

Grace Mara Souza Brandão

HERMENÊUTICA

E CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL



Grace Mara Souza Brandão

**HERMENÊUTICA E
CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL**



**Fortaleza-CE
2023**

© Copyright 2023 - Todos os direitos reservados.

FICHA TÉCNICA:

Editor-chefe: Vanques de Melo

Diagramação: Vanques Emanuel

Capa: Vanderson Xavier

Produção Editorial: Editora DINCE

Revisão: Da Autora

CONSELHO EDITORIAL:

Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)
Prof. e Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)
Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)
Ma. Roberta Araújo Formighieri
Dr. Francisco Dirceu Barro
Prof. Raimundo Carneiro Leite
Eduardo Porto Soares
Alice Maria Pinto Soares
Prof. Valdeci Cunha

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

BRANDÃO, Grace Mara Souza

HERMENÊUTICA E CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

Editora DINCE 2023. 109 p. Impresso

ISBN: [978-85-7872-618-8](#)

1. Direito Constitucional 2. Princípios 3. Simetria I. Título

Todos os direitos reservados. Nenhum excerto desta obra pode ser reproduzido ou transmitido, por quaisquer formas ou meios, ou arquivado em sistema ou banco de dados, sem a autorização de idealizadores; permitida a citação

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de **AUTORIA EXCLUSIVA DO AUTOR** e de sua inteira responsabilidade.

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil

Impressão gráfica: **DIN.CE**

CENTRAL DE ATENDIMENTO:

Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)

Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

DEDICATÓRIA

Dedico à minha mãe, a quem todas as homenagens seriam insuficientes.

E a todos aqueles com quem travei intensos e prazerosos debates acerca do tema.

*“A força do direito deve
superar o direito da
força”.*

Rui Barbosa

PARESENTAÇÃO

O presente trabalho trata da interpretação jurídico-constitucional, destacando as técnicas, princípios e métodos de trabalho inerentes à atividade hermenêutica moderna do Direito Constitucional.

Nota-se a atualidade e a relevância do tema diante da necessidade de se compreender o significado e o alcance dos comandos insertos na Constituição e de adaptá-los à dinamicidade e à complexidade das relações humanas modernas.

Este estudo foi desenvolvido em torno do problema do distanciamento entre o texto da Norma Fundamental e a realidade social contemporânea, apresentando a hermenêutica como instrumento de aproximação entre eles e responsável por promover a concretização dos comandos constitucionais. Para tanto, discorre-se acerca do método normativo-estruturante, desenvolvido por Friedrich Müller, no qual a norma jurídica é concretizada diante do caso concreto a ser solucionado pela atividade interpretativa, a partir da união do teor literal da prescrição jurídica e do recorte da realidade que se pretende normatizar.

Por fim, apresenta a discussão envolvendo o

ativismo judicial e os limites da interpretação jurídica e da criação judicial do direito, ao tempo em que expõe os caminhos para a concretização da Constituição Federal de 1988. O presente trabalho utiliza-se do método dedutivo e da exposição doutrinária.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO	13
2 - HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO	17
2.1 – DISTINÇÕES ENTRE HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO	17
2.2 – PECULIARIDADES JUSTIFICANTES DE UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL...	21
2.2.1 – Supremacia das Normas Constitucionais: Força Normativa da Constituição e Adequação Constitucional	24
2.2.2 – Linguagem Constitucional I: o Caráter Aberto da Norma Fundamental.....	28
2.2.3 – Linguagem Constitucional II: o Conteúdo Político da Norma Fundamental ..	31
3 - INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	33
3.1 – MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	33

3.1.1 – Método Jurídico ou Hermenêutico-Clássico: a Constituição como Lei	35
3.1.2 – Método Tópico-Problemático: a Constituição como Sistema Aberto de Normas e Princípios.....	40
3.1.3 – Método Hermenêutico-Concretizador: a Constituição como Parâmetro de Interpretação	44
3.1.4 – Método Científico-Espiritual: a Constituição como Instrumento de Integração	48
3.1.5 – Método Normativo-Estruturante: a Constituição como objeto de Concretização	51
3.2 – PRINCÍPIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	53
3.2.1 – Princípio da unidade da Constituição	55
3.2.2 – Princípio da concordância prática ou da harmonização	56
3.2.3 – Princípio da justeza ou da conformidade funcional.....	56
3.2.4 – Princípio da eficácia integradora	57
3.2.5 – Princípio da força normativa	58

3.3 – INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: DA SOCIEDADE FECHADA À SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO	59
4 - O DIREITO CONSTITUCIONAL E A MÉTODICA ESTRUTURANTE DEFRIEDRICH MÜLLER	67
4.1 – TEORIA ESTRUTURANTE DA NORMA: O REPENSAR DA RELAÇÃO NORMA-REALIDADE NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA	68
4.2 – METÓDICA ESTRUTURANTE: ESTRUTURA DA NORMA E NORMATIVIDADE	78
4.3 – METÓDICA ESTRUTURANTE COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL	83
5 - OS DESAFIOS DA CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	91
5.1 – O ATIVISMO JUDICIAL E OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	91
5.2 – CAMINHOS PARA A CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	97
CONCLUSÃO	101
REFERÊNCIAS	105

1 – INTRODUÇÃO

A hermenêutica constitucional tem suscitado grande debate ao longo dos últimos anos, resultado da necessidade de se compreender o significado e o alcance da norma jurídica, a fim de adaptá-la à dinamicidade e à complexidade das relações humanas modernas.

Sendo assim, urge que as relações humanas encontrem na Constituição a legitimidade jurídica necessária à concretização dos direitos e garantias previstos pelo Texto Fundamental e, até mesmo, o fundamento necessário ao reconhecimento de novos direitos.

Diante disso, desenvolver a hermenêutica jurídica, ou seja, estabelecer métodos e sistematizar os procedimentos aptos a alcançar o sentido das expressões jurídicas é o que diferencia o jurista, o aplicador e o concretizador do Direito do mero leitor e repetidor de textos normativos.

Essa sensibilidade da compreensão não pode faltar ao aplicador do Direito, pois é ele quem absorve, diretamente, as exigências sociais, incumbindo-lhe a releitura inovadora do texto

normativo, por vezes ultrapassado, a fim de adaptá-lo à realidade social.

Dessarte, a problemática em torno do presente trabalho residirá na discussão acerca da aproximação entre a norma constitucional e a realidade social, de modo a reconhecer e aplicar os direitos e garantias constitucionais às situações contemporâneas, legitimando as relações não previstas no texto da Carta Magna.

Assim, faz-se imprescindível distinguir o texto da Constituição da norma constitucional, vez que o texto da norma é apenas a ponta do *iceberg*, ou seja, o ponto de partida no processo criação da norma constitucional e de concretização do direito. (MÜLLER, 2005, p. 38).

Vastos são os exemplos do quão insatisfatório o texto da norma se afigura diante do caso jurídico concreto, uma vez que o teor literal do comando constitucional se mostra incapaz de apresentar as respostas às demandas sociais que são postas à análise jurídica.

Tais respostas reclamam, necessariamente, uma atividade interpretativa para além da simples compreensão semântica do teor literal da norma, exigindo do aplicador do direito o desempenho da concretização normativa e, sobretudo constitucional.

Como exemplo pode-se citar o art. 226, § 3º; da Constituição Federal de 1988 que,

recentemente, foi objeto de concretização constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que a norma fora estruturada diante dos princípios constitucionais justificantes do reconhecimento da entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo.

Diante desse contexto constitucional, o presente trabalho fará a distinção entre interpretação e hermenêutica, apresentando as peculiaridades justificantes para a adoção de uma hermenêutica voltada à concretização constitucional.

Em seguida, far-se-á a apresentação dos métodos e princípios de interpretação constitucional, discorrendo ainda sobre os sujeitos da interpretação diante da concepção de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

Segundo essa concepção pluralista, a interpretação constitucional esta alicerçada no âmbito da esfera pública, de modo que todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma, submetendo-se a ela é um legítimo intérprete dessa norma.

O presente trabalho destacará, em seguida, a teoria e a metódica estruturante da norma jurídica como instrumento de concretização constitucional, diante de uma nova maneira de se pensar a relação norma-realidade no contexto jurídico do pós-positivismo.

Discorrer-se-á, por fim, acerca do ativismo judicial e dos limites à criação judicial do direito pelo processo de interpretação, traçando, sucintamente, os caminhos para a concretização constitucional brasileira.

Quanto à metodologia utilizada, este trabalho utilizou-se da técnica dedutiva de abordagem, por meio de pesquisas bibliográficas em doutrinas especializadas, agregando-se as devidas ponderações e reflexões pessoais.

2 - HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO

A interpretação se funda existencialmente na compreensão e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento de que se compreendeu, mas elaborar possibilidades projetadas na compreensão. Martin Heidegger.

2.1 – DISTINÇÕES ENTRE HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO

Hermenêutica e interpretação não são termos sinônimos. Incorrem em erro aqueles que arriscam substituir uma palavra pela outra, pois a interpretação é a arte de pintar, enquanto a hermenêutica são os pincéis e as tintas.

Hermenêutica é a ciência que tem por objeto o estabelecimento e a sistematização das regras, processos e princípios necessários ao alcance do sentido das normas, ao passo que a interpretação é a arte da aplicação hermenêutica.

Sobre a importância da sistematização hermenêutica, destaca Carlos Maximiliano (2006, p. 4):

Descobertos os métodos de interpretação, examinados em separado, um por um; nada resultaria de orgânico, de construtor, se os não enfeixássemos em um todo lógico, em um complexo harmônico. A análise suceda a síntese. Intervenha a Hermenêutica, a fim de proceder à sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.

A partir da hermenêutica, são estabelecidos as regras, os princípios e os métodos essenciais ao trabalho de descoberta e correlação entre o texto abstrato da norma e o caso concreto.

Como ciência, a hermenêutica não é estática, ao revés, precisa acompanhar a marcha evolutiva do Direito e, para tanto, utiliza-se das conclusões da Filosofia Jurídica – construídas a partir do debate jurídico-filosófico ao longo dos anos – para estabelecer novos métodos de interpretação.

Nesse sentido, transcreve-se a seguinte lição:

(...) fixa [a hermenêutica] novos processos de interpretação; enfaixando-os num sistema, e, assim areja com um sopro de saudável modernismo a arte, rejuvenescendo-a, aperfeiçoando-a, de modo que se conserve à altura

do seu século, como elemento de progresso, propulsor da cultura profissional, auxiliar prestimosa dos pioneiros da civilização.” (MAXIMILIANO, 2006, p. 1).

Ao se estabelecer os processos hermenêuticos corretos e se delimitar os rumos da interpretação da norma jurídica, cria-se o responsável – mesmo em uma sociedade ávida por normas positivadas que trazem uma (falsa) sensação de segurança – por tornar, verdadeiramente, seguro o ordenamento jurídico, vez que a interpretação é o que protege o Direito, trazendo estabilidade às relações sociais.

Segundo Friede (2004, p. 155), a correta aplicação dos critérios de interpretação impede a subversão à ordem legal (geradora de instabilidade social) e, é exatamente por essa razão que apenas a interpretação técnica pode ser conduzida na aplicação acertada do Direito, sem qualquer tipo de vinculação ou descumprimento dos preceitos fundamentais.

Diante dos instrumentos necessários ao seu labor, o aplicador – e, em certa medida, criador – do Direito fixará o sentido e o alcance da regra positiva e aplicá-los-á ao fato social, tornado concreto o que antes era abstrato e extraído da norma tudo o que ali contém.

Isso “é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito” (MAXIMILIANO, 2006, p. 1).

Para Bastos (1999, p. 21), a interpretação reporta-se a uma situação de fato, real ou hipotética, é uma vertente pragmática, consistente em trazer para o campo de estudo o caso ao qual vai se aplicar a norma, a partir de caminhos pré-estabelecidos pela hermenêutica e imprimindo-lhe determinadas consequências.

Ao passo que a hermenêutica, segundo o mesmo autor, situa-se em um campo mais abstrato, não tendo nenhum caso específico em mira. Seriam regras preordenadas à espera de uma atividade ulterior de aplicação.

Nesse sentido, ainda conclui que a interpretação tem por objeto as normas, enquanto a hermenêutica decifra o modo pelo qual poderá se dar a interpretação. (BASTOS, 1999, p. 23).

