

# O CONSTITUCIONALISMO E A EVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO

## CONSTITUTIONALISM AND THE EVOLUTION OF INTERPRETATION

Vidal Serrano Nunes Júnior<sup>1</sup>

Juliana Cardoso Ribeiro Bastos<sup>2</sup>

### RESUMO

Tendo presente que a Constituição é uma conquista histórica nacional e que compreender o passado é extremamente importante para a compreensão do presente e determinante para o caminho futuro, este artigo propugna pela memória da origem e evolução do Texto Constitucional. Primeiro, volta à origem das primeiras Constituições. Segundo, apresenta, concomitante a evolução do constitucionalismo, a evolução da interpretação constitucional e seus reflexos atuais na jurisdição constitucional brasileira. Para alcançar esse objetivo, utilizou-se como fundamentos teóricos os marcos históricos, filosóficos e jurídicos que contribuíram para a evolução do constitucionalismo, utilizando-se para tanto do método qualitativo a partir da análise de textos.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo; Interpretação Constitucional; Jurisdição Constitucional; Positivismo; Pós-positivismo.

### ABSTRACT

Bearing in mind that the Constitution is an achievement of national history and that understanding the past is extremely important for understanding the present and determining the future path, this article argues for the memory of the origin and evolution of the Constitution. First, its throughs back to the origin of the first Constitutions. Secondly, it presents the evolution of constitutionalism, the evolution of constitutional interpretation and its current reflexes in the Brazilian constitutional jurisdiction. To achieve this goal, the theoretical foundations were the historical, philosophical, and legal frameworks that contributed to the evolution of constitutionalism, using the qualitative method from the analysis of texts.

**Keywords:** Constitutionalism; Constitutional Interpretation; Constitutional Jurisdiction; Positivism; post-positivism.

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1988), obteve os títulos de Mestre (1995), Doutor (2000) e Livre-docente (2008) em Direito pela mesma Universidade. É professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da PUC-SP. Exerce a função de Diretor-Adjunto da Faculdade de Direito da PUC-SP. É ainda Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo e autor de vários livros. Áreas de atuação: Direito Constitucional, Direito do Estado, Direito Sanitário e Direito do Consumidor.

<sup>2</sup> Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2006, Mestre (2010) e Doutoranda (início 2017) em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. É professora de Direito Constitucional na graduação das Faculdades Metropolitanas Unidas e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Produção principal: A Constituição Econômica e a Sociedade Aberta dos Intérpretes. Membro efetivo do Núcleo de Memória dos Direitos Humanos, no âmbito da Comissão Permanente de Direitos Humanos. Advogada.

## INTRODUÇÃO

O tempo traz mudanças às sociedades, na sua forma de viver, nas novas necessidades, nas novas conquistas, nos novos desafios, nos novos valores. Com o direito não é diferente por uma simples razão, ele precisa acompanhar todas essas mudanças. As normas, por serem criadas à luz de uma sociedade e das suas exigências, variam de tempo e lugar.

A ideia do tempo e das mudanças decorrentes do seu passar encontra espaço no movimento do constitucionalismo que congrega exatamente fatos históricos importantes alinhados com novas exigências sociais que levou a criação de um texto normativo chamado de Constituição, à luz da qual temos vivenciados outros tantos importantes acontecimentos definidores de mudanças sociais.

A transição que se implementou do Estado Absoluto para o Estado de Direito por meio do movimento do constitucionalismo marca o surgimento não só de um documento jurídico fundador do Estado, mas também da ideia de que o governante, ao lado do seu povo, também se submete às leis. Assim, o movimento leva não apenas a uma mudança de Estado, mas também a forma pela qual o direito passa a se organizar e, também, a ser aplicado na medida em que a vontade do soberano fica para trás.

Nesse sentido, considerando aos fatos históricos e as mudanças jurídicas decorrente deles, o presente artigo se propõe ao estudo do movimento do constitucionalismo, mas, em especial, às mudanças no que tange a atividade interpretativa durante esse movimento. Para tanto, será indispensável compreender o que levou a criação do Estado de Direito e a sua evolução para, na sequência, entender a interpretação das normas durante esse tempo histórico à luz das mudanças teóricas e, também, filosóficas no que tange a aplicação do direito. A partir desses dois primeiros pontos, será possível identificar as regras da hermenêutica do século XXI e sua influência na Jurisdição Constitucional Brasileira.

### 1. A TRANSIÇÃO DO ESTADO ABSOLUTO PARA O ESTADO DE DIREITO

O marco do movimento do constitucionalismo é a transição do Estado Absoluto para o Estado de Direito. Contudo, há quem defenda, como Karl Loewenstein (1970, p.154), que o constitucionalismo pode ser identificado desde a Antiguidade, com os hebreus, a partir de limites impostos pela Bíblia e, também, com os gregos, como o único exemplo conhecido de sistema político a de fato implementar a democracia direta.

Ocorre que, ainda que se identifique que com os hebreus e os gregos já havia, com as suas diferenças, limitação ao poder do governante, eles foram interrompidos por um longo processo de absolutismo, com muitas teorias filosóficas para justificá-lo, como, por exemplo, Thomas Hobbes, em sua obra, “O Leviatã”, para quem, de forma breve, a sociedade só seria possível por meio de um contrato social, como um consentimento unânime de que todos os homens concordam livremente em formar uma sociedade com o intuito de proteger e preservar seus direitos. Nesse sentido: “para ele o governo deve existir para manter a paz, pois sem ele o homem retorna ao ‘estado de natureza’. Em virtude disso, o poder do governante não pode sofrer qualquer tipo de limitação. Na concepção de Hobbes, um mau governo ainda é melhor do que o estado de natureza” (BASTOS, 2002, p.28-29).

Foi no período final da Idade Média e início da Idade Moderna que ocorreu a centralização do poder nas mãos de um único governante para dar fim às disputas de poder entre “a ordem imperial, a ordem eclesiástica, o direito das monarquias inferiores, um direito comunal que se desenvolveu extraordinariamente, as ordenações dos feudos e as regras estabelecidas no fim da Idade Média pelas corporações de ofício” (DALLARI, 2012, p.77). Em razão deste papel de unificação que o Estado teve que assumir, tornou-se um Estado marcado pela centralização do poder. O governante desse modelo de Estado exercia seu poder de forma ilimitada e irresponsável. Aqui, portanto, quem determinava a criação da lei e sua aplicação era o governante do Estado.

O abuso do poder por parte dos governantes fez com que esse poder passasse a ser questionado, desencadeando o constitucionalismo. O primeiro episódio a marcar o início desse movimento foi a *Magna Carta* de 1215, na Inglaterra, imposta ao Rei João, a qual pretendeu garantir uma série de direitos individuais. Nesse momento, o constitucionalismo é apontado como sendo um movimento que busca a limitação do poder dos governantes.

Na Idade Moderna, outros documentos também contribuíram para instituir limites à vontade do governante, como, por exemplo, o *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679), o *Bill of Rights* (1689) e o *Act of Settlement* (1701). Portanto, não obstante algumas diferenças entre eles, todos almejavam a proteção e garantia da liberdade humana. Na história, é possível verificar que apesar da grande importância desses documentos na busca pela limitação do poder do governante, nem todos eles acabaram sendo efetivos como se pretendia uma vez que na prática não eram observados.

Marcado pela necessidade de Constituições escritas, o constitucionalismo moderno foi desencadeado pela criação das Constituições Americana (1787) e pela Revolução Francesa (1789), a qual culminou não apenas na posterior Constituição Francesa (1791), mas também na

Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1781). É neste período que se aponta o nascimento do Estado de Direito ou, em outras palavras, o surgimento de um Estado submetido às normas jurídicas e não mais à vontade dos governantes. A lei passa a ser a principal fonte de direito, destacando-se inclusive a atuação do Poder Legislativo neste período.

