

# Interpretação e Concretização Normativo-Constitucional

**KELLY SUSANE ALFLEN DA SILVA**

Advogada, Professora da Faculdade de Direito da Universidade Luterana do Brasil, Mestre em Direito Público, Doutoranda em Direito em Porto, Avaliadora do Inep/MEC.

**RESUMO:** Discorre sobre a Ciência Jurídica como uma ciência interpretativa e, a respeito da interpretação jurídica, propriamente, em uma raiz concretista, ao passo que aponta os elementos necessários à realização da concretização normativo-constitucional com fundamentação na hermenêutica filosófica. Trata, ainda, sobre a interpretação conforme a Constituição e sua função na jurisdição constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Interpretação constitucional; hermenêutica jurídica; controle de constitucionalidade.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Nova orientação à hermenêutica constitucional; 2 Elementos orientadores da concretização normativo-constitucional; 3 A questão da orientação tópico-problemática na concretização normativa constitucional; 4 Interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*) e o princípio da interpretação constitucional pelos Tribunais; 5 Dos limites da interpretação conforme a Constituição; Referências.

## INTRODUÇÃO

Toda e qualquer metódica jurídica depende da concepção da Ciência Jurídica que lhe subjaz. Porém, quando a interpretação da e na Ciência Jurídica e, por consequência, a própria compreensão sobre o que vem a ser Ciência Jurídica subjaz as normas profissionais unicamente pela habilidade técnica extrínseca, é que o perigo de lograr-se e degenerar-se em uma sorte de mortificação espiritual exsurge<sup>1</sup>. E como particularmente a Ciência Jurídica se ocupa da compreensão (também) de textos, leis, decisões jurídicas, é que por maioria de razão reveste-se, a hermenêutica, em especial, no domínio da atividade do jurista (prático e teórico) da maior relevância, quando não assume um alcance decisivo por si só.

Hermenêutica, terminologicamente, porém, remanesce ainda no limiar do novo século, sendo usualmente empregada por parte considerável de juristas, para designar a doutrina dos métodos ou a teoria científica da interpretação, pela qual se realiza o ensino das técnicas ou das regras e procedimentos de interpretação, a fim de que seja possível a manutenção do controle metódico da

1 SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*, p. 197. Esta obra também foi editada em espanhol sob o título *Hermenêutica jurídica y concreción judicial*, pelo Editorial Temis, em 2006.

divergência entre os textos normativos e as normas-decisão; em outros termos, a fim de que seja possível legitimar-se a rejeição da responsabilidade política em função de decisões cada vez mais abstratas na elaboração dos textos de normas em função das decisões práticas. Assim, na medida em que o transposto das normas deve ser uma parte integrante do processo de compreensão do enunciado linguístico é que os cânones interpretativos (só) compartilham com a ordem jurídica um destino ignorado pelo positivismo, em especial, em razão de este propugnar por sistema um domínio preexistente, fechado e sem lacunas, é que estas podem ser preenchidas abstratamente a partir de uma dedução silogística. Nesse sentido, só a partir de uma *Vorverständnis* a respeito do que vem a ser hermenêutica pode-se compreender como no positivismo jurídico se assenta a compreensão sobre a Ciência Jurídica e sua crença na *subsunção*.

## 1 NOVA ORIENTAÇÃO À HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Justamente por isso, a hermenêutica jurídica não pode permanecer limitada ao emprego dos cânones interpretativos, que têm por base tão só (con)texto do texto como os filólogos têm, *i.e.*, por uma parte, a forma representativa ou, em outros termos, a objetividade e, por outra parte, o espírito objetivado (*E. Betti*), quer dizer, a subjetividade (*Fr. Schleiermacher-E. Betti*); nem ao menos fundada em um mundo histórico tal qual nexos interior da vivência (*W. Dilthey*), porque a realidade não pode ser reduzida, de forma alguma, a um psicologismo (*mens legislatori*) ou a um objetivismo (*mens legis*) puro, baseado em uma orientação da teoria do conhecimento tradicional (S→O). Em realidade, é próprio de profanos, como explicita *H. G. Gadamer*, pensar a aplicação da lei a um caso concreto como um processo lógico de *subsunção* do geral ao particular<sup>2</sup>, fundado em *cogitationes* simplesmente dadas, nas quais também um *ego* como *res cogitans* desmundanizada é simplesmente dado<sup>3</sup>, pois a atividade judicante não se configura apenas no reconhecer e no expressar de decisões do legislador, uma vez que a lei escrita não preenche sua função de resolver com justiça<sup>4</sup> a *situação hermenêutica* jurídica problemática, porque dessa forma se aparta da formação da unidade social, base para a formação de uma unidade política bem como de uma ordem jurídica, que de modo algum é pressuposta, não está dada; porém, pelo contrário, constitui uma tarefa, pois o processo de formação de uma unidade política e de uma ordem jurídica<sup>5</sup> é, antes de tudo,

- 2 GADAMER, H. G. *Hermenêutica e historicismo*. In: *Verdad y metodo*. I. Salamanca: Sígueme, 1996. p. 613. O emprego deste texto se faz aqui em espanhol, porque ele não se encontra agregado a obra *Wahrheit und Methode*.
- 3 Sobre isso, recomenda-se a leitura do Capítulo IV da obra *Hermenêutica jurídica e concretização judicial* (Porto Alegre: SafE, 2000). Existe uma versão em língua hispânica desta obra, pelo Editorial Temis, Bogotá, sob o título *Hermenêutica jurídica y concreción judicial*.
- 4 BVerfGE 9, 338 (349).
- 5 HESSE, K. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. Tradução do título original *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. neubearbeitete Auflage, p. 29 e ss.