A norma positiva é ampla e abstrata, impossível, pois, encaixar-se ao caso concreto sem que dela se extraia a verdadeira relação com a realidade social, sem que se descortine seu significado e se espraia sua extensão.

Essa é a tarefa que à interpretação incumbe e, para tal, utiliza técnicas e métodos, orientados por princípios e regras e sistematizados pela Hermenêutica, que “é a teoria científica da arte de interpretar” (MAXIMILIANO, 2006, p. 1).

Conforme brilhantemente sintetizado por Carlos Maximiliano (2006, p.8), “interpretar uma expressão do Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta”.

Em suma, estabelecer a distinção entre a hermenêutica e a interpretação é o ponto de partida indispensável para se compreender a importância da construção hermenêutica e a aplicação da interpretação no processo de concretização do Direito, pois, uma coisa é refletir sobre as pautas hermenêuticas, e outra é interpretar, momento em que se aplicam essas pautas.

2.2 – PECULIARIDADES JUSTIFICANTES DE UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL¹

A interpretação jurídica enquanto processo de construção do Direito não deve desprezar a análise da natureza das normas objeto de seu trabalho, uma vez que cada tipo de norma

¹ Título atribuído ao Capítulo II da obra de Celso Ribeiro de Bastos: **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

reclama processos próprios e mais adequados à sua compreensão.

Trata-se, em outras palavras, de uma busca cada vez mais precisa pelos mecanismos de compreensão mais adequados às peculiaridades das diferentes manifestações jurídicas.

A doutrina é praticamente uníssona em afirmar a peculiaridade da interpretação constitucional, conforme a seguinte lição de Gomes Canotilho:

(...) o Direito Constitucional é uma ciência normativa, que não pode abdicar de uma metodologia e metódicas específicas, essencialmente dirigidas ao processo de concretização e aplicação das normas constitucionais. (CANOTILHO, 1993, p.53).

No mesmo sentido, defendem os eminentes juristas Celso Bastos e Carlos Ayres Brito:

Basta lembrar que as normas constitucionais são procriadas por um poder de maior força impositiva, que é o constituinte e são reformadas por um processo mais árduo e cerimonioso que o exigido para as demais regras jurídicas. E por tais peculiaridades formais,

reclamam a adoção de coordenadas hermenêuticas particulares. (BASTOS; BRITO, 1982, p.12).

De encontro ao entendimento majoritário, Paulo Bonavides defende que não há diferença na forma de interpretação das normas jurídicas constitucionais e das infraconstitucionais. (BONAVIDES, 1993, p.110).

Ainda em direção oposta, Uadi Bulos assevera que inexistente método específico para a interpretação da Constituição. (BULOS, 1997, p. 5).

Aqueles que entendem que a Constituição deve ser interpretada com os mesmos processos interpretativos (recursos, métodos e princípios) das demais leis utilizam-se das fórmulas desenvolvidas por Savigny, quais sejam: a interpretação sistemática, histórica, lógica e gramatical.

A fraqueza desse entendimento é rechaçada pela constatação de que os instrumentos de trabalho do exegeta – instrumentos hermenêuticos – não são únicos ou gerais, adequados perante quaisquer normas. Ao contrário, variam a partir da espécie, da origem e do contexto jurídico-político do texto normativo.

Assim, a técnica da interpretação muda quando se passa das disposições ordinárias para

as constitucionais, de alcance mais amplo, redigidas de modo sintético e geral. (MAXIMILIANO, 2006, p. 248).

Nesse contexto, a norma constitucional apresenta certas especificidades que reclamam um tratamento hermenêutico diferenciado, apesar de não desprezar, por completo, a interpretação jurídica geral.

2.2.1 – Supremacia das Normas Constitucionais: Força Normativa da Constituição e Adequação Constitucional

Inicialmente, como peculiaridade justificante de uma hermenêutica constitucional, encontra-se a posição singular das normas constitucionais na pirâmide hierárquica das normas jurídicas. Posição culminante atribuída ao princípio da supremacia da Constituição.

A supremacia das normas constitucionais deve ser compreendida sob dois aspectos: o primeiro - a partir da concepção jurídica de que se utilizou Konrad Hesse² ao defender a

² Honrad Hesse ensina que a Constituição transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem presentes, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição. (Gilmar Ferreira Mendes, em

força normativa da Constituição - baseia-se no caráter impositivo e fundante das normas constitucionais; o segundo refere-se à própria adequação jurídica indispensável entre as demais normas jurídicas e os preceitos da Lei Maior.

No tocante à força normativa da Constituição, o fato de as normas constitucionais possuírem um poder de maior força impositiva - o poder constituinte - justifica a adoção de coordenadas hermenêuticas particulares.

Poder-se-ia, neste ponto, alegar que toda norma jurídica, e não apenas a Constituição, dispõe de imperatividade e que, portanto, não encerraria nenhuma peculiaridade justificante da interpretação constitucional; entretanto defender que a imperatividade presente no Diploma Fundamental é a mesma inserta em uma legislação ordinária é desconsiderar a própria estrutura do ordenamento jurídico.

Em destaque à força normativa da Constituição, a interpretação constitucional assume papel ainda mais relevante em países que emprestam efeito vinculante aos pronunciamentos da Suprema Corte, como ocorre no Brasil, por meio das Súmulas Vinculantes.

apresentação ao trabalho de Honrad Hesse, A força normativa da Constituição, que serviu de base para a aula inaugural da Universidade de Freiburg-RFA, em 1959).

Com efeito, a interpretação constitucional não se confunde com a geral, uma vez que, depois de realizado o trabalho interpretativo, a partir de processos hermenêuticos específicos, o resultado encontrado será projetado e passará a orientar a interpretação de todo o ordenamento jurídico.

O caráter impositivo identifica o texto constitucional como um pacto, um compromisso, que orienta a atividade estatal e estabelece objetivos que hão de nortear, mesmo que a longo prazo, a atuação governamental.

Nesse sentido, a Constituição apresenta-se como texto fundante, estabelece os princípios, direitos e garantias fundamentais, a organização do Estado, a estrutura do Governo e a divisão dos poderes, ou seja, demarca os alicerces sob os quais o Estado será constituído, por isso assume o papel de transformar a normatividade hipotética em normatividade concreta.

Diante disso, “a interpretação constitucional assume papel imprescindível, porquanto antecede a própria aplicação das normas fundamentais que organizam a convivência política de um povo.” (VERDÚ, *apud* BULOS, 1997, p. 5).

A supremacia da norma constitucional, a justificar a adoção de processos hermenêuticos específicos, funda-se nos próprios comandos da Carta Magna que servem de fundamento de

validade para todas as demais normas que compõem o ordenamento jurídico.

A adequação das normas jurídicas aos preceitos constitucionais é o outro aspecto sob o qual a supremacia da Constituição deve ser analisada. Essa supremacia é justificada pelo fato de a Carta Magna servir de parâmetro para a própria interpretação, na medida em que nenhum diploma infralegal contrário à ordem jurídica fundamental deve permanecer no ordenamento jurídico.

Com efeito, a validade das normas infraconstitucionais encontra-se inserta na Lei Fundamental; daí decorre a imprescindibilidade de se compreender os comandos constitucionais em seus significados mais profundos, pois é a partir da interpretação constitucional que se construirá o parâmetro – em verdade, a partir da interpretação construir-se-á a própria constituição³ – necessário à interpretação de todas as demais normas que compõem o ordenamento jurídico.

Ademais, no campo prático, muitos são os problemas, com consequências sociais, econômicas e políticas imediatas, que surgem quando uma lei incompatível com a Constituição

³ A ideia da Constituição como produto da interpretação foi, brilhantemente, desenvolvida por Konrad Kesse, para quem o teor da norma só se completa no ato interpretativo. (BONAVIDES, 2008, p.481).

produz efeitos nas relações jurídicas. Avoluma-se, assim, a importância e peculiaridade da hermenêutica e da interpretação no campo constitucional. (BASTOS, 1999, p. 53).

O conteúdo constitucional é singular, destarte reclama a adoção de métodos específicos de interpretação, capazes de construir uma compreensão de conjunto, de sistema e possibilitar a análise da adequação constitucional, a fim de estabelecer o controle de constitucionalidade.

2.2.2 – Linguagem Constitucional I: o Caráter Aberto da Norma Fundamental

Segundo Honrad Hesse, no ramo do Direito Constitucional, os problemas de interpretação surgem com mais frequência que em outros ramos do Direito em razão do caráter aberto e amplo da letra do Texto Constitucional. (HESSE, *apud* BASTOS, 1999, p. 54).

O texto da Lei Fundamental é composto de termos de significação imprecisa, princípios e enunciados amplos que apenas iniciam e orientam a regulação de certos institutos e, por isso mesmo, requer um trabalho interpretativo intenso, a fim de se alcançar a correta delimitação de um instituto e a regulação precisa das relações em sociedade.

Diante disso, a delimitação dos institutos e a explicação detalhada dos conceitos jurídicos não cabem ao Texto Magno, mas sim, ao intérprete da Constituição a partir de métodos hermenêuticos compatíveis com a abstração dos comandos constitucionais.

Segundo Inocêncio Mártires Coelho, é necessário entender a linguagem da norma constitucional sob pena de se frustrarem os seus objetivos. “Afinal quem fala o que mais ninguém fala, rigorosamente não fala.” (HANS-GEORG *apud* MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p.155).

Quanto aos princípios, ressalte-se que, mesmo quando adotados expressamente pelo texto, não estão aptos a serem aplicados aos casos concretos sem que antes sejam decifrados pelos instrumentos interpretativos.

Nesse sentido, transcreve-se a brilhante lição de Celso Ribeiro Bastos:

Pode-se afirmar que os princípios, embora percam em concreitude, ganham em abrangência. Acabam por ser concretizados numa série de normas infraconstitucionais, que a ele dão aplicação. Isso não significa, como querem alguns, que a existência dessas normas subconstitucionais acabe por interferir na própria aplicação do princípio, subvertendo-se a superioridade constitucional. Na verdade, estas leis integradoras só

vicejam na medida em que estejam em conformidade com o princípio, e não o contrário. (BASTOS, 1999, p. 60).

Ainda em função do caráter aberto do Texto Magno, mormente pela característica programática⁴ de seu conteúdo, surge ao intérprete a tarefa de atualizar as normas constitucionais. “Aqui a interpretação cumpre uma função muito além da de mero pressuposto de aplicação de um texto jurídico, para transformar-se em elemento de constante renovação da ordem jurídica”. (BASTOS, 1999, p. 54).

Os termos e enunciados amplos não são abismos eternos, em verdade, constituem espaços ou frestas, com características elásticas, nos quais a interpretação desenhará seus contornos e adaptará o Texto Supremo às mudanças operadas na sociedade; para tanto, requer a adoção de uma hermenêutica peculiar.

⁴ As normas programáticas são aquelas que estabelecem programas e diretrizes para a atuação futura dos órgãos estatais.

2.2.3 – Linguagem Constitucional II: o Conteúdo Político da Norma Fundamental

O texto constitucional está impregnado de conteúdo político, em razão do elevado teor ideológico dos comandos insertos na Carta Magna.

Com efeito, a extensão da disposição constitucional, a partir da atividade interpretativa, deve ser definida diante dos limites traçados pelo regime político-ideológico atual, a fim de ajustar o interesse político (estatal) ao público (social).

Nesse sentido, Paulo Bonavides enfatiza que:

As relações que a norma constitucional, pela sua natureza mesma, costuma disciplinar, são de preponderante conteúdo político e social e por isso mesmo sujeitas a um influxo político considerável, senão essencial, o qual se reflete diretamente sobre a norma, bem como sobre o método interpretativo aplicável. (2008, p. 297).

Diante disso, não pode o intérprete desprender-se da origem ideológica sobre a qual se funda a Constituição, em contrapartida, não deve olvidar que seu trabalho é jurídico, voltado ao

fortalecimento normativo do texto fundamental, e não político.

Em outras palavras, por ser “acentuada a repercussão desse elevado teor ideológico de que se impregna a realidade política, no processo de interpretação das normas constitucionais” é que se justifica a necessidade de uma hermenêutica constitucional adaptada a elementos hospedados muito mais na dinâmica dos fatos que na estática da positivação formal. (BASTOS, BRITTO, 1982, p. 17).

