XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIA CONSTITUCIONAL

ALEXANDRE WALMOTT BORGES

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314
Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Alexandre Walmott Borges
Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-810-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

Em Teoria Constitucional I os autores voltaram a sua atenção para as questões essenciais do Direito Constitucional, a exemplo da harmonia entre os poderes, democracia, o papel da Corte Constitucional, fatores reais de poder e papel do poder judiciário, temáticas que têm estado em pauta não somente no Brasil como também em inúmeros outros países desenvolvidos e em desenvolvimento.

A retomada dessas questões com o objetivo de refletir o momento político brasileiro e mundial de modo sistemático são essenciais para a adequada compreensão do nosso momento histórico e uma ótima oportunidade para destacar os valores essenciais que deram sentido ao mundo civilizado nos últimos duzentos anos e que não podem ser esquecidos ou desprezados, mas repensados, de modo que sirvam permanentemente de alimento para a construção de um mundo mais justo.

Provoca muita satisfação perceber que jovens investigadores estejam dedicando as suas pesquisas a analisar as dimensões do fenômeno democracia, como também para problematizar no contexto histórico atual as contribuições de Ferdinanda Lassalle na sua abordagem sobre os fatores reais de poder. Da mesma forma, as reflexões desenvolvidas nos textos que trataram sobre constitucionalismo global e ativismo judicial despertaram a nossa atenção em razão de estarmos vivendo essa realidade, o que exige dos cientistas do direito a percepção de todos os seus aspectos, de modo a que se enfrente de maneira mais consciente todas as consequências decorrentes dessa dinâmica, decorrentes da vivência de uma nova forma de poder por meio da atuação de novos atores, o que provoca uma inevitável mudança na realidade anterior, com a qual estávamos habituados.

Por todos isso, recomendamos a leitura dos textos que compõem esta coletânea.

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges - UFU

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO EM SUA FUNÇÃO DE CONTROLE

THE INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION IN ITS CONTROL FUNCTION

Manoel Ilson Cordeiro Rocha [1]

Resumo

A hermenêutica contemporânea se ramifica num conjunto de teorias ativistas a repercutir no sentido controlador da Constituição. Ocorre especialmente na função do juiz como ator em nível político. Isso por conta de modos dinâmicos de interpretação constitucional. Em contrapartida, esta perspectiva da função de controle constitucional desperta o controle do controle, para evitar o abuso e o excesso. Pretende-se, neste ensaio, uma revisão do tema e a propositura de algumas hipóteses atualizadas.

Palavras-chave: Controle constitucional, Hermenêutica, Interpretação constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

Contemporary hermeneutics branches out in a set of activist theories to reverberate in the controlling sense of the Constitution. It occurs especially in the role of the judge as an actor at the political level. This is due to dynamic modes of constitutional interpretation. On the other hand, this perspective of the constitutional control function awakens control of the control, to avoid abuse and excess. This essay intends to review the theme and propose some updated hypotheses.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional control, Hermeneutics, Constitutional interpretation

[1] doutor em direito, professor da FDF, da UNIARA e da FAFRAM

1. INTRODUÇÃO. A hermenêutica contemporânea se ramifica num conjunto de teorias ativistas a repercutir no sentido controlador da Constituição. Ocorre especialmente na função do juiz como ator em nível político. Isso por conta de modos dinâmicos de interpretação constitucional. Em contrapartida, esta perspectiva da função de controle constitucional desperta o controle do controle, para evitar o abuso e o excesso. Objetiva-se com essa pesquisa, em grau de ensaio, propor um argumento de síntese, não necessariamente original, mas uma releitura desse problema clássico. A pesquisa é bibliográfica e o método é dialético.

2. A CONSTITUIÇÃO E A SUA FUNÇÃO DE CONTROLE. É lugar comum em Direito Constitucional afirmar que a Constituição no Estado de Direito tem uma função de controle do poder do Estado. Os pilares do Estado de Direito – a proteção dos direitos fundamentais e a separação de poderes – encontram a sua sede na Constituição, seja a Constituição materialmente concretizada na perspectiva revolucionária liberal, seja a existência de um documento formal que se preste efetivamente a este papel efetivador da Constituição material. A proteção de direitos fundamentais e a separação de poderes resultam da síntese do conteúdo racionalizado de autolimitação do poder estatal, enquanto que a Constituição é o seu instrumento.

Essencialmente é a Constituição material de um Estado de Direito o que garante a efetiva autolimitação do poder. Mas em muitos Estados a existência de uma Constituição formal, com a externalização desse compromisso, completa a existência de um Estado de Direito.

> Traduz o Estado de Direito a experiência imemorial de que o poder tende ao abuso, e que este só é evitado, ou, ao menos, dificultado, quando o próprio Estado obedece á lei e está enquadrado num estatuto jurídico a ele superior. O Estado se subordina ao Direito através de uma Constituição rígida, ou seja, uma Constituição que não pode ser validamente modificada a não ser por um processo especial, (...), salvaguardando as liberdades, os direitos do homem (FERREIRA FILHO, 1978, p. 32).

Assim, tanto a Constituição material quanto a formal encarnam, em seus respectivos sentidos, o espírito do Estado de Direito. É a necessidade de limitação racional do poder do Estado para a efetividade das liberdades fundamentais.

A Constituição de um Estado se configura por um conteúdo próprio, uma forma e um status que a garante como tal. Seu conteúdo é o que se define como Constituição material; sua forma escrita é o que se define como Constituição formal; e o seu status garantido é o que se define num regime jurídico necessário para a sua proteção enquanto norma fundamental.

A Constituição material é o conjunto normativo que compõe e caracteriza o formato essencial do Estado.

> Constituição material é a substância da Constituição, as suas ideias constitucionais. Toda Constituição tem um sentido político do Estado e a identificação desse sentido é a identificação do conteúdo material dessa Constituição (ROCHA, 2014, p. 195). Entende-se por constituição material, seguindo as sugestões de uma cultura constitucional fortemente radicada – a italiana – o conjunto de fins e valores constitutivos do princípio efectivo da unidade e permanência de um ordenamento jurídico (dimensão objetiva), e o conjunto de forças políticas e sociais (dimensão subjetiva) que exprimem esses fins ou valores, assegurando a estes a respectiva prossecução e concretização, algumas vezes para além da própria constituição escrita (CANOTILHO, 2002, p. 1125).

