

Notas para uma teoria hermenêutico-jurídica

Notes for a legal-hermeneutical theory

Willis Santiago Guerra Filho*

* Universidade Federal do Rio de Janeiro (UNIRIO). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Universidades Candido Mendes (UCAM). Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Resumo

A hermenêutica é uma disciplina de origem filosófica, que passou para o campo do direito, modernamente, mediada por uma inserção e desenvolvimento em outras disciplinas, como a teologia e a filologia. A elaboração moderna e ainda atual do que se pode chamar de abordagem clássica da hermenêutica jurídica é devida, principalmente, ao professor alemão do Século XIX F. C. Von Savigny, que distinguiu os métodos gramatical, filológico, histórico e sistemático, enquanto será uma contribuição posterior, de Rudolph von Jhering, a introdução do método teleológico, sendo de se considerar uma radicalização deste método aquele dito sociológico. A ênfase maior dada a uns ou outros desses métodos vai introduzir uma oposição entre concepções subjetivistas e objetivistas na interpretação do direito, algo a ser superado em uma abordagem atualizada pelos recursos semiológicos/semióticos da vertente analítica em filosofia contemporânea. A grande novidade em matéria de hermenêutica jurídica, no entanto, são os novos métodos da chamada interpretação especificamente constitucional, que levam a um re-interpretção quando a aplicação do direito com base na hermenêutica tradicional leva a uma ameaça dos fundamentos constitucionais do direito, com destaque para a preservação dos direitos fundamentais, evitando colisões entre eles que possam inviabilizar algum deles, pela incidência do princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: Hermenêutica Filosófica. Interpretação Jurídica. Hermenêutica Constitucional. Princípio da Proporcionalidade

Abstract

Hermeneutics is a discipline of philosophical origin that, in modern times, approached Law by means of its insertion and development in other disciplines like theology and philology. The modern and current constitution of what is called the classical approach of legal hermeneutics is due mainly to the 19th century German professor F. C. Von Savigny, who distinguished the grammatical, philological, historical and systematic methods. A later contribution, by Rudolph von Jhering, was the introduction of the teleological method, whose more radical form became known as the sociological method. Higher emphases on some of these methods will introduce an opposition between subjective and objective conceptions in the interpretation of Law, which is to be overcome in an approach updated by the semiological/semiotic resources of the analytical perspective in contemporary philosophy. The novelty in terms of legal hermeneutics, however, is the new methods of the so-called specifically constitutional interpretation, which leads to a re-interpretation when the application of the Law based on traditional hermeneutics leads to a threat to the constitutional foundations of Law, mainly the preservation of fundamental rights, avoiding collisions between them that may make them unviable, by the incidence of the proportionality principle.

Keywords: Philosophical hermeneutics. Legal interpretation. Constitutional hermeneutics. Proportionality principle.

1 Generalidades

A etimologia da palavra “interpretação”, de origem latina, remeteria a uma prática adivinatória romana, muita antiga, baseada na “leitura” do que se via ao abrir ritualmente animais sacrificados, em suas entranhas (*inter pres*), para prognosticar o futuro. No mesmo ambiente cultural, outras formas divinatórias, menos cruentas, eram utilizadas, como a leitura do vôo sincopado de pássaros, como as andorinhas, e se pode mesmo afirmar que em toda sociedade se produzem tais práti-

cas, mágicas, de atribuição (ou “desentranhamento”) de um sentido ao que ocorreu, ocorre e ocorrerá, a partir de algum dispositivo considerado apto a estabelecer vínculos entre esta realidade, mundana, com aquela outra, superior, invisível, em que habitam as forças ou deidades que geram e detêm o controle dessa realidade em que vivemos (e morreremos). Daí que uma outra palavra, mais erudita, que guarda sinonímia com aquela que ora nos ocupa, a saber, “hermenêutica”, em sua origem grega, seja associada ao deus Hermes, filho de

Zeus com a Ninfa Maya, que se tornou o mensageiro de pés alados, mediador e responsável pela comunicação entre seu pai e os mortais, sendo por isso atribuída a ele, na narrativa mitológica helênica, a invenção da linguagem e da escrita.

