

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

TEORIA CONSTITUCIONAL

EMILIO PELUSO NEDER MEYER

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARIA FERNANDA SALCEDO REPOLES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Emilio Peluso Neder Meyer, Paulo Roberto Barbosa Ramos, Maria Fernanda Salcedo Repoles – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-140-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional. 3. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA
TEORIA CONSTITUCIONAL**

Apresentação

O livro Teoria Constitucional reúne artigos os quais articulam ideias sobre os principais fundamentos da teoria constitucional, dando especial atenção à sua dinâmica e desenvolvimento em um contexto globalizado que impõe novos e desafios à lei fundamental.

São discutidas questões atinentes ao poder constituinte, cultura constitucional, interpretação constitucional, princípios constitucionais e alternativas à ponderação, discricionariedade judicial, interpretação constitucional, judicialização e acesso à justiça. As temáticas abordadas procuram refletir debates contemporâneos que permeiam a Teoria da Constituição em todo o mundo. Pode-se perceber, de um lado, a necessidade de difusão (mas também revisão) de inúmeros pressupostos dogmáticos: vários artigos não só apresentam, mas criticam, o uso da proporcionalidade por órgãos judiciais nacionais e transnacionais. De outro lado, os trabalhos são acompanhados de uma abordagem de forte perspectiva crítico-filosófica: a influência da filosofia da linguagem e o papel da sociologia jurídica atestam a transdisciplinariedade necessária para compreender a complexidade dos problemas que hoje perpassam o Direito Constitucional.

Não são outras as razões pelas quais a tensão entre Constitucionalismo e Democracia é inúmeras vezes invocada. Os recentes avanços do Novo Constitucionalismo Latino-Americano (em países como Bolívia, Equador e Colômbia, por exemplo), a necessidade de reforçar o papel da participação popular no acesso à justiça, o reequacionamento da relação entre força normativa da Constituição e as recorrentes frustrações da "concretude constitucional", o enfrentamento e o questionamento de uma "cultura constitucional", são todas questões que são objeto de investigação. Mais do que isso, perpassando o caso brasileiro, a reforma política é discutida na sua dimensão constitucional; o papel do Supremo Tribunal Federal na relação entre controle difuso de constitucionalidade e controle concentrado de constitucionalidade é enfrentado na ótica de realização (ou não) de anseios democráticos, principalmente pensado a partir de importações acríticas de conceitos, como o de mutação constitucional; e, como não poderia deixar de ser, a problemática do ativismo judicial é o tema de inúmeros trabalhos.

Perguntas recorrentes perpassam a compreensão da teoria constitucional exposta nos artigos. A ausência de uma maior reflexão sobre a historiografia chama a atenção para a necessidade

de refletir a respeito da manutenção de uma dependência de inúmeros sistemas constitucionais latino-americanos de um processo econômico pouco afeto a uma base popular. Isto se coloca de forma incisiva quando se pensa como somos irmanados em um passado ditatorial e autoritário que precisa ser adequadamente reconstitucionalizado. É dizer, é preciso pensar direitos de indígenas, camponeses e quilombolas, apenas para ficar em algumas identidades, a partir de uma perspectiva eminentemente emancipatória e consciência do que significa, de fato, fazer democracia depois de autoritarismos.

É preciso perceber o papel reconstutivo que a Teoria da Constituição desempenha perante os institutos do Direito Constitucional. Várias das leituras dogmáticas de institutos da jurisdição constitucional são feitas a partir de uma chave de compreensão democrática. Assim, fenômenos como o papel dos princípios na ordem constitucional ou ativismo das cortes merecem detida atenção e reflexão nos textos que se seguem. Por exemplo, torna-se possível distinguir o ativismo judicial da atuação judicial responsável e garantidora da efetivação da Constituição.

Espera-se que o leitor possa, a partir das reflexões lançadas no livro, entrar em diálogo com perspectivas democráticas e emancipatórias que possam, de fato, cooperar com um sentido forte de construção do projeto constituinte de 1988.

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A TÓPICA - ABERTURA PARA A REFLEXÃO EMPÍRICA DA NORMA JURÍDICA

CONSTITUTIONAL INTERPRETATION AND A TOPICAL - OPENING FOR REFLECTION OF THUMB OF LEGAL STANDARD

**Aline Fatima Morelatto
Marcela Leila Rodrigues Da Silva Vales**

Resumo

O presente trabalho pretende analisar os problemas inerentes à interpretação normativa constitucional, a partir de uma revisão doutrinária, elaborando um raciocínio de ordem crítica aos métodos tradicionais comumente utilizados e de um modelo interpretativo que vem objetar os demais existentes e até então vigentes, para a justificação jurídica. Leva a refletir ainda, sobre a necessidade de se fixar uma interpretação constitucional através de métodos próprios, dada às características e peculiaridades inerentes. A hermenêutica jurídica revela-se um dos temas de mais importância da Teoria Geral do Direito, por estar intimamente relacionada à norma constitucional e por consequência ao caso concreto com repercussão vinculante que não se permite resultados contraditórios entre si. Desta forma, analisará os métodos interpretativos da norma constitucional, demonstrando que não guardam critério de escolha para a sua aplicação em caso de conflito, se tornando imperioso para que o intérprete e/ou aplicador do direito não permaneça na indecisão ou ainda se conforme com os tradicionais métodos sem possibilitar um diagnóstico transcendente das possibilidades. A pretensão da pesquisa é despertar um olhar para um paradigma interpretativo, a tópica, possibilitando uma reflexão empírica da norma jurídica, como fundamento argumentativo e concretizador na norma constitucional.

