo [...].

Atualmente, podemos observar fenômenos constitucionais, decorrentes da atividade interpretativa jurisdicional dos membros do Judiciário, que envolvem as situações descritas anteriormente e que reiteradamente implicam em alterações da vida em sociedade, tais como a mutação e reforma constitucional, que adiante serão tratadas.

2. O QUE É CONSTITUIÇÃO?

Nesse ponto, antes de esboçar as alterações provocadas em nossa sociedade, é imprescindível fazer breve apontamento sobre as concepções e compreensões atuais existentes à respeito da Constituição.

A primeira concepção que descrevemos é a normativista-positivista, teoria esta atribuída à Hans Kelsen (2013), pela qual Constituição é uma lei, sendo esta lei alçada ao título de lei mais importante de todo ordenamento jurídico de uma determinada região onde ela será aplicada.

Essa compreensão se reflete no direito constitucional porque a Constituição mostra-se como um conjunto de preceitos que são positivados pelo Estado. Assim, a constituição é compreendida exclusivamente como o direito posto pelo Estado. Para essa teoria, o texto que se impõe como constitucional, é aquele que tem força constitucional, logo constituição é o documento que funda a si mesmo como constituição.

A difundida Teoria Pura do Direito de Kelsen é assim compreendida por ele ter tentado descrevê-la como pura de influência política, cultural, econômica, social ou qualquer outro fator passível de influência.

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do direito positivo. Tão-somente do direito positivo e não de determinada ordem jurídica. É teoria geral e não interpretação especial, nacional ou internacional, de normas jurídicas. Como teoria, ela reconhecerá, única e exclusivamente, seu objeto. Tentará responder à pergunta “o que é” e “como é” o direito e não à pergunta de “como seria” ou “deveria ser” elaborado. É ciência do direito e não política do direito (KELSEN, 2013, p. 67).

Recorde que o contexto em que Kelsen vivia era de crise institucional, desse modo, eventual luta de interesses estará presente numa fase pré-normativa, isso porque depois de criada a norma ela deve ser aplicada livre destas influências.

O parâmetro constitucional é fundamental, tendo em vista que se deixar para as forças formadoras a tarefa de atribuir o significado de direito, haverá absoluta insegurança,



principalmente em razão do mundo pluralista atual em que todos estão certos de acordo com a própria ótica.

A teoria de Kelsen reconhece que também é verdade o fato de não conseguirmos conter o papel de construção do direito pelas forças formadoras de opinião, vez que o texto não resolverá todos os problemas e a realidade, invariavelmente será muito mais rica do que as previsões efetuadas pelo legislador.

Já pela compreensão sociológica de Constituição, teoria desenvolvida por Ferdinand Lassale (2002), em sua obra “*O que é uma constituição?*”, a constituição não é um texto, na verdade, ao contrário da teoria de Kelsen, a constituição é aquilo que todas as forças formadoras de opinião da sociedade entenderem como constituição.

Para essa concepção constituição é vontade, é realidade, assim, constituição não é uma mera folha de papel, mas sim a soma dos fatores reais do poder que regem um país. Todo Estado tem uma Constituição, independente de ter ou não uma lei escrita, logo todo agrupamento humano terá um conjunto de relações de poder.

Já para a concepção concretista, também conhecida como metódica estruturante, desenvolvida, por Konrad Hesse (1991, *pasim*) e Friedrich Müller (2003, *pasim*), respeitadas eventuais particularidades, a Constituição alia o texto e a realidade ao caso concreto, isso porque a Constituição é a norma de decisão extraída de um caso concreto.

De acordo com essa teoria existe um programa normativo (texto) aliado à um ambiente normativo ou circundante (realidade). A constituição será o resultado decorrente dessa soma de fatores, trata-se da ideia de *living constitution*, no Brasil chamado de constituição viva.