Apesar de questionada e duvidosa (GRONDIN, 1999), como geralmente ocorre com a etimologia dos vocábulos, especialmente aqueles mais significativos, essa aproximação com a mitologia, além de esclarecedora enquanto alegoria, nos coloca, justamente, diante de situação que requer o emprego da interpretação, seja como *interpretatio*, seja como *hermèneutiké*. Isso para transitarmos de um sentido que esteja “escondido”, na interioridade de animais sacrificados ou do pensamento de quem se dedica a entender o sentido do mundo, podendo ainda esse sentido se perder por estar muito à vista, na literalidade de uma narrativa mítica – sendo *ho mythos*, em grego, justamente este relato de uma vivência (LEÃO, 2002) –, donde a necessidade de se trazê-lo à compreensão, expressando-o por meio de uma espécie de tradução ou deciframento do que se interpreta, em linguagem corrente. É dessa expressão e compreensão, decorrente do ajuste entre o que está em dada sentença e a intenção a ela subjacente, para assim aferir de sua veracidade, que se vai tratar, quando Aristóteles – tal como em geral ocorreu, precedido por seu mestre Platão –, faz uma elaboração filosófica do problema, no âmbito de sua obra *Peri hermêneias*, traduzida em latim por *De interpretatione*. Assim, apesar dessa aproximação semântica entre o que teria sido, originalmente, a designação de uma prática divinatória, no caso da interpretação, enquanto forma de saber, e a hermenêutica, ao ponto de se ter uma sinonímia entre ambas, na Grécia antiga se diferenciava perfeitamente a ambas, ao mesmo tempo em que se considerava guardarem entre si uma espécie de parentesco. Tal como se nota no pequeno diálogo de Platão denominado *Epínomis*, ou seja, “apêndice”, a outro mais extenso, que é “As Leis”, sendo aquele denominado também “O Filósofo”, quando já em sua segunda manifestação o personagem designado com “O ateniense” considera como duas espécies de um mesmo gênero de saber a quiromancia (*mantiké*) e a hermenêutica, ambas incapazes de conduzir ao saber verdadeiro, a *Sophia*. Isto porque a hermenêutica, enquanto arte ou “capacidade” (na trad. bras.) geral de interpretar oráculos, conduziria à compreensão do que é dito por estes que, em seu estado de êxtase, de *mania*, sequer sabem o que dizem, mas ainda não permite estabelecer se é verdadeiro (*alethes*) o que foi dito.

Em texto clássico e de grande importância histórica, denominado “A Origem da Hermenêutica”, de 1900, Wilhelm Dilthey, logo no princípio, assevera que a “arte de interpretar (*hermeneia*) nasceu na Grécia, fruto da necessidade de ensinar”. Concretamente, este ensino baseava-se em textos poéticos como os de Homero e Hesíodo, para citar apenas dois dos mais conhecidos dentre os “pais-fundadores” da Civilização, que é um dos pilares daquela dita Ocidental. Daí porque um outro filósofo contemporâneo, identificado com a elaboração filosófica da hermenêutica, Paul Ricoeur, na aber-

tura mesmo de sua obra, igualmente clássica, “O Conflito das Interpretações. Ensaio de Hermenêutica” vai afirmar que o problema da interpretação é colocado, primeiramente, enquanto um problema de *exegese*, ao aparecer “no contexto de uma disciplina que se propõe a compreender um texto, a compreendê-lo a partir de sua intenção, baseando-se no fundamento daquilo que ele pretende dizer”.

Eis que terminamos por introduzir uma terceira palavra, “*exegese*”, também considerada um sinônimo de interpretação, mas que se restringiria a uma dimensão mais filológica, por vincular a interpretação a objeto de certo tipo, que são os textos. Ao mesmo tempo, percebe-se aí a grande amplitude em que, já nesse nível *exegético*, o problema da interpretação se situa, com implicações para além – ou aquém –, inclusive, da própria filosofia, especialmente no campo de religiões como aquelas baseadas em textos, a exemplo dos Vedas, da Bíblia e do Corão, assim como da literatura em geral e, também, de maneira igualmente paradigmática, desde épocas bastante recuadas, no campo do Direito, na forma da interpretação jurídica. Contemporaneamente, pode-se destacar a interpretação psicanalítica como um exemplo que se situa neste paradigma.

2 Os Sentidos da Interpretação Jurídica

O problema hermenêutico pode ser considerado, principalmente no âmbito das chamadas ciências do espírito ou culturais, como um desdobramento da questão metodológica e, portanto, como uma preocupação que se coloca igualmente ao nível epistemológico, visto que ‘interpretação’, em sentido amplo, é sinônimo de “compreensão”, quando esta seria precisamente a tarefa a ser realizada por aquelas ciências, entre as quais se inclui o Direito, em oposição ao objetivo descritivo das ciências ditas exatas ou naturais. “Explicamos a Natureza, compreendemos a Cultura”, foi o lema de Dilthey.