Palavras-chave: Interpretação, Constitucional, Métodos, Tópica, Norma

Abstract/Resumen/Résumé

This paper discusses the problems inherent in the constitutional normative interpretation, from a doctrinal review, developing a reasoning of critical order to traditional methods commonly used and an interpretive model that has objected existing and remaining in force until then, for justification legal. It leads to even reflect on the need to establish a constitutional interpretation through its own methods, given the characteristics and inherent peculiarities. The legal interpretation proves to be one of the topics of most importance of the Law General Theory, is closely related to constitutional rule and therefore the case with binding effect that it is not allowed contradictory results with each other. Thus, examine the interpretive methods of constitutional law, demonstrating that makes no criterion of choice for their application in case of conflict, becoming imperative for the interpreter and / or right of the applicator does not remain in indecision or if compliance with the Traditional methods

without allowing a transcendent diagnosis of possibilities. The intention of the survey is to awaken a look at an interpretive paradigm, topical, enabling an empirical reflection of the rule of law, as argumentative and concretizing the grounds of constitutional rule.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Interpretation, Constitutional, Methods, Topical, Standard

INTRODUÇÃO

Com o objetivo de analisar os problemas originados da interpretação normativa, em especial a norma constitucional, o presente estudo se apresenta como revisão doutrinária, tecendo análise crítica dos métodos tradicionais comumente utilizados e de um modelo interpretativo que vem objetar os demais existentes e até então vigentes, para a justificação jurídica.

Pondera ainda sobre a necessidade de se firmar uma interpretação constitucional através de métodos próprios, dada às características e peculiaridades que lhes são específicas.

A hermenêutica jurídica revela-se um dos temas de mais importância da Teoria Geral do Direito, pois aplicável à norma constitucional e por consequência ao caso concreto com repercussão vinculante que não se permite resultados contraditórios entre si.

Analisar os métodos interpretativos da norma constitucional, que não guardam critério de escolha para a sua aplicação em caso de conflito, se torna imperioso para que o intérprete e/ou aplicador do direito não permaneça na indecisão ou ainda se conforme com os tradicionais métodos sem possibilitar um diagnóstico transcendente das possibilidades.

O âmbito de enfoque desta pesquisa é justamente possibilitar um olhar para um novo paradigma interpretativo, a tópica, possibilitando uma reflexão empírica da norma jurídica, como fundamento argumentativo e concretizador na norma constitucional.

2. MÉTODOS HERMENÊUTICOS CLÁSSICOS

Para o entendimento e explicação da norma jurídica que é criada através de um contexto fático e/ou histórico para a regulação de determinada situação jurídica a interpretação se faz necessária. No posicionamento clássico advindo de Savigny, é através da interpretação das normas jurídicas que se fixam a substância da lei, esclarecendo-a quanto ao modo de operar uma “restituição de sentido ao texto viciado ao obscuro” (BONAVIDES, 2003. P. 437).

Após complexos debates que perduram através dos séculos, fixaram-se a formulação mais debatida e reconhecida de quatro métodos de interpretação, as saber: interpretação textual (gramatical); interpretação sistemática; interpretação histórica e interpretação

teleológica, também compreendidas como regras tradicionais da hermenêutica para se captar o sentido da lei.

Assim antes de chegar ao objeto deste pesquisa, imperioso se faz traçar um panorama básico através de uma identificação rasa dos métodos clássicos, que se passa a identifica-los sem a análise dos seus desdobramentos.

A interpretação gramatical, classificada como meio empregado, é identificada por Bonavides pela preocupação para o significado linguístico, em que as palavras são examinadas isoladamente ou no contexto da frase, mediante a aplicação de meios gramaticais e etimológicos. Já a interpretação sistemática tem por objeto o sistema jurídico na sua condição de totalidade axiológica (FREITAS, 1995, p. 15) alertando para a circunstância de que qualquer norma singular só se esclarece plenamente na totalidade das normas, dos valores e dos princípios. Ou seja, a lei apresenta-se tão-só como o primeiro e menor elo da sistemática corrente jurídica, da qual fazem parte os princípios e os valores, numa unidade que só é assegurada, em virtude gerenciamento teleológico, fundamentado nos princípios e valores constituintes da ordem jurídica.

A interpretação histórica (AMARAL, 2014) tende a verificar a norma na dimensão temporal em sua origem, buscando a *occasio legis*, as circunstâncias que presidiram à sua elaboração, de ordem econômica, política e social, o que se reflete no direito como um todo, influenciando os elementos normativos e sua aplicação.

