

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – EDAP
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

HÉLIO ROBERTO SILVA DE SOUSA

**HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: DIÁLOGO ENTRE AS CLÁSSICAS
TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O PRAGMATISMO
JURÍDICO**

**BRASÍLIA
MAIO 2021**

HÉLIO ROBERTO SILVA DE SOUSA

**HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: DIÁLOGO ENTRE AS CLÁSSICAS
TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O PRAGMATISMO
JURÍDICO**

Monografia apresentada como Trabalho de
Conclusão de Curso da graduação em Direito,
na EDAP/IDP.

Orientador: Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco

BRASÍLIA

MAIO 2021

HÉLIO ROBERTO SILVA DE SOUSA

**HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: DIÁLOGO ENTRE AS CLÁSSICAS
TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O PRAGMATISMO
JURÍDICO**

Monografia apresentada como Trabalho de
Conclusão de Curso da graduação em Direito,
na EDAP/IDP.

Brasília, 17 de maio de 2021.

Professor Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco (IDP)
Professor Orientador

Professor Dr. Danilo Porfírio de Castro Vieira (IDP)
Membro da Banca Examinadora

Professor Me. Adisson Taveira Rocha Leal (IDP)
Membro da Banca Examinadora

Dedico este trabalho ao meu Senhor Jesus Cristo, que, em todos os momentos, esteve comigo me auxiliando e iluminando. Dedico, ainda, à minha amada esposa Hellen e à minha princesa Acsa.

AGRADECIMENTOS

Chegar neste ponto de minha formação acadêmica é motivo de muita satisfação e orgulho. Ao recordar os tempos difíceis vividos, posso ver o cuidado de meu Senhor Jesus em toda a minha caminhada, motivo pelo qual outro sentimento não há que inunde meu coração, senão gratidão.

Gratidão ao meu Senhor Jesus Cristo por não ter se envergonhado de morrer no meu lugar, na cruz do Calvário. Eu não merecia. O Seu amor me constrange a te amar com toda minha alma, mente, força e coração. Obrigado Senhor! Obrigado por nunca me deixar sozinho e por ter sido meu melhor amigo durante esses 5 anos e meio de graduação, bem como durante os árduos dias mergulhados na elaboração deste trabalho.

Gratidão a uma das mulheres mais guerreiras que conheço – minha mãe Alcione – que, lutando contra tudo e todos, fez de sua missão de vida nos propiciar uma educação de qualidade. Obrigado, mamãe! O seu amor e exemplo são a força motriz que me animam a lutar e vencer!

Gratidão à minha querida esposa Hellen que, como uma verdadeira coluna, se dispôs a cuidar de nossa filhinha recém-nascida, justamente no momento em que eu iniciava a graduação. Quantas vezes, durante as aulas on-line, você me trouxe o jantar, sempre preocupada comigo, não é mesmo? Obrigado por me ensinar o que significava o Binômio de *Janus*, de tão necessária aplicação neste trabalho. O que seria de mim sem você? Obrigado, meu amor! Sem você, eu não teria conseguido.

Gratidão à minha princesa Acsa, razão de minha resiliência e força para conquistar dias melhores. Seu sorriso e abraço são verdadeiro bálsamo revigorante ao coração do papai.

Gratidão aos meus Mestres que, com tanto afincamento e dedicação, se dispuseram a nos ensinar a fascinante arte do Direito.

Gratidão ao meu Orientador, Professor Paulo Gustavo Gonet Branco, verdadeiro gigante! Obrigado, Professor! Muito obrigado por ter tornado essa jornada mais suave! Posso dizer que o senhor é exemplo e inspiração aos seus alunos, principalmente para mim! Como disse Isaque Newton, ao se referir a Galileu Galilei: *“Se alto enxerguei, é por que subi em ombros de gigante!”*

Gratidão pelos amigos que graciosamente recebi nestes 5 anos, principalmente os inseparáveis Helieser, Jeuel, Roberto, Vinícius e Wanderson. Obrigado, queridos amigos!

RESUMO

O trabalho em comento buscou apresentar uma reflexão sobre a importância do processo hermenêutico para interpretação constitucional. Para tanto, discorremos, inicialmente (primeiro capítulo), sobre a importância da interpretação, sob a ótica da segurança jurídica e da concretude do direito àqueles destinatários desse processo interpretativo.

No segundo capítulo, mergulhamos em aspectos multifacetários da interpretação. Focamos, então, no papel do intérprete diante do processo interpretativo. Em seguida, discorremos sobre o desenvolvimento do conceito de *círculo hermenêutico* e a novel leitura da *espiral hermenêutica*. Seguimos o capítulo analisando as idiossincrasias inerentes às regras e aos princípios, finalizando este subtópico com a importante discussão relacionada à superabilidade, *defeasibility* ou derrotabilidade das regras. Ato contínuo, analisamos os aspectos relacionados à dicotomia *mens legislatoris x mens legis*. Então, para finalizar este capítulo, ancorados em Peter Häberle, discorremos sobre se a legitimidade do intérprete autêntico (juiz) é exclusiva.

No terceiro capítulo, apresentamos as clássicas técnicas de interpretação constitucional, nomeadamente o método hermenêutico-clássico, composto pelos cânones de interpretação gramatical, lógico, sistemático, histórico e teleológico, além do método tópico-problemático e hermenêutico-concretizador.

Passando para o capítulo seguinte, discorremos sobre os fundamentos do Pragmatismo Jurídico, apontando as balizas fincadas por Richard Posner, notório ícone moderno dessa metodologia de aplicação do direito.

Quanto ao último capítulo, precedemos à análise do *Habeas Corpus* 124.306/RJ. Após a exposição dos argumentos apresentados no voto vencedor, aplicamos método que analisa a estrutura argumentativa de decisões judiciais, desenvolvido por Manuel Atienza. Em seguida, realizamos prognóstico teórico sobre qual teria sido o resultado do julgado se se tivessem aplicado as clássicas técnicas de interpretação constitucional

Palavras-chave: hermenêutica constitucional; clássicas técnicas de interpretação constitucional; pragmatismo jurídico.

ABSTRACT

The work in question sought to present a reflection on the importance of the hermeneutic process for constitutional interpretation. To do so, we discussed, initially (first chapter), about the importance of interpretation, from the perspective of legal certainty and the concreteness of the right to those addressed by this interpretative process.

In the second chapter, we delve into multifaceted aspects of interpretation. We then focus on the role of the interpreter in the face of the interpretive process. Then, we discuss the development of the concept of the *hermeneutic circle* and the novel reading of the *hermeneutic spiral*. We followed the chapter by analyzing the idiosyncrasies inherent in the rules and principles, ending this subtopic with the important discussion related to the superability, *defeasibility* or defeatability of the rules. On a continuous basis, we analyzed the aspects related to the dichotomy *mens legislatoris x mens legis*. So, to conclude this chapter, anchored in Peter Häberle, we discuss whether the legitimacy of the authentic interpreter (judge) is exclusive.

In the third chapter, we present the classic techniques of constitutional interpretation, namely the hermeneutic-classical method, composed of the canons of grammatical, logical, systematic, historical and teleological interpretation, in addition to the topical-problematic and hermeneutic-concretizing method.

Moving on to the next chapter, we discuss the fundamentals of Legal Pragmatism, pointing out the goals set by Richard Posner, a notorious modern icon of this methodology for the application of law.

As for the last chapter, we preceded the analysis of *Habeas Corpus* 124.306/RJ. After exposing the arguments presented in the winning vote, we applied a method that analyzes the argumentative structure of judicial decisions, developed by Manuel Atienza. Then, we made a theoretical prognosis on what the outcome of the trial would have been had the classic techniques of constitutional interpretation been applied.

Keywords: constitutional hermeneutics; classic constitutional interpretation techniques; legal pragmatism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. A IMPORTÂNCIA DA INTERPRETAÇÃO.....	11
1.1 Segurança Jurídica.....	13
1.2 Concretude do direito.....	18
2. ASPECTOS MULTIFACETÁRIOS DA INTERPRETAÇÃO.....	20
2.1 O círculo e a espiral hermenêutica.....	23
2.2 Regras e Princípios.....	26
2.3 <i>Mens legislatoris x mens legis</i>	32
2.4 A legitimidade do intérprete autêntico (juiz) é exclusiva?	36
3. CLÁSSICAS TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	39
3.1 Método hermenêutico-clássico	41
3.2 Método tópico-problemático.....	49
3.3 Método hermenêutico-concretizador	51
4. PRAGMATISMO JURÍDICO	55
4.1 Análise dos fundamentos do Pragmatismo Jurídico.....	55
4.2 Pragmatismo Jurídico segundo Richard Posner	58
4.3 Crítica ao Pragmatismo Jurídico	59
5. ANÁLISE DO HC 124.306/RJ.....	60
5.1 Aplicação do método para representação de argumentos desenvolvido por Manuel Atienza.....	64
5.2 Prognóstico teórico do julgado	72
CONCLUSÃO	80
REFERÊNCIAS.....	81

INTRODUÇÃO

O campo da interpretação constitucional vem sendo objeto de pesquisa acadêmica há muito, o que, *per se*, enfatiza a importância desse tipo de estudo não só para a Academia, mas também, diria principalmente, para toda a Sociedade.

Não se pode olvidar que os jurisdicionados são os principais e diretamente afetados pela interpretação das normas vigentes em determinado ordenamento jurídico. Nesse sentido, é de grande relevância estudar as diversas técnicas de interpretação constitucional adotadas pela Doutrina, pelos Tribunais e por todos os aplicadores do Direito.

Nessa senda, o trabalho buscará, *ab initio*, discorrer sobre a importância da interpretação, cujos olhos devem estar voltados à segurança jurídica e à concretude do direito àqueles destinatários do processo interpretativo.

Apresentaremos aspectos multifacetários da interpretação relacionados ao conceito de *círculo hermenêutico* e sua transmutação para uma *espiral hermenêutica*, além da análise entre regras e princípios e a discussão afeta à derrotabilidade das regras. Veremos, ainda, a discussão, de suma importância, atinente à *mens legislatoris x mens legis*, fator especialmente determinante no processo hermenêutico, além de discorrermos se a legitimidade do intérprete autêntico é exclusiva.

Ato contínuo, apresentaremos um diálogo entre as clássicas e consolidadas técnicas de interpretação constitucional, sem esquecer de apontar suas deficiências quanto à plena solução de determinados dilemas da vida moderna, e a forma como o pragmatismo jurídico se apresenta e busca solucionar os problemas que lhe são propostos.

Investigar e travar um diálogo entre as consolidadas técnicas de interpretação constitucional e o pragmatismo jurídico permitirá que se apontem as fraquezas e fortalezas de cada um deles, de maneira que, ao final, seja possível enxergar os benefícios que cada um proporciona ao direito e aos jurisdicionados ou mesmo se estão a prestar um desserviço àqueles diretamente afetados pelas decisões oriundas da interpretação constitucional.

Ademais, há aspectos estruturantes e conjunturais a serem analisados.

Como aspetos estruturantes, investigaremos as balizas e fundamentos de cada uma das técnicas hoje aplicadas e tidas como as mais adequadas a solucionar os problemas postos em nosso cotidiano.

Já com relação aos aspectos conjunturais, veremos como a dinamicidade da Sociedade pode afetar, em tão curto espaço de tempo, a forma como a Doutrina, Tribunais e operadores do Direito enxergam a hermenêutica constitucional e suas nuances.

Como aferição do conteúdo estudado, faremos a análise do **HC 124.306/RJ**, a partir de um exercício de prognóstico, sugerindo qual teria sido o resultado do julgado, caso as clássicas técnicas de interpretação constitucional tivessem sido aplicadas.

O objeto do estudo em questão é, portanto, a investigação das formas com as quais a hermenêutica constitucional se apresenta para fins de definição daquilo que a Constituição efetivamente deseja, inclusive considerando a técnica do pragmatismo jurídico, que tem se apresentado como modelo que supostamente consegue prover soluções aos problemas da Sociedade moderna, não resolvidos pelas consolidadas técnicas interpretativas.

Nessa senda, conseguimos apontar como inquietações a serem respondidas as seguintes:

- O Pragmatismo jurídico gera insegurança jurídica ao flexibilizar sua forma de interpretar a depender de fatores externos à Constituição, e não a partir da própria Constituição?
- Julgadores, sob o manto da *mens legis*, atuam como legisladores, valendo-se de técnicas de interpretação, ainda que o texto normativo não tenha a finalidade para qual foi aplicada pelo julgador?
- As consolidadas técnicas de interpretação têm o condão de prover soluções jurídicas socialmente aceitáveis?

Desta feita, o diálogo entre as clássicas técnicas de interpretação constitucional e o pragmatismo jurídico se faz necessário, de modo que se possa observar como cada uma das técnicas interpretativas se apresenta como meio suficiente a solucionar os problemas que lhe são apresentados, o que poderá ser confirmado, após a disposição teórica, pela análise de julgado do STF, com apresentação de prognóstico jurídico, a depender da técnica que poderia ter sido utilizado pelo Excelso Tribunal.

1. A IMPORTÂNCIA DA INTERPRETAÇÃO

Interpretar é a arte de dar significância concreta a determinado objeto, inclusive teórico, por meio de um agente intérprete; é enxergar, a partir do espaço amostral proposto (objeto a ser interpretado), a projeção de significado àquele que está a interpretar. Assim, conquanto não se possa olvidar as balizas interpretativas necessárias a esta projeção, é utópico inferir que o intérprete não contribui, a partir de seus valores e cosmovisão, com o resultado dessa projeção.

Aqueles que, por exemplo, aventuram-se em singrar pelos mares de Machado de Assis, terão visões diferentes sobre a mesma obra ou sobre o mesmo evento, evidenciando que a interpretação de algo perpassa pela visão do próprio intérprete, e isso faz parte do processo interpretativo.

O que dizer sobre o final emblemático da obra machadiana *Dom Casmurro*? Afinal, Ezequiel era filho de Bentinho com Capitu ou, como na visão do narrador-personagem (Bentinho), era fruto da traição de Capitu com seu melhor amigo Escobar? A obra do mestre literário não finca posição quanto à real paternidade de Ezequiel, deixando ao leitor-intérprete a missão de tirar suas próprias conclusões, e isso vai depender de como o texto lhe tenha influenciado.

Como bem ensina Eros Grau¹, no qual nos amparamos, a arte de interpretar o direito é alográfica², sendo imprescindível a presença do intérprete na consecução da norma.

Desta forma, a título de exemplo, aquele que se depara a observar a obra “Mona Lisa”, de Leonardo da Vinci, não terá a mesma percepção interpretativa de outro que esteja ao seu lado, ao mesmo tempo, observando a mesma obra. Nesse sentido, afirma o citado autor que a interpretação do direito pode assumir diversas facetas, a depender das verdades subjetivo-existenciais daquele que está a interpretar.

¹ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 77.

² Significa que nas artes alográficas, ao contrário das artes autográficas, há participação indispensável do intérprete para concretude da obra. Exemplo: peça teatral.

Por outro lado, faz-se necessário ponderar sobre a importância da interpretação, máxime a jurídica, de modo a não se dar azo a verdadeiro caos interpretativo, sem qualquer previsibilidade ou segurança jurídica.

Inobstante haja certa fluidez a depender do intérprete, o rol de resultados possíveis de determinada interpretação deve estar limitado à norma ou, como apregooou Hans Kelsen, deve estar contido na “moldura interpretativa” inerente a determinado texto normativo, ou seja, há certa flexibilidade interpretativa por parte do operador do direito, mas não de maneira indiscriminada. Segundo Kelsen:

O Direito a aplicar forma, (...) uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível³.

O marco limitador da liberdade interpretativa é a moldura normativa inerente a determinado texto, ou seja, o intérprete pode transitar dentre as diversas possibilidades hermenêuticas contidas na moldura de Kelsen, mas não poderá transpô-la, sob pena de subversão do texto interpretado.

Como corolário da arte de interpretar e aplicar o direito, deve-se, ainda, ponderar sobre o conceito teórico-doutrinário intitulado Binômio de Janus. Segundo ensina a tradição romana, ao intitular os meses do ano, buscavam-se características temporais ou políticas nessa definição, sendo comum, inclusive, que a nomenclatura dos meses se desse em homenagem aos deuses romanos.

Em virtude disso, o mês de janeiro foi assim batizado em homenagem ao deus romano *Jano*, figura que dispunha de duas faces, uma olhando para frente e outra olhando para trás. Desta forma, diz-se que o mês de janeiro “olha para frente” em referência ao ano que acabara de chegar, mas também “olha para trás”, em referência ao ano que se passou.

Com base nesse cenário prospectivo (futuro) e pretérito (passado) é que se cunhou o conceito do Binômio de Janus, mormente quanto à eficácia irradiante da norma constitucional, a qual deve ser considerada no processo de interpretar.

O Binômio de Janus apresenta, portanto, duas dimensões holísticas: (1) dimensão subjetiva e (2) dimensão objetiva.

³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: *wmf*mantinsfontes, 2015. p. 390.

A dimensão subjetiva está relacionada aos efeitos interpretativos àquele que demandou o Poder Judiciário à solução de determinada causa, ou seja, é a solução *inter partes* decorrente da aplicação do direito. Desta forma, a interpretação do direito “olha para trás”, ou seja, analisa fatos pretéritos para prover uma solução ao caso apresentado.

Já a dimensão objetiva tem como característica a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, ou seja, quando se interpreta e aplica o direito, ainda que restrito ao caso apresentado pelas partes, há certa irradiação da *ratio decidendi* fundante da solução jurídica decorrente do processo hermenêutico aplicado. Assim, a interpretação normativa deve considerar esse “olhar para frente”, de modo a apresentar as balizas hermenêuticas atinentes à aplicação do direito diante de determinados casos apresentados ao decisor.

Destarte, a interpretação do direito deve considerar os efeitos trazidos pelo Binômio de Janus, seja na relação *inter partes* (dimensão subjetiva), seja como apresentação da *ratio decidendi* a futuros casos a serem apresentados (dimensão objetiva).

Há, além disso, dois fatores indissociáveis do processo interpretativo, quais sejam a segurança jurídica e a concretude do direito, esta última se caracterizando como o impacto real e concreto na esfera de direitos do destinatário de determinada interpretação normativa, ou seja, é a forma como a resultante da interpretação se amolda e influencia o espaço jurídico daqueles diretamente afetados por determinada norma. Passemos à análise desses dois fatores.

1.1 Segurança Jurídica

Não é despiciendo evidenciar o impacto da segurança jurídica quando se está a tratar da interpretação do Direito. Bem verdade é que o instituto da segurança jurídica seria capaz de, sozinho, preencher qualquer trabalho de pesquisa, motivo pelo qual não se busca, em qualquer hipótese, esgotar os seus múltiplos aspectos.

Feito este recorte epistemológico, serão analisados aspectos nucleares da segurança jurídica que contribuirão para o objetivo de pesquisa desse trabalho, quais sejam: (1) segurança jurídica como fato, (2) segurança jurídica como valor, (3)

segurança jurídica como norma-princípio, (4) binômio imutabilidade/confiabilidade, (5) dimensões objetiva e subjetiva da segurança jurídica e (6) instituições garantidoras da segurança jurídica.

O primeiro aspecto tem como cerne um juízo de fato, ou seja, a constatação prognóstica do que irá ocorrer dado certa realidade posta. Desta forma, como bem ensina Humberto Ávila, a segurança jurídica como fato seria a capacidade de alguém prever, concretamente, as consequências aplicadas pelo direito a determinados fatos e comportamentos⁴.

No tocante ao aspecto valorativo da segurança jurídica, evidencia-se a expectativa de que um ordenamento jurídico com segurança jurídica seria melhor para o desenvolvimento social do que um sem ela, seja no aspecto econômico, administrativo ou político.

Neste sentido, Humberto Ávila arrazoa:

A segurança jurídica, dentro de uma *concepção axiológica*, pode igualmente denotar um ideal político, como ideal de justiça ou de política do Direito com o qual determinado ordenamento possa ser cotejado. Nessa acepção, ela pode ser utilizada para mensurar o grau de aproximação dos ordenamentos jurídicos àquele ideal⁵.

Outrossim, chegando ao aspecto de maior relevância a este trabalho, há a segurança jurídica como norma-princípio.