No campo do Direito, em virtude mesmo da conexão íntima que se demonstrou existir entre conhecimento e interpretação, a ponto de tornar em grande parte coincidentes a questão hermenêutica com a questão epistemológica jurídica, verifica-se um tratamento da primeira que em tudo faz lembrar aquele dispensado a esta última. É assim que ao lado dos que consideram a atividade de interpretação do Direito como voltada para a determinação da verdade, conferindo-lhe, portanto, caráter científico, outros a concebem como mera técnica decisória, em face de valores antagônicos. Enquanto isso, Kelsen entende não ser esse sequer um problema de Teoria do Direito, mas sim de Política do Direito, postulando, *ab initio*, ser a interpretação realizada pelos órgãos estatais aplicadores do Direito a interpretação correta, em qualquer circunstância, e distinguindo, nessa aplicação, um ato de conhecimento, que transcende os limites do Direito positivo, revelador de inúmeras possibilidades de interpretação de uma norma, e um ato de vontade, em que se escolhe uma delas, o que se toma ela própria uma norma jurídica (individual), e deverá ser considerada como autêntica e

irrefutável. Incidentalmente, pode-se observar, na concepção kelseniana, considerada em linhas gerais, como é impreciso o limite onde termina a interpretação e começa a aplicação do Direito, quando, na verdade, como deflui do que ficou assinalado, são operações obviamente distintas, conquanto intimamente inter-relacionadas. G. Tarello, aplicando ao problema o que U. Scarpelli denominou 'semântica terapêutica', distingue inicialmente duas acepções em que se utiliza a palavra 'interpretação', sendo uma "aquela pela qual o vocábulo se refere a uma atividade; a segunda acepção é aquela pela qual o vocábulo se refere a um objeto (que eventualmente coincide com o produto de uma atividade designável como 'interpretação' na primeira acepção)." Em seguida, tomando em consideração diversos contextos em que os termos são empregados, conclui que existe uma "área semântica comum" entre eles, o que se evidencia particularmente quando os vocábulos são usados com referência à atividade dos juízes e funcionários administrativos.

Assim, é possível, sendo mesmo o mais comum, que se interprete uma norma, mas não se chegue ao ponto de aplicá-la, o que é tarefa específica de determinadas autoridades. O contrário, porém, não se verifica, pois na atualidade é voz corrente que toda aplicação, por mais evidente que seja o significado do dispositivo, pressupõe uma interpretação. Finalmente, é de se ressaltar que 'aplicação' também, por sua vez, pode ser entendida de duas formas, isto é, como 'aplicação-atividade', e como 'aplicação-produto', notando que "quando se emprega o termo 'interpretação' na acepção de 'interpretação-produto' se refere às interpretações para a aplicação, ou seja, às interpretações dos juízes e dos funcionários administrativos". Já a aplicação-atividade pode ser qualificada dentro do que J. L. Austin (1976) chamou de 'enunciados performativos', para designar a função operativa da linguagem, na medida que não se prestam tanto a dizer algo – como ocorre na interpretação-atividade, na qual se diz que um poder, direito ou obrigação é concedido a alguém –, quanto a fazer com que o indivíduo seja investido em determinada situação subjetiva, ao passo que a aplicação-produto é constituída pelo próprio fato desta investidura.

O que caracteriza o emprego da interpretação no Direito é sua finalidade eminentemente prática, pela qual o intérprete deseja compreender não aquilo que o autor do texto normativo *lato sensu* disse ou quis dizer – donde o despropósito de polêmicas do tipo daquela entre subjetivistas e objetivistas, a ser considerada oportunamente –, mas sim quer saber como ele deverá se comportar diante da prescrição normativa, como deverá julgar concretamente em face dela, se for um juiz; como orientará o comportamento de outros para entendê-la ou cumpri-la, caso seja professor, jurista ou advogado. Por outro lado, a interpretação jurídica é revestida igualmente de importância teórica inexcusável, já que a própria ciência do Direito é uma ciência prática, voltada para o controle e organização da sociedade, ao propiciar a redução dos conflitos intersubjetivos de interesses. Na verdade, a hermenêutica jurídica possui diversos níveis, pois se pode divisar uma espécie

de interpretação doutrinal, realizada de uma perspectiva extra-sistemática, no âmbito da Política do Direito ou da filosofia jurídica, no qual se estuda o momento valorativo e ideológico da interpretação, para justificar racionalmente e de maneira objetivamente avaliável o objetivo do ato interpretativo. Por outro lado, existe o que se denomina interpretação operativa, mais ligada à práxis judiciária, a qual pode ocasionar uma verdadeira teoria, científica e descritiva da interpretação, ao se ocupar da construção de modelos hermenêuticos específicos para o tratamento do Direito em sua concretude.