A questão que fica gera em torno do limite entre realidade e texto. Provém daí a expressão “*força normativa da Constituição*” atribuída aos autores. As regras nos protegem de nós mesmos, por isso elas devem ser seguidas.

Toda teoria desenvolvida a respeito das transformações suportadas pelo texto constitucional decorrem da compreensão do que é uma constituição. As constituições devem ser interpretadas, função essa atribuída ao exegeta, que buscará o real significado dos termos constitucionais.

Cabe, ademais, salientar que o constitucionalismo compreende a tradução dos anseios populares em uma norma jurídica que submeta a todos.

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática do processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido



político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão (HABERLE, 1997, p. 37).

Não se desconhece outras teorias para os sentidos atribuídos à constituição, a exemplo da teoria da Constitucionalização Simbólica, de Marcelo Neves; da Constituição Aberta sustentada por Haberle, Carlos Alberto Siqueira Castro e Paulo Bonavides, ou ainda, a Concepção Cultural de Meirelles Teixeira. Contudo, seja qual for a concepção adotada, a constituição apresenta-se como a norma suprema do ordenamento vigente.

3. ABRANGÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.

No passo do que já foi dito, é a constituição que dará validade para as demais normas do ordenamento jurídico. É o hermenuta quem definirá o verdadeiro significado do texto constitucional, levando em consideração as realidades econômicas, sociais e políticas do Estado.

Acredite, mesmo o brocardo latino “*in claris non fit interpretatio*” (onde não existir dúvida, não caberá interpretação do exegeta) não se sustenta no cenário atual de interpretação, tendo em vista que até mesmo normas aparentemente indubitáveis comportam interpretações diversas.

O sentido da constituição interpretada pode se mostrar inadequado. Assim, dentro dos limites estabelecidos pelo Constituinte originário, podem ser efetuadas mudanças formais (reforma constitucional) ou mudanças informais (mutações constitucionais).

A reforma constitucional importa na modificação da Constituição por meio dos mecanismos definidos pelo Constituinte Originário. Trata-se do procedimento de alteração constitucional passível de ser observado por meio das Emendas Constitucionais.

Por sua vez, as mutações constitucionais não importam em alterações físicas, mas sim alterações no significado e sentido interpretativo de um texto constitucional. O texto permanece inalterado, o que se transforma é a interpretação da regra anunciada. Elas são dinâmicas e de prospecção (investigação dos pensamentos de outrem) das normas jurídicas, por meio de processos informais, porque não são formalmente alteradas as normas.

Para que seja legítima, a mutação deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada pela soberania popular. A título de exemplo observamos a mudança interpretativa elaborada pelo Supremo do entendimento de mulher honesta, da existência de união homoafetiva ou isoafetiva, ao não cabimento de prisão civil do



depositário infiel, dentre tantas alterações observadas ao longo dos últimos anos. Note que a constituição é dinâmica, é evolutiva.

As alterações promovidas por meio da mutação constitucional são, muitas vezes, de tal forma desestruturantes que se equiparam ao Poder Constituinte, denominado de “Difuso”, por Georges Burdeau e adotado para efeitos de classificação por Luís Roberto Barroso (2010, *pasim*).

Paulo Bonavides (2014, p. 448) é pontual ao elucidar que verdadeira questão é que “a interpretação mostra o direito vivendo plenamente a fase concreta e integrativa, objetivando-se na realidade. [...] O momento da interpretação vincula a norma geral às conexões concretas, conduz do abstrato ao concreto, insere a realidade no esquema”.

Naturalmente, a mutação e a nova interpretação não poderão afrontar os princípios estruturantes da Constituição sob pena de serem inconstitucionais. Para que as mutações constitucionais possam caminhar no sentido do justo e adequado à demanda societária, observamos alguns mecanismos de mutação constitucional.

