

Aspectos da Hermenêutica Constitucional

Paulo Luciano de Souza Teixeira¹

A Constituição de 1988 inegavelmente contribuiu para o aprimoramento das instituições sociais, políticas e econômicas de nosso país. Trata-se de um estatuto político centrado na dignidade da pessoa humana, diferentemente da Carta anterior, concebida para o Poder. É fato que esta longeva Constituição passou por diversos processos de reforma/revisão, mas foram as mutações informais que realmente produziram a verdadeira revolução silenciosa que o Brasil tem realizado sob a vigência da Constituição de 1988, conduzida judicialmente e motivada pela consciência progressiva da comunidade jurídica brasileira sobre o significado da Constituição. Ora, para uma exata compreensão dessa revolução, sobretudo no campo hermenêutico e sua influência na construção do Estado Democrático de Direito, faz-se necessária a compreensão da temática fato, norma e valor, na perspectiva da transposição do dogma da sacralidade do texto legal, objetivando uma compreensão da norma concreta de resolução de cada caso, inspirada nos valores protegidos pela Constituição, abstraindo-se da interpretação literal ou gramatical, transcendendo a interpretação sistemática, para se chegar à compreensão da Constituição, muito além da sua letra.

Inicialmente, faz-se necessário estabelecer a distinção entre texto ou dispositivo, norma ou regra de conduta e valor ou objetividade jurídica, institutos claramente diferenciados. Efetivamente, o texto pode ser definido como símbolo gráfico finito e limitado que pretende expressar o significado, o conteúdo e a extensão das regras de conduta. Por outro lado, a norma tem no texto o seu ponto de partida, mas vai muito além

¹Juiz de Direito do II Juizado Especial Cível de Campos dos Goytacazes.

dele, sendo infinitas as possibilidades normativas na resolução dos casos concretos. Com efeito, o texto é genérico e abstrato, a norma é concreta e individual e somente incide na resolução do caso concreto pela intrínseca e invencível impossibilidade do legislador, por mais bem intencionado que seja, de regular toda a multidão de casos que surgem a cada momento histórico em sociedades pluralistas e de segmentos tão diferenciados como a brasileira. O texto legal é produto do legislador, mas a norma subjacente, que constitui a regra de conduta no caso concreto, é produto da jurisdição, na satisfação da parte que estiver com a razão ou conseqüência da atuação governamental em prol do interesse público. O texto é produto da Política, a Ciência do poder, que é a capacidade de alterar a conduta. A norma é produto do Direito, a Ciência da norma de conduta. O valor é produto da Ética, a Ciência da conduta.

O texto pode se fragmentar em artigo, seção, inciso, parágrafo, como recomenda a nomenclatura brasileira. Por outro lado, a norma, quanto à sua abrangência, pode se denominar princípio, quando dotada de maior abstração, como os princípios fundamentais ou regra ou preceito, ou seja, norma mais específica, como o disposto no art. 242, § 2º CF. Com relação à sua eficácia, já não se fala mais em normas de eficácia plena, contida ou limitada, na classificação popularizada por José Afonso da Silva, partindo-se do pressuposto de que toda norma, com fonte na Constituição, tem eficácia e aplicação direta e imediata, como está no art. 5º, § 1º. A supremacia da Constituição sobre todos os atos estatais vincula juridicamente os atos dos Poderes da República, constituindo a transição entre a Política e o Direito, limitando juridicamente o poder político. Note-se que a constituição alberga valores de diferentes tendências, que geralmente se mostram conflitantes. Tal situação se verifica no art. 220, § 1º: “Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. Em outras palavras, a lei não pode instituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística, valor que o juiz deve sopesar em cada caso com os valores da dignidade humana, decorrentes do disposto nos mencionados incisos do art. 5º. O processo

de aplicação da norma ao caso concreto é uma descoberta, como sustenta Ronald Dworkin: o Direito, e desde logo o Direito Constitucional, não se inventa, descobre-se. Ora, o Direito não está somente no texto, nem o direito subjetivo se confunde com o direito objetivo, daí se apurando que não se mostra fechado ou estrito o imenso rol dos direitos objetivos constantes nos diversos incisos do art. 5º da Constituição, mesmo porque os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime (democrático) e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