um processo histórico concreto, que necessita de colaboração consciente da coletividade. Por isso, assevera-se: a tarefa do jurista, prático ou teórico, de modo geral, é bem mais complexa para que seja restringida à representação (*mens legis*) e/ou à assimilação (*Nachvollzug*) das intenções do legislador (*mens legislatoris*), tais quais são colocadas sob a forma de texto. A interpretação elaborada desse modo está assentada sobre a base da ignorância do funcionamento efetivo dos textos de normas no contexto de uma ordem jurídica, porque esta não é qualquer coisa estática que possa ser pré-realizada no sentido de uma decisão antecipada da existência das situações concretas futuras, imputadas pelo texto de norma que se publica. Isso, em realidade, porque, “*Der Normtext, enthält nicht die Normativität und ihre Sachstruktur. Er dirigiert und begrenzt die legalen und legitimen Möglichkeiten korrekter Rechtskonkretisierung innerhalb seines Rahmens*”<sup>6</sup>. Ou, em outras palavras, pelo simples fato de que, a cada nova decisão, o sentido do texto de norma não pode ser obtido do que cada signo identifica ele mesmo<sup>7</sup>. Por causa disso que “*Juristischen Begriffen in Normtexten eignet nicht, Bedeutung, Sätzen nicht, Sinn nach der Konzeption eines abgeschlossenen Vorgegebenen*”<sup>8</sup>. É nesse sentido que se pode afirmar a existência de uma real destruição da Ciência Jurídica ao ser a interpretação da lei realizada, firmemente, por princípios e métodos tal qual uma operação silogística e, por isso, uma metódica jurídica existente não deve ser realizada por meio de teorias pré-fabricadas, pelas quais a Ciência Jurídica é deduzida e feita por enunciados, no sentido em que se encaminha uma lógica formal, especialmente porque a metodologia jurídica não fornece à Ciência Jurídica ou às suas disciplinas particulares nem um catálogo exaustivo de técnicas de trabalho confiáveis e indiscutíveis, nem um sistema de hipóteses de trabalho integralmente aplicáveis. Embora isso, o positivismo jurídico se assenta em uma objetividade dos métodos – uma objetividade análoga àquela das ciências da natureza – pela qual a controlabilidade da *interpretação* e *aplicação* cede a uns princípios jurídicos que restringem a concretização do direito a uma formalística, justo por não (re)conhecerem em que concernem os seus resultados e o fundamento hermenêutico, que está na hermenêutica filosófica. De certo modo, portanto, os *métodos* práticos do direito, assim como os dogmáticos, não são mais que auxiliares do trabalho jurídico, pelos quais é possível um acordo concretamente obrigatório no meio de práticas do direito quanto à justificabilidade, à razoabilidade e à regularidade de suas formas de trabalho. Porém, não deve estar demarcada a metódica pela hermenêutica no sentido de esta ser reduzida a questões isoladas relativas aos elementos de linguagem, o que, de certa forma, no trabalho jurídico, pode estar sendo direcionado pela noção tradicional de Estado de Direito, dos quais são decorrentes os preceitos da certeza jurídica e da segurança jurídica. Assim é que, apesar da concepção dos métodos clássicos

6 MÜLLER, Fr. *Juristische Methodik*, p. 132

7 Idem, p. 134

8 Idem, p. 132.

e da norma ter sido desdobrada e relacionada como essencial ao objetivo prático de todo trabalho jurídico a fim de limitar o impossível de todas as formas à linguisticidade, o jurista que aspira tal honra metodológica tem dificultada a sua tarefa, na medida em que os fatores irracionais não evitáveis na decisão jurídica não podem ser reprimidos ou permanecerem sendo confiados à decisão silenciosa (subjetiva)<sup>9</sup>. Por consectário, a decisão deve ser pública, no sentido de se fazer acessível à crítica e ao controle por outros, porque, apesar de “*Handwerklich genaue Fallösung kostet mehr Zeit und Kraft als voreilig-bereitwilliges Werten oder Abwägen*”<sup>10</sup>, a norma de decisão jurídico-concreta não deve permanecer circunscrita nisso, na qual o juiz, em realidade, faz-se um oportunista por uma pretensão de direito não poder ser alcançada nas instâncias jurisdicionais superiores, porque decisões contrárias à autoridade obrigatória da ordem jurídica persistem sendo negadas e, com isso, sobretudo pontos decisivos, por mal a exemplificarem, possibilitando-se, deste modo, posições políticas e tendências sociais. Embora com certas limitações, isso também vale para o direito e para a Constituição orientar a função legislativa, pois só onde as prescrições do direito vigente são impostas à autoridade de decisão no sentido de fornecer a seus atos uma motivação coerente que a via é aberta à análise metódica da prática jurídica.

Nesse sentido, a tarefa legislativa preparatória é de uma riqueza variável, se eficaz nos momentos do processo de decisão que se compõem de atos de concretização da Constituição ou de ser a *verfassungskonforme Auslegung* levada em consideração, porque a aplicação, nesse caso, inclui entendimentos necessários e, não obstante uma vinculação ao sentido dos textos, este sentido primeiro se concretiza e finaliza na interpretação como concretização, pois como elucida E. Böckenförde, ao escrever sobre a racionalização metódica do processo de concretização de Fr. Müller, é “*Die Qualifizierung der Interpretation als Konkretisierung und umgekehrt der Konkretisierung als Interpretation legitimiert eine zunehmende Verbestimmung der Verfassung, die deren Charakter als Rahmenordnung sowie den politischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zunehmend aufhebt*”<sup>11</sup>. Isso na medida em que os atos governamentais são, regra geral, motivo para as considerações políticas e, quando do ponto de vista do direito constitucional, essa noção não pode ser introduzida com certa continuidade que resiste se realizada com base em questionamentos metodológicos. Em vista disso, ao lado da Ciência do Direito, só a jurisprudência pode manter uma coerência e continuidade por meio dos seus processos de decisão, justo por ser somente nesta que os materiais existentes são de um volume e de uma consistência suficiente que podem servir (e têm servido) com *fidelidade* aos conceitos e tendências metodológicas. De fato, a atividade desenvolvida em toda esfera