A nova compreensão pode acontecer por intermédio de interpretação no sentido estrito do termo, que acontecerá por intermédio judicial e/ou administrativo. A interpretação judicial, como mencionada anteriormente, compreende a evolução da jurisprudência da Corte que é a forma genuína de exteriorização da mutação. Também é possível verificá-la em âmbito administrativo quando as questões interpretativas são submetidas ao crivo de setores aliados ao Poder Executivo.

É possível observar atos interpretativos também por meio da atuação do legislador, quando por ato normativo primário ele procura alterar o sentido que já foi dado a alguma norma constitucional.

Ainda, há que se falar na interpretação por via de costumes constitucionais. Aduz-se que não é pacífica a existência de costumes em países de constituição rígida e escrita. Porém admite-se que certas práticas reiteradas ensejam mudanças no sentido interpretativo da constituição. Observe que os poderes da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) foram evoluindo, e atualmente, inclusive, se admitem quebra de sigilos bancários e fiscais por parte dos parlamentares.

4. PRINCÍPIOS E REGRAS.

A teoria dos princípios, desenvolvida por Ronald Dworkin (2000, *pasim*) e pormenorizada por Robert Alexy (2008, *pasim*) estabelece que regras e princípios, apesar de possuírem pontos comuns, tratam-se de institutos diferentes. Parte-se da premissa de que ambos são espécies de normas e que, enquanto referenciais para o intérprete, não guardam, entre si, hierarquia, especialmente diante da ideia na unidade da constituição.

Barroso (2012, p. 126) é elucidativo ao sintetizar as ideias desenvolvidas pelos autores mencionados. Aduz que as regras importam, necessariamente, em relatos descritivos de condutas a partir dos quais havendo enquadramento do fato à previsão abstrata, mediante subsunção, chega-se à conclusão.

Caso seja percebido o choque entre regras, apenas uma delas prevalecerá dentro da ideia do tudo ou nada. A regra somente deixará de ser aplicada sobre a hipótese de fato que contempla nos casos de invalidade, ou em caso de existir outra regra mais específica ou se a regra não estiver em vigor, ou seja, em razão dos critérios hierárquico, da especialidade ou cronológico.

Por sua vez, no caso dos princípios, a previsão do seu conteúdo ocorre de modo mais abstrato, sem que haja nenhuma determinação de conduta correta. Cada caso concreto deverá ser analisado pelo intérprete, sendo ele o responsável por mensurar o peso de cada um dentre os eventuais princípios em choque, o que é denominado por colisão.

Assim, a aplicação de princípios, diversamente do que acontece com as regras, não segue o esquema do tudo ou nada. Em verdade, a aplicação dos princípios é graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato. Destaca-se a técnica da ponderação e do balanceamento na aplicação dos princípios, razão pela qual é possível afirmar que os princípios possuem conteúdo valorativo ou finalístico.

Robert Alexy (2015, *pasim*) utiliza uma expressão que atribui aos princípios e que foi consagrada, de maneira unânime por toda doutrina. Para ele, princípios são *mandamentos ou mandados de otimização*.

Seu pensamento, em apertada síntese, sustenta que as regras se tratam de normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais e nem menos. Regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou princípio.



Os princípios implicam em normas aptas a ordenarem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Cabe neste ponto mencionar outra teoria que explica a inserção das regras e princípios em um ordenamento jurídico. Baseado no direito português, José Joaquim Gomes Canotilho (2002), em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* nos apresenta uma classificação extremamente importante e tranquilamente aplicável ao direito brasileiro: o autor refere-se ao sistema jurídico do Estado Democrático de Direito português como “*sistema normativo aberto de regras e princípios*”.

Por ser um sistema jurídico, importa em um sistema dinâmico de normas. Sistema aberto por ter uma estrutura dialógica traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça. Sistema normativo posto que a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita por meio de normas. Finalmente, é sistema de regras e princípios porque as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras.