O surgimento das primeiras Constituições traz consigo a conquista dos direitos individuais, a separação dos poderes e a organização dos Estados. Identifica-se como um movimento que “propugnava a necessidade de conter o poder dos governantes, só que, congregado pela exigência da elaboração de um texto constitucional, que estabelecesse, então, normas jurídicas superiores no concernente à organização, divisão, controle e limitação do poder político” (BASTOS, p.2010, p.152).

Assim, buscava-se um documento que fosse capaz de impor a vontade dos governantes aos seus limites. A valorização das Constituições como um documento escrito e revolucionário contribui para a consagração do Estado de Direito até então não alcançado pelos documentos anteriores. Nesse sentido, André Ramos Tavares (2013, p.21) aponta quatro sentidos para o constitucionalismo:

Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico constitucional de um determinado Estado.

No mesmo sentido, para Celso Ribeiro Bastos (2010, p.148),

oferecer um conceito de constitucionalismo não é tarefa das mais fáceis, isso porque a definição do constitucionalismo só é obtida através de uma reflexão que hoje se faz para a verificação, na história dos caminhos que foram trilhados para obter-se uma Constituição, como a concebemos atualmente.

Acredita-se que o constitucionalismo é a evolução histórica de conquista e consagração do Texto Constitucional até a atualidade. Portanto, apesar dos diversos acontecimentos históricos que pontuam toda essa trajetória, o constitucionalismo é um só ao longo de todo esse tempo.

Após o surgimento das Constituições Americana e Francesa, muitos países também passaram a adotá-las como documento fundante do Estado, como o Brasil. A primeira Constituição Brasileira foi a de 1824, em relação à qual se seguiram outras Constituições até a atual de 05 de outubro de 1988. O constitucionalismo brasileiro foi acompanhado das diversas mudanças políticas e sociais ao longo deste tempo, culminando na atualidade em uma

Constituição analítica e bastante protetiva, denominada por Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, de “Constituição Cidadã.”. É considerada uma das Constituições mais democráticas em termos mundiais.

Sem deixar de lado o conquistado até então, é possível apontar mudanças após a Segunda Guerra Mundial. O pós-guerra exigiu um novo constitucionalismo que não abandonaria as conquistas atuais, mas exigiria mais do que a já conquistada limitação do poder político. Não tinha o propósito de ser uma revolução do direito constitucional, mas sim defender a necessidade de mudanças na sua própria utilização. Os autores denominam esse momento de forma distinta, como pós-positivismo, neoconstitucionalismo, neoliberalismo, pós-modernidade, entre outros, como, simplesmente, constitucionalismo. Neste último caso, explica-se que o constitucionalismo é um só ao longo da história.

As mudanças advindas deste novo momento devem-se, sobretudo, aos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, em que se destaca a Constituição da Alemanha de 1949.<sup>3</sup> Em razão das atrocidades vivenciadas pelo nazismo, houve a necessidade de repensar a forma de aplicação do direito. Já no Brasil, essa mudança ocorre com a redemocratização do país após um longo período de ditadura. Luís Roberto Barroso (2019, p.1) ensina que a Constituição a partir de então é um documento que precisa ter:

a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, ao contrário do amor.

O que se quer dizer é que apesar da Constituição ter sido uma grande conquista do ser humano, as injustiças na aplicação da lei, bem como por vezes sua não aplicação (como as normas de conteúdo programático) passaram a ser identificadas, levando a um decréscimo de seu valor social ou, como disse Luís Roberto Barroso, levando à sua indiferença.

Com este quadro, os teóricos passaram a desenvolver teorias para buscar a implementação dos dispositivos constitucionais, como o surgimento da tópica, técnicas de argumentação jurídica e da hermenêutica constitucional (MOREIRA, 2008, p.24-25). Significa a superação de um formalismo jurídico que vigorou até então durante o final do século XIX e

---

<sup>3</sup> Eduardo Moreira prefere ver o pós-Guerra Mundial como o momento em que as contribuições começaram a surgir, sendo a passagem de século o verdadeiro marco histórico neoconstitucionalista. (MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo – A invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008, p.28).

início do século XX em prol da efetividade constitucional. Esse novo momento é impulsionado, segundo Kolawowski, pela transformação pretendida (MOREIRA, 2008, p.28).

Conclui-se que a evolução histórica do Estado Absoluto para o Estado de Direito só foi possível por meio do movimento do constitucionalismo. Ao longo dessas mudanças, é possível identificar transformações no que tange à interpretação constitucional destes documentos, bem como a interpretação do próprio direito a partir de sua constitucionalização.

## 2. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NA HISTÓRIA

A interpretação corresponde à atividade intelectual realizada por aquele que busca o conhecimento de algum objeto. Sendo assim, ao tratar da interpretação jurídica, pretende-se descobrir o significado das normas do ordenamento jurídico e, ao tratar da interpretação constitucional, pretende-se descobrir o significado das normas constitucionais.

Sua importância deve ser ressaltada, pois representa o condão que liga norma e realidade. Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2009, p.107): “A *interpretação* é atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto.”

A interpretação realiza-se mesmo quando se diz que determinado dispositivo é claro, já que para chegar à conclusão de sua clareza necessariamente se teve que interpretar. Não é outro o entendimento de Celso Ribeiro Bastos (2014, p.158), para quem “todas as normas necessitam de interpretação, mesmo porque para afirmar que a interpretação cessa diante da clareza do dispositivo, é dizer, para concluir-se que esse dispositivo é claro, necessita-se da interpretação”.

Nessa tarefa elucidativa que exerce o instrumento interpretativo, assume importante papel na dinâmica do sistema constitucional. Suas funções encontram-se atreladas ao aspecto normativo no sentido de permitir a estabilização, a renovação e a atualização da ordem jurídica (BASTOS, 2014, p.158).

Com efeito, a interpretação é o meio condutor da concretização das normas. Ela é indispensável para a realização das palavras contidas no Texto Constitucional em realidades concretas. Por meio dela é garantida a normatividade das normas na medida em que dá cumprimento à Constituição. Observa Müller que o instrumento interpretativo serve para compreensão semântica da norma frente a um caso real ou fictício. Justifica que apenas diante de uma hipótese, a norma ganha significado, pois apesar de a norma ser independente, refere-se sempre a um determinado caso. Assim, é diante de uma determinada hipótese que se diz que uma norma é clara ou não. Por isso, a necessidade de se interpretar. Explica que:

A normatividade comprova-se apenas na regulamentação de questões jurídicas concretas. [...] Uma norma não é (apenas) carente de interpretação porquê e à medida que ela não é “unívoca”, “evidente”, porque e à medida que ela é “destituída de clareza” – mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício) (MÜLLER, 2005, p.48).

Não somente, a interpretação atua também como instrumento de atualização e desenvolvimento das normas constitucionais (BASTOS; PFLUG, 2007, p.145). É necessário que a Constituição esteja adequada à realidade social que organiza; dessa forma, com as mudanças sociais, no decorrer do tempo, é mister que o Texto Constitucional as acompanhe. Exemplificadamente:

Não há negar que a concepção de certos valores é alterada com o correr dos tempos – por exemplo, o valor da igualdade defendido na Revolução Francesa não é o mesmo princípio da igualdade defendido nos tempos atuais. Naquela época buscava-se uma igualdade formal, ou seja, vedava-se o tratamento desigual a pessoas que se encontravam na mesma situação. Não se admitia que a pessoa recebesse tratamento desigual em virtude de sua origem, classe social, raça etc. Atualmente, o princípio da igualdade não se contenta apenas com isso, busca-se também uma igualdade material, uma igualdade de oportunidades, de condições, que vai além da igualdade formal. Todavia, há que se atentar para o fato de que não houve qualquer alteração na redação do princípio da igualdade; o que houve foi uma mudança em sua concepção, em razão de as necessidades da sociedade não permanecerem as mesmas com a evolução dos tempos. Verifica-se, pois, que a interpretação do princípio da igualdade deve amoldar-se a essas novas exigências. Ela também tem que ser alterada, para que a norma constitucional possa cumprir seu papel no ordenamento jurídico (BASTOS; PFLUG, 2007, p.158).