3 - INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Urge que a Constituição seja compreendida nos seus significados mais profundos, com visão de conjunto, quando a necessidade assim o exigir, sacando-se da linguagem prescritiva do legislador constituinte o conteúdo, o sentido e o alcance da mensagem legislativa. Uadi Lammêgo Bulos

3.1 – MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Os diferentes métodos de interpretação são abordagens específicas, detalhadas e particularizadas do anseio primário da compreensão, o qual se origina na busca incessante por uma exegese comum às ciências humanas.

Noutras palavras, todos os métodos, por mais deferentes que sejam seus nomes e suas abordagens teóricas, são, em verdade, uma ramificação da atividade primária de inteligência inerente às áreas do conhecimento em que a

compreensão mostra-se impossível por meio de métodos puramente matemáticos.

A interpretação das normas constitucionais, conforme anota Canotilho, “é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios e premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes, mas em geral reciprocamente complementares”. (CANOTILHO, 1993, p. 212).

Nessa perspectiva, a diversidade das ferramentas de trabalho do exegeta não deve ser vista como um obstáculo, ao revés, constitui peça de colaboração na tarefa de compreensão e aplicação do direito, na medida em que amplia os horizontes do operador na busca pelo encaixe perfeito entre a norma e o método.

Assim sendo, “não passa de romantismo a ideia de um simplificador ‘retorno à Savigny’, cujos elementos ou métodos de interpretação, certamente, seriam insuficientes para decifrar uma realidade jurídica que se vai tornando cada vez mais complexa”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 159).

Segundo Inocêncio Mártires Coelho (2009, p. 121-122), os métodos utilizados pelos intérpretes e aplicadores da Constituição são, fundamentalmente, o jurídico ou hermenêutico-clássico; o tópico-problemático; o hermenêutico-concretizador; o científico-espiritual; e o normativo-

estruturante, cujos traços mais significativos serão apresentados a seguir.

Cumprе destacar que cada desses métodos apresenta como pressuposto justificante de sua abordagem, uma “determinada ideia de Constituição, um conceito que os seus adeptos adotam como fundamento e ponto de partida para definir o método que reputam adequado ao compreender constitucional.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 126).

3.1.1 – Método Jurídico ou Hermenêutico-Clássico: a Constituição como Lei

Em que pese o explanado neste trabalho, no sentido de reconhecer as peculiaridades justificantes de uma hermenêutica constitucional, apresenta-se, inicialmente, o método jurídico ou hermenêutico-clássico.

Para os adeptos desse método, a Constituição é, essencialmente, uma lei e, por isso, há de ser interpretada segundo as regras tradicionais da hermenêutica.

Assim, todos os métodos tradicionais de hermenêutica deverão ser utilizados na tarefa interpretativa constitucional, entre eles destacam-

se o método filológico, o lógico, o sistemático, o teleológico e o histórico.

O método filológico, também chamado de literal, semântico ou gramatical realiza uma análise textual fundada em parâmetros linguísticos. Examina cada termo normativo, observando a pontuação, a etimologia e a colocação das palavras no texto.

No critério gramatical prevalece o sentido técnico dos vocábulos, partindo da acepção comum das palavras. Neste contexto, Paulo Bonavides destaca a importância de se considerar que o destinatário da norma é a coletividade e que a massa de cidadãos nem sempre está capacitada a compreender terminologias demasiadamente técnicas. (BONAVIDES, 2008, p. 440).

Diante da análise gramatical, tudo o que não consta nas palavras deixa de ser objeto de consideração, como se o legislador fosse capaz de prever todas as situações possíveis.

Ocorre, em verdade, uma submissão exacerbada ao texto e uma supervalorização do direito positivista, responsáveis pela estagnação do pensamento crítico – ou até mesmo sua extirpação - e pelo distanciamento entre a Constituição e a realidade social.

Utiliza-se também, ainda no contexto da hermenêutica clássica, o método lógico, a partir do qual o intérprete busca atingir a perfeita coerência

do alcance das expressões constitucionais por meio de raciocínios dedutivos.

Na aplicação lógica, a norma é considerada em si, sendo descartados os elementos de natureza exterior, com o escopo de atingir a perfeita compatibilidade no interior do universo restrito da norma. (BULOS, 1997, p. 23).

Outro método é o sistemático, bastante semelhante ao lógico, tanto o é que Paulo Bonavides (2008, p. 445) entende que a interpretação sistemática veio completar a interpretação lógica, representando um “alargamento das potencialidades cognitivas contidas naquela forma de interpretação assente na *ratio*”.

No critério sistemático a norma é analisada como parte integrante de um sistema – o ordenamento jurídico –, uma unidade normativa integrada e interdependente.

Diante dessa compreensão, segundo Bonavides (2008, p. 445) seria impossível encontrar o verdadeiro sentido da norma a partir de uma análise individualizada e isolada do conjunto, fora, portanto, do “contexto das leis e das conexões lógicas do sistema”.

Quanto ao critério teleológico, cumpre destacar que a preocupação do interprete é descobrir a finalidade da norma constitucional, visando aos objetivos que ela pretende atingir.

Com efeito, esse critério de interpretação volta-se ao resultado. Seria uma busca voltada para o futuro, mas tendo como ponto de partida o passado.

Em outras palavras, após conhecer o objetivo que motivou a produção normativa, o intérprete buscará interpretar o texto constitucional a fim de possibilitar ou facilitar a concretização daquele objetivo ou resultado desejado.

O método teleológico é bastante eficiente em ordenamentos jurídicos nos quais as reformas legislativas são realizadas de forma pontual, como ocorreu no Brasil no que se refere à reforma no Código Penal, por exemplo.

Por fim, na apresentação dos métodos que compõem a hermenêutica clássica, destaca-se o método histórico.

O processo histórico, segundo Uadi Bulos (1997, p. 23), pauta-se na investigação dos antecedentes da norma, propiciando uma fonte interpretativa a partir da análise do projeto de lei, da exposição de motivos, da discussão, da aprovação e das condições culturais e psicológicas que resultaram na elaboração legislativa.

Na visão de Paulo Bonavides (2008, p. 446), o método teleológico está acoplado ao histórico, a ponto de denominá-los de “método histórico-teleológico”.

Considera, o referido autor, que ao buscar compreender o objetivo que o legislador pretendia alcançar no momento da elaboração normativa, o intérprete traça toda a história da proposição legislativa e investiga a circunstância em que se originou a lei, realizando o trabalho do método histórico juntamente com o do método teleológico, sem quebra de continuidade.

O método jurídico ou hermenêutico clássico é, em verdade, o conjunto dos critérios usuais de interpretação constitucional que equivalem aos métodos e processos clássicos de hermenêutica, comumente utilizados pelos exegetas.

Aqueles que defendem a aplicação do método jurídico no processo de interpretação constitucional alegam que, caso o caráter legal da Carta Magna fosse desconsiderado, seu texto ficaria sujeito a modificações interpretativas vulneráveis a oscilações hermenêuticas.

Essas oscilações colocariam os comandos constitucionais em uma situação de instabilidade e transformariam o “Estado de Direito num Estado de Justiça, onde o juiz, em vez de servo, faz-se senhor da Constituição”. (KARL LARENZ *apud* MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 160).

Para os adeptos do método jurídico ou clássico, o papel do intérprete limita-se a descobrir o verdadeiro significado da norma, compreender o

que está inserto no texto, com o auxílio da compreensão gramatical, lógica, sistêmica, finalística ou histórica.

Segundo esse entendimento, não cabe ao intérprete concretizar o direito a partir do caso concreto que lhe é posto, pois entendem que tudo o que era necessário já foi dito pelo legislador - seja pelo próprio texto, seja pelo contexto histórico - no momento da elaboração da legislativa.

Rogata vênia, o que, pelos seguidores do método clássico, é considerada uma modificação interpretativa causadora de instabilidade, em verdade, é a adaptação do texto da norma à realidade social, criadora do direito e responsável pelo acompanhamento da evolução das relações sociais.

3.1.2 – Método Tópico-Problemático: a Constituição como Sistema Aberto de Normas e Princípios

Antes de se adentrar no universo da tópica, cumpre esclarecer que o termo *problema* a que se refere essa direção hermenêutica renovadora assume um significado com contornos diversos daqueles que são comumente atribuídos pela linguagem gramatical.

Enquanto problema é, segundo o Dicionário da Língua Portuguesa (MICHAELIS, 2008, p. 697), uma “questão levantada para consideração, discussão, decisão ou solução”.

Sob a visão dos adeptos do método tópico-problemático, problema é toda questão que admite mais de uma resposta e tópica é a técnica do pensamento problemático que “propõe a descoberta mais razoável para a solução de um caso jurídico” (BULOS, 1997, p. 27).

A partir dessas distinções preliminares, convém esclarecer que o método tópico-problemático não assume este nome por considerar a norma uma questão que precisa ser solucionada, mas sim, por considerá-la uma questão que admite mais de uma resposta.

Assim, requer a aplicação de uma técnica voltada ao diagnóstico da resposta adequada ao caso concreto, a partir da análise das várias respostas que podem ser atribuídas a uma mesma pergunta.

O cerne da tópica é o problema e a interpretação realizada pelo método tópico-problemático parte do problema para a norma. Noutras palavras, a partir de uma compreensão prévia do caso concreto, o intérprete retira da norma a resposta mais congruente, buscando adequar a norma ao caso.

Para a análise tópica, a “Constituição é um sistema aberto de regras e de princípios, o que significa dizer que ela admite/exige distintas e cambiantes interpretações” (CANOTILHO *apud* MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 123).

Diante da adequação entre o caráter aberto do sistema constitucional e a técnica aberta da tópica, o método tópico-problemático representaria “se não o único pelo menos o mais adequado dos caminhos para se chegar até a Constituição, uma vez que os métodos tradicionais não são capazes de resolver as aporias emergentes do novo modelo constitucional”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 123).

O método tópico-problemático utiliza a argumentação lógica, originada na retórica, para expressar o pensamento jurídico aberto, uma forma de raciocínio que provém de questionamentos sucessivos, surgidos diante de um problema jurídico concreto.

Em exemplificação da aplicação tópica, Uadi Lammêgo Bulos ensina que:

[...] quando os meios convencionais para a resolução das questões concretas da vida forem insuficientes, v.g. nos casos de lacunas, o Juiz, diante da situação sub *judice*, poderá valer-se dos *topoi*, isto é, de pontos de vista que facilitam e orientam a sua argumentação, à luz daquilo que

está inserido nos autos do processo.
(BULOS, 1997, p. 28).

Na esfera constitucional, a teoria tópica assume contornos ainda mais acentuados, graças à abertura textual e à riqueza axiológica inerente aos comandos da Constituição.

Nesse sentido, Inocêncio Mártires Coelho defende que o conteúdo da Carta Fundamental mostra-se muito mais problemático do que sistemático, o que requer interpretá-la dialogicamente e considerar como válidos, até que sejam vencidos pelo melhor argumento, todos os resultados trazidos a lume pela comunidade hermenêutica. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 124).

Ao analisar o método tópico, Böckenförde destaca que quando a Constituição assume a condição de mero ponto de vista para a interpretação – o que ocorre no âmbito da tópica, ao considerar a Constituição um sistema aberto de normas e princípios, no qual se busca argumento para o debate retórico de uma questão prática –, ocorre a degradação do caráter normativo da Carta Magna.

Ressalta ainda o citado autor:

‘o primado do problema/caso sobre a norma e o sistema conduz ao questionamento da vigência

normativa das leis, que são degradadas à condição de pontos de vista relevantes para a solução de problemas (...) Em suas decisões fundamentais e normações singulares, a Constituição se converte numa combinação de pontos de vista relevantes para a solução de problemas, junto a outros, cuja relevância no caso concreto não vem determinada neles mesmos, senão por corresponderem a uma pré-compreensão consensual'. (BÖCKENFÖRDE, *apud* MENDES; BRANCO, 2012, p.103).

Por fim, cabe destacar que o pensamento tópico propõe uma abertura metodológica completa, baseada na argumentação persuasiva, apoiando-se no consenso – não na unanimidade – e tomando como ponto de partida a compreensão prévia do problema. (BULOS, 1997, p. 28).