A interpretação operativa assume uma estrutura dogmática, ao elaborar um conhecimento em função de uma tomada de decisão, que põe fim a conflitos, mesmo sem solucioná-los de forma cabal, impedindo assim sua generalização insidiosa pelo corpo social. Esta decisão se dá sob a égide de uma tensão entre dois pólos, presa a duas determinações fundamentais: uma inicial, que impõe a assunção de um ponto de partida e de apoio, convencionalmente previamente e aceito de um modo geral como apto a fundamentar a decisão – é o dogma, constituído pela norma jurídica abstrata, premissa maior do silogismo judicial, a espera de uma interpretação que propicie a subsunção dos fatos concretos, ao estabelecer uma equivalência com aqueles previstos na hipótese legal ou suporte fático normativo (*Tatbestand*, dizem os alemães; *fattispecie*, os italianos). O condicionamento final é a imposição da tomada de decisão, sendo vedada a pronúncia da impossibilidade de solução, o *non liquet*. Esta demarcação de limites para a interrogação e a dúvida, informadora de todo o processo cognitivo, é o que concede à interpretação operativa seu caráter dogmático. A interpretação doutrinal, por seu turno, estrutura-se de forma zetética (gr., *zetein*: pesquisar, investigar), o que lhe confere uma postura aberta, que admite o questionamento total – ou quase total, posto que sempre existem os axiomas, isto é, pontos assentes que permitem o desenvolvimento do pensamento –, com o qual tanto pode-se chegar a soluções *de lege lata*, como *de lege ferenda*, ou ainda concluir dizendo que a norma interpretada não tem um sentido preciso ou é ambígua, hipóteses descartadas quando se realiza uma interpretação operativa. Para atender ao objetivo da exegese de um dispositivo legal, a via adequada é a da interpretação operativa, conforme uma teoria descritiva, ensejada por um modelo explicativo de natureza empírico-semiótica.

E, de fato, a importância da teoria dos signos no procedimento interpretativo evidencia-se quando se considera que as duas principais formas semióticas da linguagem, a comunicação e a significação, se acham presentes ali, pois interpretar e atribuir certo sentido ou significado a um signo, o qual provém de um emissor (no caso da lei, o legislador) e dirige-se aos receptores (os indivíduos subordinados ao ordenamento jurídico), veiculando uma informação, isto é, fazendo uma comunicação.

3 A Hermenêutica Jurídica Tradicional

Abordando agora, sucintamente, o tema da hermenêutica jurídica tradicional, cabe assinalar, inici-

almente, a insuficiência da aplicação unilateral de qualquer método hermenêutico na compreensão dos textos legais. A interpretação, contudo, é uma, não se fraciona, conquanto exercite-se por vários processos, contendo diversos elementos ou fases: gramatical ou filológico e lógico, subdividido este em lógica propriamente dita e social. Esses dois aspectos da interpretação representam a permanente tensão dialética que marca todo o processo hermenêutico entre, por um lado, a letra do dispositivo e, por outro lado, o espírito que o anima. Neste sentido, já preconizava a velha sentença de Ulpiano: *Verbum ex legibus, sic occipiendum est: tam ex legum sententia, quam ex verbis* (D. 50.16 - 6, § 19; “o sentido das leis se deduz tanto do espírito como da letra respectiva”). O processo gramatical exige, precipuamente, o domínio perfeito da língua empregada no texto, isto é, das palavras e frases usadas em determinado tempo e lugar; propriedade e acepções várias de cada uma delas, bem como conhecimento das leis de composição e gramaticais. É esse o ponto de partida do trabalho hermenêutico, sua *conditio sine qua non*, (condição necessária) porém, jamais *conditio per quam* (condição suficiente). O brocardo *in claris cessat interpretatio* (“com a clareza cessa a interpretação”) não encontra jamais aplicação, pois toda lei é passível de ser interpretada de forma lógico-extensiva, e não apenas literalmente. Como regras de proceder lítero-gramatical, tem-se de: (1º.) examinar se não há divergências entre o significado comum das palavras e seu sentido técnico, quando este, evidentemente, prevaleceria sobre o primeiro; (2º.) levar em consideração a colocação da norma no corpo da lei; (3º.) enquadrar as palavras da norma não só no contexto em que se acha, mas também relacioná-la com outras disposições sobre a matéria; (4º.) em havendo palavras que apresentam vários sentidos literais, interpretar verificando, inicialmente, qual deles pode-se harmonizar com aqueles advindos da interpretação lógica, sistemática, teleológica e histórico-evolutiva; (5º.) caso tal não ocorra, isto é, havendo antinomia entre o sentido gramatical e os demais, lógicos *lato sensu*, o intérprete deve abrir mão do primeiro em face dos demais, dissolvendo as divergências, tendo em vista as exigências do bem comum. Assim, pode-se enunciar duas regras elementares da interpretação léxica: (1º.) deve-se atender ao sentido usual da palavra e (2º.) deve-se sempre confrontar esse sentido com aquele resultante da conexão entre as outras palavras do texto. Caso estes princípios não se coordenem, há de se dar primazia ao segundo, deixando o campo aberto para a interpretação lógica.