Assim, a Constituição não é imutável. Ao contrário, encontram-se diversos meios para sua alteração, com o poder constituinte, a emenda e a interpretação. Aqui, no entanto, apresenta-se a interpretação.

A alteração por meio de emenda não será tratada no presente trabalho, porém, vale assinalar, que se trata de uma via formal de alteração prevista expressamente pelo poder constituinte originário. Por meio dela é possível alterar, acrescentar ou até mesmo suprimir alguns dispositivos contidos no texto constitucional (BASTOS; PFLUG, 2007, p.156).

Diferentemente, a interpretação é um modo de alteração da Constituição que se realiza sem qualquer mudança formal no texto. Realiza-se, por meio dos intérpretes que adaptam o sentido normativo à nova realidade trazida pela evolução social (BASTOS; PFLUG, 2007, p.157). Em suma:

Nesse particular, tem-se que a atividade interpretativa exerce uma tarefa que vai além do mero pressuposto de aplicação de uma norma jurídica. A interpretação assume, aqui, a relevante função de tornar-se um fator de constante atualização e até mesmo renovação de toda a ordem jurídica. Através da interpretação torna-se possível a adaptação das normas jurídicas às

mudanças ocorridas no seio da sociedade, à sua natural evolução, ou até mesmo o surgimento de novos valores e ideologias.

Não só, é o instrumento interpretativo que mantém coerência e eficácia ao sistema constitucional, já que a ele incumbe aclarar o sentido dos dispositivos constitucionais na perspectiva de sua unidade sistemática. Explica Dimitri Dimoulis que “para entender o direito como um conjunto ordenado de normas devemos efetuar uma *interpretação*, que objetiva captar o sentido de cada norma emitida pelo legislador” (DIMOULIS, 2008, p.171).

Em virtude do caráter instrumentativo da interpretação que até aqui se verificou, é dizer que se constitui em um meio de alteração democrática do texto normativo. Realizada pelos intérpretes, qualquer pessoa é legítima e fonte de interpretação. Nesse sentido, aponta-se que:

Pode-se afirmar que a *mutação constitucional silenciosa* é, em regra, mais democrática que a realizada pela via formal, uma vez que – de acordo com Peter Häberle – “todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nelas envolvidas”, ou seja, não é apenas uma minoria, representante da sociedade, que irá deliberar sobre a mutação do texto constitucional, mas sim uma grande parcela da população. (BASTOS, PFLUG, 2007, p.163).

Conclui-se que a interpretação é instrumento de alteração democrática das normas constitucionais, responsável pela concretização e aplicação da norma ao caso concreto, pela atualização das normas e meio de manutenção da coerência e da eficácia do ordenamento. E, é por isso, que se pretende olhar a sua evolução ao longo da história.

Retomam-se, assim, as diversas fases do constitucionalismo para poder identificar ao longo desse período a adoção do jusnaturalismo, do positivismo jurídico e do pós-positivismo, sem, contudo, deixar de destacar outras correntes filosóficas defendidas ao longo desse tempo, como o realismo jurídico.

## 2.1 O Jusnaturalismo

Uma das mais antigas correntes filosóficas é a que defende o *jusnaturalismo*. Desenvolve a concepção de um direito natural que independe da vontade humana para existir. Desse modo, sua fonte é a própria natureza.

Ao procurar no dicionário jurídico referida expressão, encontra-se o *jus naturale*<sup>4</sup>, com a explicação de um direito natural que corresponde a um conjunto de regras que regulam a vida animal, e que são inatas e provindas do próprio instinto, tais como as regras que regulam a união

---

<sup>4</sup> Tradução: direito natural.

do macho e da fêmea, a procriação e a educação dos filhos, o direito de defesa contra o ataque (SILVA, 2002, p.470).

Ter a natureza como fonte do direito afasta a ideia de que seja o homem a instituir as normas reguladoras da vida em sociedade. Com esta afirmação, fica claro o desafio a ser enfrentado por esta teoria filosófica, pois ela precisa indicar como identificar na natureza essas leis tidas como naturais. Explica Barroso que “esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal” (BARROSO, 2009, p.320).

Sobre o direito natural, ensina Ives Gandra da Silva Martins (2015, p.26) que:

No momento em que os gregos principiam a buscar a origem, a razão de ser e os caminhos de convivência em sociedade, percebe-se que o poder dominante – o governo – não tem força para criar todos os direitos. Há certos direitos que transcendem ao poder de ação do Estado. Há direitos que cabe apenas ao Estado reconhecer.

Essa filosofia é antiga e remonta à antiguidade clássica até os dias atuais. Ao longo desse período encontram-se variações nas bases de sua fundamentação. Pode ser identificada como uma concepção objetiva e material do direito natural do século XIII substituída pela doutrina jusnaturalista de tipo subjetivo e formal no século XVII (DINIZ, 2006, p.38). Explica Luís Roberto Barroso que a despeito das múltiplas variantes, o direito natural apresenta-se, fundamentalmente, em duas versões:

a) a de uma lei estabelecida pela vontade de Deus; b) a de uma lei ditada pela razão. O direito natural moderno começa a formar-se a partir do século XVI, procurando superar o dogmatismo medieval e escapar do ambiente teológico em que se desenvolveu. A ênfase na natureza e na razão humana, e não mais na origem divina, é um dos marcos da Idade Moderna e base de uma nova cultura laica, consolidada a partir do século XVII (BARROSO, 2009, p.321).

Em outras palavras:

De certa forma, as duas grandes correntes, que enfrentaram o problema do direito natural, ou têm, de um lado, uma visão de que tal direito antecede o ser humano, é-lhe inerente, com ele nasce, cresce e morre, sem que o Estado possa interferir, ou têm, por outro lado, a visão de que a repetição de certos direitos, como sendo os melhores para o homem através da história, transforma-os em direito natural” (MARTINS, 2015, p.27).

A primeira versão é encontrada na Idade Média, em que a lei era determinada a partir da vontade de Deus. Em outras palavras, o direito encontrava o seu fundamento na vontade divina, “devido a sociedade e a cultura estarem marcadas pela vigência de um credo religioso pelo predomínio da fé” (DINIZ, 2006, p.36).

A partir do século XVIII, a relevância da filosofia jusnaturalista, na concepção racionalista, destaca-se como fonte de fundamentação para as liberdades a serem asseguradas aos homens por meio de um documento escrito. “A crença de que o homem possui direitos naturais, vale dizer, um espaço de integridade e de liberdade a ser preservado e respeitado pelo próprio Estado, foi o combustível das revoluções liberais e fundamento das doutrinas políticas de cunho individualista” (DINIZ, 2006, p.36). Nesse sentido, é possível identificar na doutrina jusnaturalista uma força que contribuiu de maneira decisiva para o fim do absolutismo.