9 Idem, p. 16.

10 Idem, p. 17.

11 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik. In: *NJW*, p. 2097.

da função estatal indica autoridade, já onde os elementos da realidade como elementos integrantes da norma não reconhecidos pelos positivistas são comparados a uma divisão categorial do *dever* e *ser* – concepção da cientificidade transposta por *H. Kelsen* ao mundo do direito, onde a norma é um comando, julgamento hipotético<sup>12</sup>, formalidade de um silogismo lógico tal qual uma vontade concreta vazia, pois é com base nisso que *direito* e *realidade*, norma e âmbito normativo da realidade são tidos *em si* apartados um do outro e podem ser representados pelas fórmulas do ser e do dever-ser, em que no esquema da subsunção não se (re)encontram sob a condição de uma maior normatividade, assim como é por causa disso que, em realidade, o *ser* é invalidado nos processos reais, pois o que persiste, em um sentido produtivo (não reprodutivo), tem por base um *poder ser* que não se deduz de nenhum *dever-ser*<sup>13</sup>.

Um trabalho metódico pormenorizado, portanto, deve ser superado na jurisprudência permanente mesma, uma vez que o procedimento lógico-formal do silogismo não é mais suficiente para a concretização e o desenvolvimento do direito, todavia sem se desconsiderar as peculiaridades das disciplinas jurídicas. O debate normativo e a singularidade objetiva do direito constitucional permitem uma fundamental estrutura aberta de concretização, particularmente

- 12 Para isto, ver KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*. Zweite vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Wien, 1960; *Recht und Logik*, Neues Forum, 12, p. 421-425, Wien, Salzburg, München, 1965; *Allgemeine Theorie der Normen*; WEINBERGER, Ota. *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen*. Berlin: Duncker und Humblot, 1981.
- 13 A respeito desta separação entre *ser* e *dever-ser*, assevera-se ser o positivista ele-mesmo incapaz de demonstrar o quê e de qual maneira uma tal separação é praticável no mundo social. Não obstante isso, o direcionamento da sociedade e da coletividade – as funoes do legislativo ao estabelecer textos de normas – está fundado em um *ser*, condição em que ela se encontra, e por esta condição que deve ser realizada a ponderação desde um *dever* (não ao inverso). Portanto, este enunciado *dever* e *ser* não pode existir separadamente. Logo, por esta separação, por uma parte, são introduzidas, nos conceitos jurídicos, as fontes incontroláveis de irracionalidade na prática jurídica, porque, de modo contrário a um pensamento positivista, é justo pelos componentes verbais da norma, que elas são introduzidas, por não ser possível de se deduzir *situaoes* das formaoes linguísticas, e, por causa disso, não podem os casos jurídicos ser resolvidos como uma liberação das informaoes de um *dever-ser* tal qual um misterioso *essencialismo* imanente às normas (âmbito legislativo). Por outra parte, isso também vale para as decisões judiciais, na medida em que por meio destas são (re)introduzidas as fontes incontroláveis de erro e (re)colocam em questão não so a precisão requerida por um formalismo positivista, que se diz destituído de pressupostos, para realizar a manipulação do direito, porém, simultaneamente, a racionalidade e a discutibilidade da Ciência Jurídica e da prática jurídica do seu tempo, que surge, justo, pela confusão que aparece no positivismo jurídico entre *texto de norma* e *norma*. Porém, norma jurídica, segundo Fr. Müller, é mais do que um texto de norma e, por consequência, o emprego de uma metódica vai além da explicação do *texto de norma* (interpretação de texto escrito), que deixa faltar interpretação ao programa da norma da norma. Por causa desta concepção erronea da norma jurídica, como julgamento hipotético (H. Kelsen), que tem sido identificada com o seu texto e sustentada a relevância do silogismo jurídico e a relação prática entre direito e realidade, porque são separados *em si* segundo esta concepção, ao mesmo tempo em que a representação utilizada da norma jurídica faz com que a Ciência Jurídica seja tomada como uma ciência normativa. Em função disso, o que se erige é que a norma, em especial a norma constitucional, é mais que um enunciado linguístico, inscrito sobre o papel, que não pode ter *aplicação* nem pode ser restringida dentro da so explicação de um texto de norma e, por isso, em uma ou em outra direção e circunstâncias, tem de ter, antes de tudo, o seu sentido determinado na norma-decisão, tal como percebe Fr. Müller, sobre a final ser a arte de julgar a fundamental mesmo, pois é por meio desta que a singularidade da interpretação jurídica *torna*, dessa forma, a integrar uma exemplar hermenêutica filosófica geral, por não indicar um procedimento técnico para a compreensão, porém as *condioes de possibilidade* (M. Heidegger).

distinta. Contudo, isso não significa, de forma alguma, uma redução da normatividade do direito positivo se analisado como objetivo metodológico concreto, sendo, não obstante, necessário para isso uma reciprocidade entre a normatividade e, em especial, a estrutura da norma na hermenêutica do direito constitucional, porque a metódica como procedimento da hermenêutica jurídica, em particular, deve considerar que a interpretação no Direito não pode ser só arte conceptual ocasional de casos difíceis, limitando-se, assim, à tarefa de eliminação da falta de clareza conceptual, em especial quando se trata da interpretação da Constituição.