Não é necessariamente uma norma escrita ou toda norma escrita definida como constitucional, mas aquelas que tratam de temas essenciais caracterizadores de um Estado, como forma de governo, forma de Estado, fonte de legitimação do poder etc.

Na Constituição de um Estado de Direito, especialmente e/ou, por exemplo, a separação de poderes, o reconhecimento e a proteção de direitos fundamentais, os mecanismos de reforma e atualização da Constituição e os demais instrumentos limitadores e controladores do poder, são a base de sua caracterização material.

> Los siguientes elementos fundamentales están considerados como el mínimo irreducible de una auténtica constitución:
> 1. La diferenciación de las diversas tareas estatales y su asignación a diferentes órganos estatales o detentadores del poder para evitar la concentración del poder en las manos de un único y autocrático detentor del poder.
> 2. Un mecanismo planeado que estableza la cooperación de los diversos detentadores del poder. Los dispositivos y las instituciones en forma de frenos e contrapesos (...).
> 3. Un mecanismo, planeado igualmente con anterioridade, para evitar los bloqueos respectivos entre los diferentes detentadores del poder autónomos, con la finalidade de evitar que uno de ellos, caso de no producirse la cooperación exigida por la constitución, resuelva el impasse por sus propios medios, esto es, sometiendo el processo del poder a una dirección autocrática. (...).
> 4. Um método, también estabelecido de antemano, para la adaptación pacífica del orden fundamental a las cambiantes condiciones sociales y políticas – el método racional de reforma constitucional – para evitar el recurso a la ilegalidade, a la fuerza o la revolución.
> 5. Finalmente, la ley fundamental debería contener un reconocimiento expresso de ciertas esferas de autodeterminación individual – los derechos individuales y libertades fundamentales –, y su protección frente a la intervención de uno o todos los detentadores del poder (LOEWENSTEIN, 1982, p. 153).

A Constituição material de um Estado de Direito é caracterizada pelo propósito de limitação e controle do poder do Estado.

A Constituição formal é a edificação da Constituição num documento escrito que simbolize o fenômeno constitucional. A teoria constitucional encontra numa Constituição formal uma sede mais segura de sua presença perante o Estado.

A Constituição escrita, formalmente caracterizada como tal, é equivalente a uma lei, em seu sentido amplo de norma positivada, mas destina-se a regular os fundamentos da organização do poder e isso a distingue em seu status superior.

> A constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas (SILVA, 2006, p. 45).

A característica de documento formal, escrito e codificado, inclusive influenciado pelo modo legislativo napoleônico, presente em muitas Constituições modernas posteriores à revolução liberal, também conferiu a muitas Constituições uma cientificidade jurídica útil aos seus fins liberais e também, por outro lado, aos fins do Estado de Direito, como instrumento para a limitação e controle do poder.

> A organização sistemática do Estado moderno e a previsibilidade da ordem econômica capitalista se condicionam reciprocamente. Ambas tornam-se possíveis tecnicamente por uma racionalização formal do direito que procede do Direito Romano comum. Essa racionalização da forma jurídica realiza-se de dois modos: por análise e por sistematização. Por meio da análise daquelas porções da atividade social relevantes para a ordenação jurídica, das 'situações de fato' de caráter abstrato, chega-se à formulação de preceitos jurídicos gerais; por meio destes, aspira-se a satisfazer a exigência organizadora de que, na medida do possível, toda decisão jurídica concreta seja concebida como aplicação de um preceito jurídico abstrato na situação de fato concreta. Esta fusão racional do caso individual no preceito jurídico abstrato completa-se, finalmente, com a sistematização, isto é, com a ordenação lógica de todos os preceitos jurídicos obtidos por análise, em um sistema unitário e, possivelmente, sem lacunas nem contradições de regras de direito.
> A tendência à racionalização da estrutura de poder, junto com os esforços revolucionários da burguesia tendentes ao estabelecimento de limites jurídicos ao exercício do poder do Estado, influíram na criação das modernas Constituições (HELLER, 1968, p. 320).

Ainda que a Constituição material represente a essencialidade constitucional, temos que, na Constituição formal,

> O conceito de Constituição formal é cientificamente necessário porque nunca pode se dar uma coincidência perfeita entre a Constituição material e a formal. Os textos constitucionais têm, certamente, conteúdos típicos, mas não existem princípios teóricos que determinem o que se deve reservar à lei constitucional. Sôbre o que há de regular o texto constitucional decidem – como em geral sobre o que deve ficar reservado à lei – a tradição, a conveniência política, a situação do poder e a consciência jurídica (HELLER, 1968, p. 324).

Não se limita à identificação positiva de um texto constitucional, pois essa positividade é um instrumento de limitação e controle do poder do Estado, tanto à medida que clareia e objetiva os mecanismos jurisdicionais para a limitação e o controle,

> A ideia de intersecção entre controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tamanha que o Estado onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, por mais que a mesma se denomine rígida, pois o Poder Constituinte ilimitado estará em mãos do legislador ordinário (MORAES, 2011, p. 729).

Quanto à medida que contribui para o status de solenidade da Constituição.

> Outro modo de se conceituar a Constituição centra-se em um critério de forma, que também é devedor das postulações do constitucionalismo, no ponto em que preconizava os méritos da Constituição documentada, escrita como forma não somente de melhor acesso aos seus comandos como de estabilidade e racionalização do poder.
> A Constituição, em sentido formal, é o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por um processo constituinte específico" (MENDES; BRANCO, 2012, p. 63).

A Constituição escrita, conforme a tradição que se firmou no Estado liberal, por um modelo codificado, segundo uma técnica modernizadora da estrutura das leis, e estruturado segundo princípios típicos do Estado de Direito é um dos resultados mais destacados da racionalização do direito na modernidade.