Compreendida a natureza como a fonte das normas jurídicas, ela acabou por influenciar a determinação do direito e o seu modo de aplicação. Os textos jurídicos passaram a incorporar as chamadas normas de direito natural e sobre a sua aplicação destaca Maria Helena Diniz que “nítida é a feição dedutiva desse jusnaturalismo, que é levado a propor normas de conduta pelo método dedutivo, por influência do racionalismo matematicista, tão em voga na época” (DINIZ, 2006, p.38). Isso significou que a interpretação e aplicação das normas jurídicas ocorressem por meio da argumentação pautada pelo método do silogismo, o qual era caracterizado pela definição de uma premissa maior e de uma premissa menor para alcançar a conclusão almejada. É o chamado método por subsunção da norma.

Finalmente, é possível afirmar que o jusnaturalismo proporcionou conquistas até hoje vivenciadas, como o reconhecimento de normas que proíbem matar e as normas de liberdade, dentre outras. A existência dessas normas independe de uma previsão formal normativa, pois são reconhecidos como direitos inatos ao próprio homem. Basta ser uma pessoa para que essas normas sejam a ela reconhecidas. A codificação, que basicamente teve seu apogeu no Estado de Direito, fez com que estas normas de direito natural chegassem ao ápice por meio do seu reconhecimento expresso. Contudo, como aponta Luís Roberto Barroso, a positivação acabou sendo o seu fracasso, já que com a previsão expressa das normas “o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX” (BARROSO, 2009, p.324).

## 2.2 O Positivismo Jurídico

Na França, século XIX, após a codificação das normas, fundou-se a escola da exegese que basicamente depositava uma confiança absoluta na criação do legislador.<sup>5</sup> O valor residia

---

<sup>5</sup> Ressalva-se que, de acordo com Maria Helena Diniz, a “orientação exegética também foi adotada em países que não cuidaram da codificação das leis, como a Alemanha e os países do *common law*, no século XIX, que

no texto da norma, com a qual qualquer problema poderia ser solucionado. Os Códigos, como o de Napoleão, apresentavam uma ideia de perfeição, a partir da qual ao juiz cabia apenas uma atividade mecânica de aplicação da norma. Representando uma concepção extremamente positivista, diz-se que se pretendia buscar a “intenção do legislador”. “Só havia um objetivo: entender os textos e nada mais” (DINIZ, 2006, p.52).

Contribui nesse sentido o surgimento das primeiras Constituições e a importância garantida a elas. O constitucionalismo moderno contribui para a superação do jusnaturalismo a partir do valor dado à norma positivada. Passa a ser a Constituição o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico. Um dos seus maiores expoentes foi Hans Kelsen, que defendia o direito apartado de questões filosóficas, históricas, sociológicas, econômicas e, também, de ideais de justiça. Em seu livro a “Teoria Pura do Direito”, pretende o estudo da norma pura, destituída de questões ligadas a outras ciências. Sobre sua obra, Fábio Ulhoa Coelho explica que Kelsen não nega a conexão, mas que “para o conhecimento jurídico ser científico deve ser neutro, no sentido de que não pode emitir qualquer juízo de valor acerca da opção adotada pelo órgão competente para a edição da norma jurídica” (COELHO, 2007, p.2). Assim, nesse sentido, para a aplicação do direito não importava o seu conteúdo.

Apontar uma definição do positivismo não é tarefa fácil, já que existem variações a respeito da sua compreensão. Segundo Maria Helena Diniz (2006), o positivismo pode ser o sociológico de Augusto Comte, como o estrito positivismo. No mesmo sentido, Dimitri Dimoulis (2006) discorre sobre as variadas formas de compreender o positivismo: positivismo jurídico *lato sensu* e positivismo jurídico *strictu sensu*.<sup>6</sup>

Não obstante o desafio de apontar uma única definição do positivismo jurídico, o que não é o propósito deste trabalho, nas palavras de Luís Roberto Barroso (2009, p.325) é possível apontar algumas características essenciais do positivismo jurídico:

- (i) a aproximação quase plena entre Direito e norma;
- (ii) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é uma e emana do estado;

---

apregoavam a concepção mecânica da função judicial”. (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 18ª ed., p.54).

<sup>6</sup> Segundo o autor: “Positivismo jurídico *lato sensu*: grupo de teorias em que se considera o direito como conjunto de normas formuladas e postas e, vigor por seres humanos. O direito é definido com base em elementos empíricos e mutáveis no tempo (positividade), rejeitando sua dependência de elementos metafísicos e tendencialmente imutáveis, tais como os mandamentos divinos ou os imperativos da razão humana. Positivismo jurídico *stricto sensu*: teoria do direito, pertencente ao positivismo jurídico *lato sensu*, segundo o qual a validade das normas jurídicas e sua interpretação independe de mandamentos e valores de origem moral ou política. Admite a tese da necessária separação entre direito e moral, assim como entre direito e política.” (DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico – Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p.78).

- (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas;
- (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão.

O positivismo jurídico traz o estudo do direito posto e imposto. A aplicação da lei não compartilha da criação da atividade interpretativa. Não se discute se a norma é justa ou injusta. Se a norma é válida, ela será aplicada. Assim, dentro do que se denominou “positivismo jurídico *stricto sensu*”, “a interpretação independe de mandamentos e valores de origem moral ou política” (DIMOULIS, 2006, p.276).

Ocorre que com o passar dos tempos e, principalmente, com o Pós Segunda Guerra Mundial, esse quadro legalista passou a sofrer modificações. Com o que foi o nazismo e o fascismo que atuaram sob a alegação de cumprimento da lei, passou-se a questionar essa visão exclusiva do Direito como norma posta.<sup>7</sup> Essa situação culminou em críticas à visão positivista extremada que até então concebia o sistema jurídico como completo e fechado.<sup>8</sup>

### 2.2.1 Os Métodos Clássicos de Interpretação

É desse período Friedrich Carl Von Savigny. Ele era contra a codificação do direito e não pode ser apontado como um positivista. Encontra na atividade interpretativa apenas a reconstrução do pensamento expresso na lei. São de sua autoria os chamados métodos clássicos de interpretação, classificados de três formas: gramatical, histórico, sistemático e a teleológica acrescentada posteriormente.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> “Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.353). Ainda, “Quando as ditaduras caíam, buscou-se responsabilizar aqueles que haviam praticado tais atos vis. A alegação de defesa destes soldados, generais, funcionários públicos, era a mesma: cumpriam a lei”. (TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. Vol1. São Paulo: Método, 2006. p.33-4).

<sup>8</sup> Ives Gandra da Silva Martins lembra que: “É bem verdade que com a Segunda Guerra Mundial e a falência do direito aético, destituído de um conteúdo mínimo de justiça, isto é, do direito composto de normas secundárias e primárias, sem outro sentido senão o de impor leis e vê-las cumpridas, permitiu que um rejuvenescimento do estudo do direito natural, principalmente na Alemanha e na Áustria, se fizesse.” (MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins. *Uma breve teoria sobre o constitucionalismo*. Porto Alegre: Lex Magister, 2015, p.28).

<sup>9</sup> Esclarece Dimitri Dimoulis que: “Os principais instrumentos que possui o operador do direito para resolver os problemas de interpretação são os quatro métodos da interpretação, desenvolvidos pela doutrina e, geralmente,

A importância dos métodos clássicos reside no fato de “legitimar a interpretação através do emprego de critérios capazes de outorgar-lhes uma aparência lógica e científica” (DIMOULIS, 2008, p.56-57). Ainda, “esses métodos oferecem vários ângulos da mesma norma, o que implica a análise de um número maior de seus sentidos, o que acaba por, indubitavelmente, facilitar o alcance de seu real conteúdo” (DIMOULIS, 2008, p.56-57).