Os autores dividem a interpretação lógica em interna e externa. Na primeira, opera-se uma indagação psicológica daquilo que foi a vontade do legislador (*mens legislatoris*), considerando como a própria vontade da lei (*mens legis*). Externamente ressalta a pesquisa de *ocasio legis* e da *ratio legis*, isto é, da formação histórica do instituto, do estudo da legislação comparada, dos trabalhos preparatórios, das normas vigentes ao tempo da lei interpretada, bem como sua finalidade, *sui telos*. Autores que se aglutinam em torno de posição dita “subjetivista” privilegiam o momento “interno”,

na definição de qual seja a melhor interpretação, enquanto outros, os “objetivistas”, ressaltam a maior relevância do aspecto “externo”. Os epígonos de ambas as tendências possuem fortes argumentos para contrapor a seus opositores, sem que os argumentos em seu próprio favor cheguem a reunir o poder de se impor definitivamente – e o resultado mais evidente do debate é o enfraquecimento mútuo, antes que o fortalecimento da própria posição. Os que entendem ser necessário captar a intenção do legislador (*mens legislatoris*) sofrem o reproche de que esse legislador é uma ficção, não existe como figura concreta, pois em qualquer sociedade com um nível maior de complexidade em sua organização e que acate padrões mínimos de civilização, as leis não resultam da vontade de um chefe identificável, mas sim de um processo de positividade, cujo resultado não é a expressão da vontade de nenhum dos que dele tomam parte, individualmente ou em conjunto, nem sequer do seu acordo ou da média estatística da votação.

A “vontade” do legislador termina sendo aquela que ficou consagrada pela tradição, necessitando, para que se manifeste com força vinculante, que seja sempre reafirmada, por um recurso as normas interpretativas, donde se evidencia que, até por uma questão de ordem prática, deve-se confiar nas palavras da lei acima de tudo. A isto os subjetivistas rebatem dizendo que seus opositores não conseguem escapar a tarefa de identificar a intenção da lei, mas apenas, ao negar que esta deva coincidir com a vontade, acaba fazendo com que seja dada arbitrariamente pelo próprio intérprete, acarretando uma tremenda insegurança nas relações jurídicas. Além disso, se não se pode conferir um atributo psíquico à figura institucional do legislador, com menos razão ainda se poderia fazê-lo com relação a entidades totalmente desprovidas de propriedades psicológicas, como são as normas jurídicas. Como se pode observar, as duas posições são extremamente fortes, no que diz respeito à capacidade de desmontar-se mutuamente, mas, ao mesmo tempo, completamente débeis, quando se trata de apresentar fundamentos para suas próprias sustentações.

Ideologicamente, a sustentação do subjetivismo favoreceria o fortalecimento do Estado, sendo levada às últimas conseqüências pelo despotismo, no qual as leis devem ser interpretadas sempre de acordo com a vontade do chefe absoluto, tal como ocorreu na Alemanha no período do nacional-socialismo, quando era vigente o chamado “Führerprinzip”, pelo qual se deveria interpretar o direito como um todo e cada uma de suas disposições como expressão da vontade de Adolf Hitler. Já o objetivismo, ao sustentar que, com a edição do ato legislativo, a lei desprende-se do seus autores, adquirindo existência autônoma e objetiva, vinculando a todos, inclusive aqueles, consagra um dos princípios basilares do Estado de Direito, resguardando a sociedade civil do autoritarismo estatal - contudo, radicalizá-lo conduziria à anarquia social, por se ter tantas interpretações quantos forem os intérpretes.