> As Constituições escritas também adotaram um formato de código, com a distribuição dos institutos jurídicos a partir de princípios informadores da respectiva sociedade. Também possuem uma coerência e uma sequência lógica nas suas divisões. São textos que evitam contradições e redundâncias e que se fundam em teorias jurídicas. A codificação é um processo de sistematização do Direito, segundo um propósito de torna-lo mais racional.
> Mas para a Constituição, a sua redação num formato de código foi defendida por diversas razões: a) é expressão de renovação do pacto social; b) contribui para a solenidade que a Constituição precisa; c) traz segurança jurídica pela formalização e concretude da lei; d) traz publicidade; e) traz permanência; f) traz educação política para o povo, que passa a ter acesso mais fácil às leis (ROCHA, 2014, p. 197). Das duas conceituações de Constituição, a mais relevante para o direito é aquela calcada no critério formal. Isto porque as classificações, as categorizações ou as conceituações apenas apresentam relevância diante do direito, na medida em que a elas se faça corresponder um regime jurídico próprio, vale dizer, um feixe de normas pertinentes. Abandonado este princípio metodológico, nada nos impedirá de classificar os Textos Constitucionais em função dos mais abstrusos critérios (tamanho, cor etc.). Tal atividade, entretanto, se por um lado pode apresentar-se como em si mesma espiritualmente gratificante, do ponto de vista prático nenhuma valia ofereceria, posto que em nada facilitaria o aclaramento da funcionalidade do sistema (BASTOS, 1992, p. 45).

A formalização da Constituição permite a identificação da essencialidade constitucional do Estado, ou seja, a Constituição, reconhecida politicamente em sua superioridade, é formalmente identificada no sistema, para que não se tenha dúvida do que é o conteúdo constitucional e para que não se tenha dúvida do que deve prevalecer no sistema.

Por fim, a Constituição formal pode ser cercada de limites formais e materiais de proteção de sua essencialidade, especialmente para garantir a conservação da vontade do

legislador constituinte originário e do sentido constitucional eleito pelo povo num momento especial de formação constitucional. É o regime jurídico de proteção constitucional. Esse regime jurídico é ancorado em três fundamentos: a vinculação orgânica do Estado à Constituição; os limites de revisão constitucional, graças à sua formalização; a fiscalização judicial da constitucionalidade.

A supremacia da Constituição, como posto, só é efetiva quando nenhum elemento do Estado pode contrariá-la. Não pode haver contrariedade à Constituição na conduta dos agentes públicos e não pode haver contrariedade no sistema normativo, pelo caráter de norma superior vinculativa das demais normas.

A formalização da Constituição, além da própria ideia de ser uma norma constitucional, pode ser acompanhada de um processo legislativo diferenciado, por ser mais rigoroso e mais solene, para contribuir com o status formal superior:

> Esta vai erigir em critério discriminador das normas constitucionais a forma pela qual elas são produzidas. Constituição, neste sentido, seria um conjunto de normas legislativas que se distinguem das não-constitucionais em razão de serem produzidas por um processo legislativo mais dificultoso, vale dizer, um processo formativo mais árduo e mais solene. Esta dificuldade acrescida pode consistir em múltiplos fatores: a criação de um órgão legislativo com a função especial de elaborar a Constituição, chamado Assembléia Constituinte; a exigência de um quorum especial, mais expressivo que o requerido pelas leis ordinárias, e de votações repetidas e distanciadas temporalmente; ou, ainda, a sujeição do projeto de lei constitucional à aprovação popular (referendum) (BASTOS, 1992, p. 43).

Isto para contribuir para a segurança e preservação da norma constitucional. Às vezes determinados conteúdos constitucionais não podem, sequer, serem modificados, com esse mesmo viés protetivo.

> A constituição garante a sua estabilidade e conservação contra alterações aniquiladoras do seu núcleo essencial através de cláusulas de irrevisibilidade e de um processo ‘agravado’ das leis de revisão (CANOTILHO, 2002, p. 882).

Essa função serve para moldar o Estado que se pretende no momento revolucionário, mais autêntico na expressão da vontade popular, e para evitar a arbitrariedade circunstancial dos governantes e legisladores derivados. Ela é distinta com uma rigidez constitucional no processo de atualização da Constituição. A Constituição, que se presta à proteção de um sistema de Estado de Direito, depende, ela própria, de uma proteção própria.

Essa essencialidade e essa rigidez constitucional servem, especialmente, ao autocontrole do Estado. Como elementos conservadores, elas também fundamentam a vigilância recíproca entre os poderes[1].

A Constituição também é protegida pela fiscalização jurisdicional da constitucionalidade. Esse fundamento de proteção constitucional é classificado, a seguir, como uma perspectiva autônoma para a função constitucional de controle do Estado.

O controle jurisdicional de constitucionalidade significa a imposição jurisdicional da coerência necessária entre as normas do ordenamento jurídico estatal ou entre as normas constitucionais e as condutas estatais, com a prevalência, em ambos os casos, das normas constitucionais. É a decorrência imediata da supremacia da Constituição em seu formato rígido.

De regra, é um controle repressivo (sucessivo),

> enquanto o controle preventivo pretende impedir que alguma norma maculada pela eiva da inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, o controle repressivo busca dele expurgar a norma editada em desrespeito à Constituição (MORAES, 2011, p. 733).

Para suprimir do ordenamento a aplicação ou a vigência de norma inconstitucional. Distingue-se de controles preventivos, que impedem o ingresso no sistema normativo de normas inconstitucionais (por vezes, também, em sede de controle jurisdicional).

É um controle que protege a Constituição, mas que, principalmente, influi e resulta no controle do Estado. É o Estado como legislador e como Administração quem precisa e sofre este controle.

É, também, um resultado necessário da concepção formal de Constituição. A essencialidade, a supremacia e a prevalência da norma constitucional não faz sentido se o sistema não possuir um mecanismo de controle e os correspondentes instrumentos que façam valer socialmente estas condições.

> O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1097). A Constituição determina procedimentos que devem possibilitar o vencimento de conflitos, nos quais o processo de formação da unidade política deve efetuar-se, e que, devem vincular a decisão de questões abertas pelos órgãos estatais a regras claras, visíveis, que garantem no possível um resultado apropriado (HESSE, 1998, p. 41).