Nesse ponto, é importante destacar que a segurança jurídica como norma-princípio está fincada sobre os pilares do direito posto e da argumentação. É matéria de direito posto porque umbilicalmente ligada à prescrição comportamental da norma aos seus destinatários, o que promove a segurança jurídica quanto aos atos de determinada Sociedade e, outrossim, é argumentativa, pois não consiste em mera reprodução semântica dos termos contidos na norma, sendo, muitas vezes, resultado da construção normativa a partir de processo hermenêutico-argumentativo do intérprete. Desta forma, sintetizando o entendimento sobre essas três facetas da segurança jurídica, ensina Humberto Ávila:

Todas as considerações precedentes demonstram que não se pode, portanto, confundir a segurança jurídica como fato (dimensão fática), como valor (dimensão estritamente axiológica) e como norma

⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e realização do Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 108.

⁵ ÁVILA. Op cit., p. 109.

(dimensão normativa): uma coisa é o fato de os julgadores aplicarem o ordenamento jurídico a fim de confirmar as previsões feitas para a maioria das suas decisões; outra é a asserção de que é muito melhor um ordenamento previsível que um imprevisível; e outra, ainda, a obrigação de os julgadores aplicarem o ordenamento de modo a aumentar a probabilidade de previsões das suas decisões por parte dos operadores do Direito⁶.

Vê-se, por conseguinte, que a segurança jurídica como fato consiste na capacidade/possibilidade de se prever, concretamente, o resultado de uma situação de fato; já quanto ao aspecto axiológico, a segurança jurídica se manifesta através do processo de aprovação/desaprovação da necessidade desta segurança jurídica; já com relação à norma-princípio, a segurança jurídica está relacionada aos incentivos criados pelo direito posto, bem como pela possibilidade de previsão das consequências jurídicas resultado de determinado comportamento. Assim, deve-se diferenciar que uma coisa é a possibilidade de o jurisdicionado antecipar os efeitos jurídicos de atos presentes (segurança jurídica como fato), outra é a própria norma prever que a instituição e aplicação das normas deve recrudescer a capacidade de o jurisdicionado antecipar os efeitos jurídicos de atos presentes (segurança jurídica como norma-princípio)⁷.

Entendido o aspecto holístico da segurança jurídica como norma-princípio, há que se considerar, ainda, o binômio imutabilidade/confiabilidade decorrente da segurança jurídica.

Quando se fala em imutabilidade, há a ideia de que a segurança jurídica se vale a engessar de tal modo o direito que a aplicação futura da norma deve estar, indubitavelmente, vinculada ao já posto no direito pretérito. Entender a segurança jurídica a partir da imutabilidade do direito é, consoante apregoa Antônio Enrique Perez Luño, falar de verdadeira “petrificação do Direito”.

El estado social de Derecho ha supuesto un cambio de orientación al ser incompatible con un inmovilismo normativo e institucional que se traduzca en petrificación del ordenamiento jurídico⁸.

⁶ Ibid., p. 110.

⁷ Ibid., p. 110.

⁸ LUÑO, Antônio Enrique Perez. **La Seguridad Jurídica**. Una garantía del Derecho y la Justicia. Barcelona: Ariel, 1991. p. 32. Tradução livre: *O estado social de direito significou uma mudança de orientação, pois é incompatível com uma imobilidade normativa e institucional que se traduz em petrificação do ordenamento jurídico*.

Por outro lado, a vertente da confiabilidade não enxerga a segurança jurídica a partir paralisação evolutivo-cognoscitiva do direito. Deve-se considerar, portanto, que a interpretação jurídica pode ser alterada, desde que tal processo de alteração ocorra com confiabilidade, ou seja, de maneira estável. O comandante de um navio pode mantê-lo em movimento estável, ainda que singrando em considerável velocidade.

Isso não significa que essa navegação possa ocorrer de forma desenfreada e com movimentos agressivos. Os navios não dispõem de “freio-de-mão”, que permita que haja determinada frenagem abrupta. Para parar, o navio inicia seu processo de desaceleração com quilômetros de antecedência do cais do porto. O mesmo deve ocorrer com o direito, ou seja, as alterações no direito devem ocorrer de forma estável, sendo comandadas pelo “capitão” confiabilidade.

Nesse sentido, deve-se garantir os direitos subjetivos alcançados e, com estabilidade, permitir a evolução do direito. Desta forma, a segurança jurídica é vista como limitadora às mudanças repentinas e de ocasião, sem que impeça, por outro lado, a evolução interpretativa do direito, desde que realizada com fulcro na estabilidade e racionalidade.

Passando à análise das dimensões objetiva e subjetiva da segurança jurídica, vê-se que aquela traz em seu espectro a estabilidade e credibilidade do Poder Judiciário. Ora, decisão judicial que altere jurisprudência outrora consolidada afeta inúmera quantidade de pessoas, a ponto de fazer fenecer a própria confiança do cidadão comum no sistema jurídico respectivo.

Já quanto à dimensão subjetiva, decisão judicial que, de igual modo, altera entendimento jurisprudencial consolidado, tem o condão de gerar impactos de grande monta àquele que, fulcrado na jurisprudência alterada, dispôs de seu patrimônio ou tomou decisões de cunho jurídico, crendo estar amparado pelo entendimento agora alterado.

Seja quanto à dimensão objetiva, seja quanto à subjetiva, o ato de interpretar não pode, sob pena de golpe mortal, desconsiderar a segurança jurídica como fator limitador-validador (limitador quanto à dimensão objetiva e validador quanto à dimensão subjetiva) do processo interpretativo de determinada norma.

Ainda no que tange à segurança jurídica, não se poderia deixar de discorrer sobre as instituições garantidores, aprioristicamente, da segurança jurídica, mormente os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como o egrégio Ministério Público.

Quanto ao Poder Legislativo, observa-se que a função garantidora da segurança jurídica tem seus óculos voltados para o futuro, por meio da edição de normas que não agridam, retroativamente, direitos adquiridos que tenham como paradigma ordenamento pretérito. Desta forma, o Poder Legislativo também é agente garantidor da segurança jurídica, tomando mão da interpretação do Direito e decidindo sobre o que deve/pode ser alterado sem que se traga instabilidade ao sistema jurídico pátrio.

Já com relação ao Poder Executivo, é bem verdade que este, no exercício de suas atividades (típicas e atípicas) recorre à interpretação normativa para executar os seus atos, de modo que tais atos não confrontem entendimento jurídico consolidado.

No tocante ao Poder Judiciário, ator-produtor da coisa julgada, a segurança jurídica deve ocupar lugar de destaque, de modo que não se perca a credibilidade do sistema jurídico, além de se evitar danos àqueles que, fundados em jurisprudência consolidada e calcados no princípio da confiança, promovem atos de disposição de direitos, sendo, em seguida, tal jurisprudência bruscamente alterada.

Outrossim, e não de menor importância, o Ministério Público tem papel essencial e indispensável quando está a se tratar da segurança jurídica. Ombreado com o entendimento de que o *Parquet* tem natureza de *custos legis*⁹, deve-se considerar que o Órgão Ministerial traz em seu cerne, ainda, natureza de *custos iuris*, funcionando como verdadeiro filtro hermenêutico da aplicação do direito.

Considerando os novéis mecanismos de jurisdição autocompositiva, maior responsabilidade recaiu sobre o Ministério Público, máxime pelo fato de ser este o responsável pela interpretação prévia da norma, bem como pelo oferecimento de medidas consensuais na aplicação do direito. Neste cenário, imperioso é destacar a essencial função do *Parquet* como garantidor da segurança jurídica, ao exercer seu papel hermenêutico quando da aplicação do direito.

⁹ Função inerente ao Ministério Público de fiscal da ordem jurídica.

Superada essa análise propedêutica da segurança jurídica e de sua imprescindível importância em qualquer processo hermenêutico, passemos à análise, em apertadas linhas, dos aspectos inerentes à concretude do direito e das decisões judiciais na esfera jurídica dos destinatários da norma.

1.2 Concretude do direito

Valendo-me dos inestimáveis ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁰, um dos fatores inerentes à aplicação do Direito Civil, o qual pode ser estendido à hermenêutica constitucional, principalmente como consequência do fenômeno jurídico intitulado Civilização do Direito Constitucional, é a operabilidade ou concretude do direito.

Quanto ao fenômeno da Civilização do Direito Constitucional, é necessário realizarmos breve interlúdio, discorrendo, previamente, sobre a Constitucionalização do Direito Civil. A constitucionalização do Direito Civil consiste no fenômeno jurídico por meio do qual há contundente submissão hermenêutica do Direito Civil às normas constitucionais. Assim, todo o ordenamento jurídico, inclusive o Direito Civil, deve ser lido com os “óculos” da Constituição, devendo ser toda e qualquer interpretação da norma privada realizada conforme a Constituição da República.

Percebe-se, ainda, que a mesma intensidade de influência da Constituição sobre o Direito Civil corresponde a uma nova percepção do próprio Direito Constitucional. É que a Constituição ultrapassou a velha neutralidade e indiferença de outrora, deixando de preconizar somente a organização político-administrativa do Estado, passando, também, a tratar de questões estritamente ligadas ao Direito Civil, enfatizando, assim, a dignidade da pessoa humana, fenômeno intitulado Civilização do Direito Constitucional¹¹.

Retomando a narrativa atinente à concretude do direito, antes da edição do Código Civil de 2002, tinha-se cada integrante de uma relação jurídica como um abstrato sujeito de direitos patrimoniais; assim, a personalidade era concebida como a aptidão para a aquisição de direitos subjetivos patrimoniais, um sinônimo de

¹⁰ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral e LINDB. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 59, 60.

¹¹ Ibid., p. 68.

capacidade de direito. Desta feita, negava-se a concretude de cada pessoa, prestigiando-se, tão-somente, o *status* formal de cada integrante da relação jurídica.

O Código Civil de 2002, rompendo com a perspectiva de outrora, afinou-se com a centralidade do ser humano no ordenamento jurídico constitucional, transpondo a ideia de indivíduo abstrato dos Códigos liberais (contratante, credor, locador, e não Lílian, Márcio, Alcione, etc), para a ideia de existência de uma pessoa concreta, que deve ser examinada em suas múltiplas peculiaridades, que a torna única.

Importa ressaltar, ainda, que a concretude do direito também opera no plano da operabilidade. Explico: é que a norma deve se valer de rápidas formas de solucionar pretensões, bem como de meios que evitem a eternização de incertezas e conflitos, ou seja, os direitos devem ser efetivados.

Feito esse breve prelúdio, é imperioso destacar a importância da centralidade da pessoa, como destinatária da norma, àqueles operadores da interpretação normativa.

Não significa dizer que o direito deve ser deliberadamente transmutado, por meio do processo hermenêutico, a depender daquele que receberá os efeitos de determinada interpretação jurídica. Ao contrário, é cirúrgica a assertiva de que “processo não tem capa”¹², ou seja, não se deve decidir sob efeito de critérios pessoais daqueles que receberão tal decisão, sejam políticos, econômicos ou ideológicos.

Quando me refiro ao fato de que pessoas concretas serão destinatárias de determinada interpretação normativa, tenho como objetivo asseverar que uma gama infindável de pessoas pode ser diretamente impactada como consequência da interpretação do direito. Desta feita, e considerando que o direito afeta a vida da Sociedade, não se pode deixar de rememorar a vital importância de uma interpretação normativa que não reflita verdadeira loteria, seguindo estradas diferentes a cada decisão aplicada, vez que pessoas serão concretamente afetadas por este processo de aplicação hermenêutica.

¹² Frase citada pelo Min. Marco Aurélio Mello, do STF. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/222623/marco-aurelio-mello---processo-nao-tem-capa-tem-conteudo>. Acessado em: 05/04/2021.

Apresentadas as questões afetas à importância da interpretação, fulcrada na segurança jurídica e na concretude do direito, faz-se necessário, ainda, discutirmos sobre alguns aspectos multifacetários da interpretação, antes de navegarmos pelos conceitos e fundamentos das clássicas técnicas de interpretação constitucional e do pragmatismo jurídico.

2. ASPECTOS MULTIFACETÁRIOS DA INTERPRETAÇÃO

Conforme expõe Eros Grau¹³, a norma não se iguala ao texto normativo, sendo este corolário da ação legiferante, enquanto aquela, resultado da fusão entre o texto normativo e os fatos.

Nessa senda, é pela ação direta do intérprete que nasce a norma. Pode-se dizer, portanto, que o intérprete autêntico¹⁴ (juiz) tem o condão de criar normas jurídicas, vinculada sua aplicação ao caso concreto. Importante destacar que a assertiva apresentada por Eros Grau, no tocante à criação da norma pelo juiz, requer alguns considerandos. Segundo o autor, o trabalho criativo do magistrado é vinculado pelo texto normativo, ou seja, o que o julgador faz é completar a obra iniciada pelo legislador (texto normativo), justapondo-a aos fatos e, por ação interpretativa, criar a norma jurídica. Para utilizar suas precisas palavras:

Quando refiro a “produção” do direito pelo juiz, refiro-me em sentido diverso daquele veiculado pelo vocábulo “criação”. Pois o que desejo afirmar é que o intérprete autêntico “produz” direito porque necessariamente completa o trabalho do legislador (ou do autor do texto, em função regulamentar ou regimental)¹⁵.

Há que se considerar, ainda, que, na concepção de Eros Grau, há um processo de retroalimentação partindo da norma jurídica criada para o texto normativo e para os fatos. Explico: no tocante ao texto normativo, a norma jurídica assume a função de explicar e dar significado a este texto, ou seja, é pela significância fruto da interpretação do magistrado que se projeta o real e autêntico significado de determinado texto normativo.

Neste ponto, é possível a complementação da ideia desenvolvida por Eros Grau, no sentido de admitir que a norma jurídica pode ser criada por qualquer pessoa,

¹³ GRAU. Op cit., p. 60.

¹⁴ KELSEN. Op cit., p. 394.

¹⁵ GRAU. Op cit., p. 60.

não somente pelo aplicador direto do Direito, qual seja o magistrado. É que se a norma jurídica fosse criada tão-somente pelo intérprete autêntico, somente por meio de decisões judiciais ela seria obedecida, o que se distancia da verdade real, mormente pelo fato de que muitos atendem às disposições legais sem a necessidade de que um juiz lhes diga para fazê-lo. Este ponto será explorado mais detidamente à frente.

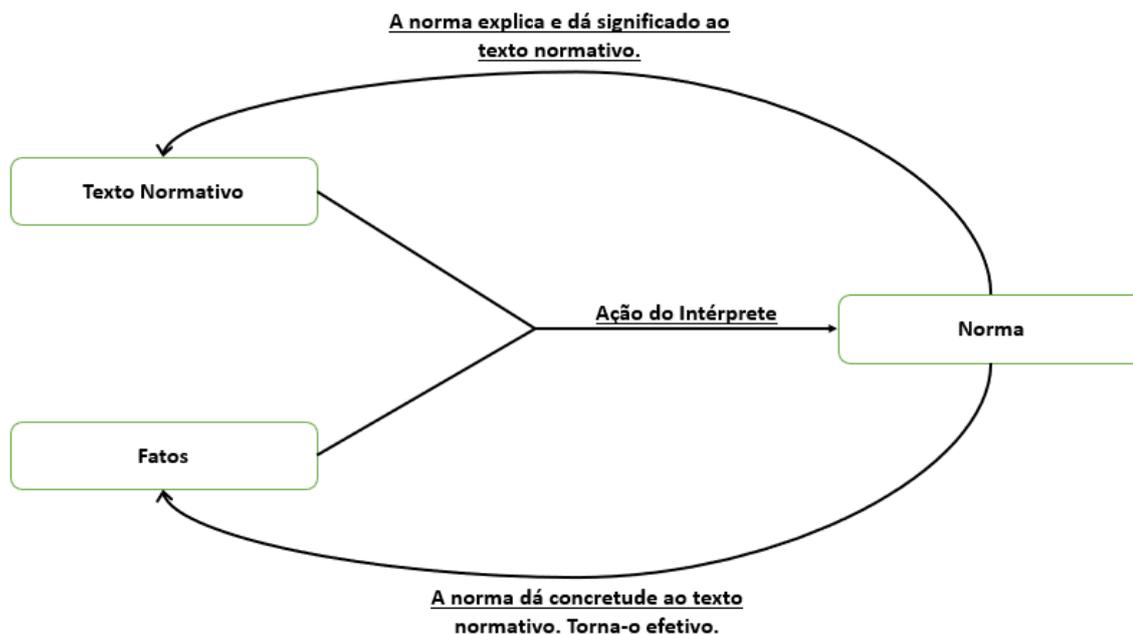
Importante destacar, neste momento, o caráter indissociável que existe entre o caso analisado e o enunciado normativo. Neste prisma, chamando de *dever-ser* a lei e de *ser* o caso concreto, Hassemer ensina que é impossível, do ponto de vista fenomenológico, que haja dissociação entre ambos. Segundo o autor, tal separação iria de encontro a todo tipo de experiência humana, o que ratifica o caráter indissociável existente entre o enunciado normativo e o caso analisado que, como gêmeos siameses, conquanto diferentes, compõe o mesmo corpo. Vejamos:

(...) una separación estricta entre el ser y el deber-ser (dualismo metodológico) es posible desde el punto de vista analítico, pero una equivocación desde el fenomenológico; tal separación contradice toda clase de experiencia humana. No se puede encontrar ni un deber puro ni un ser puro. Todo ser es valorado previamente - aunque de forma diferente -, todo deber requiere una prolongación en casos para poder ser comprendido¹⁶.

Superado este breve aparte, retornemos à retroalimentação da norma jurídica, agora quanto aos fatos. Nesse ponto, a norma jurídica traria concretude ao texto normativo, subsumindo-o aos fatos objeto da demanda. Desta feita, por meio desta concretude, os fatos seriam confirmados da forma como inicialmente expostos.

A figura abaixo esquematiza o raciocínio acima exposto:

¹⁶ HASSEMER, Winfried. **Hermenéutica y Derecho**. Anales de la Cátedra Francisco Suarez 25. Universidad de Granada, 1985. p. 78. Tradução livre: (...) *uma separação estrita entre ser e dever-ser (dualismo metodológico) é possível do ponto de vista analítico, mas um erro do ponto de vista fenomenológico; tal separação contradiz todos os tipos de experiência humana. Nem um dever puro nem um ser puro podem ser encontrados. Todo ser é previamente valorizado - embora de maneira diferente -, todo dever requer um prolongamento nos casos para ser compreendido.*



De forma meramente ilustrativa, pode-se comparar o bojo e nuances da interpretação, conforme a figura acima, com o princípio da dualidade da luz. Consoante ensina a física clássica, a luz assume duas essências simultâneas, sendo, ao mesmo tempo, onda e partícula.

Sua essência como onda lhe permite viajar à estonteante velocidade de aproximadamente 300.000 km/s. Outrossim, conquanto tenha essência de onda, a luz se apresenta como matéria, o que lhe permite, por exemplo, ser atraída pela força gravitacional de buracos negros.

O ponto de convergência entre a atividade interpretativa e o princípio físico da dualidade da luz consiste no fato de determinados fenômenos, sejam físicos sejam jurídicos, apresentarem multifacetadas, sendo cada uma delas da própria substância do fenômeno, sem que essa pluralidade de características fundantes lhes desconstrua a essência, pelo contrário, sendo-lhes indispensável à caracterização.

Não é despiciendo asseverar, portanto, que a retroalimentação da norma jurídica que dá significância ao texto normativo e concretude aos fatos narrados é da própria essência da interpretação.

2.1 O círculo e a espiral hermenêutica

Neste ponto, não podemos deixar de rememorar a natureza ontológica da interpretação, qual seja a compreensão de algo, e isso requer uma análise mais analítica.

Tanto na hermenêutica geral quanto na jurídica, deve-se atentar para a essência do que vem a ser compreender algo. Para tal, não se pode passar ao largo da construção trazida por Heidegger - sistematizada por Gadamer - quanto à árdua tarefa de se compreender o que vem a ser compreender. Segundo Eros Grau, o compreender é algo existencial, sendo, assim, experiência daquele que compreende¹⁷.

Foi nessa odisséia filosófica (determinar o alcance e papel da compreensão para hermenêutica) que se cunhou a expressão *círculo hermenêutico*.

Tomando o conceito de Heidegger, Gadamer afirma que, em outras palavras, a compreensão consiste em um movimento circular, a partir de uma retroalimentação interpretativa entre o intérprete e o objeto da interpretação¹⁸.

Entender o conceito de *círculo hermenêutico* é de suma importância para o trabalho em questão, máxime pela necessidade de esclarecer que o processo interpretativo vai muito além da mera subsunção de determinado texto normativo a uma situação posta. Nas palavras de Hassemmer, enxergar a hermenêutica como mero ato de subsunção não passa de inocência¹⁹.