É razoável sustentar que um sistema não pode ser composto exclusivamente princípios nem o contrário pode ser verdade, ou seja, um sistema não pode ser composto exclusivamente de regras. Sistema composto apenas por princípios é muito flexível, bem como o sistema composto apenas por regras é demasiado rígido. Logo, nenhuma das espécies normativas tem mais importância do que a outra, isso porque cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares.

A interpretação e a aplicação dos princípios e das regras acontece com base em postulados normativos *específicos e inespecíficos*. Os inespecíficos são a ponderação (atribuição de pesos), a concordância prática e a proibição de excesso (garantindo o mínimo de eficácia dos direitos fundamentais). Os postulados normativos específicos são a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade.



5. MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A interpretação irá buscar sempre o sentido objetivo e válido de uma norma de direito. A interpretação questiona a norma, nunca o direito. Parte-se do pressuposto que o direito nunca possuirá obscuridades ou lacunas, mas a norma sim. O texto constitucional importa na norma da mais alta importância dentro de um ordenamento jurídico, logo, a necessidade de interpretá-la ganha destaque acentuado.

Constitui, a Interpretação Constitucional, uma modalidade de interpretação jurídica, consistente na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos lastreados na Constituição. É temática extremamente importante relacionada ao Direito Constitucional.

Foi justamente o emprego dos novos métodos da hermenêutica jurídica tradicional a mola propulsora da mudança do sentido de normas constitucionais, sem que houvesse a necessidade de alteração expressa, substituição ou supressão de texto constitucional por intermédio do procedimento formal de emenda constitucional.

É por meio dos instrumentos aptos à interpretação constitucional que atingimos alterações de sentido das normas constitucionais sem que se exija a modificação do conteúdo do texto constitucional. Bonavides (2014, p. 470) afirma, inclusive, que aí “se combina a preservação da Constituição com o deferimento das mais prementes e sentidas exigências da realidade social”.

Apesar da Constituição ser a norma fundamental de uma sociedade, ela é também uma norma jurídica, razão pela qual sua interpretação se socorre dos variados elementos, regras e princípios que orientam a interpretação jurídica em geral. O direito constitucional positivo concentra-se na Constituição, que é um documento singular na sua origem, no seu conteúdo e nas suas finalidades.

A constituição é um documento jurídico de extrema importância, justamente por ser a norma fundamental que limita o governo da maioria, mediante a enunciação de valores e direitos fundamentais que deverão ser preservados, incluindo os valores e direitos das minorias. Ela também propicia o governo da maioria, mediante procedimentos adequados, inclusive os que asseguram a participação igualitária de todos e alternância de poder.

Normas constitucionais, para que cumpram seu intuito, primordialmente, organizacional, devem ter sintéticas e revelam coloquialidade não tolerada nas leis em sentido estrito. Para que atinja sua finalidade, a constituição deliberadamente adota uma linguagem lacônica, justamente porque é instituidora de grandes princípios, do grande norte do Estado



inaugurado. Ela jamais poderia contemplar todas as situações da vida de um povo. Por princípio, a constituição é dirigida ao próprio povo, devendo por esse motivo, utilizar linguagem comum, com expressões conhecidas e compreendidas pelo chamado homem médio.

Para a compreensão das previsões existentes na constituição, os intérpretes valem-se de metodologias atinentes à exegese constitucional. Os métodos ou critérios de interpretação constitucional são vários, podendo ainda ser combinados entre si.

Estudiosos e especialistas em hermenêutica constitucional mencionam os seguintes métodos interpretativos: método gramatical ou literal ou semântico, baseado no texto ou do conteúdo semântico dos vocábulos; interpretação histórica, que leva o intérprete aos precedentes legislativos e aos trabalhos e discussões nas comissões ou no Plenário, procurando buscar a vontade do legislador quando da edição da norma; processo teleológico, onde qualquer norma deve ser aplicada para atender seu espírito e à sua finalidade; processo lógico de interpretação e o sistemático, dentre outros. Esses métodos clássicos têm grande importância e seu uso ainda é corrente.