3.1.3 – Método Hermenêutico-Concretizador: a Constituição como Parâmetro de Interpretação

O método hermenêutico-concretizador, também chamado de concretista, mantém a premissa de que a leitura do texto constitucional

requer uma compreensão prévia, assim como recomendado pelo método tópico-problemático. Entretanto, este difere daquele no que se refere ao objeto da pré-compreensão.

Enquanto o método tópico requer do intérprete a pré-compreensão do caso concreto e, pensando no problema busca a norma; o método hermenêutico-concretizador, ao revés, defende a pré-compreensão da norma e, pensando na norma alcança o caso concreto, buscando adequar o caso à norma.

Dessarte, neste método, o cerne da atividade hermenêutica deixa de ser o problema e a Constituição não é mais vista como um sistema aberto de normas e princípios, mas sim, como âncora da interpretação do próprio texto constitucional.

Noutras palavras, para o método hermenêutico-concretizador, no momento da interpretação constitucional, o intérprete deverá considerar a substância da própria Constituição, cabendo ao exegeta, onde houver obscuridade, delimitar o conteúdo da norma, que só estará completa pelo ato interpretativo. (BULOS, 1997, p. 45).

Com efeito, a tarefa do intérprete é buscar adequar o caso concreto à norma, a partir da compreensão prévia do significado normativo, “tendo como ‘pano de fundo’ a realidade social.” (LENZA, 2013, p. 157).

Segundo Inocêncio Mártires Coelho, a postura adotada pelos aplicadores do método concretista encontra apoio nas seguintes descobertas hermenêuticas de Gadamer:

'interpretar sempre foi, também, aplicar; aplicar o direito significa pensar, conjuntamente, o caso e a lei, de tal maneira que o direito propriamente dito se concretize; e, afinal, o sentido de algo geral, de uma norma, por exemplo, só pode ser justificado e determinado, realmente, na concretização e através dela'. (GADAMER, *apud* MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 125).

Para Paulo Bonavides (2008, p. 481), o método concretista considera a interpretação constitucional uma concretização, admitindo que o intérprete, onde houver obscuridade, determine o conteúdo material da Constituição.

Na aplicação hermenêutica-concretizadora, o intérprete funciona como mediador entre o texto constitucional e o caso concreto.

Essa relação entre o texto e o contexto, juntamente com a mediação criadora do intérprete, na lição do mestre Canotilho, transforma a interpretação em um movimento de ir e vir,

chamado de círculo hermenêutico. (CANOTILHO *apud* MENDES; BRANCO, 2012, p.103.

O método da concretização envolve três elementos básicos: a norma que se busca concretizar, a compreensão prévia do intérprete acerca da norma e o caso concreto a resolver.

No que tange à compreensão prévia, cumpre ressaltar a dificuldade de se produzirem resultados razoavelmente objetivos, em virtude dos contornos acentuados de subjetividade que distorcem, mesmo que inconscientemente, a captação do próprio sentido da norma constitucional.

Em certa medida, toda compreensão prévia possui algo de irracional, conforme defende Inocência Mártires Coelho (2009, p.125).

Mesmo diante dessas distorções, os adeptos do método hermenêutico-concretizador acreditam que, se ele for utilizado corretamente, ensejará concretizações minimamente controláveis, capazes de traduzir o aspecto subjetivo e o aspecto objetivo do método.

3.1.4 – Método Científico-Espiritual: a Constituição como Instrumento de Integração

O método científico-espíritual ou integrativo, concebido por Smend, enxerga a Constituição como um sistema cultural de valores de um povo, cabendo à interpretação aproximar o texto constitucional desses valores subjacentes.

No entanto, “esses valores estão sujeitos a flutuações, tornando a interpretação da Constituição fundamentalmente elástica e flexível”. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 103).

A análise da norma constitucional, de acordo com o método científico-espíritual, não deve se fixar na literalidade da norma, mas sim em elementos da realidade social e em valores subjacentes ao texto captados a partir de um raciocínio crítico da Constituição, apreciada globalmente. (BULOS, 1997, p. 44).

Sob a visão científica-espíritual, a Constituição é analisada não apenas do ponto de vista jurídico-formal – enquanto norma fundamental do ordenamento jurídico –, mas também do ponto de vista político e sociológico – enquanto instrumento de absorção de conflitos.

Com efeito, sob a ótica do método científico-espíritual, a Constituição deve ser vista

como algo dinâmico, que se renova constantemente, no compasso das modificações da vida em sociedade, tornando-se instrumento de regulação e de preservação da unidade social. (LENZA, 2013, p. 157).

Através do método integrativo, nenhum instituto de Direito Constitucional poderá ser compreendido em si, fora da conexão que guarda com a universalidade expressa pela Carta Magna, na qual se desenvolve a vida do Estado e o seu processo de integração.

Nesse enfoque, a Constituição não apenas permite, mas exige uma interpretação extensiva e flexível, diferente das outras formas de interpretação jurídica, sem necessidade de que o seu texto contenha qualquer ordenação nesse sentido. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 125).

Esse argumento é reforçado, conforme defende Inocêncio Mártires Coelho (2009, p. 128), pela própria característica aberta do texto constitucional, que vai deixando o caminho livre para que a experiência opere a integração dos variados anseios e motivações sociais que nutrem a dinâmica política e constitucional.

A essa luz, portanto, a partir da Constituição é possível perceber os valores primários e superiores da vida estatal, tais como os direitos humanos, o enunciado do preâmbulo, o território do Estado, enfim, a totalidade espiritual

que deriva da sua força integrativa. (BULOS, 1997, p. 44-45).

Segundo ensina Paulo Bonavides (2008, p. 478), a concepção de Smend⁵ vê na Constituição um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade. Esses fatores, para o eminente jurista alemão, seriam a parte fundamental do sistema, tanto quanto o território é sua parte mais concreta.

Destaca ainda Bonavides que, para Smend, “a Constituição é uma unidade de sentido e o preenchimento desse sentido o seu princípio regulativo”. (BONAVIDES, 2008, p.480).

Nesse sentido, exemplifica Smend:

‘Se a natureza jurídica de uma Constituição reside antes de mais nada em seu sistema especial de combinação de órgãos políticos superiores do Estado, então essa natureza não se haverá se compreender pela apresentação de um catálogo de competências ou por uma análise jurídico-formal das relações desses órgãos entre si’, mas, “pelos suas tarefas constitucionais de integração.”

⁵ Rudolf Smend foi um dos juristas alemães que desenvolveram o método científico-espiritual, durante o século XX, apontado por Paulo Bonavides como o criador da concepção integrativa da Constituição.

(SMEND, *apud* BONAVIDES, 2008, p. 480).

Em suma, o que pretende o método científico-espiritual ou integrativo é realizar a interpretação dos comandos constitucionais por meio da compreensão universal.

Tal compreensão é alcançada através da atribuição de sentido integrativo e até elástico ao texto constitucional, de modo que seja possível extrair os mais diversos conteúdos, determinando assim, o seu espírito, numa dimensão larga, vasta e extensa da experiência jurídica. (BULOS, 1997, p. 45).

3.1.5 – Método Normativo-Estruturante: a Constituição como objeto de Concretização

No presente trabalho, reservou-se um capítulo especialmente para a apresentação da teoria estruturante do direito e do método normativo estruturante desenvolvido por Friedrich Müller, portanto, neste ponto, far-se-á uma apertada síntese acerca desse método de interpretação constitucional.

A concepção primária do método normativo-estruturante é reconhecer a dissociação

entre a norma jurídica e o texto normativo. A partir disso, o intérprete deverá analisar o teor normativo literal à luz da realidade social, a fim de, só então, produzir a norma jurídica em sua plenitude.

Para a teoria estruturante do direito, a norma é composta por dois elementos que assumem níveis hierarquicamente iguais; o programa da norma e o âmbito da norma.

O programa seria a compreensão tradicional da ordem jurídica expressa no texto da norma. Ao passo que, o âmbito normativo seria o recorte da realidade social que o programa da norma escolheu como seu âmbito de regulamentação.

Segundo Friedrich Müller (2005, p. 42), a norma deve ser analisada de forma estruturada, a partir da relação existente entre a “normatividade, por um lado, e norma e texto da norma, por outro”.

Nesse contexto, “o texto literal de uma prescrição juspositiva é apenas a ‘ponta do iceberg’.” (MÜLLER, 2005, p. 38).

Em síntese, por hora, cumpre destacar que uns dos maiores desafios do Direito Constitucional é conseguir adequar os comandos da Carta Fundamental aos anseios da sociedade, em razão das constantes modificações ocorridas no âmbito das relações sociais.

Diante dessa necessidade premente de se realizar a aproximação entre a realidade político-social e o texto normativo fundamental de um Estado, a metódica estruturante consegue compreender a Constituição como produto resultante da junção entre texto constitucional (que é o programa normativo) e a realidade social (que é o âmbito normativo).

Essa compreensão constitucional é, em verdade, a concretização da Carta Magna, uma vez que um texto normativo incapaz de se encaixar na realidade do povo que a ele se sujeita não é Constituição, mas sim, meros enunciados linguísticos genéricos incapazes de solucionar o problema que lhes é apresentado.

Por fim, cabe destacar que a metódica estruturante tenciona trazer à reflexão a relação existente entre direito e realidade, tão relevante ao trabalho interpretativo voltado ao texto constitucional.

3.2 – PRINCÍPIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Os princípios são ferramentas auxiliares da tarefa interpretativa que devem ser utilizados juntamente com os métodos de interpretação expostos anteriormente, a fim de direcionar o

intérprete ao alcance eficiente da compreensão constitucional.

Com efeito, o trabalho do intérprete consistirá em buscar, ora na explicação principiológica, ora no procedimento metódico, a compreensão da norma em seu alcance máximo.

A questão dos princípios de interpretação constitucional encontra bastante divergência na doutrina, quer na própria listagem de quais seriam os mais adequados, quer na explanação do significado, função e forma de utilização de cada um deles.

A par disso, o presente trabalho não pretende estabelecer qual princípio é o mais adequado para uma dada situação hermenêutica, tampouco apontar uma significação única para cada um deles.

Os princípios devem ser analisados como “simples tópicos ou pontos de vista interpretativos, que se manejam como argumentos para a solução dos problemas de interpretação”. (BÖCKENFÖRDE, *apud* MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p.132-133).

Entre os princípios comumente apontados pela doutrina, especificamente no que se refere à interpretação constitucional, serão apresentados a seguir o princípio da unidade da Constituição, o da concordância prática, o da

conformidade funcional, o da eficácia integradora e o da força normativa.

3.2.1 – Princípio da unidade da Constituição

De acordo com a diretriz estabelecida pelo princípio da unidade, a Constituição deve ser vista como um conjunto de preceitos integrados em um sistema unitário de regras.

Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida quando interpretada na sua globalidade, como parte integrante do “conjunto em que ela se integra, até porque o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p.136).

Uma vez colocado em prática, o princípio da unidade possibilita ao jurista resolver os conflitos aparentes entre as normas constitucionais, afastando as antinomias.

De acordo com Inocêncio Mártires Coelho (2009, p.136), esse princípio oferece suporte à grande maioria dos cânones da interpretação constitucional, porque otimiza as virtualidades do texto da Constituição, permitindo aos seus aplicadores construir as soluções exigidas em cada situação hermenêutica.

3.2.2 – Princípio da concordância prática ou da harmonização

O princípio da concordância prática ou da harmonização consiste em uma recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, ao se deparar com um conflito entre bens protegidos constitucionalmente, adote a solução que possibilite a realização de todos eles, sem provocar a negação de nenhum.

Assim, partindo do pressuposto de que não há hierarquia entre os princípios constitucionais, deve o intérprete, em caso de concorrência, aplicar as normas constitucionais de maneira que a afirmação de um bem jurídico não implique o sacrifício do outro. (COELHO, 1997, p. 91).

3.2.3 – Princípio da justeza ou da conformidade funcional

Pela aplicação do princípio da justeza ou da conformidade funcional, os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não podem alterar a repartição de funções estabelecidas pela Constituição.

Diante disso, não pode o intérprete chegar a um resultado que perturbe o esquema

organizatório estabelecido pelo legislador constituinte originário, como é o caso da separação de poderes, no sentido da preservação do Estado de Direito. (MORAES, 2009, p.15-16).

Ao encontro da ideia de conformidade funcional, Pedro Lenza assevera que nos momentos de crise, acima de tudo, as relações entre o Parlamento, o Executivo e a Corte Constitucional deverão ser pautadas pela irrestrita fidelidade e adequação à Constituição. (2011, p. 149).