A Constituição é uma lei política, que ninguém pode afirmar poder ser essa interpretada da mesma forma que uma outra lei, porque tem de se considerar o seu próprio *Sein*. A utilização nas normas constitucionais de conceitos, como, *v.g.*, o de *dignidade humana*, introduz, segundo uma concepção positivista, uma certa insegurança jurídica; afeta justamente o procedimento da subsunção, assim como os acontecimentos sociais e econômicos importantes, cuja ordem jurídica deve considerar, pois constituem traços dos limites a este procedimento lógico-dedutivo. Porém, a subsunção não se revela somente impraticável em relação à eficácia da intangibilidade da dignidade humana, ou, ainda, do livre desenvolvimento da personalidade, porque os direitos fundamentais, principalmente, não podem ser interpretados falsamente como uma *ordem de valores*, que é transferida da norma-mesma e é pouco exigente por ser uma *ordem de valores* historicamente ultrapassada. Por isso, ao não ser concretizado o conteúdo de uma norma em geral, e em particular de uma norma constitucional, *i.e.*, ao não se realizar pela interpretação que vai do texto da norma (enunciado) ao texto da tradição jurídica, ou texto da norma jurídica concreta, os aspectos teleológicos da interpretação continuam a ser incertos, permitindo, portanto, uma arbitrariedade por meio das apreciações subjetivas. O que não significa, de forma alguma, um direcionamento a fim de que o círculo hermenêutico se realize por uma volta prejudicial em fidelidade ao sentido e objetivo do texto, porque nem o conteúdo nem o sentido e objetivo da norma (concreta) podem ser elucidados pelas regras clássicas de interpretação. Isso é revelado na responsabilidade das decisões jurisdicionais que as contradições entre a prática decisória concreta e a fé metodológica expressam no quotidiano jurisdicional, porque a resposta às situações hermenêuticas não está em uma suposta exatidão metódica, e, particularmente no direito constitucional, é, antes, falível o grau de exatidão conceptual dos próprios textos, nem na alternância de métodos que propõe uma metodologia jurídica (sentido tradicional), na forma de uma *falta grave* sobre o fundamento sustentável de decisões concretas.

A concretização do direito e, em principal, da Constituição (ou da lei) não pode, portanto, ser inteiramente controlável metodologicamente e nem se realizar com o auxílio do silogismo lógico-formal, no sentido de se efetuar como a exatidão obtida nas ciências operadas a partir de comandos jurídicos previamente elencados acabados e completos. Levar a Constituição a sério en-

quanto lei significa levar a sério a sua estrutura de efetivação enquanto concretização, em relação a qual a falha surge quando os juristas (teóricos e práticos) não buscam as condições de possibilidade e os limites da própria tradição para uma concretização e um desenvolvimento da Constituição e, por consequência, do Direito.

No direito constitucional, na verdade, mostra-se ser insustentável a realização da interpretação por meio das regras clássicas, porque o resultado buscado por essas regras não passa de um resultado metafórico, que se situa, em geral, em um sentido *melhor* que o *outro* (*E. Betti*), já que, em suma, todos os resultados conseguidos dessa forma, sob o ponto de vista da transparência (*M. Heidegger*), apenas mostram um esclarecimento da *ratio legis*, o que só pode ser mais admitido dentro de seus limites estreitos. Particularmente, é pelo fato da estreita relação que conserva o direito constitucional com as evoluções político-históricas e rupturas políticas fundamentais, as quais delimitam os argumentos da interpretação histórica, que isso se revela ser de um emprego pouco fácil no âmbito do Direito Público, já que a fecundidade da *ratio legis* varia de acordo com a especificidade da regra a ser concretizada.

Consoante isso, o jurista que desenvolve uma metodologia pós-positivista e propõe a elaboração das implicações históricas e sociológicas dos textos de normas e casos, conforme o Estado de Direito (só), tem de fazer regras metodologicamente controláveis e incluir a linguagem como elemento primário de concretização, porque, em direito constitucional, as cláusulas gerais ou outros *standards* deste ou o desequilíbrio entre a capacidade de resultado do procedimento formal silogístico e as exigências efetivas de concretização constitucional não constituem limites à concretização constitucional; porém, a necessidade da formulação linguística dos enunciados é justo a condição de possibilidade para isso, a imprecisão das formulações dos enunciados normativos, uma vez que a exatidão ou a inexistência da norma deve ser buscada, deve ser produzida de *forma total* nos limites da *situação hermenêutica*, dados pela própria tradição, a cada vez (o que vale não só para a *aplicação* cotidiana da Constituição, porém, também, para a legislação, o governo e a administração). Por isso, acontece, por uma parte, de o jurista atual questionar de forma constante a consequência provável e comparar decisões, porém, sem estender isso sobre o direito vigente; e, por outra parte, de apresentar-se no debate científico, especialmente na discussão político-jurídica e no processo político geral da formação de opinião e da vontade do povo, consequência insatisfatória impraticável e insensata, porque o legislador, em realidade, não julga, apenas informa as aporias para decisão, contornando as exigências do Direito e, por consequência, embora a vinculação aos textos normativos na esfera jurídico-hermenêutica, este sentido deve, antes de tudo, ser concretizado, porque concretização não se realiza de início, porém, de início se imprime no modelo da norma o que deve constituir o fundamento jurídico.

Deve-se, portanto, retirar a tarefa hermenêutica de uma concepção tradicional de metodologia como arte de justificação e introduzir em uma concepção pós-positivista uma reflexão sobre a produção jurídica baseada na hermenêutica da faticidade e gadameriana, comprometendo o Estado de Direito Democrático. Destarte, “*Eine Arbeitshaltung von Juristen, die den Anspruch des Rechtsstaats in die alltägliche Tätigkeit hineinnimmt, ist daher nicht nur eine Frage des Entwicklungsstands der wissenschaftlichen Metodik, sondern auch eine des privaten und des politischen Ethos*”<sup>14</sup>. Isso significa que: “*Ohne ein solches Ethos wird an dem korrekt zu ermittelnden positivrechtlichen Ergebnis, gedreht, bis ein sogenanntes (und zwar den gerade Entscheidenden) befriedigendes, ein, praktikables oder, vernünftiges Ergebnis rhetorisch gerechtfertigt werden kann*”<sup>15</sup>. Nisso, propriamente, consiste a tarefa principal de uma ordem jurídica, e, assim, desenvolve-se a ordem jurídica. Também por essa razão uma metodologia de trabalho que queira construir uma prática geral reta, ou preponderante, tem de estar vinculada à forma do Estado de Direito Democrático.