Importante ressaltar que ainda que os métodos sejam devidamente aplicados, é possível a existência de lacunas, na medida em que a sociedade se transforma mais rápido que o direito, cabendo à criatividade do indivíduo e do aplicador do direito o preenchimento das imprecisões, auxiliando-se, nestas situações da analogia, interpretação extensiva e restritiva, princípios gerais de direito e equidade (ASENSI, 2014, p. 78).

No mais, seja qual for o método empregado, ao executar a atividade interpretativa, o exegeta aplica alguns princípios instrumentais de interpretação constitucional. Estes princípios implicam naqueles comandos que nunca poderão ser desprezados pelo intérprete, precedendo a atividade e condicionando-a. Tais princípios são descritos por Celso Ribeiro Bastos (1997, p. 57), cujas ideias principais seguem.

O primeiro princípio a ser mencionado é o da supremacia da Constituição. Por ele fala-se em *supremacia da Carta Política*, impondo que essa norma seja superior em qualquer circunstância. Nenhuma lei poderá prevalecer caso ela venha a desrespeitar a Constituição. Assim, a interpretação constitucional há de espancar eventual tentativa de orientar a atividade de baixo para cima, da lei para a norma suprema.

Repetimos Canotilho (2002, p. 1.230), ao afirmar que esta leitura da constituição de baixo para cima, justificadora de uma nova compreensão da constituição a partir das leis infraconstitucionais, pode conduzir à *derrocada* interna da constituição por obra do legislador e



de outros órgãos concretizadores, e à formação de uma constituição paralela, pretensamente mais próxima dos momentos “metajurídicos” (sociológicos e políticos).

Outro princípio importante de ser mencionado é o da presunção de constitucionalidade, pelo qual a constituição advém da força normativa dos atos do Estado. Por esse princípio compreendemos que toda lei elaborada após a constituição, sem que haja nenhuma medida tendente à contrariar esta presunção, trata-se de norma que respeita os preceitos existentes na constituição, e toda lei anterior à constituição só irá prevalecer no novo ordenamento, caso ela não contrarie as previsões constitucionais (análise da Recepção).

A unidade da Constituição, por sua vez, impõe que a interpretação constitucional ocorra de tal modo a evitar contradições entre as normas existentes na própria Constituição. Em sua atividade deve o intérprete enxergar a constituição sempre como um todo, tendo em conta normas e princípios integrados num único sistema.

Canotilho (2002, p. 1223) orienta que o princípio da unidade da Constituição ganha relevo como “ponto de orientação”, “guia de discussão” e “factor hermenêutico de decisão”, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (por exemplo: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas, sim, como preceitos integrados num sistema unitário de normas e princípios.

Deve ser respeitada também, a orientação de necessidade de maior efetividade possível, pela qual pode-se dizer que o intérprete está obrigado, na medida do possível, a realizar sua tarefa atribuindo um sentido que maior eficácia lhe dê. Isso quer dizer que a Constituição não pode ser amesquinhada, empobrecida no dizer de Celso Bastos (1997, p.

62), pois nenhuma disposição pode ser considerada inútil ou sem sentido. Se a lei não contém palavras inúteis, muito menos ainda a Carta Política, a diretriz maior de uma Nação. Todas as palavras e preceitos existentes na Constituição possuem um determinado valor, a ser criteriosamente apurado pelo intérprete. Canotilho (2002, p. 1.225) denomina esse princípio como princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva.

Entrelaçados estão os princípios da razoabilidade e o da proporcionalidade. Pela razoabilidade compreende-se que a interpretação não pode levar a uma posição absurda, mas sim razoável, supondo equilíbrio, moderação e harmonia, que não seja arbitrário ou caprichoso, que corresponda ao senso comum. A proporcionalidade compreende que a interpretação deve levar ao menor sacrifício do indivíduo.