3.2.4 – Princípio da eficácia integradora

De acordo com o princípio da eficácia integradora, também chamado de princípio do efeito integrador, no momento da resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar primazia aos critérios que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.

Segundo Inocêncio Mártires Coelho (1997, p. 91), a integração das estruturas do Estado enquanto unidade política e social é uma das finalidades primordiais da Constituição.

Diante disso, caberia ao intérprete conduzir as soluções dos problemas constitucionais na direção em que seja alcançada a máxima

integração possível, evitando assim, eventuais conflitos institucionais.

3.2.5 – Princípio da força normativa

O princípio da força normativa estabelece que os aplicadores da Constituição, ao solucionar conflitos, devem conferir a máxima efetividade às normas constitucionais.

Nas palavras de Alexandre de Moraes (2009, p. 16), “diante de duas interpretações possíveis o intérprete deve adotar aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais”.

A força normativa da Constituição foi concebida por Konrad Hesse como a *vontade da Constituição (Wille zur Verfassung)*, conforme anota Gilmar Mendes⁶:

A Constituição, ensina Hesse, transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem presentes, na consciência geral,

⁶ Gilmar Ferreira Mendes, em apresentação ao trabalho de Konrad Hesse, A força normativa da constituição, texto base para a aula inaugural na Universidade de Freiburg-RFA, em 1959.

não só vontade de poder, mas também a vontade de Constituição. (MENDES, 1959).

3.3 – INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: DA SOCIEDADE FECHADA À SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

Tradicionalmente, diante dos modelos da velha hermenêutica, a tarefa de interpretar a Constituição cabia aos juristas e especialistas que compunham as instituições estatais.

Assim, “costumava-se tratar a interpretação constitucional como uma operação impregnada de oficialidade (estatalidade) e formalismo”, ocorrendo em um espaço bastante limitado. (BONAVIDES, 2008, p. 511).

Dessarte, a tarefa de interpretar a Constituição era tomada como um ato deliberado e formal do profissional do direito, dentro de um espaço bastante limitado, caracterizando assim, nas palavras de Peter Häberle, uma “sociedade fechada” de intérpretes.

Häberle acrescenta que essa sociedade fechada reduz seu âmbito de investigação ainda mais, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos

juízes e nos procedimentos formalizados. (2002, p. 12).

Nesse sentido, leciona Häberle (2002, p. 12):

Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema 'Constituição e realidade constitucional' – aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral –, então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da 'realidade constitucional'.

A hermenêutica constitucional contemporânea propõe o alargamento do número de intérpretes, de modo que todas as potências públicas, todos os grupos e todos os cidadãos, participantes materiais do processo social e responsáveis pela construção da realidade constitucional, sejam também, sujeitos da interpretação da Constituição.

Nesse contexto, cumpre compreender que a Constituição, segundo Peter Häberle, exerce papel fundante para a sociedade e para o Estado,

por isso, todo aquele que vive a Constituição é um legítimo intérprete dela.

Assim, arremata o eminente jurista, para a Constituição preservar sua força normativa, em uma sociedade pluralista, não pode ser vista como texto acabado ou definitivo, mas sim como um projeto em contínuo desenvolvimento.

Com efeito, Häberle (2002, p. 9-10) reconhece que “não existe norma jurídica senão norma jurídica interpretada” e ressalta que “interpretar um ato normativo nada mais é que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública”.

Assim sendo, o citado autor “propugna pela adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou à chamada sociedade aberta”. (HÄBERLE, 2002, p. 9).

Ainda nesse sentido, o jurista alemão traz a lume a discussão acerca dos pilares sobre os quais se fundou a hermenêutica tradicional, na medida em que critica a metodologia jurídica tradicional em que apenas ao juiz cabia interpretar a Constituição.

A nova hermenêutica objetiva desconstituir a máxima de que a interpretação é um processo formalmente estabelecido, realizado unicamente por um grupo seletivo, guiado por métodos específicos e justificado por princípios de aplicação geral e abstrata.

Diante das ideias da moderna hermenêutica, Peter Häberle (2002, p. 10). propõe que a interpretação constitucional seja pluralista e democrática, na medida em que defende:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.

A proposta da sociedade aberta de intérpretes origina-se na compreensão da Constituição como um processo fundado no diálogo, no conflito; na alternância de continuidade e descontinuidade, de teses e antíteses.

Dessarte, quando a Carta Política for entendida como “ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade” será também uma Constituição aberta e verdadeiramente democrática. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 7-8).

Para Inocêncio Mártires Coelho, essa compreensão de Häberle chega a ser fascinante, sobretudo para aqueles que processualizam a

visão do Direito e do Estado, dissolvendo a normatividade constitucional e retirando da Lei Fundamental sua mais importante dimensão, que é a de “servir de instrumento ordenador, conformador e estabilizador da vida social”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 8).

Ao discorrer sobre os participantes da interpretação, Häberle (2002, p. 20) sugere a formulação de um catálogo, onde se faz uma apresentação sistemática dos principais sujeitos da interpretação.

Nesse particular, elenca, entre aqueles que exercem uma função estatal, a Corte Constitucional e os órgãos com poder de decisão vinculante.

No tocante à Corte Constitucional, Häberle destaca que a jurisdição constitucional se mantém forte no contexto da sociedade aberta de intérpretes, uma vez que é ela a responsável por apresentar a última palavra sobre a interpretação, por meio de uma decisão vinculante.

No que se refere aos órgãos estatais com poder de decisão vinculante, elenca o órgão legislativo, enquanto responsável pela criação do objeto da atividade interpretativa, e o órgão executivo, enquanto condutor do interesse público. (Häberle, 2002, p. 21).

Em um segundo momento, Häberle (2002, p. 22) apresenta os participantes do

processo de interpretação que não exercem, necessariamente, uma função estatal, elencando, para tanto: o requerente, o requerido, aqueles com direito de participação ou de integração à lide, os pareceristas e *experts*, os peritos, as associações e partidos políticos e os grupos de pressão organizados (ONGs e demais organizações similares).

Em um terceiro ponto, elenca como participante a opinião pública democrática e pluralista: a imprensa do rádio e da televisão; o jornalismo profissional de um lado e a expectativa dos leitores de outro; as igrejas, os teatros, as editoras, as escolas da comunidade, pedagogos e associações de pais. (Häberle, 2002, p. 22-23).

Por último, apresenta o papel especial da doutrina constitucional, que é ao mesmo tempo participante e responsável por tematizar a participação dos outros sujeitos.

Diante do exposto, conclui-se que quanto mais pluralista for a sociedade, mais aberta será a comunidade de intérpretes da Constituição e mais abertos serão os critérios de interpretação.

Para Gilmar Ferreira Mendes ⁷, a influência do professor Häberle pode ser notada no âmbito do Supremo Tribunal brasileiro, por exemplo, na questão de ordem suscitada na ADIn nº

⁷ Discurso de Gilmar Ferreira Mendes “*Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil*”.

2.777/2003 em que o eminente Ministro Celso de Mello defendeu a possibilidade da sustentação oral de terceiros admitidos no processo de ação direta de inconstitucionalidade, na qualidade de *amicus curiae*.

Afirma ainda Gilmar Mendes que semelhante influência ocorreu no âmbito do poder legislativo com a consagração, na Lei nº 9.868/99, da figura do *amicus curiae*, conferindo uma abertura pluralista ao processo de interpretação constitucional, no sentido referido por Peter Häberle.

Por meio de sua teoria constitucional voltada à defesa da tolerância e da aceitação do outro e à proteção dos direitos fundamentais diante da complexa realidade do mundo atual, Peter Häberle contribuiu enormemente para o fortalecimento do Estado Constitucional, sobretudo em países de transição democrática. (MENDES, p. 2).

4 - O DIREITO CONSTITUCIONAL E A MÉTODICA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER⁸

O problema do direito e da realidade situa-se aquém da identificação ou não-identificação genérica dessas grandezas; situa-se nos detalhes da concretização estruturante e da teoria que indaga de modo correspondente. Friedrich Müller.

⁸ O autor é um dos mais originais e produtivos pensadores do Direito de nossa época. Nasceu em 1938, estudou Direito e Filosofia, doutorou-se em 1965 e defendeu tese de livre-docência com o título *Estrutura da norma e normatividade*, em 1966. A sua obra teórica fundamental, de imediato saudada por Paulo Bonavides como a mais importante fundamentação do Direito da segunda metade do século XX, é a *Teoria estruturante do direito*. Desde 1994 tem visitado regularmente o Brasil, lecionando na Universidade de Fortaleza – UNIFOR, proferindo numerosas conferências em todo o País e participando com destaque em conferências nacionais da Ordem dos Advogados do Brasil. (Apresentação ao autor em *Teoria Estruturante do Direito*, tradução de Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 3ª ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011).

4.1 – TEORIA ESTRUTURANTE DA NORMA: O REPENSAR DA RELAÇÃO NORMA-REALIDADE NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA

O positivismo foi um movimento jurídico-filosófico, nascido no século XIX, que concebia o Direito como um sistema de normas dispostas hierarquicamente com o objetivo de trazer segurança jurídica e certeza às relações sociais, estabelecendo uma identidade entre o direito e as leis do Estado. (CHRISTENSEN em MÜLLER, 2009, p. 235-236).

Pretendia criar uma ciência jurídica com características análogas às ciências exatas e naturais, apartando o direito da moral, dos valores e da discussão acerca da justiça normativa.

Nesse sentido, Barroso (2012, p. 119) aponta algumas características do positivismo jurídico:

- i) a aproximação quase plena entre Direito e norma; ii) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado; iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para a solução de qualquer caso, inexistindo lacunas; iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento

seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo.

O elemento norteador do trabalho jurídico, na fase positivista, não é a busca pela justiça normativa, mas sim pela validade da norma diante da estrutura hierárquica em que está inserida. (LIMA; SPENGLER, p. 11).

Assim, realiza-se uma análise distanciada do contexto social, procurando alcançar um conhecimento puramente objetivo da realidade, diante do estudo do direito como um fato. (LIMA; SPENGLER, p. 11).

Para Müller (2009, p. 10), o positivismo confunde a norma jurídica com o texto da norma no Código legal, por essa razão intenta aplicar o texto, suposta norma, ao caso jurídico, de forma “mais ou menos conforme a lógica formal, mais ou menos hermenêutica, mais ou menos sociológica ou crítica”.

A partir de uma concepção positivista, segundo Müller (2011, p.188-189), o direito é transformado em uma imagem da lógica formal, na qual a norma é levada ao ápice da abstração, em total separação de norma e realidade, de ser e dever ser. Demonstrando assim, que o positivismo se interessa “mais pelo conceito de ciência do que pelo conceito de direito”.

Nesse sentido, Müller alerta:

A ainda predominante compreensão da norma como um comando pronto, juntamente com seu contexto positivista, corre igualmente o risco de confundir norma e texto normativo; ou então de partir do princípio de que o teor de validade da disposição legal seria fundamentalmente adequado estaria suficientemente presente no texto literal, ou seja, seria 'dado' com a forma linguística da disposição. (Müller, 2011, p.187).

Destarte, limitar a visão do Estado de Direito aos textos normativos de disposições formais e de garantias processuais impede que o aplicador do Direito enxergue as peculiaridades presentes no contexto social e as suas alterações históricas.

Diante da incompatibilidade do pensamento lógico na aplicação do direito e do fracasso dos dogmas jurídicos positivos, criados pela ideia de sistema perfeito que prescinde de qualquer complementação ou ajuste; o positivismo sujeitou-se à crítica severa e crescente.

O repúdio ao positivismo encontra esteio na compreensão de que o direito não pode assumir uma visão meramente descritiva da realidade. Ao contrário, "cabe-lhe atuar sobre a realidade

conformando-a e transformando-a. Ele não é um dado, mas uma criação”. (BARROSO, 2012, p. 119).

Destaca ainda, Barroso (2012, p. 120) que a crise do positivismo jurídico está associada à derrota do fascismo, na Itália e do nazismo, na Alemanha, vez que “esses movimentos ascenderam ao poder mediante a justificativa de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei”.

Diante do avanço do Direito, em especial do Direito Constitucional, o formalismo positivista já não é mais capaz de solucionar os problemas jurídicos a partir de uma prescrição abstrata do texto normativo.