Pois bem, segundo a ideia decorrente do *círculo hermenêutico*, a compreensão do texto parte de uma pré-compreensão do intérprete em direção ao objeto a ser interpretado, o que consiste em uma antecipação de sentido. Desta forma, esse sentido prévio do intérprete o aproxima do objeto a ser interpretado, sofrendo, simultaneamente, influência deste, protagonizando verdadeira valsa síncrona (por vezes assíncrona) de mútua influência, até que haja transformação recíproca (tanto no intérprete quanto no objeto) produtora da interpretação (compreensão). Nas palavras de Gadamer:

¹⁷ GRAU. Op cit., p. 101.

¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. Petrópolis: Editora Vozes, 2002. p. 75.

¹⁹ HASSEMER. Op cit., p. 80.

Quem quiser compreender um texto deverá sempre realizar um projeto. Ele projeta de antemão um sentido do todo, tão logo se mostre um primeiro sentido no texto. Esse primeiro sentido somente se mostra por que lemos o texto já sempre com certas expectativas, na perspectiva de um determinado sentido. A compreensão daquilo que está no texto consiste na elaboração desse projeto prévio, que sofre uma constante revisão à medida que aprofunda e amplia o sentido do texto²⁰.

Nesta linha, Hassemer afirma que “esse processo se desdobra com o tempo; envolve, portanto, o indivíduo com sua história de vida e o contexto das tradições sociais ("compreensão prévia").²¹”

Desta feita, é importante atentar para o fato de que, conforme se extrai do instituto do *círculo hermenêutico*, o processo de compreensão é dinâmico, não consistindo em mera contemplação do objeto pelo intérprete, mas sim em movimento do intérprete em relação ao objeto e da influência mútua entre eles.

Apresentado, ainda que em apertadas linhas, o conceito de *círculo hermenêutico*, é necessário que avancemos no entendimento relacionado à mútua influência que ocorre entre intérprete e objeto, de modo a ratificarmos se a figura apresentada por Gadamer é a mais adequada para explicar tal fenômeno.

Hassemer aduz que esse processo de mútua influência é melhor entendido a partir de uma *espiral hermenêutica*, superando, de certa forma, a figura do *círculo hermenêutico* vislumbrada por Gadamer.

Nas palavras de Hassemer:

Puesto que no es contemplación (de un sujeto frente a un objeto), sino acercamiento en desarrollo, se produce de forma circular o, como hay que decir más correctamente, en forma de espiral: el sujeto y el objeto se acercan el uno al otro en el proceso de la comprensión, se presuponen mutuamente en los diferentes niveles de acercamiento²².

Ao se considerar que, inobstante o *círculo hermenêutico* traga em seu bojo teórico a concepção de movimento, bem verdade é que a figura apresentada (círculo) não consegue representar de forma completa esse movimento de retroalimentação. Entendo ser inadequado afirmar que ao se movimentar em direção ao objeto,

²⁰ GADAMER. Op cit., p. 75.

²¹ HASSEMER. Op cit., p. 79.

²² Ibid., p. 79. Tradução livre: *Por não ser uma contemplação (de um sujeito diante de um objeto), mas uma abordagem em desenvolvimento, ela se dá de forma circular ou, como se deve dizer mais corretamente, em forma de espiral: o sujeito e o objeto aproximando-se uns dos outros no processo de compreensão, eles pressupõem um ao outro em diferentes níveis de abordagem.*

impulsionado por sua pré-compreensão, e, após sofrer influência deste, o intérprete retorne ao mesmo ponto de partida.

Por certo, este intérprete sofrerá a ação de força atrativa por parte do objeto, deslocando-o do ponto em que originariamente se encontrava na periferia do círculo, tornando, outrossim, incompleta a ideia do *círculo hermenêutico*.

Neste cenário, mais apropriado seria dizermos que essa simbiose intérprete-objeto é melhor representada por uma *espiral hermenêutica*, como visualizado por Hassemer, ao ponto em que a cada ação que o objeto/intérprete venha a exercer sobre o outro, há mútua alteração do ponto em que estavam, gerando-se, portanto, trajetória condizente com verdadeira espiral, ou seja, uma *espiral hermenêutica*.

Entender esse processo cognitivo como uma espiral hermenêutica faz fenecer a ideia de que o processo interpretativo é estático e que é possível encontrar um único conhecimento do direito, o que não quer dizer que as possíveis possibilidades sejam infinitas, como já posto acima. Vale a pena, mais uma vez, recorrermos aos preciosos ensinamentos de Hassemer:

Este movimiento excluye la posibilidad de medir y comprobar la comprensión acertada (el conocimiento "verdadero"). Ya que *res* e *intellectus* no se encuentran mutuamente en una relación estática de contemplación, sino en una relación dinámica de acercamiento, la "verdade" no puede ser *adaequatio rei et intellectus*, es más bien un fenómeno dialogal, consensual y procedimental²³.

Entendo, portanto, que a melhor compreensão deste movimento, por vezes síncrono, por vezes assíncrono, que envolve intérprete e objeto, é ilustrada pela figura da *espiral hermenêutica*, o que não significa, repito, que há número indiscriminado de potenciais interpretações, já que o próprio enunciado normativo não pode ser elidido.

Destarte, o mais apropriado seria falarmos em uma ***espiral hermenêutica contida na moldura interpretativa de Kelsen***, sendo esta limitadora das potenciais resultantes interpretativas, sem que se anule o processo de mútua influência existente entre o intérprete e o objeto.

²³ Ibid., p. 79. Tradução livre: *Este movimento exclui a possibilidade de medir e verificar a compreensão correta (conhecimento "verdadero"). Uma vez que res e intellectus não se encontram em uma relação estática de contemplação, mas em uma relação dinâmica de abordagem, a "verdade" não pode ser adaequatio rei et intellectus, é antes um fenômeno dialógico, consensual e procedimental.*

2.2 Regras e Princípios

Não poderíamos deixar de assentar a importante dialógica (por vezes, dialética) que envolve a natureza jurídico-interpretativa atinente às regras e aos princípios.

O cerne dessa questão – que impacta diretamente na forma de interpretação e aplicação de determinada norma – está nos critérios de diferenciação entre regras e princípios, inclusive se esses critérios podem ser abstratamente aplicados ou se tal diferenciação somente seria possível diante do caso concreto.

Conforme colaciona Ronald Dworkin, as regras são dotadas de caráter disjuntivo²⁴, ou seja, aplica-se o modo do “*tudo ou nada*”. Ademais, em se verificando antinomias entre regras, a solução se dá por meio das clássicas ferramentas de solução desse tipo de conflito, quais sejam o critério hierárquico (norma superior sobrepõe norma inferior), critério da especialidade (norma especial afasta norma geral) e critério cronológico (norma mais recente suplanta norma mais antiga). Vejamos:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida. E neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão²⁵.

Por outro lado, Dworkin defende que a dinâmica atinente às regras não se aplica aos princípios²⁶. É que para este tipo normativo há que se ponderar o peso de cada princípio envolvido na relação jurídica analisada, de modo a se identificar qual deles tem maior aderência à situação jurídica posta.

Além disso, diferentemente das regras (para as quais se aplica o *tudo ou nada* dworkiniano), os princípios não são completamente afastados, havendo, portanto, certa plasticidade do princípio menos relevante àquela determinada situação jurídica, em que este cede espaço de incidência ao princípio então tido como mais relevante.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 73.

²⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

²⁶ Ibid., p. 40.

Desta forma, a distinção entre regras e princípios preconizada por Dworkin se pauta pelo prisma lógico-argumentativo²⁷, o que lhe diferencia de Robert Alexy, conforme veremos em seguida.

Para Alexy, os princípios assumem natureza de “mandados de otimização”, ou seja, devem ser aplicados o mais plenamente quanto possível. Qual seria, então, o grau de aplicabilidade de determinado princípio? A resposta dependerá das situações fático-jurídicas envoltas ao caso concreto. Nas palavras de Alexy:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas²⁸.

Ademais, para Alexy, as regras são caracterizadas por determinarem que algo aconteça. Assim, se determinada regra é válida e sobre ela não incide nenhuma regra de exceção, não há alternativa outra senão sua completa e plena aplicação ao caso respectivo.

Assim, diferente da perspectiva apresentada por Dworkin, a distinção entre regras e princípios apresentadas por Alexy se pauta por critérios estruturais²⁹.

No bojo da odisseia que buscava fincar critérios que pudessem diferenciar as regras dos princípios, autores como Bobbio e Del Vecchio³⁰ passaram a defender que o critério da generalidade seria suficiente para diferenciar regras e princípios. Consoante tal critério, quanto maior o grau de generalidade de uma norma, mais esta se aproxima de um princípio; *a contrario sensu*, quanto menor o grau de generalidade de uma norma, mais ela se apresentaria como regra.

Por certo que tal critério não consegue atender a todas as situações jurídicas que envolvem regras e princípios. Explico: há normas que, inobstante apresentem alto grau de generalidade, são caracterizadas como regras, e não como princípios. A título

²⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 266.

²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

²⁹ FERNANDES. Op cit., p. 266.

³⁰ GALUPPO Marcelo. **Igualdade e diferença**. p. 170-172 *apud* FERNANDES. Op cit., p. 266.

de exemplo, a norma que diz que não há crime sem lei anterior que o defina, tida como princípio, ao se considerar a generalidade é, na verdade, uma regra³¹.

Não por outro motivo, Alexy afirma que este critério meramente **quantitativo** (grau de generalidade na norma) de separação entre regras e princípios está fadado ao fracasso³².

Ato contínuo, Alexy apresenta que o critério **qualitativo** é o mais correto a ser aplicado³³. Segundo este critério, o que realmente diferenciará as regras dos princípios é o modo de aplicação destas normas. Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes:

(...) pode-se perceber, que a generalidade não é um critério adequado para tal distinção, pois é, quando muito, uma consequência da natureza dos princípios, sendo incapaz de proporcionar uma diferenciação essencial. A questão, então, está em assentar a distinção por meio dos **modos de aplicação** de cada espécie normativa, bem como na forma de proceder em caso de um **conflito normativo**³⁴.

Desta forma, as regras carregam a característica do “*tudo ou nada*”, não cabendo sua não aplicação quando configurada subsunção desta ao fato analisado, desde que não haja regra de exceção. Assim, para que determinada regra deixe de ser aplicada, ou ela deve ser considerada inválida ou há incidência de regra de exceção aplicável ao caso.

Por outro lado, os princípios trazem conteúdo normativo *prima facie*, ou seja, sua total aplicabilidade em face de outro princípio vai depender das nuances intrínsecas ao caso analisado, havendo, portanto, maior maleabilidade dos princípios contidos em eventual conflito principiológico, não se afastando completamente determinado princípio, ainda que de menor peso relativo para o caso concreto em análise.

Bem verdade é que a existência de regras e princípios no mesmo sistema jurídico é, além de salutar, indispensável. Vejamos os preciosos ensinamentos de Paulo Gustavo Gonet Branco:

As constituições, hoje, são compostas de regras e de princípios. Um modelo feito apenas de regras prestigiaria o valor da segurança

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op cit., p. 75.

³² ALEXY. Op cit., p. 89.

³³ Ibid., p. 90.

³⁴ FERNANDES. Op cit., p. 267.

jurídica, mas seria de limitada praticidade, por exigir uma disciplina minuciosa e plena de todas as situações relevantes, sem deixar espaço para o desenvolvimento da ordem social. O sistema constitucional não seria aberto. Entretanto, um sistema que congregasse apenas princípios seria inaceitavelmente ameaçador à segurança das relações.³⁵

Nesse cenário, podemos afirmar, sem pretensão exaustiva, que as regras têm melhor aplicabilidade aos intitulados *easy cases*, sendo a subsunção o meio eficaz à produção da solução jurídica esperada. Ao se considerar que as regras proveem, aprioristicamente, soluções jurídicas mais amoldáveis às situações cotidianas da vida, menor é a carga argumentativa em sua aplicação (o que não significa que possa ser inexistente).

Seguindo a mesma linha cognitiva, podemos asseverar que os princípios, dado seu maior grau de abstração, têm melhor aplicabilidade aos intitulados *hard cases*, sendo a técnica de ponderação ou balanceamento o meio eficaz para a produção da solução jurídica almejada. Por isso mesmo é que a aplicação de princípios requer maior esforço argumentativo em sua adequação ao caso concreto.

Há, ainda, casos com tal complexidade que a sistemática acima exposta, inerente à aplicação de regras e princípios, não seria capaz de prover a solução jurídica necessária. Estes casos são chamados por Manuel Atienza de **casos trágicos**. Vejamos:

(...) na teoria padrão da argumentação jurídica, parte-se da distinção entre casos claros ou fáceis e casos difíceis; com relação aos primeiros, o ordenamento jurídico fornece uma resposta correta que não é discutida; os segundos, pelo contrário, caracterizam-se porque, pelo menos em princípio, é possível propor mais de uma resposta correta que se situe dentro das margens permitidas pelo Direito positivo. Mas o que parece ficar excluído, com essa proposição, é a possibilidade de uma terceira categoria, a dos casos trágicos. Um caso pode ser considerado trágico quando, com relação a ele, não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral. A adoção de uma decisão em tais hipóteses não significa enfrentar uma simples alternativa, mas sim um dilema³⁶.

As situações inerentes a estes casos trágicos, ou *extreme cases*, deixam o decisor diante de verdadeiro dilema. Visando à solução de tais situações,

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op cit., p. 75.

³⁶ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2003. p. 226.

desenvolveu-se o instituto de interpretação/aplicação jurídica intitulado *derrotabilidade das regras* ou *superabilidade*, também chamado *defeasibility*.

Importante destacar que as regras também carecem de ponderação, podendo ser superadas, em situações excepcionais³⁷. Contudo, o fato de serem regras torna sua superabilidade mais difícil, ponto que merece alguns considerandos.

O *defeasibility* consiste na não aplicação de uma regra (o que, *a priori*, não é possível se não houver regra contrária ou regra de exceção) quando a sua aplicação contraria a finalidade da própria regra. Em outras palavras, a subsunção de determinada regra, em milimétrico atendimento ao disposto no ordenamento vigente, contrariaria a essência primeira da própria regra. Desta forma, necessário é que se deixe de aplicar aquela regra, com o fim de preservar o que a própria regra deseja proteger.

Humberto Ávila apresenta critérios materiais e formais para que se proceda à derrotabilidade das regras. Com relação aos critérios materiais, deve-se considerar que a superabilidade de determinada regra será tanto mais flexível quando menor for a imprevisibilidade, ineficiência e desigualdade geral gerada por ela³⁸. Vejamos:

A aceitação do caso individual não prejudica a implementação dos dois valores inerentes à regra: o valor formal da segurança não é restringido, porque a circunstância particular não seria facilmente reproduzível. (...) A tentativa de fazer justiça para um caso mediante superação de uma regra não afetaria a promoção da justiça para a maior parte dos casos. E o entendimento contrário, no sentido de não superar a regra, provocaria mais prejuízo valorativo que benefício (*more harm than good*)³⁹.

Já com relação aos requisitos de forma, para que haja superação de determinada regra há que se proceder maior e mais profunda fundamentação. É que as regras trazem em seu cerne os critérios de aplicação já previstos na lei e afastar estes critérios faz recair sobre o decisor maior ônus argumentativo a validar tal superação. Isso porque as regras têm eficácia de trincheira, visto que, conquanto superáveis, só o são por razões extraordinárias, requerendo maior ônus de fundamentação, o que, por conseguinte, leva a uma maior resistência das regras para

³⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 141.

³⁸ *Ibid.*, p. 141-142.

³⁹ *Ibid.*, p. 142-143.

sua superação. Esta resistência maior conduz à necessidade de fundamentação mais restritiva para permitir a superação das regras⁴⁰.

A título de exemplo⁴¹, podemos citar o exemplo contido na Bíblia Sagrada, onde Jesus, ao se deparar com uma mulher acusada de adultério, estava diante de uma situação, como dito por Manuel Atienza, verdadeiramente trágica.

A lei mosaica preconizava, no livro de Levítico 20:10, o seguinte: “Se um homem adular com a mulher do seu próximo, será morto o adúltero e a adúltera.”

Pois bem. Os fariseus, conhecedores da literalidade da lei (das regras), questionaram Jesus sobre o que deveria ser feito com a mulher surpreendida em flagrante adultério. Jesus estava, portanto, diante de verdadeiro caso trágico. Explico: a finalidade da lei mosaica era, dentre outras, desincentivar a prática do adultério, que contrariava o sétimo mandamento da lei de Deus (não adulterarás). Todavia, havia situação peculiar neste caso, já que somente a mulher foi apresentada para ser julgada. Onde estava o homem adúltero?

Jesus, vendo que se tratava de verdadeira armadilha decorrente de falso silogismo, se encontrou no seguinte dilema: cumprir a lei, ainda que somente com relação a mulher (que, em tese, era culpada), ou entender a finalidade daquela lei, perdendo a mulher, mas sem institucionalizar o adultério.

Jesus, com a sabedoria de Filho de Deus, então responde: “Aquele que dentre vós estiver sem pecado seja o primeiro que lhe atire pedra”⁴². Desta forma, Jesus entendeu as peculiaridades daquele caso concreto. Por conhecer profundamente a essência da lei, constatou que esta essência não estava presente no caso em julgamento; sabia que a aplicação da regra resultaria na própria subversão do âmago da lei de Deus e então decidiu pela superabilidade daquela regra, em cirúrgico exemplo de *defeasibility*, mormente pela advertência dita àquela que estava sendo julgada: “vai e não peques mais”⁴³.

⁴⁰ Ibid., p. 146.

⁴¹ Exemplo citado por Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald, com acréscimos próprios.

⁴² João 8:7

⁴³ João 8:11

Assim, o julgamento de Jesus respeitou o cerne da lei, superando a regra em questão, sem significar que a lei fosse revogada. Esta é a essência da *derrotabilidade das regras*.

2.3 *Mens legislatoris x mens legis*

Não menos importante para o escopo deste trabalho, que objetiva discorrer sobre a Hermenêutica Constitucional apresentada por meio de um diálogo entre as clássicas técnicas de interpretação constitucional e o pragmatismo jurídico, é entendermos as nuances decorrentes da dicotomia entre *mens legislatoris* e *mens legis*.

Tal entendimento tem o condão de alterar, diametralmente, o entendimento do julgador, impactando diretamente no resultado dos julgados, motivo pelo qual assentada está a importância desse ponto para o trabalho em epígrafe.

Conforme exposição de Tércio Sampaio Ferraz Jr, estes dois grupos podem ser classificados como *subjetivistas* e *objetivistas*, respectivamente. Vejamos:

Método e objeto aparecem como questões correlatas. Do ângulo do objeto, o direito pode ser visto como a positivação de normas dotadas de sentido. Do ângulo do método, o problema é como e onde captar esse sentido. Em função disso, podemos cindir a doutrina em duas correntes que, embora não se distingam com essa nitidez, podem ser separadas didaticamente conforme o reconhecimento ou da vontade do legislador ou da vontade da lei como sede do sentido das normas. Chamamos a primeira de doutrina *subjetivista*, a segunda de *objetivista*⁴⁴.

Aqueles que defendem que o entendimento motriz da interpretação deve ser a *mens legislatoris*, assim o fazem com fulcro na ideia de que ao se conseguir identificar a vontade do legislador seria possível alcançar o sentido da lei. Tal construção tomou forma, principalmente, com a “Jurisprudência dos Conceitos”, na Alemanha (melhor detalhada no capítulo 3 deste trabalho). Assim, a baliza interpretativa dos subjetivistas é a de que não se pode desdenhar o processo cognitivo-constridor das leis (principalmente as justificativas, discursões e premissas elaboradas nas respectivas Casas Legiferantes), sendo suas bases e fundamentos indispensáveis para o correto entendimento do sentido da lei.

⁴⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 266.

Os objetivistas, que ganharam forma com a “Jurisprudência dos Interesses”, na Alemanha (melhor detalhada no capítulo 3 deste trabalho), arrazoam, por outro lado, que a alcunha “vontade do legislador” não passa de ficção, visto que a pluralidade de congressistas impede a personificação de “um legislador”, do qual a vontade deveria ser considerada. Ademais, sob o prisma formal, aduzem que o que se chama de “vontade do legislador” é mera competência legal, já que a forma da lei deve ser aquela prevista no próprio ordenamento jurídico⁴⁵.