Contudo, observar, na realização da tarefa hermenêutica, o princípio do Estado de Direito não quer dizer tomar distância da realidade, porque *Estado e sociedade* não podem mais ser concebidos segundo uma compreensão tradicional, que parte da distinção entre *Estado e sociedade* e contrapõe não unindo o Estado, como unidade existente, à *sociedade*, como pluralidade existente, que, conforme uma concepção tradicional, era (ou ainda é) “[...] excluída, em grande medida, da determinação e configuração política, cuja vida, fundamentalmente, mesmo se regula enquanto o ‘Estado’ somente tinha de garantir os pressupostos deste transcurso, que obedece a leis próprias, e intervir em casos de perturbações”<sup>16</sup>.

O conceito de *Estado*, por causa desse entendimento, deve ficar reservado ao significado mais estrito como atuação e atividade dos poderes constituídos no caminho da formação da unidade política<sup>17</sup>, precisamente porque se *unidade política e Estado*, embora sejam designações distintas, tornam-se existentes, primeiro na atuação humana<sup>18</sup>, já que são sustentados pelos homens<sup>19</sup>, então, não devem de ser entendidos no sentido de uma coexistência separada e somente para melhor demonstração, como *âmbitos* distintos, deixando não discutidas as questões essenciais da problemática. Para isso, é necessária colaboração organizada, procedimentalmente ordenada, que deve conduzir à formação desta unidade, na qual deverão ser cumpridas tarefas estatais, tornando, por consequência, a ordem jurídica necessária e garante tanto do resultado da

14 MÜLLER, Fr. Op. cit., p. 17.

15 Idem, ibidem.

16 HESSE, K. Op. cit., p. 33.

17 Idem, p. 34.

18 Idem, p. 35.

19 Idem, p. 34.

colaboração formadora quanto do cumprimento das tarefas estatais, no sentido de poder excluir o abuso das faculdades de poder. Destarte, a própria Constituição deve ser compreendida no sentido de unidade, no sentido do desempenho de uma *Wille zur Verfassungs*, e não de uma *Wille zur Macht*. Além disso, é por ordenar a vida histórica que precisa perdurar imperfeita e incompleta, sujeita a alterações históricas, *i.e.*, deve estar no e aberta ao tempo. Assim, de fato, a tarefa hermenêutica é decisiva, especialmente quando é da abertura e da amplitude da Constituição que surgem com maior frequência problemas de interpretação do que em outros âmbitos jurídicos, cujas normalizações entram mais no detalhe. Não obstante, isso não significa dissolução em uma dinâmica total, pois, nesse caso, a Constituição não estaria em condições de dar à vida da coletividade apoio dirigente. É justo por as bases da ordem da coletividade não poderem ficar abertas, que ela constitui órgãos aos quais fundamenta competências e cria, com isso, na dimensão do respectivo encargo, poder estatal jurídico.

Logo, em uma ordem jurídica, deve-se entender, antes de tudo, que a Constituição contém as condições para a efetividade real de importantes institutos jurídico-privados e os protege de uma supressão ou de um esvaziamento por meio da lei, garantindo, orientando e impulsionando o seu desenvolvimento, porque as normas constitucionais, em razão da sua amplitude e generalidade, possuem a condição para abarcar de forma mais rápida as transformações dos pressupostos e das exigências do que ocorre no âmbito do direito privado, podendo o direito constitucional, por meio da concretização da norma constitucional, atuar como impulsionador não só da legislação e da jurisprudência constitucional, porém, também, da jurisprudência jurídico-privada. E muito embora a importância da tarefa hermenêutica seja aumentada em uma ordem constitucional com jurisdição constitucional, como, por exemplo, na República Federal da Alemanha, na qual a interpretação da Constituição pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtsbarkeit*) vincula não só os cidadãos, mas também os órgãos estatais (art. 20, al. 3 GG)<sup>20</sup>, ela não é menos relevante para uma ordem sem uma jurisdição constitucional<sup>21</sup>, tal qual existe na Alemanha, porque também nesta o Poder Legislativo deve estar vinculado à ordem constitucional e os Poderes Executivo e Judicial à lei e ao direito, no sentido em que o “Direito não é idêntico com a totalidade das leis escritas. Oposto às determinações legais do poder estatal, pode talvez haver um mais de Direito, o qual possui ordem jurídica constitucional como um todo de sentido a

20 Artikel. 20, abs.3, GG, RFA: “Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden”.

21 Vale advertir sobre isto que, no Brasil, onde prevalece o controle difuso, qualquer juiz pode alegar a inconstitucionalidade de um ato ou de uma omissão estatal, o que significa um maior poder de interpretação concedido aos juizes, por um lado, mas que não constitui uma politização do Judiciário, que deve, em realidade, exercer integralmente as suas funções, por outro lado. Ou em outros termos, o juiz pode ser um juiz político, no sentido da representação de seu Estado, mas não um juiz político-partidário, segundo o que se abstrai de Wittman, Johann (Self-restraint als Ausdruck der Gewaltenteilung. In: Rill, Bernd (Hrsg.). Fünfzig Jahre freiheitlich-demokratischer Rechtsstaat, 1999, p. 118).

sua fonte e pode atuar perante a lei escrita como corretivo; achá-lo e realizá-lo é tarefa do Poder Judiciário. [...]”<sup>22</sup>. Nesse sentido, é por meio do desempenho da tarefa hermenêutico-jurisprudencial, em geral, que a Constituição, quando as decisões do Tribunal Constitucional Federal expressam o seu conteúdo, toma realidade, *i.e.*, as normas constitucionais são concretizadas, em particular, porque não basta decidir por apresentar uma decisão, em princípio, porque não há método de interpretação autônomo separado dos fatores de uma realidade histórico-concreta<sup>23</sup>.