Irão, portanto, atuar na apreensão do sentido do texto normativo; o foco é a construção da norma jurídica, em que os métodos se encontram desvinculados, de uma forma direta, do caso concreto. O que se pretende é obter o significado da norma que permita sua aplicação em uma determinada hipótese. A preocupação, neste momento, reside, portanto, na compreensão do dispositivo normativo.

O método gramatical, também denominado como literal ou textual, propugna pela análise do texto da norma enquanto conteúdo semântico de cada palavra e na utilização das regras gramaticais. (DIMOULIS, 2008, p.57) Fundamentalmente, procura nas palavras o que o legislador quis dizer com os termos empregados. Nesse sentido, de ter como ponto de partida as palavras, Cecília Meireles afirma que: “Aí, palavras, aí palavras, que estranha potência, a vossa! Todo o sentido da vida principais à vossa porta” (MEIRELES, 2009, p.140-141).

Assim, o que importa é o que se encontra expresso, de modo que o estudo é realizado na disposição das palavras. É da sua compreensão que se obtém um dos entendimentos possíveis do texto normativo. Em suma, Carlos Maximiliano (2007, p.88) sintetiza que o método gramatical exige os seguintes requisitos:

- 1) Conhecimento perfeito da língua empregada no texto, isto é, das palavras e frases usadas em determinado tempo e lugar; propriedades e acepções várias de cada uma delas; leis de composição; gramática; 2) informação relativamente segura, e minuciosa quanto possível, sobre a vida, profissão, hábitos pelo menos intelectuais e estilo do autor; orientação do seu espírito, leituras prediletas, abreviaturas adotadas; 3) notícia completa do assunto de que se trata, inclusive a história respectiva; 4) certeza de autenticidade do texto, tanto em conjunto como em cada uma das suas partes.

As críticas desenvolvidas a esse método repousam na estagnação de termos que impossibilitam a atualização de seu texto. Assim, se por um lado esse método apresenta limites objetivos explícitos<sup>10</sup> à atuação do intérprete; por outro, além dos problemas da própria

---

vinculados ao nome de Savigny.” Ainda, “Savigny não se refere à teleologia objetiva, considerando que a busca pela finalidade da lei ocorre em todo o processo da interpretação.” (DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 2ªed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p.175).

<sup>10</sup> Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Heremênutica e Interpretação Constitucional*. 3ªed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p.58. No mesmo sentido, na formulação de Karl Larenz, segundo Luís Roberto Barroso, a interpretação gramatical “consiste na compreensão do sentido possível das palavras, servindo esse sentido como limite da própria

linguagem (será estudado em tópico específico), faz com que a letra se torne morta com a impossibilidade de adaptação com o evoluir. O método histórico, ou interpretação teleológica subjetiva<sup>11</sup>, traz para a compreensão da norma os precedentes legislativos, dentre anais e relatórios, que permitem a avaliação da vontade do legislador constituinte à época de sua elaboração.<sup>12</sup> Ocorre que, como observa Celso Ribeiro Bastos (2010, p.59-60), “o método histórico não fica restrito apenas à análise do contexto socioeconômico que circundava a lei no momento de sua elaboração, mas leva em conta também qual seria o intuito da lei frente aos fatos atuais”<sup>13</sup>.

A crítica a esse método o coloca como uma opção a ser seguida num segundo momento. Deve ser utilizado com cautela já que

a defesa da ideia de subordinação de todas as gerações futuras à vontade que aprovou a Constituição contrasta com a ideia de Jefferson, generalizadamente aceita, de que a Constituição deve ser reafirmada a cada geração, sendo, conseqüentemente, um patrimônio dos vivos. (BARROSO, 2009, p.139).

Referido método teria, segundo Luís Roberto Barroso, maior destaque na interpretação da Constituição do que na interpretação das leis (BARROSO, 2009, p.137)

O método sistemático, como o nome indica, leva em consideração o texto normativo dentro do sistema jurídico ao qual está inserido. Sua importância na interpretação é ressaltada, pois “objetiva integrar e harmonizar as normas jurídicas considerando-as como um conjunto” (DIMOULIS, 2008, p.178). Assim, corolário desse entendimento que coloca os textos inter-relacionados é o princípio da Unidade da Constituição. Ensina Ferrara (apud BASTOS, 2002, p.61-62) que:

O direito objetivo, de facto, não é um aglomerado caótico de disposições, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, em que cada um tem o seu porto próprio. Há princípios jurídicos

---

interpretação”. (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.131).

<sup>11</sup> Cf. DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 2ªed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p.178-9. Dimitri Dimoulis justifica a expressão “teleologia subjetiva”: “O método histórico fundamenta-se na teleologia subjetiva, porque se interessa pelas intenções do legislador histórico e não pela finalidade objetiva da lei.”

<sup>12</sup> A respeito, Maria Helena Diniz: “[...] baseia-se na averiguação dos antecedentes da norma. Refere-se ao histórico do processo legislativo, desde o projeto de lei, sua justificativa ou exposição de motivos, emendas, aprovação e promulgação, ou às circunstâncias fáticas que a precederam e que lhe deram origem, às causas ou necessidades que induziram o órgão a elaborá-la, ou seja, às condições culturais ou psicológicas sob as quais o preceito normativo surgiu (occasio legis).” (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*. 18ªed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.435).

<sup>13</sup> No mesmo sentido, coloca Luís Roberto Barroso que: “Esse reforço retrospectivo para revelar a vontade histórica do legislador pode incluir não só a revelação de suas intenções quando da edição da norma como também a especulação sobre qual seria a sua vontade se ele estivesse ciente dos fatos e ideias contemporâneos.” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2009).

gerais de que os outros são deduções e corolários, ou então vários princípios condicionam-se ou restringem-se mutuamente, ou constituem desenvolvimentos autônomos em campos diversos. Assim, todos os princípios são membros de um grande todo.

Cumpra esclarecer que a análise sistemática deve ser buscada no direito como um todo, ou seja, dentro do ordenamento jurídico, como também nos subsistemas que compõem o direito. No primeiro caso, está a se falar da conformidade sistêmica entre Constituição, Código Civil, Código Penal, leis trabalhistas e demais instrumentos normativos. No segundo caso, a ter como exemplo a Constituição, constitui em um sistema individual em que seus elementos também obedecem a uma determinada relação interna entre seus dispositivos.

O método teleológico, ou lógico, ou interpretação teleológica objetiva<sup>14</sup> é aquele que estuda a finalidade da norma, e, de tal modo, pretende extrair de seu texto o fim para o qual foi criada. Em outras palavras, “procura descobrir o sentido e o alcance de expressões do Direito sem o auxílio de nenhum elemento exterior” (MAXIMILIANO, 2007, p.100). Pode-se dizer que “procura destacar a finalidade da lei (*mens legis*), ou ainda, como consideram alguns o seu espírito” (BASTOS, 2002, p.60).

Dimitri Dimoulis (2008, p.180-182) destaca que:

[...] propõe interpretar a norma de acordo com aquilo que o legislador teria decidido se conhecesse a situação atual. Tenta-se, assim, atualizar os textos normativos pensando qual é o melhor caminho para alcançar, hoje, a finalidade que o legislador tinha estabelecido. [...] mesmo quando a lei não necessita de atualização e adaptação à situação atual, a teleologia objetiva pode ser empregada quando há dúvidas em relação ao seu sentido. [...] Por essa razão sustenta-se, frequentemente, que a interpretação teleológica não se atém à letra da lei e sim ao seu “espírito”.