A teleológica supera a lógica formal e dirige sua atenção para o bem jurídico tutelado pela norma, “busca lograr por essa via determinados fins de natureza integrativa, idôneos a esclarecer o sentido e alcance da regra” (BONAVIDES, 2003, p. 437). Assim, o exercício interpretativo preserva o valor do bem jurídico, ultrapassando o âmbito da lógica formal para introduzir no método jurídico um elemento material, podendo ainda se preocupar com os efeitos e consequências da aplicação da norma jurídica na decisão judicial.

Inegável a importância da função interpretativa do aplicador da regra jurídica, em especial por ocasião da liquidação e execução da sentença, momento em que o direito encontra sua máxima concretização. Para Vicente Greco Filho (1997, p. 46):

[...] na mesma linha de pensamento da interpretação das leis e dos contratos, o objetivo da interpretação deve ser o de buscar a '*mens sententiae*', no momento histórico em que é ela cumprida ou executada, atuando na interpretação os conhecidos elementos ou critérios interpretativos, o gramatical, o lógico, o sistemático, o teleológico e o sociológico".

E mais:

Em suma, interpretar a sentença no momento de sua liquidação e execução: a) é inevitável, como na interpretação da lei, ainda que *in claris*; b) deve buscar o ponto de relevância hermenêutica do que nela está disposto e do seu conjunto; e c) não é incompatível com a coisa julgada. Ao contrário, é exatamente respeitar a sua autoridade, ainda que a execução deva proceder-se de forma, na aparência, diferente do que a literalidade do ato pudesse agir.

A aplicação dos métodos de interpretação defendida pela teoria interpretativa (BONAVIDES, 2003, p. 458) defende o emprego facultativo de todos os métodos, eis que em todos encerra elementos de outros métodos, porém, desde que possa conduzir a um “resultado satisfatório”. Savigny discorda do método interpretativo entendendo que os quatro elementos tradicionais: gramatical, lógico, histórico e sistemático não constituem formas independentes, mas atuam conjugadas para a obtenção de uma interpretação bem-sucedida.

Por mais que se aprofunda e se gradua de forma hierárquica os distintos métodos de interpretação jurídica, os mesmos não oferecem receita infalível ou absoluta para estabelecer os sentidos das leis.

3. OS PROBLEMAS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A discussão dos distintos métodos hermenêuticos é problematizada quando de sua aplicação em específico na norma constitucional. Para Revorio (1997, p. 297), o processo de interpretação constitucional passa por uma peculiar característica em relação aos outros processos interpretativos. A questão é: em qual medida os valores constitucionais influenciam ou são causa direta de tais especialidades, ou seja, em que medida os valores fazem que a interpretação constitucional seja diferente?

A questão da interpretação constitucional é identificar se esta difere da interpretação legal ou somente apresentam peculiaridades que atribuem grau às decisões judiciais, bem como em que medida influencia os valores constitucionais em tais diferenças.

Nas observações de Dimoulis e Lunardi (2013, p. 259) a Constituição tem características que não se encontram em todos os textos legais, tais como superioridade no âmbito das hierarquia normativa; carga política de seus preceitos e o caráter programático de disposições constitucionais.

A utilização dos métodos clássicos para a interpretação se esbarra na abstração de referidos modelos e, conforme dispõe os autores acima citados, a preocupação ao dispor do problema dos métodos de interpretação constitucional se assenta em:

Como procurar a finalidade da lei que não está escrita em nenhum lugar? Será que falar da finalidade não significa permitir que o interprete siga seus entendimentos subjetivos? Como procurar a vontade do criador das normas quando o material reunido revela-se contraditório e constatamos, por exemplo, que na Assembleia Constituinte os oradores sustentaram várias versões sobre os objetivos das normas e a maioria de seus membros silenciou-se.

Além disso, os métodos de interpretação podem levar a resultados contraditórios entre si. Como não há critério de escolher o método interpretativo que prevalece em caso de conflito, o aplicador permanece na indecisão.

Ao que se verificam os métodos de interpretação são instrumentos para a argumentação, para a fundamentação de um entendimento, mas, não oferecem soluções definitivas, claras e automáticas, apenas indicam formas para se aproximar do pensamento legislativo, estabelecendo limites de uma interpretação aceita.

Diante das várias construções doutrinárias para a resolução desta problemática Revorio aponta a necessidade de se analisar a influência dos valores nos elementos, critérios e métodos utilizados na interpretação constitucional, assim como das questões relativas à função dos valores como fundamento de decisão do interprete constitucional, perquirindo se eles restringem ou aumentam a margem de discricionariedade, aproximando os valores e o “poder criador” do juiz, favorecendo o aumento da margem de opinião do interprete constitucional apreciando ainda, em caso afirmativo, as características que provocam ou permitem a desvinculação do texto constitucional, em favor da decisão puramente subjetiva.

Para essas questões Alexy (2006, p. 1) atribui à ponderação o papel central da interpretação constitucional. A sua estrutura se baseia na análise dos principais temas sobre a interpretação dos direitos fundamentais e reflete na ideia de otimização, cuja interpretação associada aos direitos fundamentais é forma de compreender como princípios e não simplesmente como regras. Assim, a ponderação não é mais que a otimização relativa a princípios contrapostos.