Como a realização da atividade jurisdicional (não só) não pode ser desatada das condições de vida, das peculiaridades de uma tradição histórica (*H. G. Gadamer*) na medida em que os limites da concretização das normas constitucionais são iguais aos limites da interpretação, que está baseada na *Vor-Struktur* (pré-estrutura) da tradição, é que se torna possível, portanto, ser realizado isso em uma ordem constitucional sem jurisdição constitucional, no mesmo sentido funcional do Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha.

## 2 ELEMENTOS ORIENTADORES DA CONCRETIZAÇÃO NORMATIVO-CONSTITUCIONAL

Diante disso, aqui, apresentamos como elementos ou condições necessárias à realização da concretização normativa-constitucional conceitos-chave da hermenêutica ontológica (*M. Heidegger*) e da hermenêutica filosófica (*H. G. Gadamer*).

Constituem condições de possibilidade para isso, portanto, em primeiro lugar, a *Vorverständnis* (pré-compreensão) (*M. Heidegger*) do intérprete, porque este não pode obter uma compreensão do conteúdo da norma como se de um ponto arqui-médico<sup>24</sup>, alheio à tradição (*H. G. Gadamer*) e à historicidade (*M. Heidegger* e *H. G. Gadamer*), na qual tem formado seu *Vorurteil* (prejuízo) e (en)formado seus conteúdos, especialmente porque é por intermédio de uma *Vorverständnis* (pré-compreensão) que se dá a possibilidade de o intérprete projetar (*M. Heidegger*) um sentido do todo e chegar a um anteprojeto, corrigindo e revisando (*M. Heidegger*) até chegar à determinação de um *objeto* unívoco (*K. Hesse*). Em segundo lugar, a consciência história e/ou hermenêutica (*H. G. Gadamer*), pois somente quando o intérprete possui uma consciência histórica pode livrar-se do *Vorurteil*, *Vorhabe*, *Vorgriff* (prejuízo, ter-prévio e preconceito), *olhar para as coisas mesmas* (*K. Hesse*) e decidir conforme a natureza das coisas (*Fr. Müller*), não de acordo com o arbítrio das ideias e a estreiteza dos hábitos de pensar. A tarefa de uma *Vorverständnis* (pré-compreensão), em vista disso, segundo *K. Hesse*, cabe à teoria da constituição, *que não é discricional se obtida com vista à ordem constitucional concreta e, contínuo dar e tomar*,

22 BVerfGE 9, 338 (349).

23 HESSE, K. Op. cit., p. 63.

24 Idem, p. 62.

*confirmada e corrigida pela prática do caso concreto*<sup>25</sup> – o que, segundo Fr. Müller, ocasiona uma divisão do trabalho entre teoria da constituição e metodologia. Em terceiro lugar, porém, um *entendimento* ou uma *compreensão* somente é possível com vista a um problema concreto (situação hermenêutica), enquanto a determinação do conteúdo e a *aplicação* da norma ao caso concreto são compreendidos, mentalmente, como um procedimento uniforme, *i.e.*, não distintos, no sentido que *aplicação* assume no contexto gadameriano, na medida em que ambos dependem de uma *Vorverständnis* (pré-compreensão) do intérprete, embora esta necessite, por sua vez, de uma fundamentação teórico-constitucional.

Em suma, as condições de possibilidade para a concretização normativo-constitucional têm um caráter tríplice, que podem ser enunciadas na vinculação da interpretação à norma a ser concretizada, à *Vorverständnis* (pré-compreensão) do intérprete e ao problema concreto a ser desenvolvido. Consequentemente, isso significa “que o procedimento de concretização deve ser determinado pelo objeto da interpretação, pela Constituição e pelo problema respectivo”<sup>26</sup>. Isso porque *ordem fundamental jurídica de uma coletividade* não abarca um sistema lógico-axiomático ou hierárquico de valores desde então concluído e uniforme.

### 3 A QUESTÃO DA ORIENTAÇÃO TÓPICO-PROBLEMÁTICA NA CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA CONSTITUCIONAL

À interpretação de normas constitucionais (*não só*) mister se faz um procedimento de concretização que a elas seja correspondente. Não obstante, pela via da concretização, K. Hesse segue junto, no substancial, o procedimento da orientação do problema tópico, pelo qual, por uma parte, a orientação é dada, estritamente, pelo problema<sup>27</sup>, já que os *topoi* que o intérprete deve empregar entre a variedade de pontos de vista possíveis para a concretização devem estar relacionados com o problema, excluindo *topoi* não apropriados e, por outra parte, pela coordenação e valorização dos pontos de vista tópicos dos elementos de concretização que a norma constitucional a ser concretizada forma no seu *programa da norma* e seu *âmbito da norma* na resolução do problema, que, nesse caso, cabe aos “*princípios da interpretação constitucional*”<sup>28</sup>, como, *v.g.*: a) o princípio da unidade da Constituição (*das Prinzip der Einheit der Verfassung*); b) o princípio da concordância prática (*das Prinzip praktischer Konkordanz*); c) o critério da exatidão funcional (*das Maßtabe funktioneller Richtigkeit*); d) o princípio da valorização da relevância dos pontos de vista elaborados ou o

25 *Idem*, *ibidem*.

26 *Idem*, p. 63.

27 *Idem*, p. 64.

28 *Idem*, p. 65.

princípio de efeito integrador (*der Maßstab integrierender Wirkung*); e) o critério da força normativa da Constituição (*die normative Kraft der Verfassung*)<sup>29</sup>.