Ainda, em relação a esse método também cabe crítica, já que considerar a finalidade como contida na norma pode levar a um subjetivismo por parte do aplicador da norma. O que se coloca é: “Como procurar, por exemplo, a ‘finalidade’ da lei que não está escrita em nenhum lugar? Afinal de contas falar da finalidade não equivale a dar ‘carta branca’ aos entendimentos subjetivos do aplicador?” (DIMOULIS, 2008, p.180-182).

Ao traçar as diferenças entre os métodos, observa-se que os dois primeiros, gramatical e histórico, estão intimamente relacionados à *mens legislatori*, ou seja, atuam na busca da

---

<sup>14</sup> DIMOULIS, Dimitri. Manual de Introdução ao Estudo do Direito. 2ªed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p.180. Dimitri Dimoulis utiliza-se da terminologia “interpretação teleológica objetiva” e a explica como sendo a busca pelo intérprete da “finalidade social das normas jurídicas, tentando propor uma interpretação que seja conforme a critérios e exigências atuais”.

intenção do legislador. Enquanto os dois últimos, sistemático e lógico, encontram-se intimamente relacionados à *mens legis*, ou seja, buscam o sentido objetivo do texto normativo.

Não obstante as diferenças apresentadas, é preciso ressaltar que todos os métodos atuam na reconstrução do pensamento expresso no texto normativo<sup>15</sup> e que não há hierarquia entre eles. Justifica-se “na medida em que aqueles, na grande maioria dos casos, são compatíveis. De outra parte reconhece-se também que mais de um método pode ser aplicado na mesma interpretação” (BASTOS, 2002, p.53-54). Não são eles, portanto, auto-excludentes.

Savigny propõe que os métodos apesar de deverem ser considerados como um todo, poderiam levar a interpretações diversas entre eles que dificultariam o alcance de uma solução definitiva. A busca da melhor interpretação deve ser aquela que mais se aproxima do texto normativo, de modo que assim se possa preservar a própria segurança jurídica do Direito.

Assim sendo, os métodos clássicos de interpretação como caminho a ser perseguido pelo intérprete para a compreensão da norma não são absolutos no sentido de oferecem uma única resposta correta. São instrumentos disponíveis para o intérprete para retirar o significado “ótimo” da norma, o mais adequado caminho para, inclusive, imporem-se limites a sua compreensão. São, assim, instrumentos de argumentações sobre o sentido das normas jurídicas.

### 2.3 A Hermenêutica Constitucional no Século XXI

Após as duas Grandes Guerras Mundiais, o direito começa a traçar novos caminhos. O positivismo adotado até então passa a ser questionado e, uma nova fase – agora pautada em valores e sua respectiva concretização –, é cobrada.

A interpretação jurídica também acolhe mudanças, como novos métodos interpretativos a serem utilizados para a concretização das normas. Métodos que procuram uma aproximação entre o texto da norma e a realidade. Com isso, passa a ser possível a aplicação das normas a partir de valores reconhecidos dentro de uma determinada sociedade e, até mesmo, de valores mundiais. São destaques desta mudança o reconhecimento da Constituição como um sistema aberto, a ascensão dos princípios, a força normativa e, por consequência, uma nova fase na jurisdição constitucional.

---

<sup>15</sup> Carlos Maximiliano faz ressalva em relação ao processo lógico ou teleológico o qual estaria a se preocupar com o espírito da norma em apreço e não a letra do dispositivo. (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.87).

### 2.3.1 A Constituição como um Sistema Aberto

Às insuficiências do modelo positivista reconhecidas, passa-se a compreender a Constituição segundo um modelo mais aberto, em que os valores passam a integrar o texto das normas constitucionais.

Compreender a Constituição como sistema interno aberto parte da necessidade do acompanhamento do seu texto à realidade sobre a qual se legitima. Retomando o conceito de Constituição de Lassalle, esta deve corresponder aos fatores reais de poder, já que representa a decisão política fundamental adotada pela sociedade (Carl Schmitt). Portanto, para que seja efetivo o Texto Constitucional na regulação da sociedade, é imprescindível que ele acompanhe as mudanças que se realizam.

Para Canotilho (2003, p.1159), a Constituição como sistema aberto representa: “[...] uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem as mudanças da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’.” Esse acompanhamento, vale ressaltar, não deixa de negar a força normativa correspondente ao texto afirmada por Konrad Hesse (1991, p.10), segundo o qual:

Considerada em suas consequências, a concepção da força determinante das relações fáticas significa o seguinte: a condição de eficácia da Constituição jurídica, isto é, a coincidência da realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético extremo. É que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar.

No mesmo sentido, observa Canotilho (2003, p.1176) que:

A complexa articulação da “textura aberta” da constituição com a positividade constitucional sugere, desde logo, que a garantia da força normativa da constituição não é tarefa fácil, mas se o direito constitucional é direito positivo, se a constituição vale como lei, então as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade regulando jurídica e efetivamente as relações da vida (P. Heck), dirigindo as condutas e dando segurança a expectativas de comportamentos (Luhmann).

A qualidade da Constituição Brasileira como um sistema normativo aberto coloca as suas normas (princípios e regras) sob uma atividade interpretativa guiada pela relação existente entre a norma e a realidade. Esta interação entre ambos é permitida, justamente, pela textualização aberta de suas normas. Destarte, fala-se em mutação do texto constitucional, já que por meio da atividade do intérprete muda-se apenas o sentido da norma, sem a alteração formal do dispositivo. Nesse caso, segundo Celso Ribeiro Bastos (2002, p.74):

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 jurídica, de modo a atender às mudanças operadas na sociedade, seja no sentido do desenvolvimento, seja no da existência de novas ideologias.

A comunicação entre texto e realidade realiza-se por meio da abertura das normas constitucionais. Neste caso, elas demandam dos intérpretes maior discricionariedade no momento de concretização. Contudo, como identificar se uma norma se caracteriza como aberta ou densa? Ao tratar da arquitetura normativa da Constituição, constatou-se que ela se estrutura a partir de duas diferentes espécies de normas, os princípios e as regras, momento no qual, também, se questionou a identificação de um e outro.

O sistema constitucional interno é formado por seus elementos, regras e princípios, que possuem como um dos critérios de distinção a diferente densidade semântica (Capítulo 1, subitem 1.2). A identificação de uma regra ou de um princípio acontece com a concretização realizada pelo intérprete, já que “abertura e densidade são ‘grandezas variáveis’” (CANOTILHO, 2003, p.1181).

Encontram-se normas em que é imediata a visualização de sua densidade, como, por exemplo, o artigo 175 da Constituição Federal Brasileira, o qual não confere espaço para atuação do intérprete. Não há outra interpretação senão a que corresponde ao Estado o dever da prestação de serviços públicos, por meio dos regimes de concessão ou de permissão, sempre através de licitação. A lei, neste caso, conferirá margem para atuação do legislador que, no entanto, disporá apenas sobre a forma da prestação do serviço.

Porém, normas como a do artigo 3º, inciso I do mesmo diploma que orienta os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil para construir uma sociedade livre, justa e solidária, tornam a atuação do intérprete muito mais ampla; pois, o que é uma sociedade livre, justa e até mesmo solidária? São palavras que receberão seu conteúdo de acordo com a cultura social para qual se encontram destinadas.

Nota-se que, para Canotilho (2003, p.1180-1181), não se devem confundir as expressões “abertura das normas constitucionais” e “abertura da constituição”. São diferentes níveis:

(1) abertura horizontal, para significar a incompletude e o caráter “fragmentário” e “não codificador” de um texto constitucional; (2) abertura vertical, para significar o caráter geral e indeterminado de muitas normas constitucionais que, por isso mesmo, se “abrem” à mediação legislativa concretizadora.