Além dos argumentos da vontade e formal, há ainda os argumentos da confiança e da integração. Conforme o primeiro, o intérprete deve fomentar a confiança nas palavras do texto normativo, as quais devem ser inteligíveis *per si*. Já para o segundo, deve-se contemplar a contínua mutação das relações sociais, de modo a se validar a criação jurisprudencial do direito⁴⁶, cujo fundamento é a *mens legis*, instituto mais maleável e adaptável às mudanças preconizadas pela dinamicidade social.

A reação dos subjetivistas é sem embargo. Para estes, recorrer à interpretação histórica e às discussões que construíram a lei é imprescindível, máxime pela impossibilidade de se ignorar o legislador originário. Outrossim, afirmam que o sistema sugerido pelos objetivistas, na verdade, criaria inusitado subjetivismo, alçando o intérprete não somente à estatura de mais “sábio” que o legislador, mas também mais “sábio” que a própria lei. Ademais, criar-se-ia perigoso desvirtuamento da segurança jurídica, visto que todos ficariam à mercê do intérprete⁴⁷.

Por outro lado, citado por Eros Grau, Carlos Maximiliano aduz que:

A vontade do legislador não será a da maioria dos que tomam parte na votação da norma positiva; porque bem poucos se informam, com antecedência, dos termos do projeto em debate; portanto não podem querer o que não conhecem. Quando muito, desejam o principal: por exemplo, abaixar ou elevar um imposto, cominar ou abolir uma pena. Às vezes, nem isso; no momento dos sufrágios, perguntam do que se trata, ou acompanham, indiferentes, os *leaders*, que por vez prestigiam apenas o voto de determinados membros da Comissão Permanente que emitiu parecer sobre o projeto. Logo, em última análise, a vontade do legislador é a da minoria; talvez de uma elite intelectual, dos componentes, que figuram nas assembleias políticas em menor número sempre⁴⁸.

⁴⁵ Ibid., p. 267.

⁴⁶ Ibid., p. 267.

⁴⁷ Ibid., p. 267-268.

⁴⁸ MAXIMILIANO. p. 33-51 *apud* GRAU. Op cit., p. 116.

Maximiliano reduz a alcunha “vontade do legislador” como a vontade de cada pessoa física componente do Parlamento, o que, ao meu ver, não se coaduna com a significância holística da expressão. Deve-se compreender, ao se falar em “vontade do legislador”, como a expressão motriz social-democrática que impulsiona o Parlamento à execução de alterações legislativas.

Diversas leis são alteradas a partir de determinado contexto social, a partir de um clamor ou anseio da sociedade; desta feita, não se pode simplesmente desconsiderar todos os fatores sociais-democráticos que impulsionaram o Parlamento a editar leis, como se um filho, ao ter seu cordão umbilical cortado quando em seu nascimento, deixasse de ser filho daquela que lhe deu à luz.

A celeuma, como sói ocorrer, se dá como se estivéssemos diante de verdadeiro “cabo-de-guerra”, onde em uma extremidade está o Poder Legislativo (dando eco à voz da *vontade do legislador*), e na outra o Poder Judiciário (defendendo a *vontade da lei*, afinal, maior poder e liberdade teria aquele que interpreta e decide). A discussão de tão importante método interpretativo se mostra anêmica e pobre se o cerne argumentativo foi a manutenção de poder pelo Legislativo ou Judiciário.

Ao partirmos do dínamo democrático, do qual todo poder emana do povo, a vontade deste povo, vivificada por seus representantes ou mesmo pelas demandas da sociedade junto a estes, não pode ser desprezada, ou mesmo mitigada, dando à lei vontade absoluta, a despeito dos fatores que influenciaram seu nascimento. Entendo que não há vinculação automática entre o intérprete e os motivos motores da edição da lei; todavia, não há, de igual modo, desprendimento absoluto daquele a estes.

Desta feita, **penso que se deve aferir se aqueles motivos fundantes ainda persistem no seio da Sociedade (aqueles que impulsionaram e fundamentaram a edição da lei); caso a resposta seja positiva, devem ser considerados; caso seja negativa, deve-se aplicar a lei em seu caráter dinâmico e equitativo.**

Eros Grau, ao citar Gadamer, apregoa:

O jurista sempre se refere à lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo há de ser determinado em face do caso ao qual ela deve ser aplicada. Para alcançar o conhecimento exato desse conteúdo normativo é necessário recorrer ao conhecimento histórico do sentido originário; por isso, o intérprete do direito há de considerar a situação histórica conferida à lei pelo ato legislativo. Não pode ele, no entanto,

sujeitar-se, por exemplo, aos debates travados no Parlamento em torno da intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, está obrigado a reconhecer que as circunstâncias sofreram alterações e, conseqüentemente, a determinar em novos termos a função normativa da lei⁴⁹.

Reitero, portanto, que o jurista, de fato, não está vinculado aos motivos motores da edição das leis à época em que foram editadas, naquilo em que tais motivos tenham sido superados ou não existam mais. Por outro lado, não se deve pura e simplesmente desconsiderar os fatos sociais que ensejaram a edição de tal norma, tratando-a, após sua edição, como um ser individual, despreendido de qualquer teleologia que lhe fundamente. Conquanto não deva vinculação automática, deve-se eliminar os abismos temporais (existentes entre o contexto da época e o atual), tomando mão da exegese, considerando na interpretação presente aqueles motivos de outrora ainda subsistentes no tempo atual.

Assim, superando a dicotomia *mens legislatoris/mens legis*, que, na ótica do poder, se traduz pelo dualismo Poder Legislativo/Poder Judiciário, devemos atentar para a motriz geradora do poder, ou seja, o povo. Repito: o povo é o centro do poder ao se considerar os motivos fundantes de outrora e ainda existentes no presente como fatores a serem aplicados na interpretação da lei, bem como continua sendo o centro quando é a causa dos fatores que conferem dinamicidade ao manejo do direito, quando superadas as razões sociais-democráticas fundantes da lei.

Penso que, destarte, o povo (detentor do poder) é prestigiado tanto no passado - povo do passado - (*mens legislatoris*), quanto no presente - povo do presente - (*mens legis*), como no futuro - povo do futuro -, visto que, neste último aspecto, se garante a centralidade do povo como motor teleológico de eventuais ajustes interpretativos realizados pelos intérpretes da lei.

Passemos, então, ao último ponto deste capítulo, por cuja envergadura e importância não poderia ficar de fora deste trabalho.

⁴⁹ Gadamer. p. 388-390 *apud* GRAU. Op cit., p. 110-111.

2.4 A legitimidade do intérprete autêntico (juiz) é exclusiva?

A alcunha “intérprete autêntico” foi criada por Kelsen, segundo a qual este seria o juiz ou órgão decisor, no exercício de seu poder judicante. Nas palavras de Kelsen:

A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria o Direito. (...) Mas autêntica, isto é, criadora do Direito é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção⁵⁰.

O ponto a ser analisado é, portanto, se a legitimidade daqueles que recebem poder legal para atuarem como órgãos judicantes é exclusiva. Quando me refiro à legitimidade exclusiva, desejo ponderar se a legitimidade interpretativa de juízes e tribunais tem o condão de se sobrepor – *lato sensu* – à interpretação dos demais operadores do Direito, inclusive, de cada cidadão individualmente; ou seja, é correta a assertiva que diz que *a Constituição é aquilo que os tribunais dizem que ela é?*

Pois bem. Dizer que a Constituição é aquilo que os tribunais dizem que ela é expressa discurso fundado em argumento de autoridade, que pouco se sustenta em uma Sociedade livre e plural. Tolher toda manifestação dissonante daquelas oriundas de tribunais, como se estes gozassem de maior sapiência que os não investidos da função pública, é prestigiar o cargo e não a fundamentação da decisão, o que, ao meu ver, é inadequado para o Direito, ciência essencialmente argumentativa. Como ensina Peter Häberle:

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, **todos os cidadãos e grupos**, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição⁵¹. (grifei)

Segundo o autor, faz parte da essência do Estado Democrático a indispensável participação de toda Sociedade no processo interpretativo da Constituição, e isso não é uma concessão doutrinária, mas sim elemento intrínseco e constituinte da própria interpretação constitucional.

⁵⁰ KELSEN. Op cit., p. 394.

⁵¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997. p. 13.

Ao discorrer sobre quais seriam esses atores intérpretes, Häberle assim os elenca: opinião pública democrática e pluralista⁵², mormente a imprensa, leitores, cidadãos, associações, partidos políticos fora dos seus âmbitos de atuação, igrejas, teatros, editoras, escolas da comunidade, pedagogos e as associações de pais⁵³.

Desta forma, a interpretação constitucional deixa de ser um evento exclusivo de juízes e tribunais, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático⁵⁴.

Excluir a legitimidade de todo aquele que tem o dever de observar a Constituição e, por conseguinte, interpretá-la, é defender que apenas um círculo de privilegiados possa discorrer sobre a Carta fundante da República, e, dado o grau de importância da Constituição, isso não é aceitável. Não é possível se afirmar que o direito só pode ser legitimamente interpretado se tal interpretação for proveniente de algum órgão judicante.

Ao lermos o inciso XI, do art. 5º, da Constituição da República, segundo o qual, *a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*, há um mínimo significativo nessa assertiva. Talvez, o cidadão comum não saiba ou tenha entendimento de que o quarto de hotel ou o escritório de advocacia são entendidos como “casa” para fins da inviolabilidade de domicílio. Todavia, sabe ele que a sua própria casa, onde habita e vive com sua família, é inviolável, nos termos do direito fundamental supra.

Além do cidadão comum, não podemos olvidar dos operadores do Direito, que também interpretam a lei em seu dia-a-dia, como advogados, doutrinadores, professores, associações de interesse, dentre outros.

Paralelo a estes, e não menos importante, há que falarmos dos produtores de leis (legisladores) que, no bojo de suas atividades, interpretam a Constituição através do processo político, afinal, não existe apenas política por meio de interpretação constitucional, mas também interpretação constitucional por meio da política⁵⁵. Nas palavras de Häberle:

⁵² Ibid., p. 22.

⁵³ Ibid., p. 22-23.

⁵⁴ Ibid., p. 23.

⁵⁵ Ibid., p. 26.

O muitas vezes referido processo político, que, quase sempre, é apresentado como uma subespécie de processo livre em face da interpretação constitucional, representa, *constitucione lata* e de fato, um elemento importante – mais importante do que se supõe geralmente – da interpretação constitucional, (política como interpretação constitucional)⁵⁶.

Importante destacar, neste ponto, que não defendemos a ausência de legitimidade interpretativa àqueles investidos de função pública judicante. Entretanto, é fato posto e irrefutável que as decisões judiciais são prolatadas na esfera pública e produzem efeitos reais no seio da Sociedade.

Nesse prisma, entendo não ser correta a máxima que visa à vinculação do caráter interpretativo dos órgãos judicantes à justificativa de que tal vinculação prestigia a independência funcional, como sói ocorrer. Como aduz Häberle, no qual mais uma vez nos amparamos:

Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial. **A garantia da independência dos juízes somente é tolerável, porque outras funções estatais e a esfera pública pluralista (*pluralistische Öffentlichkeit*) fornecem material para a lei (...*Material “zum” Gesetz liefern*)⁵⁷. (grifei)**

Desta forma, o correto seria entendermos que a interpretação constitucional se apresenta como verdadeiro *“bellum omnium contra omnes”*⁵⁸ de ideias políticas, científicas e jurídicas, no espaço de uma sociedade aberta ao processo interpretativo⁵⁹.

Em sentido contrário, defende Eros Grau, ao citar Ruiz e Cárvara:

As disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em normas (isto é, quando – através e mediante a interpretação – são transformados em normas). Por isso, as normas resultam da interpretação, e podemos dizer que elas, enquanto disposições, nada dizem – **elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem**⁶⁰. (grifei)

Ao não abraçar a ideia de Eros Grau, adiro à narrativa apresentada por Häberle no que tange à interpretação constitucional, mormente quanto ao fato de que a livre discussão do indivíduo e de grupos “sobre” e “sob” as normas constitucionais e os

⁵⁶ Ibid., p. 26.

⁵⁷ Ibid., p. 31-32.

⁵⁸ Guerra de todos contra todos.

⁵⁹ Häberle. Op cit, p. 37.

⁶⁰ Ruiz e Cárvara. p. 320 *apud* GRAU. Op cit., 80.

efeitos pluralistas sobre elas emprestam à atividade de interpretação um caráter multifacetário, afinal, a Sociedade é livre e aberta na medida em que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido *lato*⁶¹.

Vencidos estes aspectos multifacetários inerentes à interpretação, passemos à análise das clássicas técnicas de interpretação constitucional, apontando seus aspectos constitutivos, bem como suas eventuais deficiências.

3. CLÁSSICAS TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Ao ponto em que nos dispomos a discorrer, sucintamente, sobre as técnicas/métodos de interpretação tradicionalmente construídos pela doutrina e utilizados pelos tribunais, devemos alertar que muitas aflições alcançam aqueles que, desavisadamente, buscam, por toda vida, o que chamo de “*Atlântida Hermenêutica*”, qual seja a utopia de que é possível cravar a hermenêutica de pura objetividade, sem arestas ou pontos fora do cenário proposto.

É bem verdade que a intenção motora daqueles que almejam sistematizar a interpretação por meio de métodos e técnicas é lhe conferir um mínimo de racionalidade, na hercúlea tentativa de ecoar aos operadores do direito que o intérprete é servo do texto, e não o contrário.

Nesse panorama, de pronto afirmo que não há determinada técnica interpretativa que seja, *per si*, suficiente para solucionar todas as idiosincrasias afetas à arte de interpretar, diante, outrossim, das infinitas potenciais possibilidades decorrentes dos casos concretos postos a serem analisados.

Cabe, ainda, considerar que as diversas técnicas interpretativas interagem entre si a partir da complementariedade, devendo ser vistas como partes do mesmo processo de conhecimento, dotadas de intersubjetividade para aproximação do fim a que se propõem.

Tomar mão, portanto, destas técnicas seria como aqueles que, de olhos vendados, foram colocados diante de um elefante sem saberem que se tratava do gigante mamífero. O primeiro, toca na tromba do elefante e logo imagina que é uma corda; o segundo, ao tocar na barriga do gigante, pensa estar diante de uma parede;

⁶¹ Häberle. Op cit., p. 40.

o terceiro, ao apalpar a orelha, crê que o objeto se trata de um pedaço de tapete feito da pele de algum animal; o quarto, quando tateia as patas do elefante, imagina estar à frente de um poste. Ora, todos estão, isoladamente, com a visão limitada para identificar o objeto que lhes foi posto à frente; todavia, ao conversarem e se depararem diante de uma corda, parede, tapete e de um poste, perceberam que estavam todos equivocados, o que os levou a buscar a similaridade dos objetos percebidos por outros que tivessem coesão entre si.

Assim, perceberam que, ao invés de uma corda, estavam diante de uma tromba; da mesma forma, constataram não se tratar de um poste, mas de uma perna bem grande; semelhantemente, concluíram que não era uma parede que lhes estava à frente, mas uma barriga; por fim, entenderam que ao contrário de um tapete, estavam diante de uma orelha de tamanho considerável.

Conquanto não tivessem certeza de que se tratava de um elefante, pois não conseguiam ver totalmente, fazia sentido para eles (por haver similaridade) uma tromba, uma barriga, uma perna e uma orelha, o que lhes apontava para a figura do elefante.

Importante ressaltar a utopia de afirmar, categoricamente, que se tratava de um elefante. É que para que se possa bradar tal assertiva, seria necessário que o observador estivesse olhando de fora do ambiente, o que é, indiscutivelmente, utópico.

O que quero retratar com essa ilustração é que, inobstante isoladamente a percepção possa ser limitada, a multiplicidade de visões interpretativas torna esta percepção mais acurada e, embora não possamos cravar uma objetiva posição irrefutável, podemos dizer que nos aproximamos, dentro daquilo que é possível e racionalmente aceitável, a algo que se parece, tem características, coesão e grande probabilidade de ser um elefante, motivo pelo qual podemos afirmar, em movimento cujos benefícios superam as perdas, que estamos diante de um elefante. Feito esse necessário prelúdio, passemos, portanto, à narrativa quanto às clássicas técnicas/métodos de interpretação constitucional.

3.1 Método hermenêutico-clássico

Ao falarmos em método hermenêutico-clássico, estamos nos referindo aos cânones⁶² sistematizados por Savigny, nomeadamente o **gramatical, lógico, sistemático e histórico**⁶³, bem como o **teleológico**⁶⁴.

No tocante ao cânone gramatical de interpretação, devemos atentar para sua finalidade e para o aspecto fundante de sua razão de existir. Nesse sentido, este cânone visa à solução de questões de natureza léxica, ou seja, busca entender a semântica dos termos contidos na norma, bem como a forma como são encadeados entre si, de modo a gerarem significância ao texto normativo.

Este cânone é assaz importante dado seu caráter limitador da atividade interpretativa do julgador. Podemos dizer, de forma ilustrativa, que o *cinza* pode assumir tonalidades de *preto e de branco*, mas nunca será *amarelo*. Desconsiderar o significado das palavras constantes de determinada lei não é ato de interpretar, mas sim ato de legislar travestido de atividade interpretativa. Como ensina Larenz “uma interpretação que se não situe já no âmbito do sentido literal possível, já não é interpretação, mas modificação de sentido.”⁶⁵

Importante atentarmos à expressão utilizada por Larenz: *sentido literal possível*. Isso denota a intenção do autor de apresentar a ideia de que mesmo a literalidade dos termos pode ter múltiplas significâncias, por isso a utilização do vocábulo *possível*. A utilização dessa expressão denota, ao mesmo tempo, caráter expansivo e restritivo. Explico: o caráter expansivo se caracteriza pelo fato de que há mais de um sentido possível; já o caráter restritivo se apresenta no fato de que há sentidos que fogem do que determinado vocábulo poderia significar, não podendo ser aplicados. A título meramente ilustrativo, ao se falar em *arma branca*, pode-se entender que se está a falar de uma faca, de um porrete ou de um nunchaku, mas nunca de um revólver. À medida que a literalidade do termo “arma branca” permite mais de um significado

⁶² Utilizamos o termo “cânone” ao nos referirmos às interpretações gramatical, lógica, sistemática, histórica e teleológica para que tais técnicas não sejam confundidas com os métodos apresentados no capítulo.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op cit., p. 89.

⁶⁴ Não obstante Savigny tenha declinado do método teleológico, resolvemos inseri-lo neste capítulo, haja vista sua importância e larga utilização como método de interpretação constitucional.

⁶⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2005. p. 454.

possível (faca, porrete ou nunchaku), ela também exclui aqueles não aderentes à sua significância (revólver).

Não poderíamos deixar de referenciar, ao tratarmos do cânone gramatical, da Jurisprudência dos Conceitos, idealizada por Georg Putcha⁶⁶ e aprofundada por Ihering. Em apertadas linhas, a Jurisprudência dos Conceitos busca conceder cientificidade ao processo interpretativo, de modo a se analisar o sistema de conceitos antes do sistema de normas (direito positivado).

Ao pensarmos em um físico, é necessário que este conheça os conceitos mais singulares para, então, entender os mais complexos. Por exemplo, ao explicar eventos da termodinâmica, o físico precisa entender conceitos como calor, corpo, massa e energia, para, a partir disso, explicar como ocorrem as interações entre os corpos com transmissão de energia, como a transferência de calor de um corpo mais quente para um menos quente, visando ao equilíbrio do sistema.

Assim, um conceito complexo como o da termodinâmica só é possível de ser compreendido quando se compreendem os conceitos mais simples que lhe compõem.

O mesmo se aplica à Jurisprudência dos Conceitos. Para seus idealizadores, o jurista só conseguirá compreender conceitos jurídicos complexos quando partir da compreensão dos mais simples que lhe compõem, e isso perpassa pelo cânone gramatical.

É bem verdade que o desenvolvimento da Jurisprudência dos Conceitos realizado por Ihering utilizava a Química como parâmetro. De modo semelhante, o químico precisa entender as nuances e idiosincrasias de cada elemento químico, reduzindo-o o máximo possível, de modo a compreender o seu comportamento. Assim, ao entender os elementos mais simples, poderá agrupá-los e compreender conceitos mais complexos, como moléculas e fórmulas químicas, inclusive prevendo o comportamento de sistemas complexos sem que estes necessitem efetivamente ocorrer, valendo-se, tão-somente, do conhecimento adquirido dos elementos mais simples e de seus comportamentos interativos com outros elementos.