As Constituições do século XX ampliaram o rol da matéria constitucional, dispondo sobre os mais variados temas, como se pode ver na Carta atual, cujas disposições avançam sobre temas tão variados como o casamento, a união estável, o regime jurídico dos idosos, dos portadores de necessidades especiais, dos indígenas, confisco de bens dos traficantes etc. O conteúdo constitucional se tornou extremamente variado e até mesmo decorre de regulação indireta pela Constituição, como, v. g., o princípio da proibição de discriminação (art. 3º, IV), que é utilizado pelas minorias como fundamento de transformação. Ficou assim ultrapassado o conceito de constituição material, assunto que somente se destacou no século XIX. Também quanto ao conceito de constituição formal, grandes avanços ocorreram, alterando o posicionamento anterior de se admitir como forma de constituição todos os atos emanados do poder constituinte originário e de emenda. Sobreleva, na atualidade, a interpretação principiológica, operando o peso preponderante dos princípios em face das regras ou preceitos, aqueles dotados de maior abrangência e menor densidade, estes específicos e de maior concretude, assumindo vital importância os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, cabendo advertir que tais princípios são referidos em várias decisões judiciais que simplesmente se referem a eles como fundamentação, sem sequer explicitar o nexos com o caso em julgamento. Desta forma, a noção de constituição formal perde a sua importância, porque os operadores do Direito estão aplicando normas que são apreendidas não pela interpretação literal ou filológica, mas

por interpretação sistemática e até mesmo axiológica. A ultrapassagem dos conceitos de constituição material ou formal se deve não ao tão alardeado desprestígio da Constituição, mas em virtude de o sistema jurídico moderno não ter mais fundamento em níveis ou patamares, como aprendemos pela pirâmide que Merkl e Kelsen popularizaram no século XX, mas em normas centrais, ou normas que estão no centro do ordenamento jurídico, no sentido de sua densidade normativa de proteção de valores essenciais, fontes da legitimidade das demais normas.

No que diz respeito aos princípios interpretativos na perspectiva da transição da hermenêutica clássica à hermenêutica baseada em princípios constitucionais, insta analisar o tema interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução do texto. Em outras palavras, uma norma pode admitir várias interpretações, sendo que, dentre estas, algumas conduzem ao reconhecimento da inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada conforme a Constituição, será, portanto, considerada constitucional. Evita-se por esse caminho a anulação da lei em razão de normas dúbias nela contidas, desde que haja naturalmente a possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição. Em consequência, a interpretação conforme a Constituição pode se operar com declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução do texto. Esses método especial de interpretação é originário do direito alemão (*Verfassungskonforme Auslegung*), significa, na essência, que nenhuma lei será declarada inconstitucional quando comportar uma interpretação “em harmonia com a Constituição”, e, ao ser assim interpretada, conservar seu sentido ou significado.

No ordenamento pátrio, a Lei no 9.868 disciplina o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: ‘Art. 28. ... A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito

vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, estadual e municipal'. Interpretar conforme a Constituição não significa alterar o conteúdo da lei. Até mesmo porque, se assim fosse, tratar-se-ia de uma intervenção extremamente drástica na esfera de competência do legislador – mais drástica do que a própria declaração de nulidade dessa mesma lei. A declaração de nulidade sem redução de texto e a interpretação conforme a Constituição não se confundem. Tomá-las por iguais significaria considerar a interpretação conforme a Constituição como uma modalidade específica de decisão, e não como uma regra geral de hermenêutica ou princípio ampla e largamente utilizado, no qual a mesma verdadeiramente se constitui. Na interpretação conforme a Constituição tem-se, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial; constata-se, por outro lado, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. A interpretação conforme a Constituição, portanto, existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição. Implica, necessariamente, dizer que se excluem as possibilidades de interpretação consideradas inconstitucionais. Pode-se perceber com maior clareza, no Brasil, nas decisões do Supremo Tribunal Federal, duas dimensões abarcadas pelas possibilidades de interpretação conforme a Constituição. Por um lado, sua utilização em casos concretos vincularia apenas as partes envolvidas pela decisão, por meio do controle difuso de constitucionalidade. Por outro, a interpretação conforme a Constituição pode ser justamente utilizada no controle abstrato de normas. Em ambas as situações, limita-se o órgão judiciário a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição. Entende-se pelo princípio da prevalência da Constituição que a única possibilidade de escolha viável seria aquela que não fosse contrária ao texto ou ao programa da norma ou normas constitucionais. O princípio da conservação das normas, por sua vez, considera que uma dada

norma, suscetível de ser interpretada conforme a Constituição, não deve ser declarada inconstitucional.

A força vinculante da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive da interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, tem sido tema merecedor de especial atenção de todos em face da natureza jurídica claramente legislativa do Excelso Pretório, com efeitos *erga omnes*, não só nas ações de inconstitucionalidade, como, também, na resolução dos casos concretos, como decorre do disposto nos arts. 481, parágrafo único, e 557, *caput*, e § 1º A, todos do Código de Processo Civil. Por ocasião da Constituição de 1988, muito se discutiu sobre o que se denominava de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, buscando fundamentos na doutrina clássica, principalmente em Rui Barbosa, que dizia que a inconstitucionalidade é írrita, nula e sem efeito algum. Tal posicionamento decorria do fato de que não se distinguia ainda perfeitamente os planos de realização do ato jurídico e somente se atribuía aos tribunais o poder de dispor a sua decisão de força de lei apenas para as partes, como decorre do disposto nos arts. 468 e 472 do Código de Processo Civil. No entanto, adotando a Corte Suprema cada vez mais o papel de Corte Constitucional segundo o modelo parlamentar da Europa Continental, principalmente o paradigma da Corte alemã, veio como corolário lógico o seu poder de proclamar a inconstitucionalidade de forma diferida no tempo. Admite-se preservar as relações estabelecidas durante a vigência da lei inconstitucional, em razão da circunstância de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Nesse caso, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Não só o Plenário do Supremo Tribunal Federal, mas também os Tribunais de Justiça dos Estados, estes ao processar e julgar as representações de inconstitucionalidade do art. 125, § 2º, ganharam competência funcional para o reconhecimento diferido no tempo da declaração de inconstitucionalidade, podendo estabelecer, fundamentadamente, o termo inicial da eficácia da proclamação da inconsti-