Logo, ao dispor a respeito dos subprincípios, estes se expressam mediante a seguinte regra: quanto maior for o grau de insatisfação ou de detrimento de um direito ou de um princípio, maior deve ser a importância de satisfazer ao outro. Esta regra denomina-se “lei da ponderação”.

Revorio (1997, p. 299) reconhece a existência de peculiaridades da interpretação quando esta se refere à Constituição, ou seja, que não é exatamente igual à interpretação legal. Critérios de interpretação da lei não podem modificar a interpretação constitucional. Por outro

lado, a interpretação valorativa da lei só pode encontrar sentido através da interpretação constitucional, pois as cláusulas materiais de valores se encontram na Constituição.

Neste sentido o citado autor dispõe sobre as peculiaridades que afetam a interpretação constitucional: a) grande quantidade de relevância das regras de organização, assim como de regras teleológicas diretivas; b) enraizamento político dos valores inerentes às dúvidas constitucionais e as opções interpretativas; c) problema da aplicabilidade das regras constitucionais, uma vez que são frequentes as regras aplicadas de maneira gradual, e as regras indiretamente aplicáveis; d) o caráter especialmente político da Constituição, por sua gênese e conteúdo e função.

Ao que se verifica, boa parte da interpretação constitucional deriva de seu objeto. As normas constitucionais são gerais “esquemáticas, abstratas, indeterminadas e elásticas”, e a relação entre as peculiaridades do objeto de interpretação constitucionais afetam o sujeito particularmente qualificado para essa interpretação constitucional, em que “se há afirmado que la auténtica especialidade de la interpretación constitucional consiste em que *<los mandatos constitucionales son susceptibles de desarrollo infinito, tanto por el juez como por el legislador, y ambos pueden llegar a soluciones divergentes>*” (REVORIO, 1997, p. 300).

O caráter aberto do texto constitucional autoriza interpretações abertas e desiguais, permitindo diferentes leituras legítimas. A abertura do texto constitucional supõe uma visão prospectiva da função do interprete constitucional, possibilitando interpretação jurídica em geral, em que, quanto maior o grau de generalidade da norma constitucional maior se apresentam as alternativas interpretativas. Adverte Revorio que nem o Tribunal Constitucional nem o legislador podem fechar as opções interpretativas alternativas, através da imposição de uma delas, eis que o caráter aberto não implica carência de conteúdo obrigatório ou imediatamente vinculante, mas permite realizar várias leituras dela mesma, fundamentalmente pelo legislador, porém, em todos os casos, a aludida abertura não permite qualquer leitura, pois algumas se encontram claramente rechaçadas pelos próprios valores constitucionais.

A característica da interpretação constitucional política, afeta tanto o objeto (texto constitucional) como os sujeitos que participam do processo constitucional, diante da conexão genética e funcional das relações entre diversos grupos interessados em utilizar o poder do Estado em direções preferidas. Neste sentido, a interpretação constitucional decide sobre problemas politicamente relevantes em maior medida que a interpretação de outras regras jurídicas e, portanto, é mais política que as leis, bem como está mais condicionada pelas

concretas situações de poder e de peso político e encontram nos órgãos constitucionais a força social que está atrás dela.

Assim, nas palavras de Revório (1997, p. 306):

La cuestión fundamental que ello plantea es si la politicidad afecta también a los criterios y métodos de la interpretación, y a la propia decisión constitucional, convirtiendo a la misma en una actividad política, o incluso al Tribunal Constitucional e un órgano político.

Igualmente, há que se reconhecer que a interpretação constitucional não transforma problemas políticos em problemas legais, mas influencia como processo interpretativo, sem impedir que a decisão se embase também, e principalmente, em critérios jurídicos.

Quanto ao modo axiológico da interpretação constitucional verifica-se que este advém do próprio texto constitucional, que sofre influências valorativas principiológicas tais como: justiça, liberdade, igualdade, dentre outros que são atraídos da profundidade do direito.

Não pairam dúvidas da necessidade de se transformar o sentido e a finalidade da interpretação constitucional, consciente de que esta transformação não abandona os critérios tradicionais, mas necessário ir além deles, pois se revelam insuficientes, mas sim para modificar o sentido da própria interpretação e incorporar um sistema de valores cuja observância requer uma interpretação finalista da norma fundamental.

Para Canotilho (2000, p. 1210), revelam-se dificuldades na interpretação constitucional atribuir um sentido a um texto de uma norma constitucional a fim de se obter uma norma jurídico-constitucional para a decisão dos casos constitucionais, dispendo que: na textura aberta as dificuldades interpretativas radicam na textura aberta das normas constitucionais, surgindo daí o problema da aplicabilidade direta e os problemas da densificação legislativa e judicial (concretização pelo legislador e pelo juiz) inerentes à metódica de concretização de normas.

Na dimensão política que se associa a textura aberta, o procedimento interpretativo e seu resultado devem considerar-se “neutrais” ou pressupõe uma leitura moral sobre os bens e valores de uma comunidade (vida, igualdade, liberdade, integridade).

No teoreticismo dos métodos de trabalho pressupõe uma infinidade de teorias sobre a interpretação do texto constitucional, sob o argumento de que “a metódica não pode deixar de tomar em consideração alguns lugares teóricos e compreensões da constituição, mas a teoria não deve, nem pode, porém tornar opacos e falhos de operacionalidade os princípios hermenêuticos”.