[1] Ressalve-se que nem toda Constituição escrita garante essa função de limite ao Estado e sua condição de instrumento para o autocontrole. Ela o será em complementariedade a um contexto de um verdadeiro Estado de Direito, onde ela contenha os elementos de um sentido restrito de Constituição, resultante do *constitucionalismo liberal*.

A abordagem sobre o conjunto de critérios, modos e técnicas de controle jurisdicional de constitucionalidade é, também, uma questão de evolução procedimental estatal, em fórmulas distintas para o mesmo objetivo, que é o controle. A sua identificação ocorre pela variedade normativa existente, que decorrem, primeiramente, da existência de sistemas de controle. Estes sistemas se bifurcam, basicamente, em sistema norte-americano e sistema austríaco, com as seguintes características básicas: a) sistema norte-americano – organicamente, é um modelo de controle difuso, em que o controle ocorre em "todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência" (CAPPELLETTI, 1984, p. 67); b) sistema austríaco – organicamente, é um modelo de controle concentrado, em que o poder de controle de constitucionalidade ocorre em um único órgão. A razão principal de ser da distinção dos sistemas está nas diferenças dos sistemas normativos: commow law e civil law. No civil law há o inconveniente de uma determinada lei, controlada em sistema difuso, obter a contraditória condição de constitucionalidade ou inconstitucionalidade entre decisões judiciais distintas (CAPPELLETTI, 1984, p. 77). Este modelo compromete o aspecto de generalidade da lei.

Em decorrência do sistema adotado, o controle terá a natureza de controle concreto, em via de exceção (controle incidental) numa determinada demanda, (o que ocorre, de regra, no sistema difuso) ou de controle abstrato, em ações diretas de constitucionalidade ou inconstitucionalidade (controle principal) (o que ocorre, de regra, no sistema concentrado).

Por fim, a inconstitucionalidade pode ocorrer por ação ou por omissão. A inconstitucionalidade por ação ocorre com "a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da constituição" (SILVA, 2006, p. 47). É a decorrência imediata da superioridade normativa da Constituição, posta numa estrutura de compatibilização vertical. A inconstitucionalidade por omissão ocorre na ausência de atos públicos necessários para a efetividade constitucional.

O conjunto de instrumentos processuais para os controles concentrados e difusos é variado, assim como os seus efeitos. Interessa-nos especialmente a natureza do controle, enquanto realização do Estado de Direito, em seu fundamento de limitação ao poder do Estado, por meio de procedimentos jurisdicionais fundados na supremacia e na rigidez da Constituição.

O controle de constitucionalidade também se relaciona com a proteção dos direitos fundamentais. O status de fundamentalidade de determinados direitos, portanto, preservados

em norma constitucional, é que indica a sua vulnerabilidade e justifica a sua localização no campo de normas resguardadas, segura e preventivamente. Eles são caracterizadores do Estado de Direito, ao protagonizarem o jogo natural do Estado, como instituição política, com o cidadão, seu titular e um sujeito a se definir politicamente perante o Estado.

O controle de constitucionalidade para a proteção de direitos fundamentais não é, entretanto, uma segunda ou uma primeira função do controle, paralela a um controle mais amplo, como resultado da limitação do poder. Separação, limitação e controle do poder do Estado é uma condição do Estado de Direito profundamente imbricada com a condição de reconhecimento e proteção de direitos fundamentais perante este mesmo Estado, quando uma condição justifica a outra. O que une estas condições do Estado de Direito é a hipótese de abuso do poder pelo Estado. O Estado de Direito é a fórmula que pretende, por uma racionalização jurídica, impedir o abuso de poder, pela localização do que é necessário proteger (campo de proteção) e pela neutralização do que possibilita o abuso. Sem um campo de proteção não há que se falar em limitação e controle do poder.

O exercício dos controles em sede jurisdicional, entretanto, é objeto de reflexões complexas e conturbadas (em debate doutrinário). Para uma razoabilidade que evite uma inversão de valores: o autoritarismo do juiz disfarçado na leitura ampla da norma. Especialmente a norma constitucional necessita de ponderação no avanço dos modos modernos de interpretação.

Isso não exclui o papel de controle na interpretação, apenas estabelece o desafio de delimitação adequada, entre a realização verdadeira do controle pela interpretação da norma constitucional e a ação de controle sem abuso e sem manifestação autoritária.

Recorremos a uma revisão bibliográfica das teorias modernas de interpretação antes de nos posicionarmos definitivamente sobre o seu papel de controle constitucional.

3. AS TEORIAS, TRADICIONAL E MODERNAS, DE INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. Quanto ao método de interpretação constitucional, trata-se de um campo variado de orientações, das quais faremos uma síntese e uma opção que nos parece mais condizente com a perspectiva que adotamos até aqui:

a) os métodos da hermenêutica tradicional, aplicado à interpretação das normas em geral, emprega cânones de interpretação: interpretação gramatical; interpretação lógica; interpretação histórica; interpretação teleológica; interpretação sistemática. Estes cânones não podem ser ignorados em qualquer interpretação, mas não são suficientes para identificar o

sentido pleno da norma constitucional, porque não considera suficientemente a sua natureza política;

b) o método tópico-problemático (expoente: Theodor Viehweg), que interpreta a Constituição de forma fragmentada, conforme os problemas que se apresentam. É um método aberto e também dinâmico. Há uma liberdade para o intérprete, que possui uma margem de conveniência (MORAES, 2010, p. 130). O que é relativamente compreensível, dada a subjetividade e indeterminação da linguagem, especialmente de normas de elevada politicidade, como é a Constituição. Entretanto, os diferentes pontos de vista da realidade social, que podem servir à interpretação confere a este método uma instabilidade perigosa para uma ordem jurídica.

> Os aplicadores-interpretadores servem-se de vários topoi ou pontos de vista, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais conveniente para o problema. A tópica seria, assim, uma arte de invenção (inventio) e, como tal, técnica do pensar problemático (CANOTILHO, 2002, p. 1197).