O processo lógico propriamente dito ou lógico-formal consiste em procurar descobrir o sentido e alcan-

ce das expressões jurídicas sem recorrer ao auxílio de nenhum elemento exterior. Trata-se, então, de uma interpretação “pura”, no sentido em que Kelsen adota, quando se propõe a realizar uma doutrina pura do direito (*reine Rechtslehre*). Pretende do simples estudo das normas em si mesma consideradas, ou em conjunto, por meio do raciocínio dedutivo, obter uma interpretação. Absolutizar tal processo só seria possível se o sistema jurídico fosse algo ideal, e não uma realidade social concreta. A euritmia lógica e a perfeição do raciocínio têm um limite: a utilidade social, nem sempre fácil de enquadrar na rigidez de um silogismo. Daí a necessidade de se recorrer a outros processos, ditos sociais. Entre os processos sociais, desponta, primeiramente, aquele que pode ser considerado como um método intermediário entre estes e o lógico *stricto sensu*. Trata-se do processo sistemático, pelo qual se compara o dispositivo, sujeito à exegese, com outros do mesmo repertório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto, que formam, assim, um mesmo instituto jurídico. Este há de ser relacionado com institutos outros e, finalmente, refere-se tudo aos princípios gerais e ao conjunto do ordenamento em vigor.

Levando esse processo sistemático às últimas conseqüências, percebe-se a contribuição imensa que pode dar o estudo do direito comparado à interpretação jurídica, bem como o método histórico-evolutivo. Entretanto, cumpre acentuar as peculiaridades do meio para o qual as normas são elaboradas, donde resulta que outros elementos, como, v.g., o teleológico, serão de mais valia para a hermenêutica – reconhece-se como uma contribuição de Rudolph von Jhering, posterior a Savigny, já no último terço do século XIX, a introdução do método teleológico, sendo de se considerar uma radicalização deste método aquele dito sociológico, advindo com o surgimento da sociologia jurídica, no bojo do chamado Movimento do Direito Livre, já no século XX.

4 A Nova Hermenêutica Jurídica: a Interpretação Especificamente Constitucional

A interpretação constitucional se reveste de especificidades, da mesma maneira como em outros ramos do Direito, quando sobre ele se projeta a hermenêutica jurídica. Assim sendo, enquanto na interpretação gramatical, no campo do Direito Processual, diante do significado de um termo, deve-se privilegiar o seu sentido técnico, por se tratar de ramo do Direito afeto primariamente aos profissionais da área, em se tratando de interpretação de texto constitucional, há de se prestigiar mais o sentido comum das palavras, visto ser o conjunto da cidadania o seu destinatário. Mais importante do que tratar desses aspectos, relacionados a uma hermenêutica jurídica que já se pode considerar tradicional, em um curso de pós-graduação, se nos afigura tratar das especificidades da hermenêutica constitucional, ou seja, de uma forma de interpretação jurídica especificamente constitucional, que introduz novos cânones, em complemento àqueles consolidados a partir do trabalho de F. C. Von Savigny, ainda no século XIX.

Praticar a “interpretação constitucional” é diferente de interpretar a Constituição de acordo com os cânones tradicionais da hermenêutica jurídica, desenvolvidos, aliás, em época em que as matrizes do pensamento jurídico assentavam-se em bases privatísticas. A inteligência do texto constitucional também se dá, em um primeiro momento, recorrendo aos tradicionais métodos filológico, sistemático, teleológico etc. Apenas haverá de ir além, empregar outros recursos argumentativos, quando com o emprego do instrumental clássico da hermenêutica jurídica não se obtenha como resultado da operação exegética uma “interpretação conforme à Constituição”, a *verfassungskonforme Auslegung* dos alemães, que é uma interpretação de acordo com as opções valorativas básicas, expressas no texto constitucional.

A referência feita a um jargão em língua alemã não foi mero acaso, pois é da recente experiência constitucional alemã – quando após a hecatombe nazista se retoma o projeto político-jurídico anti-positivista da época da República de Weimar –, que se extraem os melhores subsídios para aprofundar a questão aqui colocada, da necessidade de desenvolver uma forma específica de interpretar a Constituição. O contato com essa experiência modelar mostra como a nova metódica hermenêutico-constitucional resultou de uma íntima colaboração entre produção teórica e elaboração jurisprudencial, em nível de jurisdição constitucional. Além disso, introduziu-se em sede de teoria do direito uma diferença entre normas que são regras daquelas com a natureza de princípios que repercutiu no modo como se reconfigurou o tema da hermenêutica em Direito. É essa natureza diferenciada de princípios e regras que suscita a necessidade de se desenvolver uma hermenêutica constitucional igualmente diferenciada, diante da hermenêutica tradicional.