Para entender o comportamento e ligações químicas da água, o químico deve entender em que consistem os átomos de hidrogênio e oxigênio que lhe caracterizam

⁶⁶ Ibid., p. 23.

para, somente após isso, compreender a molécula da água. Para Ihering, havia uma espécie de *química jurídica*.

Debate digno de nota afeto a esta questão é o que envolve a possibilidade de criação de cláusulas pétreas pelo Poder Constituinte Derivado. Seria possível que, uma vez criado direito fundamental por meio de Emenda Constitucional (atividade do Poder Constituinte Derivado) que tal direito recebesse o manto das cláusulas pétreas? Por outro lado, poderia o próprio Poder Constituinte Derivado retirar do ordenamento jurídico-constitucional direito por ele mesmo positivado? Essa discussão tem como pano de fundo, dentre outros aspectos, a própria Jurisprudência dos Conceitos.

Defende Paulo Gustavo Gonet Branco que não é possível que o Poder Constituinte Derivado crie cláusulas pétreas, já que não pode este limitar a si mesmo⁶⁷. Desta forma, somente o Poder Constituinte Originário poderia criar cláusulas pétreas.

Como dito acima, essa discussão está envolta à ideia trazida pela Jurisprudência dos Conceitos. É que a Constituição da República não preconiza, expressamente, a proibição de que o Poder Constituinte Derivado crie cláusulas pétreas. Tal entendimento provém, portanto, da compreensão do que vem a ser os Poderes Constituintes Originário e Derivado. Ao se compreender que o Poder Constituinte Originário é um poder de fato, ilimitado e superior ao Poder Constituinte Derivado, conclui-se que este não pode ser alçado ao mesmo *status* constitucional do Poder Constituinte Originário, por serem conceitos jurídicos distintos.

Desta forma, a Jurisprudência dos Conceitos, ao apontar a necessidade de compreensão de conceitos jurídicos mais simples (por exemplo, os conceitos relacionados aos Poderes Constituintes Originário e Derivado) permite melhor compreensão daqueles mais complexos (como as limitações ao Poder de Reforma para criar cláusulas pétreas). Assim, ombreada ao cânone gramatical de interpretação, a Jurisprudência dos Conceitos traz luz à significância das palavras e conceitos jurídicos no processo de interpretar.

Por outro lado, é de se apontar a insuficiência do cânone gramatical para produção de significado diante de determinados textos normativos. Tomando exemplo citado por Tércio Sampaio, a norma que prescreve que “a investigação de um delito

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op cit., p. 128.

que ocorreu em um país estrangeiro não deve levar-se em consideração pelo juiz brasileiro”, não deixa claro se o termo “que” se refere à investigação ou ao delito⁶⁸.

Desta forma, se por um lado o cânone de interpretação gramatical pode apontar para um caminho a ser seguido pelo intérprete, por outro pode gerar ambiguidades interpretativas que não consegue solucionar, ou seja, o cânone gramatical pode, portanto, apontar problemas na construção textual da lei que outros cânones deverão solucionar.

Já com relação ao cânone lógico, observa-se que seu cerne está na conexão lógica de uma expressão normativa com as demais do contexto⁶⁹. Observam-se, portanto, situações em que se utiliza no mesmo texto normativo termos com consequências diversas, ferindo, desta feita, o princípio lógico da identidade. Valendo-me mais uma vez de exemplo apresentado por Tércio Sampaio:

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 155, §3º, determina que, à exceção dos impostos tratados no inciso II do *caput* do artigo e no art. 153, I e II, nenhum outro *tributo* poderia incidir sobre operações de energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do país. Em outros artigos (por exemplo, 146, III, a, 150, I), o termo *tributo* é usado num sentido amplo, de gênero, que abarca várias espécies, inclusive as contribuições sociais. O Supremo Tribunal Federal, contudo, entendeu que as contribuições sociais não estavam subsumidas à expressão *nenhum outro tributo* do mencionado art. 155, §3º.⁷⁰

Neste prisma, o princípio lógico da identidade ($A = A$) permite ao juiz identificar problemas, mas não os solucionar⁷¹. Desta forma, as regras atinentes ao cânone lógico de interpretação criam máximas a serem aplicadas pelo juiz, como “o legislador nunca é redundante”, ou “se duas expressões estão sendo utilizadas em sentido diverso, é por que uma deve disciplinar a generalidade e a outra traz uma exceção”, ou ainda “deve-se ater aos diferentes contextos em que as expressões ocorrem e classificá-los conforme a sua especificidade”⁷².

No tocante ao cânone sistemático, chamado de *filosófico* por Savigny⁷³, deve-se considerar a unidade inerente ao sistema jurídico. Assim, considerando a hierarquia presente no ordenamento jurídico, conforme preconizado pela pirâmide de

⁶⁸ FERRAZ JR. Op cit., p. 287.

⁶⁹ Ibid., p. 287.

⁷⁰ Ibid., p. 288.

⁷¹ Ibid., p. 288.

⁷² Ibid., p. 288.

⁷³ LARENZ. Op cit., p. 10.

Kelsen, deve haver congruência na interpretação de determinada norma ou dispositivo com o todo presente no ordenamento jurídico, máxime quanto às normas superiores.

Assim, não se deve interpretar a lei isoladamente (sem considerar as normas superiores a ela, como a Constituição e demais normativos que compõem o Bloco de Constitucionalidade), tampouco se interpretar um dispositivo de determinada norma dissociado dos outros dispositivos da mesma norma.

Busca-se, portanto, através do cânone de interpretação sistemático, considerar a unidade do sistema jurídico como um todo, de modo a se promover racionalidade e consistência às interpretações decorrentes de determinado texto normativo.

Tem-se, ainda, o cânone de interpretação histórico. Para este cânone, é importante conhecer a gênese motriz do processo legiferante de determinado texto normativo. Para tal, o intérprete deve buscar nos atos preparatórios – discussões parlamentares envoltas à edição de determinada lei; justificativas do projeto de lei; emendas parlamentares apresentadas e discutidas, etc – bem como o contexto histórico à época em que aquela lei foi gerada.

Com os olhos votados para trás, o intérprete poderá entender de maneira holística as razões de existir de determinada norma, de modo a melhor aplicá-la no tempo presente, sem que isso signifique petrificação ou engessamento do direito. Repito: com relação à interpretação histórica, entendo que se deve aferir se aqueles motivos fundantes ainda persistem no seio da Sociedade (aqueles que impulsionaram e fundamentaram a edição da lei); caso a resposta seja positiva, devem ser considerados; caso seja negativa, deve-se aplicar a lei em seu caráter dinâmico e equitativo, ou seja, permitindo a evolução do direito com segurança e previsibilidade.

Com relação ao cânone teleológico, valemo-nos do apresentado por English. Segundo o autor, o cânone teleológico é aquele que “procura o fim, a ‘ratio’, o ‘pensamento fundamental’ do preceito legal, e a partir dele determina o seu ‘sentido’”⁷⁴.

Importante destacar que este fim (finalidade) pode assumir origem intrínseca ou extrínseca ao ordenamento jurídico. Assim, quando o direito penal tutela bens também inerentes ao direito civil, mas não garantidos por este, há uma finalidade de

⁷⁴ ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 133.

aplicação da normal penal intrínseca ao próprio sistema jurídico, onde um segmento do direito se vale a preencher as deficiências do outro. Por outro lado, quando o direito penal criminaliza o homicídio, visando à tutela da vida, tem sua finalidade em aspectos de origem alienígena ao sistema jurídico posto, encontrando fundamento de necessidade na própria teoria do direito e das relações humanas. Outrossim, é pertinente o alerta apresentado por English: “também seria ingenuidade querer subpor a cada norma jurídica um determinado fim. Há fins mais próximos e mais remotos, menos e mais elevados”⁷⁵.

Ao se considerar que o cânone teleológico objetiva alcançar a finalidade da lei, defende English que este não conseguiria alcançar todos os princípios inerentes à análise jurídica necessária, como princípios éticos, morais ou mesmo político-ideológicos. Assim, English defende que mais pertinente que “finalidade” seria falar em “causa”. Nas palavras do autor:

De qualquer forma, o conceito de interpretação teleológica aparece como demasiado estreito. Por esse motivo tem se exigido, em lugar de um pensamento jurídico teleológico, um pensamento jurídico "causal". A "interpretação a partir do fundamento ou razão" seria talvez mais ajustada, porque mais compreensiva (de mais lato alcance) do que a "interpretação a partir do fim da lei"⁷⁶.

Avançando no estudo do cânone teleológico de interpretação, encontramos na teoria da Jurisprudência dos Interesses, idealizada por Philipp Heck, forte fundamentação para utilização desse cânone. Havia certa discussão sobre em que ponto a interpretação teleológica se confundiria com a histórica, já que em ambos os cânones busca-se encontrar a finalidade da norma, conquanto esta última se valha dos atos preparatórios legislativos.

Nesse cenário, a Jurisprudência dos Interesses defende que se deve garantir os interesses finalísticos de determinada norma, e isso vai além da mera reconstrução histórica dos interesses que fundaram a edição da norma, alcançando a promoção do equilíbrio entre os interesses que a norma visa a garantir, evidenciando contundente pensamento teleológico.

Como a Jurisprudência dos Interesses defendia a promoção dos interesses da norma (sociais, políticos, econômicos e morais), ela almeja a integração de fatores

⁷⁵ Ibid., p. 141.

⁷⁶ Ibid., p. 143.

sociais na análise do direito positivado, tomando mão da interpretação teleológica para tal, por arrazoar a defesa dos interesses sociais inerentes à determinada norma.

Dado elevado grau de abstração e plasticidade do cânone teleológico, não raras têm sido as críticas que lhe são dirigidas. Como colaciona Hesse, o cânone de interpretação teleológico consiste em verdadeiro “cheque em branco” entregue nas mãos do intérprete. Nas precisas palavras de Hesse:

La “interpretación teleológica” es prácticamente una carta blanca, pues com la regla de que hay que plantearse el sentido de un precepto no se avanza nada respecto de la pregunta fundamental, la de cómo descubrir dicho sentido⁷⁷.

Feita essa sucinta exposição quanto ao método hermenêutico-clássico, caracterizado pelos cânones sistematizados por Savigny, bem como pelo cânone teleológico, não podemos deixar de tecer algumas reflexões quanto à possibilidade de sua aplicação à interpretação constitucional.

Neste ponto, cabe apontarmos a crítica formulada por Hesse, no sentido de que a os cânones de interpretação são insustentáveis quando aplicados à hermenêutica constitucional. Segundo autor, o texto constitucional raramente se apresenta com sentido unívoco, devendo sua real significância nascer do processo interpretativo. Nas palavras de Hesse:

Também os “*métodos*” de interpretação individuais, considerados em si, não dão diretrizes suficientes. O texto frequentemente ainda não diz nada de unívoco sobre o significado das palavras e deixa nascer a questão segundo o que – por exemplo, pelo uso linguístico geral ou por um jurídico especial, pela respectiva função do conceito – esse significado se determina⁷⁸.

Ombreando o posicionamento aventado por Hesse, embora diferente em alguns aspectos, Böckenförde defende que, pelo caráter fragmentário da Constituição, os cânones clássicos desenvolvidos por Savigny não são os mais adequados a serem aplicados na interpretação constitucional (por não conseguirem alcançar, sozinhos, as nuances atinentes à interpretação constitucional), mormente pelo fato de que o foco

⁷⁷ HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 40. Tradução livre: A “*interpretação teleológica*” é praticamente uma carta branca, pois com a regra de que o sentido de um precepto deve ser considerado, nada avança quanto à questão fundamental, a de como descobrir esse sentido.

⁷⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**. Porto Alegre: SAF Editor. 1998. p. 58.

analisado por Savigny tenha sido o Direito privado, e não o constitucional⁷⁹. Além disso, aponta o autor que a norma constitucional se apresentar com maior abstração, dado sua natureza de Carta Política, bem como em caráter irradiante, em todo o ordenamento jurídico, dos resultados decorrentes da interpretação constitucional.

Böckenförde, portanto, não exclui as análises gramatical, lógica, sistemática, histórica ou teleológica do processo de interpretação constitucional; apenas entende que tais cânones não são suficientes para, sozinhos, alcançarem a amplitude necessária atinente à interpretação constitucional.

Por outro lado, Larenz arrazoa de maneira destoante de Hesse e Böckenförde, já que para aquele a Constituição, como lei, traz normas de aplicabilidade imediata, motivo pelo qual não haveria motivos para que os princípios gerais interpretativos não pudessem ser aplicados à hermenêutica constitucional. Vejamos as precisas palavras de Larenz:

Não vejo fundamento bastante para não se aplicarem, pelo menos em princípio, os princípios interpretativos gerais também à interpretação da Constituição, pois que a Constituição é, enquanto lei – tal como todas as outras leis (redigidas na maior parte em linguagem corrente) –, uma obra de linguagem, que, como tal, carece de interpretação, tal como as proposições nela contidas têm o caráter de normas; o seu efeito vinculativo não é certamente menor, mas mais vigoroso do que o das demais leis⁸⁰.

A assertiva apresentada por Larenz, à qual nos filiamos, ganha maior eco com a inteligência do parágrafo 1º, do artigo 5º, da Constituição da República de 1988, segundo o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Nesse sentido, por terem aplicabilidade imediata, tais normas são dotadas de significância desde logo, inclusive pelo fato de muitas delas terem natureza jurídica de regras, o que ratifica a possibilidade, consoante apresentado por Larenz, de aplicabilidade, de maneira satisfatória, dos métodos tradicionais de interpretação de leis também à interpretação constitucional.

Vencido o ponto quanto à possibilidade de aplicação de princípios gerais interpretativos à interpretação constitucional (para utilizarmos as palavras de Larenz), passemos à análise do método tópico-problemático.

⁷⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Nomos: Baden-Baden, 1993. p. 18.

⁸⁰ LARENZ. Op cit., p. 513-514.

3.2 Método tópico-problemático

Tomando mão dos escritos de Aristóteles, Theodor Viehweg desenvolveu o método tópico-problemático de interpretação constitucional. Segundo preconiza o autor, a solução interpretativa mais eficaz é aquela que parte do problema, não do sistema (sistema aqui entendido como os conjuntos de paradigmas que proverão a norma)⁸¹. O método em questão inverte a lógica de abordagem e provimento da interpretação constitucional até então existente.

Antes do desenvolvimento do método tópico-problemático, era comum que se partisse do texto normativo para o problema apresentado, em claro manejo de pensamento dedutivo (do geral para o particular). Todavia, Viehweg apresenta raciocínio no sentido de que tal inteligência é insuficiente para prover as soluções esperadas, mormente pelo princípio da proibição do *non liquet*, decorrente da jurisdição constitucional. Explico: o raciocínio fundante do método tópico-problemático repousa na ideia de que a interpretação constitucional é dotada de um caráter prático e, ao mesmo tempo, aberto e indeterminado, comportando mais de uma solução possível. Desta forma, em virtude dessa abertura, o mais eficiente seria partir-se da análise do problema, e não da análise do sistema, em claro manejo de pensamento indutivo (do particular para o geral).

Conforme apresentado por Viehweg, se o foco da interpretação constitucional for o sistema jurídico, haverá problemas insolúveis (por não estarem contidos no sistema de normas vigente) e, portanto, estes serão desprezados quando do provimento jurisdicional, resultando, aprioristicamente, em verdadeira seleção de problemas a serem resolvidos⁸².

Por outro lado, se o foco estiver voltado para o problema, então este buscará o sistema que lhe possa prover a solução esperada. Caso não encontre um sistema capaz de prover a solução almejada, ainda assim estará caracterizado o problema, ficando evidente a necessidade de novo sistema capaz de prover a resposta jurisdicional perseguida⁸³.

⁸¹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Editora UNB. 1979, p. 33-34.

⁸² Ibid., p. 34.

⁸³ Ibid., p. 35.

Importante apontar que, no enfrentamento do problema, segundo o método em comento, deve o intérprete se valer de alguns *topoi*, que consistem em premissas criadas para solucionar problemas pensáveis⁸⁴, para utilizarmos as precisas palavras de Viehweg.

Esses *topoi* (ou tópicos) podem ser manejados para solucionar quaisquer tipos de problemas pensáveis. A título de exemplo, cito os *topoi* desenvolvidos por Christian August Lebrecht Kastner, que, ao escrever sua obra *Tópica ou Ciência da Invenção*, listou 26 *topoi* a serem manejados na solução de problemas, como os de caráter gramatical (etimologia, homonímia, sinonímia, etc), lógico (definição, gênero, espécie, etc), ou mesmo metafísico (todo, causa, parte, fim, etc)⁸⁵.

Por outro lado, é possível que se construa *topoi* voltados à solução de problemas atinentes a ciências específicas, como no caso do Direito, conforme defendido por Matheus Gribaldus Mopha⁸⁶. De toda sorte, é ponto de grande relevância para o método tópico-problemático entendermos que os *topoi*, quando apresentados em forma de compêndio, não se caracterizam simplesmente como um conjunto de deduções pré-estabelecidas, mas sim que ganham vida e significância tão-somente a partir da análise do problema posto.

Ao tecer sua crítica ao método tópico-problemático, Böckenförde arrazoa que tal técnica interpretativa traz a política para o seio dos tribunais constitucionais, máxime pela falta de consenso no processo argumentativo inerente ao método. Segundo ele, o tribunal que procura seguir este método interpretativo não se encontra do outro lado, mas necessariamente no meio de um confronto político⁸⁷.

Outrossim, aponta Bernardo Gonçalves Fernandes que tal método pode atrair sérias críticas, visto que corre o risco de conduzir a um casuísmo ilimitado, além de perder de vista o movimento que a interpretação deveria seguir, ou seja, da norma para o problema, e não do problema para a norma⁸⁸.

De toda sorte, entendo que o método tópico-problemático pode contribuir para o processo de interpretação constitucional, dada a transmutação de foco para o

⁸⁴ Ibid., p. 37.

⁸⁵ Ibid., p. 37.

⁸⁶ Ibid., p. 37.

⁸⁷ BÖCKENFÖRDE. Op cit., p. 27.

⁸⁸ FERNANDES. Op. Cit., p. 201.

problema que propicia. Por outro lado, há que se fincar limites a tal forma de interpretação, de modo que não se abra o texto constitucional, sob o álibi de adequá-lo ao problema posto, gerando verdadeira subversão da norma maior. Outrossim, é importante apontar que o método em análise fragiliza o caráter normativo e dirigente da Constituição.

Neste ponto, passemos à análise do método hermenêutico-concretizador, idealizado por Hesse.

3.3 Método hermenêutico-concretizador

“Interpretação constitucional é concretização”⁸⁹. É com essa célebre frase cunhada por Konrad Hesse que passamos a expor a essência e fundamentos do método hermenêutico-concretizador.

Encontramos premissas na ideia do *círculo hermenêutico* que fundamentam o método hermenêutico-concretizador, para que se retrate, na atividade hermenêutica, a inescapável interação entre o intérprete e o objeto a ser interpretado, com mútua influência entre ambos, resultando na produção de um sentido. Nas palavras de Hesse:

O intérprete (...) entende o conteúdo da norma de uma pré-compreensão, que primeiramente lhe torna possível olhar a norma com certas esperanças, projetar-se um sentido do todo e chegar a um anteprojetado que, então, em penetração mais profunda, carece da confirmação, correção e revisão até que, como resultado de aproximação permanente dos projetos revisados, cada vez, ao “objeto”, determine-se univocamente a unidade de sentido⁹⁰.

O método em análise assegura que o intérprete é parte indispensável na resultante interpretativa, inclusive devendo considerar suas pré-compreensões e cosmovisão, elidindo a utopia do intérprete completamente neutro.

Importante destacar que o método hermenêutico-concretizador, conquanto semelhante ao tópico-problemático, deste se distingue pelo fato de firmar a primazia da norma sobre o problema. Explico: a semelhança ocorre em virtude de a tarefa hermenêutica ser suscitada também pelo problema, já que, consoante Hesse, não

⁸⁹ HESSE. Op cit., p. 61.

⁹⁰ Ibid., p. 61-62.

existe interpretação constitucional independente de problemas concretos⁹¹; todavia, à diferença do método anterior, aqui a norma detém a primazia, e não o problema. Cabe ao intérprete estabelecer uma mediação entre o preceito e a situação em que ele se aplica⁹².

Para procedimentalizar esta concretização, Hesse aponta três segmentos indissociáveis, interrelacionados e indispensáveis, quais sejam o objeto da interpretação, a Constituição e o problema respectivo⁹³.