A quarta dificuldade trazida por Canotilho é a descendência positivista. Apesar da existência de propósitos de uma metodologia pós-positivista que vai além dos textos, os operadores jurídicos mostram-se relapsos em ultrapassar os postulados positivistas, pois: a solução dos casos encontra-se nos textos das normas; a interpretação/aplicação de normas é a aplicação da regra geral e condicional precisa e suficientemente definida nos “códigos”.

Ainda como uma dificuldade apontada, tem-se a utilização da teoria tradicional da interpretação que pretende revelar a vontade objetiva da norma ou ainda a vontade subjetiva do legislador através da análise do texto, do seu processo de criação, das conexões sistemáticas e dos seus antecedentes, assim como, do sentido e da finalidade da norma.

Ocorre que só em termos relativos e jamais absolutos é que se consiste a descoberta de uma “vontade” objetiva ou subjetiva, como bem observa Hesse (2009, p. 147):

Onde não se quis nada de modo inequívoco, torna-se impossível descobrir uma vontade autêntica, conseguindo-se, no máximo, revelar uma vontade suposta ou fictícia. Identificar como “objetivo” da Constituição ou do constituinte é o mesmo que pretender cumprir algo que em realidade não preexiste e, portanto, equivocarse desde o ponto de partida da problemática da interpretação constitucional.

Em razão do seu objeto, só com reservas cabe admitir-se que a interpretação seja execução, mas desde logo, nunca subsunção. Pelo contrário, deverá partir-se do fato de que o seu “objetivo” realmente, ainda não existe.

Trata-se de dificuldades encontradas na prática do dia a dia frente a metódicas utilizadas que não guardam consonância com o direito constitucional. Destarte, a interpretação constitucional faz-se necessária e se põe como problema diante da necessidade de se revolver questões constitucionais que a Constituição não permite responder de modo conclusivo, e diante de suas peculiaridades que lhes são próprias, como disposto anteriormente, os problemas surgem com maior frequência, comparados com outros setores do ordenamento jurídico, em que as normas são mais detalhadas, aumentando assim a sua importância.

Ressalta-se ainda a importância da interpretação constitucional frente a sua eficácia vinculante perante os cidadãos e órgãos do Estado, destarte esse efeito só se legitima, conforme bem observa Hesse, se as sentenças, decisões judiciais, expressarem o conteúdo da Constituição.

4. OS ELEMENTOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A CONCRETIZAÇÃO

O objetivo de toda interpretação é chegar ao resultado constitucionalmente “correto” através de um procedimento racional e controlável, fundamentando esse resultado de modo igualmente racional e controlável, e criando, dessa forma, certeza e previsibilidade jurídica, ao invés de simples decisão por decisão (HESSE, 2009, p. 101-102).

A Constituição compõe-se de normas (princípios e regras) que contêm mensagens dirigidas à conduta humana e por objetivar a regulamentação da conduta, tratam de disposições que prescindem dela (conduta humana) para que tenham eficácia, pois quando o conteúdo dessas mensagens não se incorpora à conduta humana o comando normativo não gera qualquer efeito.

Logo, o método de trabalho dos aplicadores/concretizadores das normas constitucionais (regras e princípios), também reconhecida como a metódica constitucional, pressupõe a investigação dos procedimentos de realização da norma, de sua concretização e por fim o cumprimento da norma constitucional.

Referida metódica é apresentada por Hesse de forma tridimensional, em que se pretende: i) saber como se estruturam as regras e princípios constitucionais positivamente vigentes; ii) captar todo o ciclo de realização das normas constitucionais desde o estabelecimento do texto da norma até a sua concretização pelo legislador ordinário e pelos órgãos de aplicação do direito; iii) oferecer princípios hermenêuticos e de argumentação de forma a possibilitar um procedimento concretizador racional e objetivamente controlável.

Referida metódica constitucional assume-se como metódica estruturante, assentada na ideia de que o trabalho de aplicação das normas constitucionais implica, simultaneamente, o manejo de uma teoria da norma, de uma teoria da constituição e de uma dogmática jurídica.

A primeira conduz a uma análise da estrutura normativa da constituição, a ideia fundamental resume-se assim: a constituição é um sistema normativo aberto de regras e princípios. A Teoria da Constituição, considerada como um conjunto de textos de normas estabelecidos por um poder normativo-constituente legítimo e ao qual se pode imputar a criação de normas jurídico-constitucionais, se preocupa com os questionamentos básicos: a constituição reconduz-se apenas as normas enunciadas no teto constitucional?. Ou ainda: o que significa o texto da constituição para a extrinsecação de normas constitucionais? Portanto, se analisa a estrutura normativa da constituição distinguindo entre normas-regras e normas-princípios e individualizando uma tipologia da norma.

A teoria da dogmática jurídica atém-se a aplicação de normas constitucionais concebendo uma disciplina pluridimensional em que abrange a descrição do direito vigente; a análise sistemática e conceitual deste direito, e ainda a elaboração de propostas de solução de casos jurídicos problemáticos.