Aqui, se atentarà à segunda posição, considerando que a Constituição é completa positivamente em seus direcionamentos, porém deixa a margem do intérprete sua concretização

semântica de acordo com as mudanças sociais, na linha do que Canaris afirma sobre “uma incompletude movida pela capacidade de aprendizagem com a realidade”.

Com os ensinamentos de Celso Ribeiro Bastos (2002, p.73):

A Constituição é um sistema normativo aberto, dinâmico. Ela não é, nem pode ser um documento fechado, estático. Se é próprio da vida social o estar em constante mutação, o fenômeno jurídico, que pretende fundamentalmente regular a vida em sociedade, não poderia deixar de sofrer alteração. Mesmo quando ele não tenha condições de se antecipar ou de propiciar essa evolução, ele não pode deixar de, ao menos, acompanhá-la.

Finalmente, a Constituição Brasileira é um sistema porque reúne seus elementos de forma unitária, de forma que o nexos que a unifica representa a finalidade à qual se destina. Esse nexos é encontrado em seu preâmbulo, segundo o qual institui um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos.

É um sistema aberto em razão da dinamicidade que se apresenta na possibilidade de adaptação de seu texto às mudanças sociais. Uma análise prática fica destacada pela possibilidade de adequar-se com os fenômenos reais.

A ver pela parte econômica da Constituição, é dizer que quando ela estabelece, em seu artigo 170, a observação aos princípios da busca pelo pleno emprego ou mesmo, da redução das desigualdades, a compreensão deve ser à luz da sistemática constitucional e no tempo e no espaço no qual se encontram.

### 2.3.2 A Ascensão dos Princípios

Para caracterizar o atual momento da interpretação, Luís Roberto Barroso (2009, p.347) identifica a existência de “uma nova interpretação constitucional”. E a justificativa para essa nova fase pós-positivista<sup>16</sup> é, dentre outros fatores, a “ascensão dos princípios”, aos quais busca-se conferir a normatividade que lhes é inerente. André Ramos Tavares (2006, p.86-88), nesse contexto evolucionista de concepções, esclarece, especificamente, a respeito dos princípios que:

Fazendo uma síntese muito rápida, há na história três fases em relação à evolução do tema dos princípios. Uma primeira fase, a que se pode denominar de *jusnaturalista*, em que a normatividade dos princípios era, se não nula, ao

---

<sup>16</sup> Em relação à utilização da expressão “pós positivista”, Dimitri Dimoulis diz que: “A pesquisa bibliográfica indica que o termo é praticamente desconhecido fora do Brasil. O termo é utilizado esporadicamente em países de língua alemã. Entre os poucos autores que qualificam sua teoria como pós-positivista, encontramos, os adeptos da teoria estruturante do direito (*strukturierende Rechtslehre*), encabeçada por Friedrich Müller.” (DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico*. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. Coleção Professor Gilmar Mendes. Vol.2. São Paulo: Método, 2006).

menos duvidosa. Os princípios não eram considerados normas jurídicas, não tinham normatividade, imperatividade, cogência. Eram considerados meros conselhos, exortações que se criavam para o executivo, o legislador etc. Numa segunda fase, *juspositivista*, os princípios passaram a ser fonte secundária do Direito, de aplicação subsidiária. Esta segunda fase, já ultrapassada pela História das idéias, encontra-se ainda plasmada na Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro. [...] Essa segunda fase, todavia, a qual dita que nos casos em que houver lacuna na lei e não for possível resolvê-los nem pelos costumes, nem pela analogia, aplicam-se os princípios, é uma fase que deve ser considerada superada, banindo-se suas premissas de princípios como elementos episódicos no discurso jurídico. Sendo princípio constitucional, há de aplicar-se com a marca indelével da prioridade; [...] Na “última” fase referida, portanto, os princípios têm força normativa total; eles são cogentes, são considerados normas, possuem normatividade no sentido da impositividade.

Dessa forma, sem deixar de lado o modelo de subsunção de aplicação da norma, nem, tampouco, os modelos clássicos de interpretação, atendendo às novas exigências para obtenção de uma justiça mais racional e próxima da realidade, a interpretação é ampliada para considerar a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a utilização do método concretista.

Os princípios assumem sua importância pela normatividade e como normas capazes de oferecer a completude ao sistema jurídico aberto. Em capítulo anterior verificaram-se suas características e aspectos, de modo que apenas vale sublinhar que são eles “vigas mestras do texto constitucional” (BASTOS, 2002, p.229) ou ainda, “mandamento nuclear de um sistema” (MELLO, 1993, p.408-409).

Como se percebe, os princípios tornaram-se elementos normativos indispensáveis para a consecução da justiça e efetividade constitucional. Um olhar pelo Capítulo I do Título VII da Ordem Econômica e Financeira da Constituição de 1988 permite, especificamente em relação ao seu artigo 170, o encontro de diversos princípios da atividade econômica.

Em relação a eles é tarefa olhá-los sob três diferentes aspectos: conteúdo, estrutura e aplicação (BARROSO, 2009, p.355). Princípios, como o da justiça social e o da redução das desigualdades regionais e sociais não apenas norteiam a atuação do intérprete na aplicação das demais normas, como também devem ser interpretados efetivamente de acordo com o fim o qual prescrevem.<sup>17</sup> O conteúdo aberto lhes confere um caráter material a ser definido a partir da ideologia da própria Constituição e da realidade social.

Não somente, a própria estrutura finalística dos princípios coloca para o intérprete uma discricionariedade para definição do seu modo de aplicação, já que dificilmente oferece os

---

<sup>17</sup> “Os princípios, como já indicado, ao mesmo tempo em que necessitam serem concretizados, o que vale dizer determinados em seu conteúdo, valem, por outro lado, como sinais a guiarem a utilização das diversas regras hermenêuticas.” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ªed. São Paulo: Celso Bastos, 2002).

meios concretizadores da norma. É o caso da busca do pleno emprego, em que não se diz o que seria o “pleno emprego”, como também não oferece os meios para a sua busca.

Ademais, entre os princípios encontram-se valores contrapostos, como a livre iniciativa e a intervenção estatal. Nestes casos de colisão, a atitude que o intérprete deve ter é a de ponderação entre eles ou ainda, a de cedência parcial recíproca. Não há norma que seja absoluta, pois a Constituição é uma na busca de seus fins.

Conclui-se que a influência dos princípios na interpretação da Constituição não somente é necessária, como indispensável. Eles “são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição” (BARROSO, 2009, p.155).

Tratando-se de um documento político, muitas de suas normas são veiculadoras de normas-princípios que ou são concretizadas por meio de normas infraconstitucionais, ou intencionam que se busquem os fins nelas almejados. Neste caso, é gradativo, já que princípios como, por exemplo, o do desenvolvimento nacional, dependem de condições econômicas, políticas e sociais para sua implementação. No entanto, o que não se pode olvidar aqui é a normatividade deles sob pena de inconstitucionalidade.

### 2.3.3 A Força Normativa da Constituição

A força normativa da Constituição é uma teoria, advinda de um empenho de Konrad Hesse, apresentado em sua aula inaugural na Universidade de Freiburg (1959). Trata-se de importante trabalho que veio a influenciar a exigência de aplicação da norma constitucional.

Durante muito tempo vigorou o entendimento de ser a Constituição um documento meramente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. Não era difícil encontrar escusas ao cumprimento constitucional sob a justificativa de não serem dotados de normatividade.

Contudo, a teoria da força normativa da Constituição ressalta o seu caráter normativo, pois reconhece às normas constitucionais a característica da imperatividade. Portanto, é o reconhecimento do cumprimento obrigatório de seus mandamentos. Para esta teoria a Constituição é mais que expressão da realidade. Quanto mais a vontade constitucional for afirmada, sua capacidade de direcionamento social aumenta, pois diminui a influência dos fatores sociais para prevalecer a orientação do Texto Constitucional. É aceitar a vontade da Constituição.