*Princípios da interpretação constitucional*, porém, não são princípios normativos no sentido de que impõem obrigatoriedade ao fenômeno da interpretação. Na interpretação são considerados como princípios no sentido do procedimento tópico, por uma questão de similitude ao servirem à seleção e à valoração de argumentos, porém, não no sentido da realização de uma flexibilização do sistema aparentemente *firme* logicamente da Ciência Jurídica, porque não se trata, no direito constitucional (âmbito do Direito Público), de se interpretar os conceitos normativos – que têm necessidade de serem axiologicamente completos – de forma a colmatar lacunas por ausência de regulamentação legal suficiente e, por fim, de fornecer os pontos de vista por uma heterointegração que se faz pela equidade, como no âmbito do direito privado, uma vez que o emprego da tópica não pode, no direito constitucional, prover, igualmente, de *lege ferenda*, as funções de política constitucional<sup>30</sup>, como é feito no direito privado, porque é o próprio direito constitucional, por meio do seu objeto, que legitima e limita a ordem jurídica da coletividade.

O emprego do procedimento tópico, no sentido de uma colaboração à coordenação, entre, por uma parte, o sistema axiomático-dedutivo e, por outra, o sistema *aberto* e/ou como um sistema *imóvel*, como um *dualismo* ou como *síntese* de duas *estruturas* ou como *interpretação* dos métodos de trabalho, não é decisivo para a tarefa hermenêutica de concretização, nem o detalhe da estrutura da norma e da normatividade do processo de decisão no direito constitucional<sup>31</sup>.

A *constitutio scripta*, o *Normtext*, constitui o limite à interpretação constitucional, no sentido de uma obrigatoriedade rigorosa, já que o emprego do primado tópico do problema deve apresentar por contraponto ao *primado dos problemas* o *primado dos textos*. No âmbito da concretização das normas, isso significa que a interpretação está vinculada a algo estabelecido, embora os resultados obtidos na tarefa hermenêutica de concretização das normas constitucionais não alcancem uma *exatidão absoluta* no sentido daqueles das *Naturwissenschaften* – pois, nesse caso, só dentro do possível seus resultados são sólidos, racionalmente fundamentáveis e controláveis<sup>32</sup>. Porém, dentro dos limites do possível que podem se tornar razoáveis e convincentes, e sendo por isso, até certo grau, previsíveis, pelos quais alguma coisa ganha, precisamente, não só uma parte de honradez jurídica, mas também certeza jurídica (limitada)

29 Para isso, especificamente, HESSE, K. *Die normative Kraft der Verfassung*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen. Existe tradução para o português realizada por Gilmar Ferreira Mendes sob o título "A força normativa da Constituição", publicada em Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre.

30 MÜLLER, Fr. Op. cit., p. 93.

31 Idem, ibidem.

32 HESSE, K. Op. cit., p. 68.

ao invés de uma pretensão de exatidão absoluta que não se deixa demonstrar<sup>33</sup>. Essa vinculação à *constitutio scripta*, na verdade, é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição, porque, por uma parte, inclui a possibilidade de uma mutação constitucional por interpretação e, por outra parte, exclui um rompimento constitucional (ou modificação) por interpretação ao proibir o intérprete de passar por cima da Constituição e, por consequência, da própria ordem fundamental jurídica da coletividade, uma vez que “o direito constitucional, como direito fundamentador da ordem total e delineado para a ordenação em conjunto, não deve ser entendido pontualmente, do problema individual, como no direito privado [...]”<sup>34</sup>.

Sendo, portanto, o primado dos textos obrigatoriedade na interpretação constitucional, isso significa que o limite da jurisdição é o das disposições constitucionais. Diante disso, o problema da interpretação constitucional resta por estar, justamente, na ambiguidade e na indeterminação dos textos das normas constitucionais, dos quais devem ser extraídos os conteúdos, que é tarefa própria do que se chama de hermenêutica. Porém, como é possível esta tarefa ser vinculada aos *Normtexte*, deve-se em realidade produzir por primeiro o seu conteúdo? Ocorre que é a própria indeterminação da norma que proporciona a determinação do conteúdo normativo (ponto de partida à *concretização*) e, por isso, não é elemento obrigatório da interpretação<sup>35</sup>. Dessa forma, o postulado da concretização das normas atua onde realmente é necessário interpretar em um sentido restrito, que, sem conduzir além, de modo algum encerra ou afasta o círculo (*M. Heidegger*) de forma irresolúvel. Fundado nisso, os preceitos decorrentes do princípio do Estado de Direito ganham tanto mais relevância no âmbito do direito privado, quanto mais é feito o emprego e a concretização das normas constitucionais, pois é pela generalidade e indeterminação das normas constitucionais que cada *situação* pode se caracterizar *ela-mesma*.

No âmbito do direito privado, para que o emprego da *orientação do pensar o problema pela tópica* seja consequente, não é possível que o *Normtext* seja considerado como um *topos* hermenêutico, porque, seja por uma *tópica de primeiro grau* (os vários pontos de vista ou de opiniões que parecem ser geralmente aceitas ou, ainda, *sensus communis*), seja por uma *tópica de segundo grau* (*repertórios de pontos de vista*), o pensar tópico tem por base o discurso retórico, que serve para fundamentar a decisão do modo mais persuasivo possível, para defender ou atacar um problema. Destarte, é o próprio pensar o problema que exige ser reconhecido o *topoi* em uma esfera estranha (diferente) da normativa. Contrariamente, no âmbito do Direito Público, a vinculação às normas constitucionais torna inadmissível relação diante de cada *topoi* sobre o problema. É dessa forma, porém, que no positivismo jurídico cada modo de tra-

33 *Idem*, p. 69.

34 *Idem*, p. 70.