Nesse diapasão, o declínio do positivismo estimulou as reflexões acerca da compreensão das normas e da função social do Direito.

A antiga subsunção do caso à norma encontra agora dificuldades indisponíveis. Em parte pela própria impossibilidade de se produzir um texto normativo perfeitamente aplicável às situações ulteriores, e em parte pela complexidade das relações sociais levadas à apreciação jurídica.

Nesse contexto, o pós-positivismo surge como instrumento de superação do conhecimento convencional, sem, contudo, promover uma ruptura completa com o modelo anterior.

Dessarte, o pós-positivismo “inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade”. (BARROSO, 2012, p. 121).

Em uma concepção pós-positivista, Friedrich Müller propõe a estruturação da norma jurídica a partir das exigências da realidade inerente ao Estado de Direito, responsável por renovar a hermenêutica constitucional com a apresentação de uma metodologia que transcende os modelos clássicos de Savigny. (BONAVIDES em MÜLLER, 2009, p. 235).

Para tanto, desenvolveu a Teoria Estruturante do Direito que teve importante repercussão, inicialmente na Alemanha, espalhando sua contribuição para a renovação da ciência do direito em muitos outros países⁹, na segunda metade do século XX.

Acerca da importância dessa teoria, assevera Paulo Bonavides:

Não resta dúvida de que depois do lançamento da Teoria pura do direito, de Hans Kelsen, há 50 anos, (...), o livro de direito mais

⁹ Os trabalhos sobre a teoria estruturante do direito foram publicados especialmente no Japão e no Brasil. As traduções estão publicadas ou elaboradas no Japão, na China, no Brasil, na Espanha, na França, no Canadá, nos Estados Unidos, na Itália, na Eslovênia, na Turquia e na Coreia do Sul. (JOUANJAN em MÜLLER, 2009, p. 249).

importante que se imprimiu nos prelos da Alemanha é a Teoria estrutural do direito, de Friedrich Müller, cuja aparição nesta fase de pós-positivismo desvenda, com a combinação metodológica da realidade fática do programa da norma e do círculo normativo, o sentido estrutural e integrativo do direito, conciliando, fora do mero sincretismo e das convergências aparentes, os aspectos usualmente desmembrados da norma, do fato e do valor. (BONAVIDES, em MÜLLER, 2009, p. 235).

O trabalho crítico desenvolvido por Friedrich Müller abrange, principalmente, a metodologia, a teoria do direito e a Constituição, e intenta “fundamentar uma teoria material do direito, afastando-se assim por inteiro das correntes formalistas, nomeadamente do normativo kelseniano”. (BONAVIDES, em MÜLLER, 2009, p. 233).

Nesse contexto, onde Kelsen pensava dever parar, é que começa o trabalho de Müller, uma vez que “a teoria estruturante do direito, vista com os olhos da teoria pura do direito é, decididamente impura”. (JOUANJAN, consultado em MÜLLER, 2009, p. 251).

Noutras palavras, a teoria pura do direito de Kelsen defende que o direito está atrelado ao

direito positivo e que a norma é identificada pelo texto da norma, desconectada da realidade à qual ela deve ser aplicada, isolada dos elementos que poderiam atribuir sentido aos significados múltiplos de seu texto e privada de qualquer relação com os fatos.

Por outro lado, a teoria estruturante repousa sobre a ideia fundamental de que a norma jurídica não se identifica com o texto da norma, encarando a realidade como um dos elementos que compõem a estrutura normativa.

Diante dessa compreensão, a tarefa de unir e interligar os elementos estruturais da norma jurídica seria o próprio trabalho de construção normativa, nas palavras de Müller (2009, p. 259), de concretização do direito, no qual a norma não é o ponto de partida da concretização, mas seu resultado.

Assim, a teoria estruturante do direito foi concebida a partir de uma maneira diferente de pensar a relação norma-realidade. O que antes era visto de forma desmembrada; agora, assume um sentido estrutural, integrativo e indissociável.

Com efeito, apresenta-se como uma teoria realista de construção normativa constante e de aplicação prática do direito, capaz de possibilitar o atendimento da função social da norma jurídica, vez que a própria realidade social é elemento de sua estrutura.

A teoria estruturante busca compreender a normatividade e a estrutura da norma, dedica-se “ao problema da relação entre direito e realidade, tão carente de embasamento, quão incontornável”. (MÜLLER, 2011, p. 7).

Em suma, a norma não é norma pelo fato de ser um texto carregado de normatividade, mas sim por ser o resultado de uma construção estruturada em um anseio social extraído da realidade.

Nesse sentido, “a norma é uma consequência ordenante da própria estrutura material da esfera social a ser regulada”. (BONAVIDES, 2009, p. 506).

Em defesa da teoria estruturante, Müller assevera:

O importante, aliás, é que não se continue mantendo uma oposição global entre a realidade e o direito, senão que se distinga em concreto a realidade social, por um lado como âmbito de validade do direito e, por outro, como parcela da realidade pressuposta, recebida ou engendrada pelas normas jurídicas singulares. (2009, p. 22).

No que se refere à relação entre a norma e a realidade constitucional, ensina Müller (2009, p. 17) que o direito constitucional, em especial, requer

maior atenção em torno do direito normativo e da realidade normatizada, uma vez que é no campo do direito constitucional que, mais precisamente, recorre-se à jurisprudência para se definir o conteúdo das disposições frente aos fatos empiricamente demonstrados no mundo social.

Segundo Paulo Bonavides (em MÜLLER 2009, p. 234-235), a originalidade da teoria de Müller consiste em estruturar cientificamente a realidade jurídica, abrangendo tanto os conteúdos da norma como as propriedades formais do direito, por via de uma interconectividade surpreendente.

Nesse sentido, conclui Bonavides:

A teoria estrutural do direito tem sido inegavelmente um enorme esforço de reflexão unificadora, que prende de maneira indissociável a dogmática, a metódica e a teoria da norma jurídica, com amplitude e profundidade jamais ousadas por qualquer outra teoria contemporânea sobre os fundamentos do direito.

A compreensão da teoria estruturante do direito requer o entendimento de três pontos essenciais: a visão da norma a partir de uma concepção pós-positivista, a delimitação das estruturas que compõem a norma jurídica, bem como a relação de interdependência existente entre essas estruturas.

Nesse ponto, cumpre esclarecer que a função explicativa e estabilizadora do texto da norma é insubstituível em um Estado Democrático de Direito, mormente, no que diz respeito à função programática dos comandos constitucionais.

Diante dessa indiscutível necessidade, não há como aniquilar os comandos normativos, principalmente aqueles inseridos na Constituição que estabelecem um dever de agir e um programa de Governo em prol do bem estar social.

O abandono do texto literal da norma traria a instabilidade tão repudiada no Estado Democrático de Direito. Essa não é a proposta do pós-positivismo.

Ao contrário, o convite pós-positivista é pela busca de um pensamento crítico e prático, desvinculado do direito positivo como única fonte de estabilidade social.

Defende, pois, a análise crítica do texto legal, visando à criação de uma ciência jurídica voltada ao direito concreto, aquele que é realizável, capaz de atender aos anseios produzidos pela complexidade da realidade social.

Diante disso, faz-se necessária a libertação das correntes positivistas, marcadas pelo formalismo e pelo racionalismo lógico exacerbados e inadequados às ciências humanas.

Nesse contexto, a aceitação da norma jurídica como um produto pré-fabricado, perfeito e acabado, pronto para que dele se extraiam todas as respostas possíveis é utopicamente inaceitável.

Se a norma não pode ser previamente dada – vez que texto da norma e norma não se confundem –, então, o texto da prescrição é tomado como o limite da concretização, diante das circunstâncias detalhadas no caso concreto e dos princípios do Estado de Direito analisados à luz da clareza constitucional. (Müller, 2005, p. 95).

Assim sendo, para compreender a estrutura da norma jurídica, os seus elementos e a interação entre eles, faz-se imprescindível a visão do Direito como um trabalho de criação e produção prática, realizado de forma dinâmica e constantemente alterado pela realidade social.

Portanto, a desvinculação entre norma e texto da norma, entre o direito real e o direito positivo são as primeiras compreensões necessárias ao entendimento da teoria estruturante.

4.2 – METÓDICA ESTRUTURANTE: ESTRUTURA DA NORMA E NORMATIVIDADE

No contexto do pós-positivismo e da moderna hermenêutica constitucional, o método

normativo-estruturante, desenvolvido por Friedrich Müller, propõe a estruturação da norma jurídica em um modelo sequencial e dinâmico de concretização.

Diante desse enfoque hermenêutico, Müller (2005, p. 41-42) propõe a estruturação da norma a partir da união de três elementos: o programa da norma, o âmbito da norma e a normatividade.

O teor literal expressa o “*programa da norma*”, que é a compreensão tradicional da ordem jurídica, representada pelos preceitos jurídicos e institutos concebidos pelo ordenamento normativo.

O texto é apenas a parte exposta da norma, a “*ponta do iceberg*”. A ele, agregam-se a compreensão do ordenamento jurídico, os preceitos e princípios fundamentais estabelecidos em conformidade com a Constituição, formando assim, o programa da norma.

O âmbito da norma, por sua vez, é o elemento de relação entre o direito e a realidade na hermenêutica constitucional, representa o recorte da realidade social, a parcela escolhida para ser regulamentada pelo programa da norma.

No direito constitucional a importância da compreensão da norma diante do seu âmbito de regulamentação assume especial nitidez, vez que a norma constitucional não há de ser imposta à realidade, como um comando intocável e superior.

Ao contrário, a norma fundamental é constitutiva, estabelece a formação do povo, a separação dos Poderes, a constituição do Estado e do Governo; funcionando como “uma inferência classificadora e ordenadora a partir da estrutura material do próprio âmbito social regulamentado”. (Muller, 2005, p. 43).

Nesse sentido, Müller (2005, p. 42-43) ensina que o âmbito da norma pode ter sido gerado ou não pelo direito.

Como exemplo de âmbitos gerados, quase que inteiramente, pelo direito, cita as regras institucionais e prazos processuais, os conteúdos dos institutos jurídicos, a forma jurídica das associações e sociedade com ou sem personalidade jurídica.

Por outro lado, existem âmbitos, ou recortes da realidade, como as normas dos direitos fundamentais e as normas principiológicas constitucionais que não se apresentam da mesma forma que são evocados pelo direito.

Nesses casos, o processo de fundamentação e de aplicação prática do direito requer uma concretização normativa ainda mais aprofundada, pois a realidade transcende, em muito, o teor literal.

Assim, quanto mais partes não geradas pelo direito estiverem integrando o âmbito da norma, mais a implementação da norma carecerá de uma

análise aprofundada do contexto social em que foi produzida.

Isso ocorre com bastante frequência com as prescrições de direito constitucional, cujos âmbitos da norma “são fecundos e possuem um peso decisivo para a concretização”. Por isso, a jurisprudência dos tribunais constitucionais tem acentuado valor paradigmático em termos de conhecimento. (MÜLLER, 2005, p. 46).

Cumprido esclarecer, neste ponto, que a metódica estruturante não atribui força normativa ao fato, pois não se volta ao “sociologismo”, nem à metódica “não-jurídica”. (MÜLLER, 2005, p. 45).

A força normativa está na Constituição, uma vez que aproximação entre a norma e a realidade não retira esse atributo do Texto Fundamental, pois o âmbito da norma é concebido como “um fator co-constitutivo da normatividade” e não um elemento detentor de força normativa própria. (MÜLLER, 2005, p. 38).

Sendo assim, o âmbito da norma e o programa da norma são os elementos que compõem a estrutura da norma. Sendo o programa da norma expresso pelo texto legal e a realidade, um fator constitutivo da normatividade e expressa pelo âmbito da norma.

Diante das considerações apresentadas acerca dos dois primeiros elementos estruturais da

norma, resta a indagação do que vem a ser o terceiro elemento, a normatividade.

A respeito, Müller (2005, p. 38) ensina que a normatividade não é produzida pelo teor literal da norma, mas sim, resulta de dados extralinguísticos produzidos pelo Estado e pela sociedade, a partir de um funcionamento efetivo do ordenamento constitucional.