Especialmente a distinção por último referida, segundo a qual os princípios encontram-se em estado latente de colisão uns com os outros, requer o emprego dos cânones da interpretação constitucional, que passamos a expor, na formulação já clássica de Konrad Hesse, secundado, em língua portuguesa, entre outros, por Gomes Canotilho, sendo, no entanto, de se atribuir a Friedrich Müller, com sua “Teoria Estruturante do Direito” e a correspondente “metódica jurídica”, o maior mérito pelo desenvolvimento dos novos cânones hermenêutico-jurídicos.

O primeiro – e mais importante – desses cânones é o da **unidade da constituição**, o qual determina que se observe a interdependência das diversas normas da ordem constitucional, de modo a que formem um sistema integrado, onde cada norma encontra sua justificativa nos valores mais gerais, expressos em outras normas, e assim sucessivamente, até chegarmos ao mais alto desses valores, expresso na decisão fundamental do constituinte. O ato de interpretação constitucional, portanto, sempre tem um significado político e se dá calcado numa ideologia, que, porém, não deve ser a ideologia particular do intérprete, mas sim aquela em que se baseia a própria Constituição. No caso da nossa, a fórmula política se acha claramente indicado no

“Preâmbulo” e no seu art. 1^o: Estado Democrático de Direito. Ela há de se situar ao nível do que na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer se denomina “pré-compreensão” (*Vorverständnis*), designando a pré-disposição orientadora do ato hermenêutico de compreensão.

Cânone do **efeito integrador**, indissolavelmente associado ao primeiro, ao determinar que, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, se dê preferência à interpretação que mais favoreça a integração social, reforçando a unidade política.

Cânone da **máxima efetividade**, também denominado cânone da eficiência ou da interpretação efetiva, por determinar que, na interpretação de norma constitucional, se atribua a ela o sentido que a confira maior eficácia, sendo de se observar que, atualmente, não mais se admite haver na Constituição normas que sejam meras exortações morais ou declarações de princípios e promessas a serem atendidos futuramente. Tal cânone assume particular relevância na inteligência das normas consagradoras de direitos fundamentais.

Cânone da **força normativa da Constituição**, que chama a atenção para a historicidade das estruturas sociais, às quais se reporta a Constituição, donde a necessidade permanente de se proceder a sua atualização normativa, garantindo, assim, sua eficácia e permanência. Esse cânone nos alerta para a circunstância de que a evolução social determina sempre, se não uma modificação do texto constitucional, pelo menos alterações no modo de compreendê-lo, bem como às normas infra-constitucionais.

Cânone da **conformidade funcional**, que estabelece a estrita obediência do intérprete constitucional, da repartição de funções entre os poderes estatais, prevista constitucionalmente.

Cânone da **interpretação conforme a Constituição**, que afasta interpretações contrárias a alguma das normas constitucionais, ainda que favoreça o cumprimento de outras delas. Determina, também, esse cânone, a conservação de norma, por inconstitucional, quando seus fins possam se harmonizar com preceitos constitucionais, ao mesmo tempo em que estabelece como limite à interpretação constitucional as próprias regras infra-constitucionais, impedindo que ela resulte numa interpretação *contra legem*, que contrarie a letra e o sentido dessas regras.

Cânone da **concordância prática** ou da harmonização, segundo o qual se deve buscar, no problema a ser solucionado em face da Constituição, confrontar os bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando, de modo a que, no caso concreto sob exame, se estabeleça qual (ou quais) dos valores em conflito deverá prevalecer, preocupando-se, contudo, em otimizar a preservação, igualmente, dos demais, evitando o sacrifício total de uns em benefício dos outros. Nesse ponto, tocamos o problema crucial de toda hermenêutica constitucional, que nos leva a introduzir o *topos* argumentativo da proporcionalidade.

Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência,

por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um “princípio dos princípios”, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma “solução de compromisso”, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu “núcleo essencial”, onde se encontra entronizado o valor da dignidade humana. Esse princípio, embora não esteja explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento jurídico, é uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do “Estado Democrático de Direito”, pois sem a sua utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos.

O princípio da proporcionalidade, entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico e faticamente possível, tem um conteúdo que se reparte em três “princípios parciais” (*Teilgrundsätze*): “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” ou “máxima do sopesamento” (*Abwägungsgebot*), “princípio da adequação” e “princípio da exigibilidade” ou “máxima do meio mais suave” (*Gebot des mildesten Mittels*).

O “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja *juridicamente* a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o “conteúdo essencial” (*Wesensgehalt*) de direito fundamental, com o desrespeito intollerável da dignidade humana, bem como que, mesmo havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superem aquelas desvantagens.

Os subprincípios da adequação e da exigibilidade ou indispensabilidade (*Erforderlichkeit*), por seu turno, determinam que, dentro do *faticamente* possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, “adequado”. Além disso, esse meio deve se mostrar “exigível”, o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais.