Logo, atribuir um sentido as normas a fim de se regularem juridicamente os casos da vida implica um complexo procedimento, vulgarmente chamado de interpretação da constituição. Interpretar o que, como e quem interpreta, são objetos da metódica constitucional que leva a sério os textos das normas constitucionais.

Quanto aos limites da interpretação constitucional, conforme lição clássica do Professor Konrad Hesse (1998, p. 69):

[...] interpretação está vinculada a algo estabelecido. Por isso, os limites da interpretação constitucional estão lá onde não existe estabelecimento obrigatório da Constituição, onde terminam as possibilidades de uma compreensão conveniente do texto da norma ou onde uma resolução iria entrar em contradição unívoca com o texto da norma.

E observa ainda:

[...] um princípio da interpretação constitucional é o critério da exatidão funcional. Se a Constituição ordena a respectiva tarefa e a colaboração dos titulares de funções estatais em uma determinada forma, então o órgão interpretador tem de manter-se no quadro das funções a ele atribuídas, ele não deve, pela maneira e pelo resultado de sua interpretação, remover a distribuição das funções (HESSE, 1998, p. 67).

Assim, os limites da interpretação se situam onde terminam as possibilidades de uma compreensão lógica do texto da norma ou uma determinada solução está em clara contradição com esse texto. O direito não escrito, em especial o Constitucional não pode contradizer a norma escrita, tornando esta o limite inultrapassável da interpretação constitucional.

E adverte o autor, na profundidade de seus ensinamentos que esta função limitadora, admite a possibilidade de mudança constitucional mediante interpretação, mas exclui o enfraquecimento constitucional, desvio do texto num caso concreto, e reforma da Constituição por interpretação.

Assim, veda-se ao direito vigente a mudança ou enfraquecimento da Constituição por interpretação, inclusive quando um problema não se possa resolver adequadamente por meio de concretização, submetendo o juiz à Constituição, sem livre escolha de tópicos, partindo assim da premissa do texto, limitando-se a ele a atuação interpretativa.

No estudo de George Marmelstein Lima (2014) ao dispor a respeito da concretização da norma, este enfatiza:

Concretizar a norma constitucional nada mais é do que retirá-la do papel e trazê-la para o mundo real. É dar-lhe vida. Fazê-la gerar os efeitos nela previstos. Efetivá-la. Enfim, é conseguir com que ela deixe de ser mera lírica constitucional para se transformar em um elemento concreto na sociedade.

Todavia esse elemento concreto do Direito Constitucional se ativa mediante a atuação humana, ou seja, não há como atribuir vida ou eficácia ao texto da norma sem a presença da conduta humana, ocasião em que se tem o problema a ser aplicada a norma e momento em que a ordem se torna viva, formadora e conformadora da realidade, cumprindo sua função na vida da sociedade.

Pontua ainda Hesse (1998, p. 150) que além da necessidade da conduta humana, para a concretização da substância da norma, faz-se necessária a anexação das circunstâncias da realidade. Assim, imperiosa a transcrição do mesmo que esclarece Hesse:

A “concretização” do conteúdo de uma norma constitucional, assim como a sua realização, só se tornam possíveis incorporando as circunstâncias da “realidade” que essa norma é chamada a regular. As singularidades dessas circunstâncias, não raro já conformadas juridicamente, integram o “âmbito normativo”, o qual é alçado à condição de parte integrante do conteúdo normativo. Porque essas singularidades, e como elas o “âmbito normativo”, estão submetidas a transformações históricas, os resultados da “concretização” da norma podem mudar ainda que o texto da norma continue o mesmo. Disso tudo decorre uma constante mutação constitucional, mais ou menos notável, que não é fácil de captar e que, por isso raramente se manifesta com nitidez.

Ao que se verifica, a incorporação das situações da realidade a que a norma é convocada a regular se prende aos fatores históricos, às consequências e resultados da aplicação normativa, partindo da interpretação do texto e da análise do problema (caso concreto), influenciado pelo momento histórico vivido contribuindo assim para a concretização do direito e com ele a atualização da norma constitucional.

Neves (1994, p. 77) ao tratar da concretização da norma constitucional tece crítica a respeito da redução da concretização da norma através da interpretação da mesma:

[...] a concretização da norma jurídica, sobretudo da norma constitucional, não pode ser reduzida a 'interpretação aplicadora' do texto normativo, o qual oferece diversas possibilidades de compreensão e constitui apenas um aspecto parcial do programa normativo, ela inclui, além do programa normativo, o âmbito normativo

como 'o conjunto dos dados reais normativamente relevantes para a concretização individual'.

Logo, a metódica interpretativa de realização e criação dos sentidos constitucionais só se completa a partir do problema e do texto, visto que a comunicação à linguagem não possui contradições.

Outrossim, para se falar em processo de concretização imperioso se faz a estruturação do conceito de norma e do ponto de vista linguístico de cada caso e a apresentação de uma solução, pois nos códigos e nas leis não estão as normas, mas esta se constrói diante do caso concreto a ser decidido.