Nesse diálogo entre problema e norma, o problema tem o condão de determinar os *topoi* aderentes à solução do caso, descartando-se, portanto, aqueles não apropriados à provisão da solução esperada. Observe-se que quem são descartados são os *topoi* não aderentes, e não o problema, encontrando similaridade, neste ponto, com o método tópico-problemático. Por outro lado, há balizamento efetivado pela norma constitucional a ser concretizada, mormente às suas diretivas para empregabilidade, coordenação e valorização desta norma na solução do problema.

Hesse propõe, assim, a utilização de princípios de interpretação constitucional como meios de aplicabilidade do método hermenêutico-concretizador, nomeadamente a unidade da Constituição⁹⁴, concordância prática⁹⁵, exatidão funcional⁹⁶, efeito integrador⁹⁷ e força normativa da Constituição⁹⁸.

Sem a intenção de pormenorizar cada um desses princípios, o que por si só daria azo a um novo trabalho, passaremos a discorrer sucintamente sobre eles, de modo a visualizarmos a *ratio* fundante da exposição de Hesse, que busca validar o método hermenêutico-concretizador.

Com relação à unidade da Constituição, o autor assevera que a conexão e interdependência dos elementos individuais da Constituição fundamentam a necessidade de nunca olhar a norma de forma individual, mas sim de acordo com a conexão total na qual ela está inserida⁹⁹. Desta forma, todas as normas constitucionais

⁹¹ Ibid., p. 62.

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op cit., p. 90.

⁹³ HESSE. Op cit., p. 62.

⁹⁴ Ibid., p. 65.

⁹⁵ Ibid., p. 66.

⁹⁶ Ibid., p. 67.

⁹⁷ Ibid., p. 68.

⁹⁸ Ibid., p. 68.

⁹⁹ Ibid., p. 65.

devem ser interpretadas de tal modo a elidir eventuais contradições com outras normas também de envergadura constitucional.

Com relação à concordância prática, nos valem das precisas palavras de Hesse:

Bens jurídicos protegidos jurídico-constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade. Onde nascem colisões não deve, em “ponderação de bens” precipitada ou até “ponderação de valor” abstrata, um ser realizado à custa do outro. Antes, o princípio da unidade da Constituição põe a tarefa de uma otimização: a *ambos* os bens devem ser traçados limites, para que ambos possam chegar à eficácia ótima¹⁰⁰.

A título de exemplo, pode-se observar a aplicabilidade do princípio da concordância prática nas situações em que estão envolvidos os direitos fundamentais de informação e privacidade. Com relação a esse conflito, tem o Supremo Tribunal Federal – STF decidido que ao direito à informação deve ser assegurado um peso de maior relevância ante ao da privacidade, quando se está a falar de pessoas de vida pública¹⁰¹. Ainda assim, mesmo nesses casos, subsiste o direito à privacidade em certa medida, impedindo que espaços privados sejam invadidos singelamente sob a invocação do direito à informação.

Observa-se, portanto, que o balanço entre o direito à informação e o da privacidade vai tomando forma a partir da análise de caso concreto, ponderando-se se a informação se refere à pessoa pública, sem que se recuse de todo a proteção da sua privacidade no seu conteúdo essencial. É preciso que, diante de cada caso concreto, se acomodem as normas protetivas de direitos fundamentais em colisão, sem que uma suprima a outra, mas garantindo que a abrangência de uma seja conciliada com a de outra, com vistas à obtenção do melhor arranjo para as particularidades do caso concreto.

A concordância prática é aferida a partir da análise do problema, ou seja, do caso concreto a ser deslindado pelo aplicador/intérprete.

No tocante à exatidão funcional, defende Hesse que o intérprete deve observar a distribuição de funções preconizada na norma constitucional, mormente aquelas envoltas à função do Tribunal Constitucional e do Legislador, não podendo aquele, no

¹⁰⁰ Ibid., p. 66.

¹⁰¹ ADI n. 4.815. Rel. min. Carmén Lúcia. DJe: 01/02/2016.

uso de sua função controladora, invadir a esfera legiferante deste, limitando impropriamente sua atividade produtora de normas¹⁰².

Quanto ao princípio do efeito integrador, aponta Hesse que, se para a Constituição é importante que se mantenha a unidade política, então, na solução de problemas jurídico-constitucionais, deve ela dar preferência àqueles pontos de vista que promovem este efeito criador e conservador da unidade política¹⁰³.

Com relação à força normativa da Constituição, defende Hesse que, na solução de problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar preferência aos pontos que visam a conceder às normas constitucionais força de efeito ótima¹⁰⁴.

Assim, Hesse finca critérios para operacionalização do método hermenêutico-concretizador de interpretação constitucional.

Não poderíamos deixar de apontar, por outro lado, a crítica assentada por Böckenförde quanto à utilização desse método interpretativo, que, de forma contundente, aduz erro referencial do método, ao se verificar que a Constituição não pode ser, ao mesmo tempo, ponto de partida e resultado da interpretação. Em outras palavras, como poderia a Constituição ser o motor da interpretação, se só pode ser concretizada por meio da interpretação? Böckenförde assim arrazoia:

¿Les puede alcanzar el fin pretendido con eso? Precisamente el problema de la interpretación constitucional se deriva, empero, de la multiplicidad y de la indeterminación, de la concisión lapidaria y de la fragmentación de la literalidad de las normas constitucionales. Obtener de ahí un texto de la norma claro y con contenido cierto, es la función misma - función preferente - de la interpretación. Pero, ¿cómo puede estar vinculada entonces la interpretación a lo que ella misma debe producir antes de nada? En la medida en que la norma es indeterminada, y solo en la interpretación obtiene un contenido (lo que es el punto de partida para la concretización), no puede ser a un tiempo elemento de vinculación de la interpretación. El postulado se muestra como incapaz de seguir adelante, cuando no como un círculo vicioso, allí donde se presentan las cuestiones reales de interpretación"¹⁰⁵.

¹⁰² HESSE. Op cit., p. 67.

¹⁰³ Ibid., p. 68.

¹⁰⁴ Ibid., p. 68.

¹⁰⁵ BÖCKENFÖRDE. Op cit., p. 32. Tradução livre: *Você pode alcançar o fim pretendido com isso? Precisamente o problema da interpretação constitucional deriva, porém, da multiplicidade e indeterminação, da lapidaridade e da fragmentação da literalidade das normas constitucionais. Obter daí um texto claro da norma com determinado conteúdo é a própria função - função preferencial - da interpretação. Mas como, então, a interpretação pode ser ligada ao que ela mesma deve primeiro produzir? Na medida em que a norma é indeterminada e só na interpretação obtém um conteúdo (que é o ponto de partida para a concretização), não pode ser ao mesmo tempo um elemento de vinculação*

Apresentados os principais métodos de interpretação constitucional¹⁰⁶, discutidos, criticados e validados pela doutrina e pelos tribunais, passemos à exposição do Pragmatismo Jurídico, que se propõe a preencher as lacunas hermenêuticas deixadas pelos métodos acima expostos.

4. PRAGMATISMO JURÍDICO

Neste ponto do trabalho, passaremos a discorrer sobre os fundamentos e as nuances afetas ao Pragmatismo Jurídico.

Bem verdade é que a própria doutrina tem encontrado dificuldades em enquadrar, de forma sistemática e sem arestas, as premissas e os autores aderentes ao pragmatismo jurídico. Considerando tais dificuldades, ainda que a conceituação possa ser objeto de críticas, pode-se afirmar que o Pragmatismo Jurídico consiste em postura argumentativa que serve àqueles que querem legitimar argumentos e decisões, juridicamente, em dois fundamentos: (1) naquilo que é desejável para a comunidade no futuro e (2) naquilo que é inevitável para esta mesma comunidade no presente, já que o passado se apresenta como parte essencial para se entender as questões atuais¹⁰⁷.

4.1 Análise dos fundamentos do Pragmatismo Jurídico

Na construção das premissas de sua postura argumentativa, o Pragmatismo Jurídico fez concessão a duas ideias paradoxais do direito, como meio de fundamentar suas balizas, quais sejam: (1) é possível conhecer a verdade sem aceitar que existem essências universais e (2) é possível alcançar decisões de princípios, conquanto não haja respostas corretas¹⁰⁸.

da interpretação. O postulado mostra-se incapaz de seguir em frente, senão como um círculo vicioso, onde surgem as verdadeiras questões de interpretação”.

¹⁰⁶ Para fins de recorte epistemológico, passamos ao largo do método científico-espiritual, idealizado por Rudolf Smend, por entendermos que, dado a volatilidade do resultado interpretativo decorrente das nuances sociais, consoante defendido por este método, ele estaria mais próximo do próprio Pragmatismo Jurídico, motivo pelo qual optamos por não o inserir neste capítulo.

¹⁰⁷ ARRUDA, Thais Nunes de. **Juízes e Casos Difíceis**. O Pragmatismo de Richard Posner e a Crítica de Ronald Dworkin. Curitiba: Juruá, 2014. p. 77.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 78.

Esse ponto é deveras curioso quanto ao meio argumentativo envolto ao Pragmatismo Jurídico. É que ele rejeita toda forma de fundacionalismo, ou seja, toda tentativa de sistematizar a teoria do Direito a partir de premissas filosóficas que busquem encontrar respostas corretas são rechaçadas por aqueles adeptos do Pragmatismo Jurídico. Não podemos olvidar o alerta feito por Dworkin atinente a este ponto. Aponta ele que o juiz deve decidir a verdade sobre uma variedade de questões, como por exemplo, sobre o que é justo, antes de decidir sobre “o que funciona” e não há padrão independente e externo para significar o que é este “funcionar”¹⁰⁹.

Ademais, Dworkin apresenta contundente crítica, ao afirmar que não se pode pensar sobre a resposta correta a não ser que se tenha “pensado por” ou se “esteja pronto para pensar” por meio de um vasto e importante sistema teórico de princípios e complexos sobre a natureza do direito em questão¹¹⁰.

Em continuidade, observa-se que o Pragmatismo Jurídico ancora suas balizas no **contextualismo** e no **consequencialismo**¹¹¹. No primeiro porque, para o Pragmatismo Jurídico, toda demanda deve ser julgada considerando-se, inevitavelmente, o contexto das necessidades humanas e sociais envoltas ao caso; no segundo pelo fato de que toda decisão deve ser analisada segundo suas diversas consequências, de modo que se “escolha” aquela que melhor atenda às necessidades sociais afetas à questão.

É bem verdade que o pragmatista deve considerar as consequências de sua decisão (consequencialismo); todavia, ainda assim, deve este especificar como decidir quais consequências de uma decisão seriam as melhores. Desta forma, qual critério deve ser utilizado para se decidir as melhores consequências para o caso analisado?

Considerando estes pontos, constata-se que o juiz (foco de estudo do Pragmatismo Jurídico, por ser o agente da prática jurídica) traz para o bojo da fundamentação judicial aspectos primariamente alienígenas ao Direito, como, por exemplo, questões afetas à política. Um juiz pragmatista é um juiz preocupado em intervir na realidade, criando, com suas decisões, verdadeiras políticas públicas¹¹².

¹⁰⁹ Ibid., p. 241.

¹¹⁰ Ibid., p. 238.

¹¹¹ Ibid., p. 78.

¹¹² Ibid., p. 79.

Vê-se, portanto, que o Pragmatismo Jurídico tende a protagonizar decisões judiciais que caracterizam verdadeira judicialização da política, já que para os decisores que se fundamentam em tal técnica, é de tamanho menor o que dispõe a norma, visto que este julgador tem o poder de inovar no ordenamento jurídico, desde que os fins sejam socialmente justificáveis. Vejamos as palavras de Thais Nunes de Arruda, ao citar Pogrebinski:

Igualmente à semelhança do realismo jurídico, não faz sentido no pragmatismo jurídico falar-se em direito preexistente à aplicação do juiz. O direito se positiva a partir da sua aplicação pelo juiz, e não quando promulgado pelo legislador. Ou seja, **antes de ser aplicada, a norma jurídica constitui-se apenas uma fonte autoritária na qual o juiz pode ou não se valer**¹¹³. (grifei)

Assim, é correto afirmar que o juiz pragmatista não conserva em seu rol de premissas a manutenção da coerência lógica do sistema jurídico se tal fato não consistir em um resultado socialmente aceitável e benéfico. Para o Pragmatismo Jurídico, a consistência com o sistema jurídico posto não é um fim, mas, quando possível, apenas um **meio** para se alcançar o fim desejado, qual seja uma decisão socialmente aceitável, podendo tal consistência ser preterida se o fim não estiver sendo atingido.

Outrossim, ponto interessante para o Pragmatismo Jurídico é o que se chama de **liberdade da culpa teórica**. Para os pragmatistas, essa ideia (liberdade da culpa teórica) consiste na soltura das amarras teórico-filosóficas que os paralisam. Assim, para os pragmatistas, a defesa da teoria da filosofia do Direito é a negação da autoridade final ou absoluta das intuições do jurista médio sobre quais generalizações científicas são úteis¹¹⁴, e isso, para eles, é inconcebível. Desta forma, o Pragmatismo Jurídico está fundado não em uma teoria da filosofia do Direito, mas sim na **intuição** e **senso comum** do julgador.

Esse movimento caracterizador da *liberdade da culpa teórica* visa, mais a mais, a um completo desprendimento da filosofia por parte do Pragmatismo Jurídico. Todavia, tal construção argumentativa padece do vício da autorreferencialidade. Explico: não faz sentido o Pragmatismo Jurídico asseverar que não carece de pressupostos filosóficos, vez que se utiliza dos próprios pressupostos filosóficos para construção de tal afirmação. Desta forma, essa assertiva mina o seu próprio

¹¹³ POGREBINSCHI *apud* ARRUDA. Op cit., p. 79.

¹¹⁴ GREY *apud* ARRUDA. Op cit., p. 80.

fundamento constituinte, resultando em patente autonegação. Como bem sintetiza Thais Nunes de Arruda:

Há método, mas não há teoria; há fundamentos, mas estes não devem ser debatidos; há regras, mas o que vale é o caráter político do juiz; há meios, mas não fins justificáveis.¹¹⁵

Passemos, neste ponto, à exposição do Pragmatismo Jurídico segundo um de seus maiores expoentes: Richard Allen Posner¹¹⁶.

4.2 Pragmatismo Jurídico segundo Richard Posner

O Pragmatismo Jurídico de Posner perpassa por sua própria compreensão do que vem a ser o Direito. Para o jurista americano, o Direito não é algo descoberto pelo juiz, mas, tão-somente, o nome de sua própria atividade judicante. Para Posner, os juízes, ao decidirem seus casos, criam a teoria do Direito, de modo que o Direito é o que os juízes fazem e também a previsão do que os juízes farão¹¹⁷.

Cabe apontar que o posicionamento acima exposto faz fenecer qualquer previsibilidade que se espera da atividade judicante. Não seria despiciendo afirmar que tal grau de imprevisibilidade tem o condão de esvaziar de tal modo a ideia de segurança jurídica, a ponto de fazer do Direito e de sua aplicação verdadeira loteria jurídica (embora para Posner o direito seja a própria aplicação). Ora, se a *ratio decidendi* é o que o juiz entende como socialmente aceitável, então o jurisdicionado estará à mercê das idiossincrasias do julgador, sem qualquer parâmetro mínimo que balize a invasão estatal em sua esfera de direitos.

Ponha-se em lados opostos da mesma mesa um adepto da esquerda e outro da direita e se constatará que ambos encontrarão justificativas perfeitas, segundo suas próprias visões de mundo, para questões que lhe são propostas; o que não surpreende é que tais soluções serão completamente antagônicas. Se o resultado da atividade jurisdicional depende exclusivamente daquilo que o julgador entende como correto (a partir de sua **intuição e bom senso**), não há como sustentar a existência de mínima racionalidade hermenêutica que possa pacificar as relações sociais.

¹¹⁵ Ibid., p. 84.

¹¹⁶ Posner é juiz do Sétimo Circuito da Corte de Apelações dos Estados Unidos e professor da Universidade de Chicago.

¹¹⁷ ARRUDA. Op cit., p. 100.

O Pragmatismo Jurídico de Posner, enfatiza, ademais, o que ele intitula de **primado das consequências**. Para o autor, os pragmáticos estão interessados no que funciona e no que é útil, e não no que realmente é¹¹⁸, adotando, desta feita, teoria que visa a derrubar qualquer tentativa de se construir um caminho em direção à verdade.

Avançando na construção pragmática de Posner, verificamos que o autor defende certo caráter legiferante à atividade dos juízes. Para ele, diante de casos difíceis, o juiz é verdadeiro formulador de políticas públicas e, dentro de determinada “liberdade limitadora”, o magistrado é tão livre quanto o legislador. Seguindo esta linha, Posner afirma que as regras do jogo judicial exigem que o juiz atue como legislador e, portanto, decida segundo seus valores, conquanto essas mesmas regras não exijam que ele reconheça que está fazendo isso¹¹⁹.

Ao se referir à Suprema Corte dos Estados Unidos, Posner não afirma que o magistrado deva exercer função legislativa típica; todavia, para ele, o juiz da Suprema Corte pode ter tanta liberdade quanto um legislador, inobstante apenas na área aberta do Direito¹²⁰. Ao que parece, a tentativa de mitigar a função legiferante do magistrado apresentada por Posner vai de encontro ao próprio discurso fundante do Pragmatismo Jurídico, afinal, afirmar que a atividade legiferante do juiz está vinculada à área aberta do Direito está longe de ser um limite a essa atividade, vez que o processo criativo do decisor pode “justificar” qualquer alteração legislativa no escopo da “área aberta do Direito”.

Discorremos, de forma resumida, sobre os principais fundamentos apresentados pelo maior expoente do Pragmatismo Jurídico da atualidade.

4.3 Crítica ao Pragmatismo Jurídico

Do exposto, podemos constatar a volatilidade e ausência de previsibilidade quanto àquilo que é julgado. Embandeirando o discurso de prover soluções jurídicas necessárias à vida moderna, percebe-se, em certo ponto, a desconstrução de toda ideia de segurança jurídica, não obstante os pragmatistas defendam a observância

¹¹⁸ Ibid., p. 103.

¹¹⁹ Ibid., p. 170.

¹²⁰ Ibid., p. 174.

aos precedentes. Entretanto, essa “defesa dos precedentes” é mitigada quando a decisão divergente assim o é para atender os pressupostos pragmáticos, ou seja, deve-se observar os precedentes postos, mas nem tanto assim.

Portanto, observa-se que o Pragmatismo Jurídico resulta no esvaziamento da hermenêutica constitucional já que, por suas premissas, o caráter subjetivo do julgador suplantaria a racionalidade metodológica que assegura, ou pelo menos almeja assegurar, a estabilização do sistema jurídico e a conformação daqueles destinatários da atividade jurisdicional.

Há que se considerar, por fim, o caráter democrático da separação de poderes. Ao ponto em que juízes, pela natureza da atividade, não sofrem escrutínio público periódico, não é recomendável deixar à mercê das Cortes de Justiça a atividade legiferante, ainda que os fins sejam aqueles mais nobres possíveis, conquanto até estes fins podem ser questionados, dado a pluralidade existente no seio das Sociedades.

É no palco do Legislativo que as políticas públicas e regras jurídicas devem ser debatidas, criticadas e implantadas, pois é nesse teatro de operações que o povo tem condições de manifestar sua vontade soberana. Transportar essa atividade tão importante à Sociedade para os tribunais é, na mais eufêmica das afirmações, elidir a participação do povo na concepção do Direito.

Não podemos esquecer o brocado em latim, tão pertinente nesta discussão: *Sutor, ne ultra crepidam*¹²¹.

5. ANÁLISE DO HC 124.306/RJ

Nos termos da proposta inicial deste trabalho, realizaremos a análise do HC 124.306/RJ, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, com voto-vista vencedor, da lavra do Ministro Luís Roberto Barroso, no bojo do qual se discutiu a concessão de ordem para afastar a prisão preventiva dos corréus investigados pela prática dos crimes tipificados nos art. 126¹²² e 288¹²³, ambos do Código Penal.

¹²¹ Sapateiro, não vá além dos sapatos.

¹²² Art. 126, do CP: Provocar aborto com o consentimento da gestante:
Pena - reclusão, de um a quatro anos.