tucionalidade da norma infraconstitucional.

Uma questão relevante que tem-se colocado diante do Supremo Tribunal Federal é o tema da norma ‘ainda constitucional’. Embora o tema possa gerar perplexidade, porque a constitucionalidade ou inconstitucionalidade é efeito necessário e obrigatório da compatibilidade ou não da norma inferior com a norma constitucional superior. Todavia, a Constituição não é algo estático, que não se altere. A Constituição é um processo de apreensão do significado da norma jurídica e, como processo, admite assim critérios de progressividade. Com efeito, o pensamento a ser adotado, predominantemente em sede constitucional, há de ser o “pensamento do possível”, como na referência ao precedente firmado no Recurso Extraordinário Criminal no 147.776, sob o relato do Ministro Sepúlveda Pertence, quanto à legitimação do Ministério Público para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação, reputando-se transferida para a Defensoria Pública, onde e quando organizada, a legitimação.

Outra questão a ser examinada é o de bloco de constitucionalidade. Não se concebe o significado da Constituição meramente através de um ou mais dispositivos esparsos, pois a constitucionalidade ou inconstitucionalidade somente pode ser percebida através de um paradigma ou “bloco”. A definição do significado de bloco de constitucionalidade - independentemente da abrangência material que se lhe reconheça - reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política. A superveniente alteração/supressão das normas, valores e princípios que se subsumem à noção conceitual de bloco de constitucionalidade, por importar em descaracterização do parâmetro constitucional de confronto, faz instaurar, em sede de controle abstrato, situação configuradora de prejudicialidade da ação direta, legitimando a extinção anômala do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. A busca do paradigma de confronto, portanto, significa, em última análise, a procura de um padrão de cotejo, que, ainda em

regime de vigência temporal, permita ao intérprete o exame da fidelidade hierárquico-normativa de determinado ato estatal contestado em face da Constituição.

Esse processo de indagação, no entanto, impõe que se analisem dois elementos essenciais à compreensão da matéria ora em exame. De um lado, põe-se em evidência o elemento conceitual, que consiste na determinação da própria ideia de Constituição e na definição das premissas jurídicas, políticas e ideológicas que lhes dão consistência. De outro, destaca-se o elemento temporal, cuja configuração torna imprescindível constatar se o padrão de confronto, alegadamente desrespeitado, ainda vige, pois, sem a sua concomitante existência, descaracterizar-se-á o fator de contemporaneidade, necessário à verificação desse requisito. No que concerne ao primeiro desses elementos (elemento conceitual), cabe ter presente que a construção do significado de Constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado. Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e para além de uma perspectiva meramente reducionista, veio a proclamar - distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico - que a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual. A Constituição deve ser entendida não em seu conceito único, mas como uma pluralidade de acepções, ensejando a elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado - revestido de maior ou de menor abrangência material - projeta-se, de acordo em o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios

contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental.

Outro ponto de suma importância diz respeito à noção de coisa julgada inconstitucional. Como se sabe, a Emenda Constitucional no 32 inseriu no ordenamento constitucional as medidas provisórias permanentes. Dentre estas, existe a MP no 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que alterou o parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, considerando inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal. Assim, a sentença transitada em julgado, mesmo que não possa ser mais rescindida pela via indicada pelo art. 485 da lei processual, será ineficaz se o seu fundamento jurídico for posteriormente reconhecido inconstitucional pela mais Alta Corte. Apontam-se duas exigências opostas, mas conciliáveis – ou seja, a exigência de certeza ou segurança, que a autoridade da coisa julgada prestigia, e a de justiça e legitimidade das decisões, que aconselha a não radicalizar essa autoridade. Nessa linha, repito: a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios.

Por fim, embora não se possua ainda o necessário distanciamento histórico para ponderar sobre a influência da Constituição de 1988 na construção do Estado Democrático de Direito, não se tem dúvidas que uma parte importante da cidadania foi resgatada, em consonância com os objetivos fundamentais traçados na Carta Magna, conduzida judicialmente e motivada pela consciência progressiva da comunidade jurídica brasileira sobre o significado da Constituição. ♦