5. TÓPICA COMO MODELO DE CONTESTAÇÃO DOS PARADIGMAS VIGENTES PARA A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A busca do “método justo” (CANOTILHO, 2000, p. 1210) para a interpretação da norma constitucional revela-se mais uma problemática, apresentando-se os métodos jurídicos, o método tópico-problemático; método hermenêutico-concretizador; científico-espiritual e a metódica jurídica normativo-estruturante.

Apenas para esboçar uma noção das bases dos métodos interpretativos, eis que o objetivo é dispor sobre a tópica, o método jurídico parte do pressuposto de que a Constituição é uma lei e por consequência sua interpretação é legal, utilizando-se dos elementos interpretativos já estudados (filológico; lógico; histórico e teleológico). O método hermenêutico-concretizador leva em conta a pré-compreensão do sentido da norma através do interprete, que passa desempenhar um papel criador e atua como operador de mediações entre o texto e o caso concreto, assim como entre o texto da norma e o contexto fático, orientado para um pensamento problemático partindo do texto constitucional em face do problema.

A metódica jurídica normativo-estruturante investiga as várias funções de realização do direito constitucional tais como: legislação, administração, jurisdição e, no afã de transformar as normas e concretiza-la através da decisão judicial (prática), este método prende-se a estrutura da norma e de seu texto, atrelado ao contexto social e a um programa normativo. Já a interpretação comparativa utiliza-se da comparação da evolução da conformação, dos institutos jurídicos nos vários ordenamentos jurídicos para esclarecer o sentido e atribuir a certos enunciados linguísticos utilizados na formulação das normas

jurídicas. Com isso, possibilita-se estabelecer a comunicação entre varias constituições e encontrar formas da melhor solução para determinados problemas concretos.

Destarte o método tópico, inspirado nas obras de Viehweg em 1953 (AMADO) e que foi sistematizado por Konrad Hesse, surge como um modelo que contesta os paradigmas vigentes para a argumentação jurídica.

Para essa forma interpretativa no âmbito do direito constitucional, segundo Canotilho (2000, p. 1211) parte das seguintes preposição:

(1) *caráter prático* da interpretação constitucional, do que, como toda a interpretação, procura resolver os problemas concretos; (2) *caráter aberto, fragmentário ou indeterminado* da lei constitucional; (3) *preferência pela discussão do problema* em virtude da *open texture* (abertura) das normas constitucionais que não permitam qualquer dedução subsuntiva a partir delas mesmo.

Numa volta aos estudos de sua aproximação originária e a evolução do próprio Viehweg, grandes tratadistas teorizaram sobre a tópica jurídica integrado ao modo frutífero de sua construção, tais como: Josef Esser; Martin Kriele, Friedrich Müller, Frans Wieacker, Konrad Hesse e Chaim Perelman (AMADO).

Caracteres básicos da tópica jurídica em Viehweg segundo Juan Anonio Garcia Amado é o problema e aporia: tópica entendida como uma técnica de pensamento, caracterizada por um problema: “*técnica de pensamento problemático*”. O ponto de partida é um problema concreto, uma situação da vida. A aporia como um estado de coisas, uma questão urgente e inevitável a respeito de que não se identifica um caminho de saída, mas que não se pode contornar.

Neste sentido o problema é nivelado como toda questão que aparentemente admite mais de uma resposta e que, necessariamente, pressupõe uma compreensão provisória, a partir da qual aparece como questão a considerar seriamente e para a qual se busca precisamente uma resposta como solução.

Nesta busca de soluções possíveis, desencadeia-se um jogo de intercambio de considerações que constituem o que propriamente se denomina tópica, “a arte de invenção”. Pretendendo dar orientações, indicações de como proceder em uma dessas situações.

Como bem observa Canotilho (2000, p. 1212), o que difere o método tópico-problemático do hermenêutico concretizador é justamente que no primeiro “*pressupõe ou admite o primado do problema perante a norma*”, enquanto o segundo “*assenta no pressuposto do primado do texto constitucional em face do problema*”.

A técnica do pensamento problemático tem como objeto os raciocínios que derivam das premissas elaboradas de acordo com as opiniões admitidas. Assim a tópica são argumentos (topoi) refletidos, submetidos a julgamentos favoráveis e contrários a fim de desvendar qual a interpretação mais convincente e apropriada.

Na identificação de Gisele Leite (2014):

Compreendidos como “esquemas de pensamento”, formas de raciocínio, formas de argumentação, pontos de vista ou lugares-comuns, os topoi são extraídos dos princípios gerais, decisões judiciais, crenças e opiniões comuns, tendo como função intervir, em caráter auxiliar, na discussão em torno de um problema concreto a ser resolvido.

Reconhece-se que cada disciplina nasce de uma determinada problemática, servindo a argumentação para a discussão dos vários raciocínios, formando-se assim a técnica de se chegar a uma solução adequada ao problema, sem a admissão de qualquer dedução subsuntiva.

Adverte ainda a pesquisadora sobre as críticas à utilização do método tópico que se assenta:

a) ausência de investigação jurisprudencial séria e profunda; b) a possibilidade de conduzir ao casuísmo ilimitado e, por consequência, à interpretação, assim como a norma e o sistema são tratados como simples topoi; c) o fato de que a interpretação deva partir da norma para solução do problema, e não do problema na busca da norma que justifique o resultado desejado pelo intérprete. Entre suas principais utilidades estão o preenchimento de lacunas e a complementação e comprovação dos resultados obtidos de outras formas.