Como observa Jorge Miranda,

> Nem o recurso à tópica se encontra tão experimentado que justifique mais do que isso, nem pode menosprezar-se o risco – no domínio constitucional, eventualmente, mais do que em qualquer outro – de ele conduzir a uma pluralidade de sentidos ou a uma casuística pouco fecunda. Até porque a interpretação constitucional vive paredes-meias com a política é que a máxima objetividade possível deve ter-se como um escopo fundamental, muito mais propiciada pela utilização dos instrumentos jurídicos clássicos – os quais não têm de se confundir, insista-se, com pressupostos positivistas – do que pela formulação de argumentos pra problemas específicos (MIRANDA, 2007, p. 300).

c) O método concretista (expoente: Peter Häberle), da Constituição aberta, é, de certa forma, uma radicalização do método tópico, sem se confundir com ele. O método parte da concepção de que a Constituição é uma norma aberta para uma interpretação democrática. O aspecto fundamental da interpretação é garantir que ela ocorra não somente num circuito fechado da formalização interpretativa dos magistrados, mas que ouça a pluralidade social de uma sociedade aberta.

> (...) a interpretação constitucional não é um 'evento exclusivamente estatal'. A ela têm acesso potencialmente todas as forças da comunidade política: o cidadão que se dirige ao Tribunal Constitucional ou o partido político que abre um conflito entre órgãos ou contra o qual se instaura um processo são intérpretes da Constituição. A conformação da realidade constitucional torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais.
> Numa sociedade aberta, a democracia desenvolve-se também por formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da praxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos direitos fundamentais; desenvolve-se

> mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade (MIRANDA, 2007, p. 301).

Isso não significa abandonar a responsabilidade orgânica de intérprete, mas sim que o intérprete deve ouvir o conjunto de seus destinatários. Significa integrar a norma à realidade.

O principal risco desta abertura é a pluralidade interpretativa, o que é contra argumentada pela ideia de que a interpretação deve ser um processo dinâmico e evolutivo em sintonia com a sociedade. Porque a norma não é uma decisão pronta e acabada. Mas, inegavelmente, o método confere uma liberdade e subjetividade imensurável ao intérprete magistrado. Também segundo Jorge Miranda, "indo mais longe, numa visão crítica, nota BOCKENFORDE que não se trata já de interpretação, mas sim de uma permanente mutação constitucional criadora do Direito sob a etiqueta de interpretação" (MIRANDA, 2007, 302).

d) o método científico-espiritual (expoente: Rudolf Smend), que procura compreender a Constituição em seu conjunto normativo, como um corpo político que depende de uma apreciação global (MORAES, 2010, p. 130). Este método busca o espírito da Constituição, que somente pode ser observado pela conjugação de seus princípios e valores, como é próprio de um sistema. Portanto, também atende a necessidade de uma interpretação integradora. Entretanto, o método abre a interpretação para uma atualidade valorativa da comunidade, o que dinamiza o sentido da Constituição, mas também o torna vulnerável com um relativo grau de insegurança.

> O recurso à ordem de valores obriga a uma 'captação espiritual' do conjunto axiológico último da ordem constitucional. A ideia de que a interpretação visa não tanto dar resposta ao sentido dos conceitos do texto constitucional, mas fundamentalmente compreender o sentido e realidade de uma lei constitucional, conduz à articulação desta lei com a integração espiritual real da comunidade (com os seus valores, com a realidade existencial do Estado) (CANOTILHO, 2002, p. 1199).

e) o método normativo-estruturante (expoente: Friedrich Müller), segundo o qual, ao invés de interpretar, é necessário concretizar a norma constitucional.

> Enquanto forem indicadas como 'métodos' da práxis e da ciência jurídicas somente regras de interpretação, a estrutura da realização prática do direito terá sido compreendida de forma equivocada. A interpretação do teor literal da norma é um dos elementos mais importantes no processo de concretização, mas somente um elemento. Uma metódica destinada a superar o positivismo legalista deve indicar regras para a tarefa da concretização da norma no sentido abrangente da práxis efetiva (MÜLLER, 2010, p. 61).

A interpretação é apenas um elemento da concretização, que ocorre com a definição completa do sentido da norma.

Na concretização da norma constitucional o texto normativo é um componente normativo, que depende da complementação realizada pelo intérprete, em atenção ao caso em

que ela se aplica. Texto e norma se distinguem enquanto parte e todo, pois a norma compreende também um 'domínio normativo' que é um 'pedaço de realidade social' (CANOTILHO, 2002, p. 1199). O intérprete deve considerar tanto a literalidade da norma quanto a sua extensão na realidade dos seus destinatários.

> O teor literal expressa o 'programa da norma', a 'ordem jurídica' tradicionalmente assim compreendida. Pertence adicionalmente à norma, em nível hierárquico igual, o âmbito da norma (ou domínio da norma), i.é, o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma 'escolheu' para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação (...). A norma literal constitucional não é um 'juízo hipotético' isolável diante do seu âmbito de regulamentação, (...), mas uma interferência classificadora e ordenadora a partir da estrutura material do próprio âmbito social regulamentado. (...). No âmbito do processo efetivo da concretização prática do direito, 'direito' e 'realidade' não são grandezas que subsistem autonomamente por si. A ordem e o que por ela foi ordenado são momentos de concretização da norma, em princípio eficazes no mesmo grau hierárquico, podendo ser distinguidos apenas em termos relativos (MÜLLER, 2010, p. 57).

Cada caso completa o sentido normativo do texto normativo. Entretanto, a concretização da norma não é a sua reelaboração, pois o conteúdo literal da norma não se altera e é um elemento essencial;

f) o método hermenêutico-concretizador (expoente: Konrad Hesse), pressupõe que o intérprete possui uma pré-compreensão do sentido da norma, de onde ele parte para a concretização da interpretação, preenchendo o sentido com a situação concreta.

> (...) é uma compreensão de sentido, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efectua uma actividade prático-normativa, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta (CANOTILHO, 2002, p. 1198).

Essa pré-compreensão se caracteriza como um elemento subjetivo no momento da interpretação e a realidade que enseja a interpretação é o seu elemento objetivo.