Bastos finaliza sua exposição elucidando a existência de um postulado que acaba por ser decorrente de todos os outros, denominado de harmonização. Em obediência a ele, se deve sempre buscar harmonizar as normas ou valores que se interpreta, de modo que não se exclua, tanto quanto possível, nenhuma delas.

O postulado da harmonização impõe que a um princípio ou regra constitucional não se deva atribuir um significado tal que resulte ser contraditório com outros princípios ou regras pertencentes à Constituição. Também não se lhe deve atribuir um significado tal que reste incoerente com os demais princípios ou regras (BASTOS, 1997, p. 106).

Assim, se for o caso de dois princípios apresentarem-se antagônicos em determinada situação concreta, deverão harmonizar-se, evitando-se a aplicação absoluta de qualquer deles. A coerência deve ser buscada sempre, mesmo que seja uma norma de caráter geral em contraposição a uma norma de caráter especial, sem predominância de uma sobre a outra, como ocorre na interpretação jurídica geral.

6. NOVOS PARADIGMAS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Não basta o ponto final. Os novos paradigmas da Interpretação Constitucional exigem um olhar mais acurado. A sociedade é dinâmica, e ela evoluiu, por isso hodiernamente nós suportamos uma crise de transição paradigmática. Algumas situações fáticas deram ensejo a uma nova realidade no cenário político, administrativo e jurídico.

Um exemplo típico apto a elucidar aquilo que é compreendido como novo paradigma da atuação do exegeta, é a existência dos chamados conceitos jurídicos indeterminados. São *termos ou expressões* contidas em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma. Em síntese, a lei define o motivo utilizando noções vagas ou vocábulos plurissignificativos.

A título de exemplo, podemos mencionar os valores “segurança pública”, “moralidade pública”, “higiene pública”, “salubridade pública”, “comportamento indecoroso”, “notável saber jurídico”, “bons costumes”, “ordem pública”, ou simplesmente “interesse público”. Tais conceitos realmente comportam intelecções não necessariamente uniformes, pois as realidades para as quais eles apontam são suscetíveis de existir em graus e medidas variáveis, dando ensejo a opiniões divergentes sobre o fato de terem ou não se configurado.



Outro exemplo de novo paradigma da interpretação constitucional é a chamada normatividade dos princípios. Como dito anteriormente, os princípios são vistos com mesma força de lei posta. O que configura, atualmente, uma mudança de visão, passando-se a adotar uma aplicação concreta dos princípios, não sendo mais considerados como meros vetores de julgamento. É correto afirmar, portanto que princípio é norma. A título de exemplo, observe que, atualmente, em razão do princípio da universalidade do direito à saúde, o juiz concede remédio por liminar, determina internação de paciente em estado de urgência para concretizar o direito, entre outras medidas.

Temática a ser enfrentada pelos exegetas em nosso novo contexto de interpretação constitucional é a colisão de normas constitucionais. Ao dar esse caráter de norma aos princípios, dá-se ensejo à possibilidade de conflito entre eles, visto que dentro de uma sociedade os interesses nem sempre são convergentes. Observamos esse choque principiológico em pequenos momentos de nosso cotidiano, como por exemplo na contraposição dos interesses dos Humoristas e das pessoas que se sentem ofendidas com as piadas. Entra em choque os princípios de liberdade de expressão, afrontando a dignidade da pessoa. Perceba que a liberdade de expressão não deve proteger a incitação ao racismo. Outro exemplo a ser mencionado é a liberdade de religião e o direito à vida, nos casos concretos de transfusão de sangue das testemunhas de Jeová.

Para solução deste impasse Ronald Dworkin (2000) iniciou a elaboração de uma técnica que fora dilapidada por Robert Alexy (2008), é a chamada técnica da ponderação de princípios e valores.