Os críticos à obra de Viehweg apontam a falta de clareza, falta que pode ser facilmente percebida na obra *Tópica e jurisprudência*, que também influenciou (e influencia ainda) os debates.

Canotilho (2000, p. 1212) tece suas considerações a respeito deste método, advertindo para tanto que:

A concretização do texto constitucional a partir do *tópoi* merece sérias reticências. Além de poder conduzir a um casuísmo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas. A interpretação é uma atividade normativamente vinculada, constituindo a *constitutivo scripta* um limite ineliminável (Hesse) que não admite o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade do problema (F. Müller).

Todavia, frente à insuficiência dos demais métodos interpretativos o método tópico-problemático contesta os paradigmas vigentes, direcionando um novo olhar para a argumentação jurídica, como forma concretizadora do direito, como forma de abrir uma

reflexão empírica da norma jurídica, do problema e do momento histórico vivido, servindo de base para o intercâmbio argumentativo de razões, com vista ao processo que deve conduzir a decisão.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os métodos de interpretação analisados partem de premissas distintas mas, se complementam para a promoção da concretização do direito constitucional.

Através da construção teórica desenvolvida, deduz-se que os tradicionais métodos de interpretação jurídica se mostram insuficientes para a aplicação da Constituição, mas se revelam úteis, eis que demanda um método de concretização que fundamenta a Teoria da Constituição, entendida como um ordenamento marco.

Os modernos métodos de interpretação constitucional se assentam com a finalidade de esclarecer os sentidos da constituição e por consequência atualizá-los. Como bem observa Bonavides (2003, p. 486), os critérios e métodos interpretativos revelam-se mais importantes quanto maior se apresentar os sistemas rígidos constitucionais e maior forem os obstáculos levantados à mudança de curso da Constituição.

Para a conformação da Constituição com as reivindicações do quadro social e político, que por sua própria natureza revelam-se dinâmico, a interpretação exerce o papel atualizador da norma que não pode se desvincular da conduta humana.

Somente na medida em que ocorre a vinculação ou incorporação da mensagem normativa à conduta humana é que a norma (princípios e regras) se concretiza, tornando-se ordem realmente viva, formadora e conformadora de sua função na vida das pessoas.

Há que se considerar ainda que a interpretação da norma constitucional deve partir da questão de que inexiste a vontade autêntica da norma pois, o que se tem, é a revelação ficta materializada num texto linguístico que só se concretiza a partir de sua aplicação ao caso concreto.

Portanto, o intérprete deve partir do ponto interpretativo considerando que esta “vontade” da norma não preexiste. Assim considerando que os métodos tradicionais de interpretação não oferecem uma explicação absoluta sobre o modo e a formação como são elaboradas as decisões judiciais, o posicionamento de Konrad Hesse se revela esclarecedor, do ponto de vista lógico e prático, ao considerar que a práxis se orienta para uma interpretação vinculada ao objeto e ao problema, sopesando expressão e consequência dessa realidade.

Como observa Dimoulis e Lunardi (2013, p. 263):

[...] os métodos de interpretação são instrumentos para a nossa argumentação. Não oferecem soluções definitivas, claras e automáticas. Só indicam formas para se aproximar do pensamento do legislador, estabelecendo os limites de uma interpretação aceita. O intérprete sempre possui uma margem de liberdade ao elaborar sua argumentação, utilizando esses métodos.

Assim, respeitando as limitações da interpretação através do atendimento das condições reais e as possibilidades da interpretação constitucional o método tópico se apresenta como modelo de diferença dos demais, retirando os intérpretes da conformação com métodos evasivos e insubsistentes, para uma verdadeira abertura reflexiva da norma jurídica e sua concreção.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. **Jueces y ponderación argumentativa**. México: Unam, 2006.

AMADO, Juan Antonio Garcia. **Tópica, Derecho y Método Jurídico**. Alicante, Doxa, 04, 1987. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/tpica-derecho-y-mtodo-juridico-0/>>

AMARAL, Francisco. **A interpretação jurídica segundo o código civil**. Juris Plenum Ouro. ISSN 1983-0297. N° 37 – maio de 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional. “A interpretação da Constituição”**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes Canotilho. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2013.

FREITAS, Juarez de. **A interpretação sistemática do direito**, São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

GRECO Filho, Vicente. **Liquidação e interpretação da sentença, in Atualidades sobre liquidação de sentença**. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20ª edição Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução: Carlos dos Santos Almeida e outros. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEITE, Gisele. **Considerações sobre a hermenêutica constitucional.** Juris Plenum Ouro. ISSN 1983-0297. N° 37 – maio de 2014.

LIMA, George Marmelstein. **Crítica à classificação de José Afonso da Silva acerca da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais.** Juris Plenum Ouro. ISSN 1983-0297. N° 37 – maio de 2014.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: Acadêmica, 1994..

REVORIO, Francisco Javier Díaz. **Valores superiores e interpretación constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 1997.

REVORIO, Francisco Javier Díaz. **Valores superiores e interpretación constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 1997.