Do exposto até aqui, espera-se ter ficado suficientemente evidenciada a íntima conexão entre o princípio da proporcionalidade e a concepção, antes esboçada, do ordenamento jurídico como formado por princípios e regras, princípios esses que podem se converter em direitos fundamentais – e vice-versa. Da mesma forma, como assevera R. Alexy, atribuir o caráter de princípio a normas jurídicas implica logicamente no reconhecimento daquele princípio maior, e vice-versa. É ele que permite fazer o “sopesamento” (*Abwägung, balancing*) dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos em que se expressam, quando se encontram em estado de contradição, solu-

cionando-a de forma que maximize o respeito a todos os envolvidos no conflito. O princípio em tela, portanto, começa por ser uma exigência cognitiva, de elaboração racional do Direito – e aqui vale lembrar a sinonímia e origem comum, na matemática, dos termos “razão” (latim: *ratio*) e “proporção” (latim: *proportio*) –, o que explica a circunstância da idéia a ele subjacente animar também um dos cânones metodológicos da chamada “interpretação constitucional” – aquela a que se deve recorrer quando o emprego da hermenêutica jurídica tradicional não oferece um resultado constitucionalmente satisfatório: o da “concordância prática”, conforme vimos acima. Não se confunda, porém, o princípio constitucional da proporcionalidade, que é norma jurídica consagradora de um direito (*rectius*: garantia) fundamental – portanto, é uma prescrição –, com um cânone da nova hermenêutica constitucional, que não atua sobre a vontade, mas sim sobre o intelecto do intérprete do Direito, nos quadros de um Estado Democrático.

Na verdade, pode-se perfeitamente compreender aqueles cânones todos como uma transcrição, para o plano heurístico, das opções políticas (e éticas) fundamentais, subjacentes àquela forma de Estado, onde o cânone do efeito integrador corresponde à soberania popular (CR, art. 1º., parágrafo único); o da máxima efetividade, à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (CR, art. 5º., § 1º); o da força normativa da Constituição, aos objetivos fundamentais da República (CR, art. 3º); o da conformidade funcional, à separação de Poderes da União (CR, art. 2º); o da interpretação conforme a constituição, à legalidade do Estado de Direito, assim como o da unidade da constituição corresponde à legitimidade democrática, estando ambos consagrados no art. 1º. da CR, no *caput*, em seus incisos, bem como ao longo de toda a ordem constitucional e da ordem jurídica que nela se funda, como um desdobramento dessa polarização da forma jurídica do Estado de Direito com o conteúdo ético-político da Democracia, requisitos epistemológicos da teoria hermenêutico-jurídica aqui esboçada.

Referências

- ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1985.
- AUSTIN, J. L. Performative Uterance. In: SCARPELLI, U. (Org.) *Diritto e analisi del linguaggio*. Milão: Giuffrè, 1976.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*. Lisboa: Almedina, 1989.
- DILTHEY, W. Origens da hermenêutica. In: _____. *Textos de Hermenêutica*. Porto: Rés, 1984.
- FERNÁNDEZ-LARGO, A. O. *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamaer*, Universidad de Valladolid, 1992.
- GRONDIN, J. *Introdução à hermenêutica filosófica*, São Leopoldo: UNISINOS, 1999.
- GUERRA FILHO, W. S. Introdução a uma Hermenêutica pragmática do discurso normativo. In: _____. *Estudos jurídicos: teoria do Direito: direito civil*. Fortaleza: Imprensa Oficial do Ceará, 1985.
- _____. Metodologia jurídica e interpretação constitucional. In: _____. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1989.
- _____. Hermenêutica constitucional, princípio da proporcionalidade e direitos fundamentais. In: BOUCAULT, C.; ABREU, R. J. (Orgs.). *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HESSE, K. *Grundzüge des verfassungsrechts der bundesrepublik Deutschland* Heidelberg: C. F. Müller, 1984.
- LEÃO, E. C. A hermenêutica do mito. In: _____. *Aprendendo a pensar*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- PLATÃO. *As Leis incluindo Epinomis*. Bauru: EDIPRO, 1999.
- RICOUER, P. *O conflito das interpretações: ensaios de hermenêutica*. Rio de Janeiro: Imago, 1978.

Willis Santiago Guerra Filho

Doutor em Ciência do Direito e Livre-Docente em Filosofia do Direito. Docente da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Universidades Candido Mendes (UCAM), Universidade Presbiteriana Mackenzie.

e-mail: <willisguerra@uol.com.br>