Para essa técnica uma restrição à uma liberdade fundamental só é válida se exigida por um valor fundamental. É preciso ressaltar que não existem valores absolutos, nem mesma a vida é absoluta, nos termos da decisão que apreciou o caso dos fetos anencefálicos. Todos os valores devem ser sopesados ante o caso concreto.

É necessário levar em consideração que esses valores tem pesos abstratos diferentes. Prevalecerá o valor que melhor for argumentado e demonstrado. É preciso considerar que não haverá necessariamente ganho de um e perda do outro, podendo haver a tentativa de burlar minimamente o princípio a ser violado para preservação do outro. Um prevalece, mas não necessariamente ganha.

Para que a técnica da ponderação de valores seja devidamente aplicada, devemos constar o prevalecimento de três premissas básicas: a medida será adequada, se for capaz de estimular a obtenção do resultado pretendido, será necessária se não existe outra medida que produza resultado de igual intensidade e viole menos os direitos fundamentais, e será



proporcional quando houver a efetiva ponderação dos valores. Por isso é que, hoje em dia, os doutrinadores concordam em afirmar que direito é subsumir e ponderar.

7. CONSEQUÊNCIA PRÁTICA DA IMPLEMENTAÇÃO DOS NOVOS PARADIGMAS INTERPRETATIVOS.

Todo cenário descrito até aqui é a causa de dois fenômenos observados por nossos intérpretes constitucionais contemporâneos: a Judicialização e o Ativismo Judicial. A temática altamente debatida atualmente, é objeto de análise por Luís Roberto Barroso (2009).

A judicialização e o ativismo judicial não são fenômenos exclusivamente brasileiros, tendo em vista que por vezes podemos observar o destaque das supremas cortes pelo mundo quando decidem sobre questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas, escolhas morais em temas controvertidos na sociedade, entre outros casos concretos. O cenário brasileiro é especial em razão da extensão e do volume.

Por judicialização compreende-se que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo discutidas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais (Legislativo e Executivo). Barroso (2009) explica que são 3 as causas da judicialização.

A primeira delas é a redemocratização brasileira oriunda da promulgação da Constituição Federal de 1988, momento em que o judiciário deixou de ser um departamento técnico especializado e se transformou em um poder político, capaz de fazer valer a própria constituição e as leis. A redemocratização fortaleceu e expandiu o Judiciário, ao mesmo tempo que aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira

A segunda causa da judicialização é a constitucionalização abrangente. Perceba que quaisquer assuntos passíveis de discussão estão no texto constitucional. A constituição é analítica e ambiciosa. Constitucionalizar uma matéria é transformar política em direito. Na medida em que uma questão é posta na norma, ela potencialmente se transforma em pretensão jurídica, que pode ser formulada em ação judicial.

A terceira causa da judicialização está no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Nosso sistema combina dois aspectos de sistemas diversos: o americano do *common law*, com controle difuso, realizado por cada juiz, e também o europeu, romano-germânico, das cortes constitucionais especializadas, com ação direta discutindo a constitucionalidade, por meio da qual várias teses levadas ao Supremo Tribunal Federal diretamente.



Estes três fatores combinados levam ao cenário de protagonismo do Poder Judiciário não só em relação à concretização dos direitos individuais, mas também em relação à implementação de políticas públicas, que deveriam ser escolhas adotadas exclusivamente pelos setores predominantemente políticos.

O outro fenômeno observado no cenário brasileiro com relação à atuação do judiciário é o ativismo. Trata-se de uma prática parecida com a Judicialização mas não é a mesma coisa. Há quem fale que eles são primos, dada a semelhança.

Ativismo não é um fato, é uma atitude, um modo proativo e expansivo de interpretar a constituição, inclusive para levá-la a situações que não foram expressamente contempladas, nem pelo constituinte, nem pelo legislador ordinário. O ativismo acontece nas situações de retração do legislativo, nos casos de omissão deliberada.