Hesse evita que a Constituição seja relegada apenas à realidade. Confere a ela força para conformar a realidade e não apenas considerá-la como uma “folha de papel”, como o é para

Lassalle. Como anteriormente assinalado, sua preocupação repousa em evitar que a Constituição jurídica se curve às questões de poder (Constituição real). A intenção é assinalar a normatividade da Constituição.

De acordo com os ensinamentos de Konrad Hesse (1991, p.27):

A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões de poder, mas quando envida esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder (*Machtfragen*). Em outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa. Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado.

Nesse caminho, a interpretação passa a ter papel decisivo na consolidação e preservação da força normativa constitucional. O intérprete deve procurar a maior realização possível das normas constitucionais. Isso porque é a Constituição que deve determinar a realidade e não o seu inverso. Lenio Streck (2014, p.350) explica que para Hesse a existência da Constituição é, em primeiro lugar, uma questão de força normativa.

Os ensinamentos de Hesse revelam-se de extrema importância na atual interpretação constitucional. Com a nova metodologia indicada para aproximação entre realidade e texto, referida teoria oferece limites para um balanceamento dessa nova consideração interpretativa quando traz para a atividade do intérprete a força normativa da Constituição. Em outras palavras, a Constituição ganha efetividade enquanto suas normas forem capazes de determinar a realidade para a qual se encontram postas.

### 3. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos jurisdicionais.

As mudanças após a Segunda Guerra Mundial alcançaram a jurisdição constitucional, inclusive a brasileira. O modelo de supremacia do Parlamento é derrubado e a jurisdição constitucional é ampliada desde então. Luís Roberto Barroso (2012, p.364-365) explica que:

Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito. Nele a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente,

ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento.

No Brasil, a expansão da jurisdição constitucional inicia-se com a Constituição de 1988, a partir da qual os sistemas de controle de constitucionalidade foram ao longo desses 27 anos sendo aprimorados. Hoje, é possível identificar dois sistemas de controle de constitucionalidade: o difuso (influência norte-americana) e o concentrado (influência austríaca), ambos adotados pela Constituição brasileira.

A evolução do constitucionalismo e juntamente a evolução das técnicas hermenêuticas e, assim, da interpretação alcançaram a jurisdição constitucional brasileira, sendo possível identificar essas mudanças não apenas do ponto de vista dos atuais instrumentos processuais, como a técnica da “repercussão geral”, a “súmula vinculante” e a “modulação de efeitos”, mas da própria atividade interpretativa desenvolvida pelos juízes que devem levar em consideração a supremacia da Constituição, inclusive os limites apresentados por ela.

O destaque atualmente conferido ao Poder Judiciário deve-se, sobretudo, a esta confiança depositada em sua função de garantir os direitos constitucionalmente previstos. A aplicação da Constituição passa a ocorrer de forma direta e viabilizadora da concretização dos direitos fundamentais.

Nesse caminho, os princípios, como já mencionados, ganham força nesta nova etapa do Poder Judiciário, o qual passa a fundamentar suas decisões com bases principiológicas, como é o caso da decisão que reconheceu a constitucionalidade da união homoafetiva (na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.132) e da realização do aborto de feto diagnosticado com anencefalia (na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.54).

Outra mudança é a atuação do Poder Judiciário no que tange ao controle de políticas públicas, responsável pela garantia de direitos como saúde e educação em razão da omissão executiva em relação à implementação de referidos direitos.

Também, por influência de Peter Häberle, a ampliação do rol dos intérpretes da Constituição, sendo possível identificá-la no Brasil com a figura do *amicus curiae* e das audiências públicas.

Muitas destas conquistas ainda são questionadas, principalmente no que tange aos limites desta nova forma de atuação. Há quem entenda essa atuação como ativismo judicial e, outros, como mera decorrência da própria Constituição que a permite.

A atividade interpretativa não deve ser compreendida como uma atividade subjetivista por parte do intérprete. Ao contrário, é uma atividade pautada em princípios e técnicas hermenêuticas para garantir o respeito ao Texto Constitucional. Não obstante suas conquistas atuais, ainda é fonte de dúvidas em relação a alguns aspectos.

Nesse sentido, a história continuará e com o passar do tempo dizer o que foi bom e o que precisa ser repensado mais uma vez. Isso porque até o que seja bom ou ruim, como verificamos com o estudo de toda evolução histórica, depende das necessidades de seu tempo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É possível notar que as bases do ordenamento jurídico de hoje são encontradas e foram semeadas no passado. Desta evolução constitucional traçada neste breve artigo, a partir das bases filosóficas que fundamentaram ao longo do tempo a atividade interpretativa, é possível concluir que o direito é dinâmico e que ele continua construindo suas bases a partir de novas necessidades humanas.

A superação do Estado Absoluto por um Estado de Direito marca diferenças no que tange à criação e à aplicação do Direito. O surgimento da Constituição como limite à atuação do Estado, juntamente com os demais pilares do Estado de Direito, como a legalidade, a separação dos poderes e a proteção de direitos fundamentais, definem o futuro do papel do Direito nas sociedades para reconhecer a supremacia das leis.

A interpretação constitucional é lançada como mecanismo de aplicação das normas constitucionais. Contudo, a interpretação também acompanha as mudanças da realidade que acabam por influir no modo interpretativo. Da utilização do método dedutivo para aplicação da norma se alcança uma interpretação construtiva da lei a ser aplicada ao caso concreto.

É possível notar que mesmo com novas conquistas, o passado ainda continua presente. Hoje ainda se reconhecem bases jusnaturalistas, bem como o positivismo tem grande relevância na determinação no direito. A nova doutrina do pós-positivismo contribui na medida em que permite a indispensável aproximação entre o direito e os valores de uma determinada sociedade. Exemplo disso é a atual concretização dos direitos fundamentais por meio da interpretação constitucional.

Contudo, a atual doutrina também possui os seus desafios a serem enfrentados, como os atuais estudos em relação à atuação do Poder Judiciário. Sua evolução e destaque na atual sociedade caminham junto com a ineficiência dos outros dois Poderes e as novas mudanças na interpretação constitucional advindas de uma necessidade de concretização dos direitos. Isso

não quer dizer que seja o melhor, mas a saída encontrada para a efetivação de direitos previstos constitucionalmente, bem como a defesa de sua força normativa para que não ficasse relegada a uma folha de papel.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 7ª ed., 2009;

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 6ª ed., 2012;

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Site: <https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito/1>. Acesso em 25/8/2020.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 22ª edição, 2010;

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 4ª ed., 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 5ª ed., 2002;

BASTOS, Celso Ribeiro; PFLUG, Samantha Meyer. “A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais”. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003;

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. São Paulo: Saraiva, 4ª ed, 2007;

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 31ª ed., 2012;

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2008;

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico – Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006;

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 18ª ed.;

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991;

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 2ªed., 1970.

MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins. **Uma breve teoria sobre o constitucionalismo**. Porto Alegre: Lex Magister, 2015;

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2007;

MEIRELES, Cecília. **Romanceiro da Inconfidência**. São Paulo: L&PM, 2009;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 4ª ed., 1993.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo – A invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008;

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed., 2005;

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro, 2002;

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Editora: Livraria do Advogado, 11ª ed, 2014;

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 11ª ed., 2013;

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da Hermenêutica Constitucional**. Vol.1. São Paulo: Método, 2006.

Recebido – 09/07/2020

Aprovado – 23/10/2020