> (...) a interpretação constitucional restringir-se-ia a dois elementos, consistentes na pré-compreensão, isto é, formação de um juízo, abstrato e antecipado, sobre a norma constitucional que figura como objeto da interpretação, e problema concreto, ou seja, situação de fato em relação à qual a norma constitucional, uma vez interpretada, é aplicada (MORAES, 2010, p. 131).

A hermenêutica tradicional verifica "a vontade objetiva da norma ou a vontade subjetiva do legislador" (HESSE, 1998, p. 56).

> Segundo a pretensão, existe interpretação – também, interpretação constitucional –, portanto, fundamentalmente na mera assimilação de uma vontade (objetiva ou subjetiva) preexistente que, por meio daqueles métodos, independentemente do problema a ser resolvido, pode ser averiguada com certeza objetiva (HESSE, 1998, p. 56).

Enquanto que, no método hermenêutico-concretizador, o que se verifica é uma tendência à interpretação constitucional conforme o momento social e a Constituição como reflexa da conjuntura histórica valorativa da sociedade. O que é possível com uma interpretação que integre a norma com o fato, onde a interpretação é um processo criativo decorrente da composição entre a norma positivada e cada realidade em conflito.

> (...) interpretação constitucional é concretização. Exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco, deve ser determinado sob inclusão da 'realidade' a ser ordenada. Nesse aspecto, interpretação jurídica tem caráter criador: o conteúdo da norma interpretada conclui-se primeiro na interpretação; naturalmente, ela tem também nesse aspecto caráter criador: a atividade interpretativa permanece vinculada à norma. (...). O intérprete não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto situado fora da existência histórica, por assim dizer, arquimédico, senão somente na situação histórica concreta, na qual ele se encontra, cuja maturidade informou seus conteúdos de pensamento e determina seu saber e seu (pré)-juízo (HESSE, 1998, p. 61).

Diante deste conjunto de métodos, vê-se a dificuldade atual da interpretação constitucional. Por outro lado, a pretensão à adequada e correta interpretação é um desafio para garantir a segurança e a estabilidade do sistema jurídico, especialmente no Estado de Direito. Essa relevância obriga o intérprete a um cuidado superior na escolha do método de interpretação.

Em síntese, é possível distinguir uma interpretação tradicional de vertentes modernas mais proativas de identificação do sentido constitucional. Também é possível distinguir uma perspectiva mais consoante com o sentido normativo textual (semântico) e uma perspectiva mais política, de adequação constitucional ao momento de sua interpretação.

Segundo a hermenêutica tradicional, a Constituição funciona como um fundamento inspirador do sistema normativo para a orientação do legislador e do intérprete, sem que ocorra, necessariamente, um caráter normativo efetivo. Mas atualmente prevalece uma interpretação da Constituição com uma vivacidade no sistema por sua integração na solução dos conflitos com papel harmonizador, integrador e direcionador das demais normas diante das lacunas e das contradições, mas também com aplicabilidade imediata, quando for o caso.

Por outro lado, a interpretação tradicional traz uma perspectiva de maior segurança jurídica e estabilidade no sistema. Há elementos desse modelo que não podem ser ignorados e devem ser atualizados.

Hoje há uma reconhecida dificuldade interpretativa própria da natureza da norma constitucional, pelo seu elevado caráter político, que lhe impõe uma atualização mais dinâmica e frequente, diante da natural indeterminação dos conceitos, especialmente os políticos, que são sempre mais deficientes em sua técnica legislativa (MIRANDA, 2007, p.

300). A interpretação da norma constitucional tem que observar um sentido sistêmico, que é configurado pela prevalência de um reduto de princípios, pois eles se comunicam para que ocorra realmente um sistema, e deles o ordenamento emana em cadeia.

3. CONCLUSÕES. Como já apontado, em decorrência do Estado de Direito, a Constituição tem uma função de controle do Estado. Ainda que o papel do exegeta perante a Constituição, de interpretação segura, signifique, restritamente, a busca do sentido exato e preciso da norma, significa, também, amplamente, a busca das finalidades sistêmicas para o sentido que se pressupõe preciso para cada norma.

> Tarefa da interpretação é encontrar o resultado constitucionalmente 'exato' em um procedimento racional e controlável, fundamentar esse resultado racional e controlavelmente – não, por exemplo, somente decidir por causa da decisão (HESSE, 1998, p. 55).

A interpretação em si, especialmente da norma constitucional, deve ser, também, um exercício de controle do Estado, a partir do momento em que se reconheça e se ative, na Constituição, esta função. Em síntese, a atividade de interpretação da norma constitucional é, em determinadas situações, um instrumento de controle do Estado.

Para se verificar como a interpretação constitucional deve respeitar o sentido constitucional, em especial, o sentido de instrumento de controle, é preciso constatar o que se entende por interpretação constitucional. A norma constitucional não é igual às demais do sistema, há elementos comuns assim como há elementos típicos que a distingue.

Enquanto norma jurídica, ela tem o caráter regulativo típico de uma ordem jurídica, com a força legítima que a faz valer em seu sentido dentro do sistema, assim se assemelha a qualquer outra. Mas, para sintetizar a natureza distinta da norma constitucional, destacam-se os seguintes elementos, ainda que alguns deles se encontrem também em algumas normas infraconstitucionais: fundamentalidade; supremacia (especialmente para as Constituições que foram formalizadas num molde escrito, distinto e reconhecido com esta supremacia) e função principiológica (integrativa sistêmica, diretiva, limitativa, suplementar e interpretativa).

Nem toda norma constitucional é um princípio, assim como há normas que são princípios fora da Constituição, mas a Constituição em si é uma norma de natureza predominantemente principiológica. À regra das normas constitucionais como princípios se soma a natureza de fundamentalidade e supremacia da Constituição, como também se observa, genericamente, para os demais princípios de um ordenamento jurídico.

Então a interpretação constitucional não pode ser exatamente igual a qualquer interpretação de outras normas, ainda que ocorra em um ponto de partida comum. Porque a norma constitucional tem natureza e função distinta, a sua interpretação deve respeitar esse formato diverso e atender a essa função superior. A interpretação constitucional é um tema especial e de dificuldade superior. A hermenêutica tradicional não é suficiente para resolvê-la.