Desta feita, o eminente jurista ensina que os impulsos de regulamentação e ordenação que partem da prescrição jurídica não são produzidos pelo seu texto, mas resultam do processo de compreensão do teor literal, vez que publicado, veiculado, transmitido, aceito e observado por aqueles que promovem a implementação fática do texto normativo, sempre conforme o fio condutor da formulação linguística dessa norma e os instrumentos auxiliares da concretização.

Assim, o conteúdo de uma prescrição jurídica e os impulsos que dela partem, não estaria presentes em seu teor literal, mas inseridos na atividade efetiva e dinâmica do Estado de acompanhamento das demandas sociais.

A par disso, Müller (2005, p. 41) ensina que o texto da norma não “contém” a normatividade. Ele apenas dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização, sendo que a normatividade só estaria presente na norma criada de forma estruturada.

Com efeito, não é o texto de uma norma (constitucional) que regulamenta um caso jurídico concreto, mas o órgão legislativo; o órgão governamental; o funcionário da administração pública; os juízes e tribunais, enfim, todos aqueles que elaboram, publicam e fundamentam a decisão reguladora do caso concreto. (Müller, 2005, p. 38).

Portanto, a normatividade que se manifesta nas decisões práticas não está orientada apenas pelo texto da norma jurídica objeto de concretização, ao revés, surge com a ajuda de manuais didáticos, de comentários e estudos monográficos, de precedentes e de material do Direito Comparado.

4.3 – METÓDICA ESTRUTURANTE COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

A concretização da norma é a tarefa de aplicação do texto legal interpretado ao caso concreto, a fim de se realizar a regulamentação das questões jurídicas concretas.

Esse processo é o que atribuiu normatividade aos comandos legais, uma vez que as normas jurídicas não são dependentes do caso, mas referidas a ele. (MÜLLER, 2005, p. 48).

A interpretação do texto da norma é apenas um dos elementos no processo de concretização, por isso, enquanto forem indicados como métodos da ciência jurídica somente regras de interpretação, “a estrutura da realização prática do direito terá sido compreendida de forma equivocada”. (Müller, 2005, p. 47).

Como exemplo, Friedrich Müller (2005, p. 53) cita as competências dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário elencadas na Constituição Federal. Elas não foram ali inseridas para que fossem explicadas ou recapituladas, mas sim para que fossem concretizadas na decisão jurídica do caso, com caráter de obrigatoriedade.

Assim, o texto da norma constitui um elemento certamente importante, enquanto ponto de partida e limitador do processo de formação da norma, mas apenas um elemento dentre outros.

Nesse sentido Friedrich Müller (2005, p. 41) conclui que “conceitos jurídicos em textos de normas não possuem ‘significado’, enunciados não possuem ‘sentido’ segundo a concepção de um dado orientador acabado”.

Ao contrário, o significado será construído, a partir trabalho concretizador ativo do destinatário, estabelecido com base na estruturação da norma diante do caso concreto e do contexto social.

Uma norma no sentido metódico

tradicional – teor literal da norma – pode parecer clara no papel, entretanto, diante de um caso concreto pode parecer complementemente “destituída de clareza”. (MÜLLER, 2005, p. 48).

Isso ocorre porque a norma não está pronta ou “substancialmente” concluída. Seu sentido não está completo, integrado, concretizado. Ela é apenas um núcleo revelador da ordem normativa e composto de elementos que são unidos e integrados na análise do caso concreto.

Portanto, a concretização faz-se necessária para tornar esse núcleo “nítido, diferenciado, materialmente enriquecido e desenvolvido dentro dos limites do que é admissível no Estado de Direito, determinados sobretudo pela função limitadora do texto da norma”. (Müller, 2005, p. 48).

Nesta linha, seria impossível descolar a norma jurídica – aquela constituída pelo processo de concretização – do caso jurídico por ela regulamentado, nem o caso da norma. Pois, ambos fornecem os elementos necessários à decisão jurídica.

Segundo Müller, cada questão jurídica entra em cena na forma de um caso concreto e toda norma somente faz sentido com vistas a esse caso a ser solucionado por ela.

Nesse sentido, assevera Müller (2005, p. 47):

Uma metódica destinada a ir além do positivismo legalista [...] não pode conceber o processo bem como a tarefa da realização do direito normativamente vinculada como uma reelaboração de algo já efetuado. Ela deve elaborar problemas da “pré-compreensão” da ciência jurídica e do fato da concretização estar referida ao caso.

A percepção de que a norma jurídica – principalmente a Constituição, dados os seus comandos abstratos e gerais – está dissociada da realidade atual, não refletindo as demandas das relações humanas e tornando-se incapaz de atribuir legitimidade às modificações ocorridas no âmbito da norma; resta acentuada quando a hermenêutica constitucional é restrita ao processo de interpretação.

Esse problema que incomoda aqueles que se submetem à ordem jurídico-constitucional e que provoca a sensação de que a Constituição não passa de texto, que nada constitui e que nada ordena, só pode, na visão de Friedrich Muller (2005, p. 54), ser revolvido pela concretização.

Noutras palavras, o fantasma da ineficácia constitucional será afastado quando a norma jurídica for encarada como norma de decisão, fundamentada em convergência com o ordenamento jurídico vigente.

Neste contexto de concretização constitucional, os fatos são elevados ao patamar de casos jurídicos decididos e resultantes do processo de integração entre texto da norma, realidade e caso concreto.

No desempenho dessa tarefa de concretização normativa, certos fatores referentes aos elementos da estrutura da norma devem ser considerados.

No momento da concretização, cabe observar se o âmbito da norma é tradicional ou não, qual a relevância política e social por ele sofrida, se suas características são naturais ou gerados pelo direito. (Müller, 2005, p. 46).

A análise volta-se também para a confiabilidade do texto da norma na formulação do programa, e a própria precisão do programa quando comparado com a realidade social (âmbito da norma) e com o ordenamento jurídico-constitucional (programa da norma).

O último ponto de análise diz respeito à posição normativa da prescrição a ser concretizada. Seja considerada no contexto do ordenamento jurídico - norma constitucional -, seja considerada no contexto da codificação – matéria de conteúdo geral ou específico dentro de uma mesma legislação

No campo da concretização constitucional, Müller defende que a Constituição

deve ser tomada como a Lei Fundamental de uma sociedade “estatalmente organizada”, com a ajuda de uma metódica desenvolvida a partir dos “pormenores” do ordenamento jurídico constitucional. (MÜLLER, 2005, p. 54).

Essa necessidade reside no fato de a Constituição ser o ordenamento fundante de uma determinada sociedade estatalmente organizada e do próprio ordenamento jurídico global. Seus comandos não são garantidos por normas de hierarquia superior.

Por isso, a dificuldade específica em se instituir a concretização das normas constitucionais, justificante da criação de um método hermenêutico próprio do direito constitucional que se oriente segundo essas dificuldades.

A metódica estruturante de Friedrich Müller, aqui apresentada, “é desenvolvida com base no e com vistas ao direito constitucional”. (2005, p. 56).

A expressão “metódica estruturante” resume o que foi dito no presente trabalho sobre a estrutura da norma e a normatividade.

Nesse diapasão, o processo de concretização constitucional lastreia-se na criação estruturada da norma, partindo da diferenciação existente entre a norma e o texto da norma; entre concretização e interpretação.

Depende, pois, de uma compreensão prévia acerca do sistema jurídico-constitucional, dos elementos que compõem a norma e do próprio caso concreto a ser decidido à luz da Constituição.

A metódica estruturante apreende as características dos elementos do programa da norma e do âmbito da norma, a fim de desenvolver um instrumento de trabalho hermenêutico capaz de controlar a decisão, por meio da fundamentação e da representação das funções jurídicas dos elementos que compõem a norma.

Com isso, a hermenêutica constitucional move-se “na direção da exigência de encontrar graus de interpretação ‘à maneira’ de *Savigny*, que sejam conformes ao direito constitucional atual”. (MÜLLER, 2005, p. 57).

Contudo, a metódica estruturante vai além dos instrumentos disponibilizados por *Savigny* e dos dogmas estabelecidos pelo positivismo; vai além das ideias defendidas pela dialética e a pela retórica; vai além da metodologia tópica e da ponderação de valores, uma vez que disponibiliza instrumentos hermenêuticos nunca antes ofertados ao concretizador constitucional.

Pelas razões mencionadas a metódica jurídica só poderá fundamentar-se na análise de técnicas práticas de trabalho nas funções da concretização do direito e da constituição. (MÜLLER, 2005, p. 58).

5 - OS DESAFIOS DA CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

(...) se o Direito é um saber prático, a tarefa de qualquer teoria jurídica é buscar as condições para a) a concretização dos direitos – afinal, a Constituição (ainda) constitui – e, b) ao mesmo tempo evitar decisionismos e arbitrariedades interpretativas. Lenio Luiz Streck

5.1 – O ATIVISMO JUDICIAL¹⁰ E OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

No âmbito jurídico em geral, a necessidade de se estabelecer parâmetros objetivos para controlar a interpretação deriva da necessidade de se atribuir segurança jurídica às soluções alcançadas.

Nesse sentido, a interpretação infraconstitucional procura apoiar-se nas diretrizes apontadas pela Constituição, a fim de atribuir segurança ao processo de compreensão; em

¹⁰ O ativismo judicial, segundo Luís Roberto Barroso, é a transferência de poder das instâncias tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo, para juízes e tribunais. (BARROSO, 2012, p. 39).

especial, pela interpretação conforme e pelo controle de constitucionalidade.

Em sede de hermenêutica constitucional, a preocupação com a sensatez e racionalidade interpretativas acentua-se, uma vez que as mutações constitucionais¹¹ acabam por refletir na interpretação de todas as normas inseridas no ordenamento jurídico-constitucional.

Outra preocupação reside no fato de que, na realidade atual, é inevitável a criação judicial do direito, já que a experiência recente parece ter condenado ao esquecimento a concepção kelseniana do legislador negativo, tantas têm sido as decisões das Cortes Constitucionais. (LENZA, 2013. p. 163).

Segundo Inocêncio Mártires Coelho, essas decisões exaradas pelas Cortes Constitucionais, a pretexto de otimizar ou realizar a Constituição, assumem nítida postura legislativa, criando normas de caráter geral e vinculante. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 145-146).

No que se refere à interpretação constitucional, o foco do ativismo judicial concentra-

¹¹ As mutações constitucionais são alterações no significado e sentido interpretativo dos comandos constitucionais. A transformação não está no texto em si, mas na interpretação que se faz daquele texto. Esse novo sentido pode decorrer de uma nova percepção do Direito ou de uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. (LENZA, 2013. p. 146-147)

se na atuação das Supremas Cortes, vez que são as responsáveis por estabelecer a última palavra a respeito da interpretação do Texto Fundamental.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2012, p. 38-39) destaca que em diferentes países, desde o final da Segunda Guerra, verificou-se um avanço da justiça constitucional sobre o campo de atuação do Legislativo e do Executivo. Citando, ainda, como exemplo, o caso dos Estados Unidos em que a eleição de 2000 foi decidida pela Suprema Corte.

No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal tem ocupado, nos últimos anos, “um espaço relevante no cenário político e no imaginário social”. (BARROSO, 2012, p. 38).

Diversas são as razões apontadas pela doutrina a fim de justificar esse fenômeno, entre elas Barroso destaca três:

A primeira é o reconhecimento de um Judiciário forte e independente é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais. A segunda envolve uma certa desilusão com a política majoritária. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, para evitar o desgaste, preferem que o Judiciário decida questões controvertidas, como aborto e direitos homossexuais. (BARROSO, 2012, p. 39).

Ocorre que, no Brasil, o fenômeno do ativismo judicial voltado à Suprema Corte assume proporções ainda maiores, em razão da grande variedade de temas de que cuida a Constituição Federal de 1988.

A fim de executar essas novas tarefas assumidas pela jurisdição constitucional, a Suprema Corte brasileira utiliza-se da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou insuficientes.

Diante disso, “juízes e tribunais precisam desempenhar uma atividade mais criativa – isto é, menos técnica e mais política – nas inúmeras situações de colisão entre as normas constitucionais”. (BARROSO, 2012, p. 41).

Essa postura ativista foi percebida, por exemplo, na decisão que reconheceu a exigência de fidelidade partidária e na regulamentação do direito de greve dos servidores públicos.