¹²³ Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Importante destacar que o pedido dos impetrantes se ateve à questão processual afeta à prisão preventiva (relaxamento da prisão preventiva decretada), sem que se aventasse quaisquer inconstitucionalidades, ainda que de natureza difusa, no tocante à criminalização do aborto, nos termos da norma penal vigente. Os pedidos dos corréus se ancoraram nos seguintes argumentos: (1) os pacientes são primários, com bons antecedentes e têm trabalho e residência fixa no distrito da culpa; (2) a custódia cautelar é desproporcional, já que eventual condenação poderá ser cumprida em regime aberto; e (3) não houve qualquer tentativa de fuga dos pacientes durante o flagrante.

Sob o aspecto processual, não é possível a substituição de recurso ordinário constitucional por *Habeas Corpus*, motivo pelo qual, aprioristicamente, o processo deveria ter sido extinto sem resolução de mérito.

Por outro lado, arrazoou o ministro Barroso que, dada a delicadeza da questão, fez-se necessário discorrer, para além da concessão da ordem de relaxamento da prisão preventiva, sobre a constitucionalidade do crime de aborto, inobstante tal questão tenha sequer sido aventada pelos impetrantes.

Não discorremos sob o aspecto processual (relaxamento da prisão preventiva) por não ter relevância para o trabalho em epígrafe.

Quanto à questão afeta à descriminalização do aborto, aduz o voto-vista da seguinte forma:

O bem jurídico protegido - vida potencial do feto - é evidentemente relevante. Porém, a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade.¹²⁴

De pronto, o voto assevera a inconstitucionalidade da criminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, ou seja, até o 1º trimestre. O voto passa então a discorrer sobre as causas que lhe fundamentam a decisão, quais sejam: (1) violação à autonomia da mulher; (2) violação do direito à integridade física e psíquica da mulher; (3) violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher; (4) violação à igualdade de gênero; (5) discriminação social e impacto desproporcional sobre

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

¹²⁴ HC 124.306/RJ. Voto-vista, p. 6.

mulheres pobres e (6) violação ao princípio da proporcionalidade, em seus 3 subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Com relação à violação à autonomia da mulher, aduz o Ministro Barroso nos seguintes termos:

Quando se trate de uma mulher, um aspecto central de sua autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez. Como pode o Estado - isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito - impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida?¹²⁵

O cerne do argumento apresentado é o de que a autonomia da mulher deve ser garantida pelo Estado, de modo que esta, em ato de disposição do próprio corpo, possa realizar o aborto.

Quanto à violação do direito à integridade física e psíquica da mulher, aduz o voto que a integridade física da mulher é abalada, pois é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação; ademais, a integridade psíquica também é abalada, principalmente por se assumir compromissos por toda a vida com outro *ser*. Continua o Ministro, afirmando que “ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher.”¹²⁶

No tocante à violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, o voto apresenta argumento no sentido de que o “direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos.”¹²⁷ Além disso, argumenta o decisor que o Código Penal de 1940 retira da mulher a capacidade de decidir sobre a manutenção ou não de uma gravidez indesejada.

Quanto à violação à igualdade de gênero apresentada, o voto-vista assevera que “na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não.”¹²⁸

¹²⁵ Ibid., p. 9.

¹²⁶ Ibid., p. 9.

¹²⁷ Ibid., p. 10.

¹²⁸ Ibid., p. 11.

Com relação à discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres, o voto afirma que a tipificação do aborto “prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo.”¹²⁹

Partindo para a análise do princípio da proporcionalidade, o voto inicia sua argumentação afirmando que o Código Penal de 1940 apresenta redação defasada ante aos valores contemporâneos atinentes à descriminalização do aborto. Defende, portanto, que “a questão do aborto até o terceiro mês de gravidez precisa ser revista à luz dos novos valores constitucionais trazidos pela Constituição de 1988, das transformações dos costumes e de uma perspectiva mais cosmopolita.”¹³⁰

Ao discorrer sobre o subprincípio da *adequação*, o julgador aduz que é “notório que as taxas de aborto nos países onde esse procedimento é permitido são muito semelhantes àsquelas encontradas nos países em que ele é ilegal.”¹³¹ Afirma, ainda, que a criminalização do aborto é ineficiente ao propósito de assegurar a vida do feto.

Quanto ao subprincípio da *necessidade*, defende o decisor que há meios menos onerosos à mãe, que também garantem a proteção dos direitos do feto, como, por exemplo, a submissão da mulher à consulta de aconselhamento e um período de três dias para reflexão. Afirma, ainda, que o Estado deve agir sobre os fatores **econômicos e sociais** que levam à gravidez e ao aborto, principalmente a “impossibilidade de custear a criação dos filhos e a drástica mudança na vida da mãe **(que a faria, e.g., perder oportunidades de carreira).**”¹³² **(grifei)**

Por fim, ao discorrer sobre o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*, o julgador assevera que a criminalização do aborto “gera custos sociais e para o sistema de saúde, que decorrem da necessidade de a mulher se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da morbidade e da letalidade.”¹³³ Aponta o voto que:

O peso concreto do direito à vida do nascituro varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação. O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a

¹²⁹ Ibid., p. 11.

¹³⁰ Ibid., p. 12.

¹³¹ Ibid., p. 13.

¹³² Ibid., p. 15.

¹³³ Ibid., p. 16.

gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto.¹³⁴

Conclui o voto-vista afirmando que para que não se confira proteção insuficiente nem para o feto nem para as mulheres, deve ser declarada inconstitucional a tipificação do aborto até o 1º trimestre.

5.1 Aplicação do método para representação de argumentos desenvolvido por Manuel Atienza

Apresentados, resumidamente, os argumentos relacionados ao *Habeas Corpus* em análise, passaremos a dispô-los de forma gráfica, de modo a entendermos a sequência lógico-estrutural utilizada. Para tal, utilizaremos o método para representação de argumentos, desenvolvido por Manuel Atienza¹³⁵.

Para sistematizarmos as informações pertinentes ao caso em análise, é necessário que se apresentem os seguintes tópicos:

Fatos juridicamente relevantes:

- Prática do delito de aborto.

Questões jurídicas:

- Inconstitucionalidade da prática do aborto até o 1º trimestre.

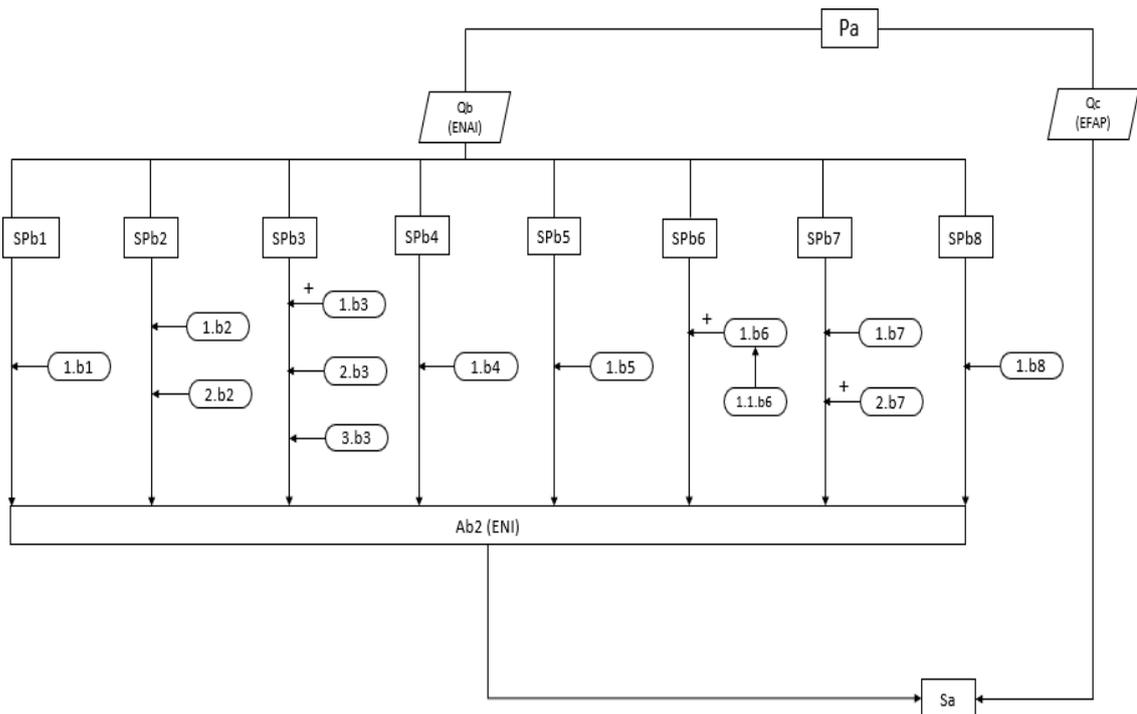
Razões ou argumentos que sustentam a decisão:

- Violação à autonomia da mulher.
- Violação do direito à integridade física e psíquica da mulher.
- Violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher.
- Violação à igualdade de gênero.
- Discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres.
- Violação ao princípio da proporcionalidade, em seus 3 subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Listados os tópicos acima, passemos à aplicação do método, com a exposição do esquema abaixo e apresentação de seus elementos, em seguida.

¹³⁴ Ibid., p. 16.

¹³⁵ ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentação Jurídica**. Curitiba: Alteridade, 2014. p. 104.



Problema “a” (Pa)¹³⁶: Deve ser declarada a inconstitucionalidade do crime de aborto até o 1º trimestre?

O problema (Pa) consiste em se determinar se a prática de aborto até o 1º trimestre é ou não inconstitucional. Para isso, deve-se analisar as questões atinentes ao problema. Tem-se, portanto, uma questão do tipo interpretativo (Qb – ENAI), que corresponde a um Enunciado Normativo a ser Interpretado.

Para o Problema Pa, o Qb - ENAI¹³⁷ é o seguinte: Prática de aborto até 1º trimestre – Inconstitucionalidade.

Essa questão (Qb) se subdivide em oito suposições (SP):

SPb1: a criminalização do aborto configura violação à autonomia da mulher;

SPb2: a criminalização do aborto configura violação do direito à integridade física e psíquica da mulher.

SPb3: a criminalização do aborto configura violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher.

SPb4: a criminalização do aborto configura violação à igualdade de gênero.

¹³⁶ Ibid., p. 105 - A argumentação se inicia com a colocação de um problema, representado pela letra maiúscula *P*, que possui um conteúdo proposicional *a*. Por exemplo, se um indivíduo deve ou não ser condenado (os problemas judiciais estão, em geral, colocados em termos binários).

¹³⁷ Qb – ENAI: Questão “b”, afeta a um Enunciado Normativo a ser Interpretado.

SPb5: a criminalização do aborto configura discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres.

SPb6: a criminalização do aborto fere o subprincípio da adequação.

SPb7: a criminalização do aborto fere o subprincípio da necessidade.

SPb8: a criminalização do aborto fere o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Após a descrição das suposições afetas ao caso, passemos a expor as razões atinentes a cada suposição.

SPb1 tem as seguintes **razões**¹³⁸:

1.b1: a mulher, por se configurar como um ser autônomo, deve ter a liberdade de dispor sobre o próprio corpo, o que lhe permite praticar um aborto até o 1º trimestre.

SPb2 tem as seguintes **razões**:

1.b2: a integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação.

2.b2: a integridade psíquica da mulher é abalada, principalmente por se assumir compromissos por toda a vida com outro *ser*.

SPb3 tem as seguintes **razões**:

1.b3¹³⁹: o direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos.

2.b3: o Código Penal de 1940 retira da mulher a capacidade de decidir sobre a manutenção ou não de uma gravidez indesejada.

3.b3: a criminalização do aborto prejudica a saúde reprodutiva da mulher, aumentando os índices de mortalidade.

¹³⁸ Utilizaremos os termos razão e argumento para retratarem o mesmo objeto.

¹³⁹ Inseriu-se o “+” (no gráfico) relacionado a este argumento por entendermos que se trata do argumento para o qual o julgador concedeu maior importância.

SPb4 tem as seguintes **razões**:

1.b4: na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não.

SPb5 tem as seguintes **razões**:

1.b5: a criminalização do aborto prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo.

SPb6 tem as seguintes **razões**:

1.b6: as taxas de aborto nos países onde esse procedimento é permitido são muito semelhantes às aquelas encontradas nos países em que ele é ilegal.

1.1.b6: a criminalização do aborto é ineficiente ao propósito de assegurar a vida do feto.

SPb7 tem as seguintes **razões**:

1.b7: há meios menos onerosos à mãe, que também garantem a proteção dos direitos do feto, como, por exemplo, a submissão da mulher à consulta de aconselhamento e um período de três dias para reflexão.

2.b7: o Estado deve agir sobre os fatores **econômicos e sociais** que levam à gravidez e ao aborto, principalmente a impossibilidade de custear a criação dos filhos e a drástica mudança na vida da mãe (que a faria, *e.g.*, perder oportunidades de carreira).

SPb8 tem as seguintes **razões**:

1.b8: a criminalização do aborto gera custos sociais e para o sistema de saúde, que decorrem da necessidade de a mulher se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da morbidade e da letalidade.

Da análise das razões apresentadas em cada suposição, há que se tecer algumas considerações.

A razão 1.b1 se apresenta como excessivamente onerosa ao nascituro, por considerar, exclusivamente, a esfera de direitos da mulher. Ademais, seria razoável que se permitisse à mãe dispor, por mero exercício das próprias razões, da vida do filho? Do ponto de vista constitucional, não se vislumbra como aceitável sacrificar o bem vida por mero ato de vontade de outrem. Desta forma, pode-se afirmar que a razão 1.b1 se apresenta como argumento de pouca força, por anular, por completo, a esfera de direitos do nascituro, o que não é recomendado na ponderação de princípios (vida e autonomia).

Com relação à ponderação de princípios na estruturação de argumentos, máxime quanto à atecnia jurídica que configura a escolha discricionária de um princípio “escolhido” pelo julgador, não é despidendo apresentar preciso raciocínio desenvolvido por Manuel Atienza:

É discutível se, em algum caso, está justificado que os juízes criem regras a partir simplesmente de diretrizes, isto é, que levem a cabo uma “ponderação discricionária”. Evidentemente, no que chamei de “ponderação entre princípios” (ponderação sem discricionarietà) as diretrizes exercem um papel, na medida em que contribuem com a atribuição de peso para cada um dos elementos de equilíbrio, ou mesmo por que um desses elementos pode consistir essencialmente em uma diretriz. **Mas em nenhum desses dois casos se trataria da “concreção de um objetivo”, senão de optar por um ou outro conjunto de bens. Precisamente por isso, não haveria “discricionarietà” em sentido estrito¹⁴⁰. (grifei)**

Passando às razões da suposição SPb2, verifica-se que a razão 1.b2 parte da premissa de que a gravidez, *per si*, por ser indesejada, pode causar inevitável dano físico à mulher, já que a ela não cabe alternativa outra, senão o procedimento abortivo. Tal argumento, todavia, padece de erro referencial. Não é a criminalização ou não do aborto que gera riscos à vida da mulher, mas sim a própria prática do aborto, risco este que está presente tanto nas hipóteses de aborto legal quanto nas de aborto ilegal. É possível afirmar como válido o argumento de aniquilação dos direitos do nascituro para fins de mitigação de riscos à mãe, já que não há eliminação de riscos, mas, tão-somente, mitigação desses mesmos riscos?

¹⁴⁰ ATIENZA. Op cit., p. 119.

Já a razão 2.b2 infere que uma gravidez indesejada pode gerar abalos psicológicos à mulher que deverá assumir compromissos com o filho por toda a vida. Ora, a *ratio decidendi* para analisar este argumento é bem semelhante às anteriores. Seria viável anular por completo os direitos do nascituro com fulcro em mera suposição de abalo psicológico? Se se pode dispor da vida de outro ser com base neste argumento, por que não se poderia fundamentar, da mesma forma, a escusa das demais obrigações da vida civil? Ao que parece, o argumento reduz a zero a proteção constitucional à vida do nascituro, já que compara eventual abalo psíquico, que se sequer pode-se afirmar que perdurará, à eliminação da vida do outro ser.

A partir da análise jurídica dos argumentos, pode-se asseverar que se trata de argumentos extrapolativos da esfera de proteção da mulher, em completo detrimento da proteção de direitos do nascituro, o que não é recomendável ao se tratar de ponderação de princípios (vida e integridade física/psíquica). Importante destacar que a lei penal já garante à mãe a possibilidade de praticar aborto nos casos em que se verifica real risco à sua vida (abalo físico), bem como nos casos de estupro (abalo psíquico).

Passando para as razões da suposição SPb3, verifica-se que a razão 1.b3 constrói argumento no sentido de que a criminalização do aborto consiste em restrição a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, e que tal condição ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos. Não se vê, neste argumento, suporte jurídico-constitucional, por completa ausência de dispositivo que assegure, mais a mais, uma vida sexual prazerosa aos cidadãos.

Não parece ter sido objeto de preocupação do constituinte conferir força constitucional ao prazer sexual, seja de homens ou mulheres, restando à vida privada tal segmento da vida humana. Não obstante a apresentação deste argumento na decisão, pode-se aferir que este, por vontade diretiva do constituinte, restou fora do bojo de proteção constitucional, motivo pelo qual se apresenta como um fraco argumento.

Com relação à razão 2.b3, nomeadamente que o Código Penal retira da mulher o direito de interromper a gravidez, vê-se que esta, tão-somente, descreve restrição a

suposto¹⁴¹ direito fundamental, o que é, em tese, permitido pelo ordenamento jurídico, desde que atendidos os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, a razão não configura, *per si*, um argumento, mas apenas uma descrição jurídico-normativa.

Com relação à razão 3.b3, é aventada uma questão de saúde reprodutiva, afetada pela prática do aborto. Semelhante à razão apresentada no item 1.b2, o que parece é que tal impacto na saúde reprodutiva da mulher não é decorrente da criminalização ou não do aborto, mas da própria prática abortiva, motivo pelo qual se entende que o argumento padece de erro referencial.

Passando para a razão da suposição SPb4, vê-se que a razão 1.b4 arrazoa desigualdade de gênero, já que a mulher engravida e o homem não, o que ratificaria a necessidade de concessão do direito de interrupção da gravidez, de modo a se elidir tais desigualdades. Neste ponto, não parece que o argumento utilize critérios coerentes em sua construção. É que, assim como à mulher, não é concedido ao homem o direito de impor prática abortiva à mulher, ou seja, a criminalização do aborto alcança tanto a homens como a mulheres, o que não configura, do ponto de vista constitucional, discriminação, por não conferir tratamento desigual e desproporcional a homens e mulheres. Parece que o argumento se funda em suposta desigualdade entre homem/mulher para construir sua conclusão, o que não se valida ao se observar o aspecto criminal da prática do aborto.

No tocante à suposição SPb5, a razão 1.b5 parte da premissa de que mulheres pobres são prejudicadas pela criminalização do aborto. O julgador pressupõe que a criminalização do tipo penal só alcança mulheres pobres, mas sem que se apresente suporte fático-probatório. A razão 1.b5 é clássico exemplo de premissa fundada na **intuição do julgador**, característica do Pragmatismo Jurídico, como já estudado neste trabalho.

Quanto à suposição SPb6, a razão 1.b6 se aproxima da Análise Econômica do Direito – AED, visto que se utiliza dos números de aborto em países onde a prática é legalizada para inferir que a criminalização não diminui tal prática naqueles países onde o aborto é criminalizado, caracterizando, novamente, suporte do julgador no

¹⁴¹ Digo suposto porque não há qualquer previsão constitucional no sentido de que interromper uma gravidez configura direito fundamental.

Pragmatismo Jurídico. Ademais, o decisor desconsidera o caráter normativo-diretivo da Constituição, por alçar o problema a um *status* superior ao próprio texto constitucional.

Já a razão 1.1.b6 se apresenta como razão exclusivamente a favor de 1.b6. Todavia, pelos mesmos motivos que fragilizam a razão 1.b6, não há como conferir robustez ao argumento, já que desconsidera o texto constitucional em sua formulação.

No que tange à suposição SPb7, para a razão 1.b7, o julgador apresenta alternativas à criminalização do aborto, como consultas de aconselhamento. Neste ponto, entende-se que tais alternativas são de competência exclusiva do Poder Legislativo, motivo pelo qual, mais uma vez fulcrado no Pragmatismo Jurídico, o decisor visa à promoção de políticas públicas por meio de decisão judicial, o que fere a separação de poderes, valor de alta envergadura constitucional. Além disso, nenhuma dessas alternativas é tão eficaz para a proteção da vida intrauterina como a criminalização da conduta, cabendo ressaltar que o princípio da necessidade, para derrubar uma opção legislativa, depende da demonstração da existência de outra providência estatal menos onerosa e **igualmente** eficaz.