Para a interpretação constitucional há que se considerar a peculiaridade da norma constitucional. O que implica em utilizar princípios necessários e próprios de hermenêutica constitucional e um método próprio. Os princípios são os que dizem respeito à natureza dessa norma e auxiliam na sua interpretação (MORAES, 2010, p. 118): a) princípio da supremacia da Constituição, do qual se derivam as suas funções constitucionais diretiva, limitativa e suplementar das demais normas, a serem consideradas pelo intérprete no confronto normativo; b) princípio da fundamentalidade da Constituição, que confere a ela o status de gênese sistêmica, que a indica como norma principiológica por natureza e impõe ao intérprete a obrigação de conferir o sentido das normas em geral a partir da norma constitucional; c) princípio da unidade Constitucional (do qual se derivam as suas funções integrativa e interpretativa sistêmica), que confere à Constituição o eixo central da unidade sistemática do ordenamento jurídico. Como afirma Barroso,

> O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, impondo ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas jurídicas. A superior hierarquia das normas constitucionais impõe-se na determinação de sentido de todas as normas do sistema (BARROSO, 2009, p. 302).

Este caráter de unidade significa que a Constituição realiza os elos necessários fundamentais do sistema normativo, como uma espinha dorsal, a atingir, inclusive, o Direito Privado.

> Como ordem fundamental da coletividade, a Constituição não está restringida a uma ordem da vida estatal. Suas regulações compreendem – especialmente claro em garantias como aquelas do matrimônio e família, da propriedade, da formação e da atividade de grupos sociais ou da liberdade de arte e ciência – também bases da ordem da vida não-estatal. (...). Como a Constituição produz os pressupostos da criação, validez e realização das normas da ordem jurídica restante e determina, em grande parte, seu conteúdo, ela converte-se em um elemento da unidade da ordem jurídica total da coletividade, no interior da qual ela exclui um isolamento entre Direito Constitucional e outros setores jurídicos, em especial, do direito privado, do mesmo modo como uma coexistência não-unida daqueles setores jurídicos mesmos (HESSE, 1998, p. 38).

É mais do que o direito do Estado (de configuração político-jurídica do Estado); d) princípio da interpretação conforme a Constituição, é um princípio que corresponde a uma

técnica de interpretação das normas infraconstitucionais para garantir-lhe a constitucionalidade.

> o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer: entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição. (...).
> Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nessa hipótese, o tribunal, simultaneamente, infirma uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e afirma outra, que compatibiliza a norma com a Constituição (BARROSO, 2009, p. 301).

É o direcionamento que os juízes devem dar à interpretação de uma norma, diante de uma possível interpretação inconstitucional, para que ela se preserve no sistema, em conformidade com a Constituição. É a opção pela interpretação que seja coerente com a Constituição. Não é um método interpretativo, mas apenas um elemento da interpretação, com status de princípio interpretativo. Neste sentido, Friedrich Müller:

> O imperativo da interpretação conforme a constituição, foi caracterizado como argumentativamente defensável – com reservas diante de determinadas tendências da jurisprudência e dom a restrição de trata-lo em princípio somente como um elemento da interpretação, ao lado de outros (MÜLLER, 2010, p. 80).

Em tempos de força normativa da Constituição, conjugada com o seu status superior e imperativo, a interpretação das normas jurídicas deve ser, como um todo, conforme a Constituição. A interpretação conforme a Constituição tem um sentido amplo, de fidelidade sistêmica à norma fundamental, e um sentido específico, de modo interpretativo que amolda a interpretação das normas infraconstitucionais ao sentido pretendido pelo texto constitucional, sempre que ocorrer abertura de interpretação, com mais de um sentido possível à norma infraconstitucional, entre eles, um que destoa da Constituição. Como afirma Moraes, "a interpretação conforme a Constituição somente será possível quando a norma apresentar vários significados, uns compatíveis com as normas constitucionais e outros não" (MORAES, 2011, p. 17); e) princípio da constitucionalidade das normas, o qual significa a vinculação do ordenamento jurídico ao sentido da Constituição, em sua integralidade e em suas especificidades. A condição superior da Constituição, aliada com o reconhecimento de sua normatividade, impõe uma sujeição natural das demais normas, que, vez ou outra, suscita dúvidas e conflitos, a resultar numa atividade de controle, para a garantia desse status superior. O princípio da constitucionalidade das normas é um subprincípio da supremacia constitucional; f) princípio da hierarquia das normas. A hierarquia das normas é uma decorrência da organização racional do Direito, que impõe uma estrutura normativa com uma

coerência das normas entre si, sistemática, a evitar contradições normativas. Entre as decorrências da hierarquia, está a observância da superioridade normativa a partir das normas gerais para as normas especiais. A Constituição é a norma que prevalece sobre todas, é a norma hierarquicamente superior, por todos os ângulos, enquanto norma geral, principiológica e fundamental. Também o princípio da hierarquia, aplicado à norma constitucional no conjunto do ordenamento, é um subprincípio da supremacia constitucional; g) princípio da proporcionalidade, é um instrumento necessário para equilibrar a aplicação dos princípios e para viabilizar a sua aplicação normativa, o que é da natureza da Constituição; h) princípio da natureza política da Constituição, que impõe ao intérprete uma tipicidade normativa e uma necessidade de congruência com essa natureza. Isso não quer dizer que o intérprete também deva assumir uma postura política na interpretação, mas sim que deva aceitar a natureza mais flexível do sentido das palavras no texto normativo constitucional, para que a Constituição alcance a evolução da vontade política popular. Também decorre desse princípio a necessidade de se interpretar a Constituição em seu conjunto normativo a considerar preponderantemente aqueles princípios altamente políticos e que prevalecem na identificação da Constituição. São eles, notadamente (nas Constituições liberais): o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático e o princípio republicano (de onde se derivam outros tantos princípios).

Parece-nos que, neste cenário argumentativo propiciado pela profusão de métodos de interpretação, está difícil, senão temerário, inclusive, que ocorra a escolha de um único método entre os apresentados. Antes que se formule um método que resolva ou se supere as contradições entre eles (se isso for possível), a melhor interpretação constitucional deve ser a ponderação entre os argumentos fortes que cada método oferece (o que não significa um novo método ou um método eclético, porque o intérprete é que fará um juízo entre estes argumentos).