Destarte, parece que a atuação do intérprete torna-se ainda mais discricionária, aumentando o poder individual do aplicador constitucional e reduzindo a objetividade e previsibilidade do direito. (BARROSO, 2012, p. 41)

Neste contexto, no qual as decisões judiciais assumem a tarefa de atender às demandas sociais não satisfeitas pelo Poder Legislativo, estabelecer os limites da interpretação

constitucional torna-se imprescindível para a preservação das competências originais do Judiciário e da separação dos poderes.

A respeito, Friedrich Müller (2011, p. 202) leciona que o limite da criação do direito, no âmbito da concretização constitucional pela metódica estruturante, é estabelecido pelo próprio texto normativo em prol da clareza, da publicidade, da segurança jurídica e da inviolabilidade do ordenamento constitucional no Estado Democrático de Direito.

Noutras palavras, ao analisar o programa da norma, o intérprete compara o teor literal com o ordenamento constitucional e, assim, delimita as diretrizes da concretização normativa, a fim de que a solução encontrada seja reconhecida como legítima diante da Constituição.

Assim, o processo de concretização constitucional parte do texto da norma, mas também encontra nele o seu limite de atuação, pois o texto representa o ordenamento jurídico no qual estão estabelecidas as competências dos poderes, inclusive as do Poder Judiciário.

Pelo exposto, a delimitação de até onde a interpretação constitucional deve ir torna-se ainda mais complexa, pois agora não se trata apenas de se estabelecer limites para o processo de interpretação, mas também para o processo de criação judicial do Direito.

Diante desse desafio hermenêutico que busca conciliar a concretização constitucional e a atualização do direito frente às demandas sociais com a segurança jurídica, os princípios servem de guia e de limitador ao intérprete.

Os princípios constitucionais, explícitos ou não, materializam a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico, espelham a ideologia da sociedade e dão unidade e harmonia ao sistema jurídico-constitucional, ao tempo em que adquirem normatividade. (BARROSO, 2012, p. 121-122).

A par disso, servem de “guia ao aplicador constitucional, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado”. (BARROSO, 2012, p. 122).

Tome-se como exemplo a disputa judicial envolvendo a construção de usinas hidrelétricas na Amazônia, conforme explica Barroso:

O governo invocou, para legitimar sua decisão, a norma constitucional que consagra o desenvolvimento econômico como um dos objetivos fundamentais da República; do outro lado, ambientalistas e a população afetada fundamentavam sua oposição à medida na disposição constitucional que cuida da proteção ao meio ambiente. (BARROSO, 2012, p.41).

Diante de casos como o citado acima, o intérprete deve partir do princípio mais genérico até o mais específico, a fim de chegar à formulação da decisão concreta que mais se compatibiliza com as prescrições constitucionais, sem perder, contudo, a noção do limite de sua atividade criadora.

Por isso é que se diz que, “num conflito de princípios constitucionais, funciona como hipótese de incidência o próprio caso sob apreciação e, como consequência jurídica, o princípio que vier a prevalecer”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 150).

Portanto, o princípio prevalente servirá como justificativa da solução tomada como a mais justa ao caso. Funcionando, pois, como objeto de fundamentação, vez que legitima a decisão judicial, e de limitação, vez que estabelece o parâmetro de atuação constitucional do qual o intérprete não deve se afastar.

5.2 – CAMINHOS PARA A CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A Constituição brasileira encontra-se em fase de afirmação democrática, graças ao tardio desenvolvimento das instituições políticas e às fraquezas estruturais do Estado. (LUCAS, 2006, p.54).

No cenário da realidade nacional é preciso reconhecer a Constituição de 1988 como um documento capaz, realmente, de constituir e de produzir sentido vinculante dentro do ordenamento jurídico.

A par disso, o direito constitucional brasileiro assume a incumbência de atualizar a unidade política do Estado, de fornecer fundamentos e critérios de aferição e efetivação das normas infraconstitucionais, e sobretudo de assegurar legalidade e legitimidade às situações aceitas como “corretas” pela sociedade. (MÜLLER, 2005, p. 56).

Assim, o direito constitucional vem assumindo um caráter hermenêutico, em razão do deslocamento das atenções para o poder judiciário, diante da impossibilidade de o Legislativo poder antever todas as hipóteses possíveis de aplicação de um dado comando constitucional. (LUCAS, 2006, p. 9).

Diante disso, a aplicação do Texto Fundamental tem a tarefa de enquadrar uma relação da vida real às prescrições da Constituição, de modo a amparar juridicamente um interesse humano. (MAXIMILIANO, 2006, p. 5).

Sendo assim, o ponto de partida no caminho da concretização dos comandos insertos na Constituição de 1988 consiste em superar os dogmas positivistas responsáveis por afastar da discussão jurídica as questões concretas da

sociedade.

A norma constitucional não é um texto criado em um contexto social totalmente diverso e que deva ser imposta à realidade social atual. Ela não se confunde com o texto da norma produzido pelo legislador constituinte.

Ao contrário, ela só existe, efetivamente, enquanto resultado do processo de concretização; a partir da estruturação adequada, diante do caso concreto e das necessidades contemporâneas.

O segundo elemento na busca da concretização constitucional é a aceitação do Direito enquanto ciência da discussão, da construção e da mutação. Não como mero reprodutor da realidade, mas com potencialidade de transformar a sociedade. (LUCAS, 2006, p. 10).

Nesse sentido, o Direito deve ser visto como uma ciência dinâmica e funcionar como um espelho, capaz de refletir a realidade. Tarefa a ser cumprida a partir do rompimento de um modelo liberal de interpretação para um modelo social de interpretação. (LUCAS, 2006, p. 14).

O terceiro passo para a concretização no Brasil consiste em encarar como aplicáveis os comandos insertos na Carta Magna de 1988, realizando “uma profissão de fé no projeto de Constituição dirigente” e extirpando da prática política e institucional a “blindagem contra os efeitos da Constituição”. (LUCAS, 2006, p. 14-15).

Noutras palavras, a leitura que se faz do texto constitucional deve abandonar o campo da contemplação e adentrar na esfera da aplicação. O texto da norma fundamental será Constituição quando for encarado como um comando normativo imperativo.

O que se busca é a concretização, é a aproximação do Texto Fundamental, concebido em 1988, da realidade institucional e dos anseios sociais contemporâneos.

Pelo processo concretizador, a Constituição será capaz de amparar juridicamente os interesses humanos e de afastar do imaginário social a sensação de incompatibilidade entre Constituição e realidade.

Diante de todo o exposto, cabe a conclusão de que a Constituição Federal de 1988 terá força normativa efetiva no momento em que a interpretação constitucional voltar-se à concretização normativa dos direitos inseridos no Texto Fundamental.

CONCLUSÃO

Diante da necessidade de se aproximar a Constituição Federal dos anseios de uma sociedade complexa e dinâmica, o presente trabalho trouxe ao debate a importância do estudo hermenêutico, a fim de que a tarefa do jurista não esteja restrita à repetição mecânica de textos legislativos, mas que seja responsável pela construção do Direito.

Assim, a pesquisa científica realizada, cuidou da análise dos posicionamentos de doutrinadores e especialistas na área da Hermenêutica e do Direito Constitucional acerca da interpretação constitucional e da aproximação entre os comandos constitucionais e a realidade político-social do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, expôs-se os métodos de trabalho da hermenêutica constitucional como instrumentos auxiliares do intérprete na busca, não só pelo sentido, mas também pela construção normativa e pela resolução do problema da compreensão.

Assim, enfatizou-se a relevância de se estabelecerem métodos de trabalho interpretativo capazes de promover a estruturação concretista do direito e atribuir legitimidade às relações humanas

atuais, até então desconhecidas pelo ordenamento constitucional.

Nesse sentido, a norma já não pode ser confundida com o texto da norma. Ela não está completa, acabada e perfeitamente aplicável às situações da vida antes de ser confrontada com o caso a ser solucionado.

Agir de forma diferente seria aceitar que um texto escrito há vinte e cinco anos fosse capaz de prever todas as respostas possíveis aos confrontos constitucionais surgidos nas relações humanas, políticas e sociais da atualidade.

Incumbe ao intérprete, portanto, compreender a norma jurídica como produto de uma criação implementada diante do caso concreto, mediante a união dos preceitos do ordenamento jurídico-constitucional com a realidade normatizada.

Nesse deslinde, o presente trabalho enfatizou as ideias do jurista alemão Friedrich Müller que, por meio do estudo da teoria da norma e da Constituição, estabeleceu as diretrizes da nova hermenêutica constitucional.

A proposta hermenêutica do referido jurista consiste em uma nova maneira de pensar a relação norma-realidade, partindo da premissa de que existe uma implicação necessária e uma ligação entre os preceitos jurídicos e a realidade que eles intentam regular.

Essa ligação é tão estreita e indissociável que a realidade é apresentada como um dos elementos que compõem a estrutura da norma jurídica. Assim, não cabe falar em distanciamento entre a norma e a realidade social, vez que aquela só existe após a incorporação desta em seu processo de estruturação.

Diante da estruturação normativa, depreende-se que a normatividade, a partir da teoria e metódica estruturante de Müller, não está inserida no texto da norma, mas advém do funcionamento efetivo e dinâmico do Estado na tarefa de acompanhar as alterações sociais.

A normatividade, desse modo, é produzida pela sociedade e pelo Estado ao longo da evolução institucional. Não se trata de extraí-la, ou não, do texto da norma. Tanto o é, que um comando pode estar inserido na Constituição e não apresentar força normativa diante do contexto político-social.

O estudo desenvolvido neste trabalho também buscou relacionar as ideias da nova hermenêutica e da teoria estruturante do Direito com o atual estágio do constitucionalismo brasileiro, marcado pelo ativismo judicial e pela ascensão institucional do Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, a Suprema Corte brasileira utiliza-se da interpretação para sanar omissões legislativas e realizar a concretização da Constituição Federal de 1988 diante do caso

concreto colocó à apreciação do Poder Judiciário.

Destacou-se assim, o papel dos princípios constitucional como agentes limitadores do trabalho interpretativo e da construção judicial do direito, em prol da manutenção da segurança jurídica e do respeito à separação dos poderes no Estado Democrático de Direito.

Diante de todo o exposto ao longo do estudo e da pesquisa doutrinária desenvolvida no presente trabalho, conclui-se que o Direito não deve ser entendido, pura e simplesmente, como a soma dos textos positivados e inseridos no ordenamento jurídico, mas sim como uma força viva em constante processo de alteração e estruturação concretista.

Nessa leitura, o texto normativo é apenas o ponto de partida no trabalho de criação da norma jurídica constitucional, cabendo ao intérprete estruturá-la a partir dos preceitos jurídicos e da realidade social.

Portanto, a Constituição estará em harmonia com a realidade social no momento em que estruturada a norma pelo processo concretista. A partir desse processo estruturante, os direitos e garantias inseridos na Carta Magna são efetivamente realizados no caso concreto, sem se descuidar o intérprete dos limites do processo hermenêutico de concretização constitucional.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2ª ed. rev. e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª ed., atual. e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Estrutural do Direito de Friedrich Müller**. Artigo publicado na *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, 2, Rio de Janeiro, 1984, p. 249 e ss. Consultado em MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica

estruturantes. 2 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 233-235.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6ª ed. Revista. Livraria Almedina: Coimbra, 1993.

CHRISTENSEN, Ralph. **Teoria estruturante do direito**. Artigo consultado em MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 235-248.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, reimpressão 2002.

JOUANJAN, Olivier. **De Hans Kelsen a Friedrich Müller** – método jurídico sob o paradigma pós-positivista in Friedrich Müller, *Discours de la Méthode Juridique*, Paris, 1996, p. 5 e ss. Consultado em MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 248-268.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 15^a ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 17^a ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Lizana Leal; SPENGLER, Fabiana Marion. **A crise da racionalidade positivista e as transformações no papel do juiz**: uma análise sobre a prestação jurisdicional do estado atual.

LUCAS, Douglas Cesar. **Olhares hermenêuticos sobre o direito**: em busca de sentido para os caminhos do jurista. Douglas Cesar Lucas, Raquel Sparemberger. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação ao trabalho de Konrad Hesse, **A força normativa da constituição**, texto base para a aula

inaugural na Universidade de Freiburg-RFA, em 1959).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar. **“Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil”**. Discurso proferido em cerimônia de homenagem à Peter Häberle.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. 3ª ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 2ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**, tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3ª ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.