A razão 2.b7 se fundamenta na ideia de que impor à mãe o dever de criar o filho do qual engravidou poderia impactar sua carreira profissional. Não se verifica suporte constitucional em tal argumento, mormente por beirar a banalização da vida, valor maior no bojo da Carta Política.

Vê-se, portanto, que tanto a razão 1.b7 quanto a 2.b7 se fulcram no Pragmatismo Jurídico, sem atentar para o disposto na própria Constituição da República.

Quanto à análise da suposição SPb8, vê-se que a razão 1.b8 se fundamenta em analisar custos sociais ao sistema de saúde, em patente aderência ao Pragmatismo Jurídico. É possível, no bojo dos valores contidos na Constituição da República, concluir pela prática do aborto para fins de redução de custos sociais e econômicos? Ao que parece, a resposta é negativa.

Conquanto as razões apresentadas no voto não se apresentem como argumentos fortes, a decisão do *Habeas Corpus* resultou no Enunciado Normativo Interpretado (ENI) Ab2, que concluiu pela inconstitucionalidade da criminalização do aborto até o 1º trimestre.

Com relação à matéria de fato, no esquema apresentado pela questão Qc (EFAP – Enunciado Fático a ser Provado), verifica-se sua incorrência no caso em análise, já que somente foram analisadas questões de direito, motivo pelo qual a seta que parte de Qc é direcionada diretamente para a Solução do problema Sa.

Ao se concatenar o Enunciado Normativo Interpretado (ENI) Ab2 com a ausência de EFAP – Enunciado Fático a ser Provado, chega-se à solução Sa, qual seja a inconstitucionalidade da criminalização do aborto até o 1º trimestre. Pela análise das razões/argumentos apresentados no julgado, a solução se apresenta como uma má-decisão do ponto de vista argumentativo, por se fulcrar em argumentos sem robustez normativo-constitucional.

Passemos, neste ponto, a um exercício teórico-prognóstico de qual teria sido o resultado do julgado se se tivessem sido utilizadas as clássicas técnicas de interpretação constitucional. Vale ressaltar que se trata de exercício de prognóstico, não se podendo afirmar, categoricamente, que o resultado teria sido o que será proposto neste subtópico.

5.2 Prognóstico teórico do julgado

Sem qualquer pretensão exaustiva, inclusive pela consciência de que as possibilidades decorrentes do processo interpretativo são plurais (todavia, limitadas pela moldura de Kelsen), passaremos à realização de prognóstico de qual teria sido o resultado do **HC 124.306/RJ** se o julgador tivesse utilizado as Clássicas Técnicas de Interpretação Constitucional, conforme descrito no item 4 deste trabalho.

Como o bem que se deseja proteger por meio da criminalização do aborto é a vida do nascituro, analisaremos se esta proteção encontra respaldo constitucional.

Valendo-nos do método hermenêutico-clássico, é necessário discorrermos sobre os cânones gramatical, lógico, sistemático, histórico e teleológico.

Ao se analisar a questão posta, embora a constitucionalidade da criminalização do aborto sequer tenha sido aventada pelos impetrantes do remédio constitucional em análise, a análise gramatical estará voltada à determinação do grau de abrangência da proteção à vida, principalmente quanto à real significância deste conceito no ordenamento jurídico vigente.

Considerando a infindável discussão sobre em qual momento se inicia a vida, se quando da concepção ou da formação do córtex cerebral, a análise gramatical poderá afirmar, categoricamente, que a Constituição da República, a saber o seu artigo 5º, *caput*, apregoou contundente proteção à vida, mas não será suficiente para determinar em que momento esta vida se inicia. De toda sorte, **este cânone contribui à ratificação do entendimento de que vida, no contexto constitucional, se refere à vida humana e que esta deve ser objeto de proteção estatal.**

Ao avançarmos ao cânone lógico, precisamos enxergar a lógica contextual inerente à vida presente na Constituição da República, inclusive avaliando o princípio da identidade inerente a este termo no seio da Carta Maior.

Encontramos, no corpo da Constituição da República, treze menções à vida, contidas nos seguintes dispositivos: art. 5º, *caput*¹⁴²; art. 5º, X¹⁴³; art. 5º, XXXVIII, “d”¹⁴⁴; art. 14, §9º¹⁴⁵; art. 203, IV¹⁴⁶; art. 206, IX¹⁴⁷; art. 225, *caput*¹⁴⁸; art. 225, §1º,

¹⁴² Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à **vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

¹⁴³ Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a **vida privada**, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

¹⁴⁴ Art. 5º, XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

d - a competência para o julgamento dos **crimes dolosos contra a vida**.

¹⁴⁵ Art. 14, § 9º - Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada **vida progressa do candidato**, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

¹⁴⁶ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à **vida comunitária**.

¹⁴⁷ Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

IX - garantia do direito à educação e à aprendizagem ao **longo da vida**.

¹⁴⁸ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à **sadia qualidade de vida**, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

V¹⁴⁹; art. 227, *caput*¹⁵⁰; art. 230, *caput*¹⁵¹; art. 8º, §3º, ADCT¹⁵² e art. 79, *caput*, ADCT¹⁵³.

Observamos, portanto, a não incidência de inconsistência lógica na utilização do termo *vida* na Carta Magna brasileira. A utilização do termo *vida* é encontrada em contextos relacionados à **proteção da vida humana** (art. 5º, *caput*, XXXVIII, “d”; art. 225, §1º, V, primeira parte; art. 227, *caput* e art. 230, *caput*), à **esfera privada do ser humano** (art. 5º, X), ao **histórico de condutas de determinada pessoa** (art. 14, §9º), à **vida em comunidade** (art. 203, IV), ao **período temporal de existência do ser humano** (art. 206, IX), à **qualidade de vida** (art. 225, *caput* e §1º, V, segunda parte; art. 79, *caput*, ADCT) e à **capacidade civil** (art. 8º, §3º, ADCT). A constatação de incoerência lógica é verificada quando, em um mesmo contexto, determinado termo é utilizado apresentando significância diferente. Desta forma, ao considerarmos os dispositivos que se referem à proteção da vida humana (bem protegido pela criminalização do aborto) encontramos encadeamento lógico-contextual que ratifique, no corpo da Constituição, que, **de fato, a Carta Magna visa à proteção deste bem, qual seja a vida humana.**

Ao tomarmos mão do cânone de interpretação sistemática, precisamos proceder nossa análise em duas vertentes: (1) o disposto no art. 126 do Código Penal é coerente com os demais dispositivos deste diploma legal? (2) Este dispositivo é compatível com a Constituição (norma superior)?

Ao analisar o dispositivo incriminador, não se verifica inconsistência sistêmica em referência ao todo da norma penal. Inobstante haja causas de excludente do fato

¹⁴⁹ Art. 225, § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem **risco para a vida**, a **qualidade de vida** e o meio ambiente.

¹⁵⁰ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o **direito à vida**, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹⁵¹ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o **direito à vida**.

¹⁵² Art. 8º, §3º, ADCT - Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na **vida civil**, atividade profissional específica (...).

¹⁵³ Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da **qualidade de vida**.

típico, da ilicitude e da culpabilidade, é possível conformar tais excludentes caracterizando-as como causas de exceção, e não como inconsistência sistêmica do dispositivo à norma penal. Inteligência diferente faria cair por terra todos os tipos incriminadores, o que não faz o menor sentido.

Quanto ao cotejo do dispositivo incriminador com a norma constitucional, deve-se verificar se os princípios da norma maior são atendidos. Vê-se, portanto, aderência do dispositivo incriminador aos princípios de proteção à vida, à dignidade da pessoa humana (do nascituro), bem como ao princípio da razoabilidade, por apresentar pena compatível com a conduta típica. Assim, pode-se afirmar que **a criminalização do aborto é sistemicamente aderente ao texto da Constituição.**

No que tange ao cânone de interpretação histórica, é necessário que o intérprete mergulhe nos atos preparatórios legislativos, a saber: as discussões envoltas ao direito à vida positivado na Constituição da República. Nestes termos, constata-se que a vontade do constituinte foi a de preservar a vida, inclusive se referindo à criminalização do aborto como forma de proteção. Vejamos trecho do discurso do membro da constituinte, Sr. Antônio de Jesus (PMDB-GO):

Desde a fase inicial da elaboração da nossa Carta Constitucional, que finalmente ganha contornos definitivos, o grande número de sugestões e emendas no sentido de se proteger a vida – **desde o momento da concepção** – confirma o alto grau de conscientização dos brasileiros, que buscam salvaguardar os valores da família. Até a presente data, todos os projetos de lei ordinária apresentados com o objetivo de se legalizar o assassinato de seres indefesos, têm sido invariavelmente derrotados e arquivados. (...) **Praticado criminosamente – uma vez que o Código Penal Brasileiro coloca o aborto entre os crimes contra a vida – sob os mais diversos e inconfessáveis pretextos, representa ainda danos à saúde da mãe (...)**¹⁵⁴. (grifei)

Consoante trecho acima, constata-se a preocupação do constituinte originário em vincular a proteção à vida também à criminalização da prática do aborto. **Importante ressaltar que a discussão do dispositivo incriminador contido no Código Penal não passou ao largo da discussão afeta à novel constitucional.**

De modo semelhante, não ficou silente o constituinte originário quanto à necessidade de informação e medidas de planejamento familiar a serem patrocinadas

¹⁵⁴ **Ata da 306ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 26 de julho de 1988.** p. 152. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N021.pdf> Acessado em: 11/05/2021.

pelo Estado. É o que se verifica através palavras do membro da constituinte, Sr. Joaci Goés (PSDB-BA):

Educar a população, capacitando-a a decidir quantos filhos o casal deseja ter e quando, não implica numa ação governamental para impor o controle da natalidade, mas representa mais um passo, no sentido de preparar as pessoas para uma vida mais digna; significa fornecer a cada pai ou mãe em potencial os instrumentos para exercer a liberdade inerente à pessoa humana. **Isso não é impossível nem difícil de fazer, na medida em que for encarado como um projeto educacional, a que, constitucionalmente, todos têm direito e cuja iniciativa é dever do Estado.** A promoção da paternidade responsável é uma das políticas mais urgentes do Brasil atual, não apenas do ponto de vista socioeconômico, mas como fator indispensável ao bem-estar individual¹⁵⁵. **(grifei)**

Ao nos alicerçarmos nos atos preparatórios da Constituição, não resta dúvida de que a proteção à vida contida na Carta Política visa, também, à proteção do nascituro. Ademais, preocupou-se o constituinte originário em fomentar a discussão relacionada à necessidade de provimento informacional e de planejamento familiar por parte do Estado à Sociedade.

Pois bem, passando para o cânone de interpretação teleológica, valemo-nos dos ensinamentos de English, segundo o qual a interpretação teleológica procura o fim, a '*ratio*', o 'pensamento fundamental' do preceito legal, e a partir dele determina o seu 'sentido'¹⁵⁶, e que tal fundamento pode ter origem interna ou externa ao ordenamento jurídico.

Ao considerarmos os fatores internos, vê-se coerência fundante da *mens legis* contida no bojo de princípios constitucionais, como já demonstrado acima. Ademais, ao voltarmos os olhos para os fatores externos, a criminalização do aborto encontra respaldo na ética, na moral, na religião e até na política (visto que a Casa Política, até a presente data, decidiu não alterar a previsão incriminadora).

Adentrando no método tópico-problemático de interpretação constitucional, precisamos inverter a ordem de primazia, do texto constitucional para o problema a ser combatido. O problema a ser enfrentado é, senão, a necessidade de garantia da vida do nascituro.

¹⁵⁵ **Ata da 340ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 22 de setembro de 1988.** p. 235. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N025.pdf> Acessado em: 11/05/2021.

¹⁵⁶ ENGLISH. Op. Cit., p. 133.

Nessa perspectiva, mesmo o método tópico-problemático aponta para necessidade de criminalização do aborto. Ainda que o texto constitucional fosse silente quanto à necessidade de proteção à vida do nascituro (o que se verificou não ser o caso), o método tópico-problemático seria capaz de ratificar a criminalização do aborto, por evidenciar a necessidade de solução do problema apresentado, qual seja a proteção da vida do nascituro.

Ademais, o método tópico-problemático deve tomar mão de *topoi* para solucionar a questão. Neste ponto, analisaremos, novamente, a significância da vida, agora segundo tal método.

Sob a égide dos *topoi* desenvolvidos por Christian August Lebrecht Kastner, ao analisarmos aqueles relacionados ao aspecto gramatical, vê-se que a etimologia do termo vida tem origem no latim *vita*, bem como no Indo-Europeu *gweie*¹⁵⁷, que significa viver. Além disso, não se verifica a incidência de homonímia¹⁵⁸ ou sinonímia¹⁵⁹ quanto à palavra vida.

Quanto aos *topoi* lógicos, constata-se a ausência de incoerência lógica na utilização do termo vida no texto da Constituição. No que tange aos *topoi* metafísicos, vê-se que o termo vida está relacionado ao início e manutenção da existência humana.

Desta forma, o método tópico-problemático, pela utilização dos *topoi* acima apresentados, ratifica a necessidade constitucional de proteção à vida, inclusive do nascituro, não havendo incoerência hermenêutico-constitucional na criminalização do aborto.

Cabe considerar, por outro lado, consoante ensina Böckenförde, que o método tópico-problemático traz para sua arena de sua atuação questões de caráter iminentemente político. Nesse prisma, ao se considerar o calor político envolto ao tema aborto, o julgador poderia decidir consoante sua ideologia político-existencial, inclusive ao arripio do texto constitucional, tanto pela constitucionalidade quanto pela inconstitucionalidade do preceito penal em análise.

¹⁵⁷ Pesquisado em <https://origemdapalavra.com.br/pergunta/vida/> Acessado em: 11/05/2021.

¹⁵⁸ Palavras com mesma grafia, mas com significados diferentes.

¹⁵⁹ Palavras com significados semelhantes.

Quanto ao método hermenêutico-concretizador, conforme apresentado por Hesse, analisaremos os aspectos afetos à unidade da Constituição, concordância prática, exatidão funcional, efeito integrador e força normativa da Constituição.

Quanto à unidade da Constituição, devem as normas constitucionais serem interpretadas de forma a elidir eventuais contradições com outras normas constitucionais. Assim, ao cotejar a criminalização do aborto como meio de proteção da vida do nascituro, deve-se aferir se tal conduta contraria outros aspectos constitucionais, como a autonomia da mulher.

Destaca-se, portanto, ser constitucionalmente possível a limitação temporária ao direito de disposição da gravidez, mormente pelo fato de que não se trata de mera disposição do corpo (o que é defeso nas situações em que configurar disposição da própria vida, como no caso de doação de órgão vital como o coração), mas sim da interrupção da vida de outro ser, justificando, portanto, a limitação referida.

Com relação à concordância prática, a própria norma penal tratou de diferenciar situações excepcionais nas quais o aborto é permitido, como nos casos de estupro, quando acarretar risco à vida da mãe ou, conforme jurisprudência, quando se tratar de fetos anencéfalos¹⁶⁰. Desta forma, observa-se certa adequação prática a depender das situações excepcionais que podem envolver o caso.

No tocante à exatidão funcional, entende-se que cabe ao Poder Legislativo eventual alteração na seara de política criminal. Assim, não caberia ao Poder Judiciário, inclusive à Corte Constitucional, invadir a esfera de competências legiferantes de outro Poder, sob pena de subversão da própria harmonia e independência entre os Poderes.

Quanto ao efeito integrador, que objetiva, em última análise, garantir a integração política da nação, é clarividente que a norma penal como posta tem o condão de pacificar os diversos setores da Sociedade, estando, neste ponto, aderente ao efeito integrador da Constituição.

No que tange à força normativa da Constituição, deve-se privilegiar o caráter normativo-diretivo da Carta Política, o que se verifica pela proteção à vida, em seu mais amplo aspecto holístico.

¹⁶⁰ ADPF n. 54. Rel. min. Marco Aurélio Mello.

Assim, pode-se afirmar que, ao se utilizarem as clássicas técnicas de interpretação constitucional, nomeadamente o método hermenêutico-clássico, tópico-problemático e hermenêutico-concretizador, o resultado prognóstico do *Habeas Corpus* 124.306/RJ seria o da **constitucionalidade da criminalização do aborto, nos termos já previsto na lei penal.**

CONCLUSÃO

À guisa do que foi exposto, podemos concluir pela elevada importância e relevância da metodologia jurídica ao processo hermenêutico-constitucional. As clássicas técnicas de interpretação constitucional foram desenvolvidas e sistematizadas com a finalidade de conceder um mínimo de racionalidade e segurança jurídica ao processo interpretativo.

Por outro lado, aqueles que criticam tais iniciativas metodológicas aduzem que tal sistematização não consegue atender, de forma satisfatória, a todos os problemas envoltos às sociedades complexas. Buscam, por conseguinte, prover meios interpretativos mais voláteis, sob o álibi de se solucionar, satisfatoriamente, os problemas das sociedades modernas.

A reboque de tais meios interpretativos mais voláteis está a desconstrução das clássicas técnicas interpretativas, o que, ao nosso ver, configura verdadeiro desserviço à hermenêutica constitucional. Não podemos esquecer, portanto, que o intérprete é servo do texto, e não o contrário.

Inteligência diversa deságua, inevitavelmente, no fenecimento da previsibilidade das decisões judiciais, tão necessária às relações sociais fulcradas no estado de direito. Não pode ser o direito caótica loteria, à mercê das idiosincrasias político-ideológicas dos julgadores, por mais nobres que elas pareçam ser.

O diálogo sucintamente esboçado neste trabalho permitiu compararmos, por meio de prognóstico teórico, qual teria sido o resultado de determinada decisão judicial, claramente alicerçada em pressupostos do pragmatismo jurídico, se se tivesse utilizado as clássicas técnicas de interpretação constitucional, ressalvando que, por se tratar de prognóstico, não se poderia afirmar, categoricamente, que o resultado do julgado teria sido o apresentado neste trabalho, mesmo por que há pluralidade, ainda que limitada, de decisões aceitáveis como corretas.

Por fim, concluímos este trabalho rememorando que segurança jurídica e estabilidade jurídico-institucional estão diretamente ligadas ao um processo hermenêutico racional e previsível, o que se concretiza, ao nosso ver, pela utilização das clássicas técnicas de interpretação constitucional.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p.
- ARRUDA, Thais Nunes de. **Juízes & Casos Difíceis**. O Pragmatismo de Richard Posner e a Crítica de Ronald Dworkin. Curitiba: Juruá, 2014. 304 p.
- Ata da 306ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte**, em 26 de julho de 1988. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N021.pdf> Acessado em: 11/05/2021.
- Ata da 340ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte**, em 22 de setembro de 1988. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N025.pdf> Acessado em: 11/05/2021.
- ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2003. 238 p.
- _____. **Curso de Argumentação Jurídica**. Curitiba: Alteridade, 2014. 254 p.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e realização do Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. 719 p.
- _____. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2018. 239 p.
- BÍBLIA SAGRADA. **Bíblia da Reforma**, versão Almeida Revista e Atualizada. Barueri: SBB, 2017. 2.227 p.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Nomos: Baden-Baden, 1993. 138 p.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.
- ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. 394 p.
- FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral e LINDB. Salvador: Juspodivm, 2017. 879 p.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2020. 2.205 p.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2003. 370 p.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. Petrópolis: Vozes, 2002. 621 p.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação / Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2003. 240 p.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: SAF Editor, 1997. 55 p.

HASSEMER, Winfried. **Hermenéutica y Derecho**. Anales de la Cátedra Francisco Suarez 25. Universidad de Granada, 1985. 85 p.

HC n. 124.306/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/hc-voto-aborto-lrb.pdf>. Acessado em: 11/05/2021.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**. Porto Alegre: SAF Editor. 1998. 576 p.

_____. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. 112 p.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: wmfmartinsfontes, 2015. 427 p.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2005. 727 p.

LUÑO, Antônio Enrique Perez. **La Seguridad Jurídica**. Una garantía del Derecho y la Justicia. Barcelona: Ariel, 1991. 38 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2016. 1.504 p.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Editora UNB. 1979, 166 p.

<https://www.migalhas.com.br/quentes/222623/marco-aurelio-mello---processo-nao-tem-capa--tem-conteudo>. Acessado em: 05/04/2021.

<https://origemdapalavra.com.br/pergunta/vida/>