A título de exemplo do ativismo judicial podemos mencionar o caso em que o Supremo Tribunal Federal determinou a fidelidade partidária, ou quando declarou a inconstitucionalidade de leis fora de inconstitucionalidades inequívocas, quando interfere na implementação de políticas públicas, ou quando equiparou as uniões homoafetivas à uniões estáveis.

CONCLUSÕES

Conjugar democracia com a sociedade da informação ágil e mutante é tarefa que o Direito se esmera em cumprir. A aplicação da norma jurídica, bem como sua adequação ao fato social dependem da interpretação conferida à norma, pelo exercício da hermenêutica, que deve ser efetuada pelo operador do Direito, mas também pelo povo.

A interpretação da norma, especialmente a constituição, é qualificada em virtude da Supremacia que a carta política sustenta, independentemente dos diversos sentidos a ela conferidos pela doutrina. E, na essência de responder aos anseios da sociedade, fica sujeita à reforma e à mutação.

Peculiarmente quanto à mutação constitucional, o processo interpretativo ganha superior relevância, cabendo-lhe a incidência dos métodos interpretativos, das regras gerais do direito para o preenchimento de lacunas e, se ainda ocorrer colisão, a aplicação da ponderação, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, oportunidade em que a distinção entre princípios e regras se mostra relevante.

Os princípios interpretativos da supremacia da constituição; da presunção da constitucionalidade; da unidade da constituição; da maior efetividade possível; da razoabilidade



e da proporcionalidade, que juntos fazem decorrer o postulado da harmonização, contribuem para formação da teoria geral interpretativa. Contudo, novos paradigmas emergem da interpretação constitucional, como a existência de conceitos jurídicos indeterminados e o reconhecimento da normatividade dos princípios.

O Ativismo depende da judicialização, pois é somente através da provocação que o Judiciário consegue pronunciar-se, entretanto, percebe-se que nem sempre em que houver a judicialização haverá essa atuação proativa do Judiciário. Agora, sem sombra de dúvidas, em quaisquer casos de judicialização, o fenômeno da interpretação estará presente, invariavelmente.

Como tudo aquilo que provoca alterações, o ativismo judicial possui duas facetas capazes de produzir efeitos positivos e negativos. De acordo com a face positiva do ativismo, afirma-se que o judiciário está atendendo às demandas sociais que não puderam ou quiseram ser satisfeitas pelos poderes competentes no tempo ideal pretendido.

A face negativa, por sua vez, encara o fato de que o legislativo, que é a instância política por excelência não consegue atuar para atender essas demandas sociais. O desejável é que o legislativo volte ao cenário, porque ele é o ator idealizado ao atendimento destas demandas sociais.

O que fica dessa discussão é que como tudo na vida existem pontos positivos e negativos a serem sopesados. Em suma, o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos.

A verdade é que o ativismo, até agora, tem sido parte da solução e não do problema, mas ele é como um antibiótico poderoso que deve ser usado com parcimônia. Em dose excessiva há o risco de se morrer da cura.

A expansão do judiciário não deve desviar o foco do problema, que é a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Legislativo. Precisamos de uma reforma política, e ela não pode ser feita por juízes.

O momento é delicado e a necessidade de reflexão a ser provocada dentro das instituições democráticas deverá desencadear a alteração do modelo atual do desenvolvimento da democracia. Por certo, algumas medidas deverão ser arquitetadas para que a democracia possa se fortalecer no cenário brasileiro e com certeza, isso só será viável por intermédio da interpretação dos preceitos constitucionais aplicados ao cenário brasileiro.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert; **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ASENSI, Felipe Dutra. **Hermenêutica e Argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista Direito do Estado*, Salvador, ano 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?**. Belo Horizonte, MG: Lider, 2002.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- SIMÃO FILHO, Adalberto. Sociedade da informação e seu lineamento jurídico. In: PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). **O direito na sociedade da informação**. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 05-28.