> A interpretação constitucional tem de ter em conta condicionalismos e fins políticos inelutáveis e irredutíveis, mas não pode visar outra coisa que não sejam as normas jurídicas que lhes correspondem. Tem de olhar para a realidade constitucional, mas tem de a saber tomar com sujeita ao influxo das normas e não como mera realidade de facto. Tem de estar atenta aos valores sem dissolver a lei constitucional no subjetivismo ou na emoção política. Tem de se fazer mediante a circulação norma – realidade constitucional – valor. tem de racionalizar sem formalizar. Tem de subsumir e tem de ponderar (MIRANDA, 2007, p. 203).

Identificamos, com o devido auxílio doutrinário, um juízo nesse sentido:

a) A interpretação deve respeitar os princípios que caracterizam a norma constitucional e que, pela natureza do princípio, são necessários e auxiliam na atividade interpretativa. Como

já arrolamos: princípio da supremacia da Constituição; princípio da fundamentalidade da Constituição; princípio da unidade constitucional; princípio da interpretação conforme a Constituição; princípio da proporcionalidade; princípio da natureza política da Constituição;

b) A interpretação é um exercício de concretização e conclusão da aplicação normativa, o que significa que é uma parte de um processo composto de dois momentos básicos: a definição textual da norma pelo legislador em caráter abstrato e insuficiente e o momento de realidade e conclusão da norma diante dos sentidos possíveis que ela pode ter na vida humana. Ao fim deste segundo momento temos uma norma, antes, tínhamos um processo aberto.

> (...) o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal. Por outro lado, a concepção que aproxima o significado da intenção do legislador pressupõe a existência de um autor determinado e de uma vontade unívoca fundadora do texto. Isso, no entanto, também não sucede, pois o processo legislativo qualifica-se justamente como um processo complexo que não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica. Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto. A questão nuclear disso tudo está no fato de que o intérprete não atribui 'o' significado correto dos termos legais. Ele tão só constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significado – sentidos –, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, como uso" (ÁVILA, 2015, p. 51).

c) A interpretação deve considerar, entretanto, em status relevante, o conteúdo positivado, ainda que isso não diga tudo, dado a natural subjetividade da linguagem textual. O reconhecimento da dinâmica interpretativa não pode supervalorizar a finalização da norma a ponto de abrir indefinidamente suas hipóteses. Há um conteúdo parcial no texto normativo que limita a hipótese da norma;

> (...) a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja como uso específico e individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. Wittgenstein refere-se aos jogos de linguagem: há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação linguística geral. Heidegger menciona o enquanto hermenêutico: há estruturas de compreensão existentes de antemão ou a priori, que permitem a compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem (ÁVILA, 2015, p. 52).

d) Os cânones de interpretação da hermenêutica tradicional (interpretação gramatical; interpretação lógica; interpretação histórica; interpretação teleológica; interpretação sistemática) não devem ser abandonados. Participam naturalmente do exercício de

interpretação, apenas não o esgota. Eles proporcionam uma perspectiva parcial limitadora do sentido da norma;

e) Não é possível eliminar, absolutamente, com uma interpretação segundo qualquer modelo, a margem de subjetividade na interpretação, que implica em discrição do intérprete. Porque a abertura à variação interpretativa é própria do dinamismo da linguagem e da evolução humana em sociedade. A construção da cultura precede a definição do Direito e a determina. Mas o Direito acompanha e se confunde com esse processo evolutivo, entretanto ele possui o seu próprio momento, o que é o objeto de dificuldade do intérprete;

f) Reconhecer a subjetividade da interpretação e a abertura da linguagem como elementos inevitáveis da interpretação não significa reduzir a interpretação a uma casuística como ocorre no método tópico. É imprescindível garantir a segurança do sentido literal do texto normativo como uma fronteira de alguma "liberdade" interpretativa;

g) O reconhecimento da Constituição como um sistema com um sentido (o seu espírito), que deve prevalecer na interpretação, não é um método de interpretação suficiente (método científico-espiritual), mas um elemento que compõe necessariamente uma interpretação. Naquilo que resultar em contradições interpretativas ou em confrontos normativos, o espírito da Constituição é um elemento definidor na resposta do intérprete, na ausência de outros mais imperiosos;

h) O fato que a realidade social apresenta ao intérprete não pode ser ignorado porque ele é, em hipótese, uma novidade para o legislador. O legislador define um campo de hipóteses normativas parciais no texto normativo, que deve ser completado com o fato jurídico. Portanto, o intérprete não é um legislador, por princípio, ele é um reconstrutor normativo.

> (...) interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual (ÁVILA, 2015, p. 53).

Antes de tudo, o intérprete é um tradutor do conteúdo normativo faltante, apresentado pela realidade. Por outro lado, a distância, especialmente no tempo (pois o momento da interpretação é naturalmente distinto do momento da legislação), entre o legislador e o conjunto de fatos que ele pretendia alcançar, resulta numa margem de participação na definição do significado textual da norma pelo intérprete. Isto não é a contribuição que o fato jurídico real dá para a conclusão da norma, mas a parcela de sentido pré-concebido da norma oriunda do texto normativo acrescida da leitura que o intérprete faz. A norma é uma composição de texto normativo, de fato jurídico e do elemento subjetivo do intérprete

decorrente da abertura natural da linguagem (numa margem relativa e limitada, mas não desprezível de discricionariedade do intérprete).

Não delineamos aqui um método de interpretação, mas uma parametrização para métodos razoáveis. Sempre com a perspectiva da Constituição como um instrumento de limitação ao poder do Estado. Não é somente para a interpretação das normas, ou interpretação das normas constitucionais, mas da Constituição no Estado de Direito.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1984, p. 77.

FERREIRA FILHO, Manoel G. A democracia possível. São Paulo: Saraiva, 1978.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución.** Trad. Alfredo Galleno e Ana Bitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1982.

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

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. Constituição. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. **Curso de Teoria Geral do Estado e Ciência Política.** 2ª ed. Franca: Ribeirão Editora, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.