35 BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Op. cit.*, p. 2095-2096.

balho jurídico se apresenta, igualmente à lei, como *condição para o problema e para o caso concreto* e para a interpretação da norma jurídica, assim como é por esse modo de trabalho que, pela *orientação do pensar o problema pela tópica*, se coloca manifesta uma reação contra a estreiteza de quem tem um *horizonte* positivista. Embora isso, o emprego da orientação tópico-problemática, no âmbito do direito privado, não pode ser reduzido a um caráter exclusivamente retórico, nem a uma valoração da argumentação de política jurídica, no sentido de uma verificação dos argumentos, tornando-se a problematização *aberta* nesta orientação em uma dedução sistemática, pois, esta, em realidade, tem um caráter de complementaridade entre a norma e o problema, enriquecendo uma axiomática *fechada*, auxiliando na configuração do sistema dedutivo integrando novos pontos de vista relativos a um novo problema.

*De lege ferenda*, portanto, o procedimento da orientação do pensar o problema pela tópica está circunscrito à confecção dos pontos de vista e dos repertórios de pontos de vista, que não são suficientes à concretização por não pouparem o voluntarismo da política jurídica<sup>36</sup>. *De lege lata*, contrariamente ao que deve ser entendido por tópica, nela são identificadas a relação de problemas primários e a relação de norma e texto, ao identificar as estruturas, as funções e os limites do processo de decisão da legislação (constitucional), por uma parte, e a concretização da Constituição pela legislação ordinária, pelo governo, pela administração e pela jurisprudência, por outra parte. Com base nisso, os limites da tópica em direito constitucional não são só de ordem metodológica e, portanto, não normativas; são, porém, pelo contrário, de natureza constitucional e, portanto, de caráter obrigatório, porque a originalidade do direito constitucional concerne à estrutura das normas e à estrutura dos problemas. Neste, os *problemas* são, igualmente, de uma natureza particular<sup>37</sup> e, na verdade, os problemas mesmos podem ser modificados pela equivocidade da compreensão em relação ao aspecto metodológico, por uma parte, e a natureza do direito constitucional, direito político, fundamento da ordem jurídica positiva dentro do seu conjunto, por outra parte, e, enfim, pela falta relativa em direito constitucional de uma tradição jurídica e científica relacionada à solução do problema e os *topoi*.

#### 4 INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO (*VERFASSUNGSKONFORME AUSLEGUNG*) E O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL PELOS TRIBUNAIS

Para se conseguir, no entanto, realizar a Constituição, para se cuidar o máximo possível das leis, deve-se, ainda, interpretar as leis com base em uma

36 MÜLLER, Fr. Op. cit., p. 95.

37 MÜLLER, Fr. *Normstruktur und Normativität*. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation. Berlin: Duncker und Humblot. p. 58. Sobre a problemática da tópica no direito constitucional, ver, especialmente, o Capítulo V desta obra citada, sob o título "Applikation und Vorverständnis – Topik und topische Hermeneutik", p. 47-67.

*verfassungskonforme Auslegung*<sup>38</sup> (interpretação conforme a Constituição). Interpretação conforme a Constituição não é interpretação da Constituição, mas a interpretação das leis, como bem explicita o Professor C. Stark da Universität Göttingen<sup>39</sup>. A *verfassungskonforme Auslegung* é, pois, princípio de importância fundamental para a realização da tarefa jurídico-funcional, porque está assentado, antes de tudo, no princípio da *unidade da ordem jurídica*, e, por isso, por uma interpretação conforme a Constituição; normas constitucionais não são só *normas de exame*, no sentido de examinarem a constitucionalidade de leis, mas também *normas materiais* por servirem à determinação do conteúdo de leis ordinárias. Por causa dessa *unidade*, leis (promulgadas sob a vigência da Constituição) devem ser interpretadas em consonância com a Constituição, e o direito que continua a vigor de época anterior deve ser ajustado à nova situação constitucional e, dessa forma, pode-se falar em desenvolvimento do Direito. Porém, isso não significa que interpretação conforme a Constituição seja contra *texto* e *sentido* ou contra *o objetivo legislativo*, possível<sup>40</sup>.

Na verdade, uma interpretação conforme a Constituição encontra nisto seus limites, no texto e no sentido legal claros sem poder prescrever um sentido contrário à lei, pois, por uma parte, a interpretação conforme a Constituição não consiste tanto em escolher entre vários sentidos possíveis e normas de qualquer preceito o que seja mais conforme a Constituição, porém, em discernir neste limite um sentido que, embora não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido necessário e o que se torna possível em virtude da força conformadora da Constituição. A norma não pode ser interpretada de forma a ser determinado, por interpretação, um novo conteúdo normativo ou de forma a não encontrar o ponto essencial no objetivo legislativo<sup>41</sup>. O Texto Constitucional, de origem histórica, permite, em realidade, a realização de uma coesão completa das regulamentações correspondentes e do sentido e objetivo, não obstante diversos pontos de vista direcionar, pelo princípio da *interpretação conforme a Constituição*, decisão por decisão a um resultado constitucional, do qual decorre, pois, o princípio de interpretação constitucional pelos Tribunais.

À interpretação conforme a Constituição cabe essa tarefa, que de modo algum pode ser realizada por meio de uns determinados métodos de interpretação (*só*) ou só por uma interpretação gramatical pura, porque isso depende, antes de tudo, da consciência geral dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não de uma redução teleológica das prescrições, contrária ao texto. Embora isso, não é quase nada tradicional de se recorrer às normas cons-

38 Ver sobre isso, HESSE, K. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.

39 STARCK, Christian. Die Verfassungsauslegung. In: *Handbuch des Staatsrechts*. p. 210. No mesmo sentido, ainda, ZIPPELIUS, Reinhold. Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen. In: FG-BVerfG II, p. 108 ss.

40 HESSE, K. Op. cit., p. 72.

41 BVerfGE, 1BvI 11/96, II (1). Nesse sentido, BVerfGE 18, 97 (11); 277 (299f.); 71, 81.

titucionais para determinar o conteúdo de uma disposição legislativa. Diante disso, dificilmente poder-se-á considerar o princípio da interpretação conforme a Constituição como um princípio a acrescentar entre os modos tradicionais da interpretação, *i.e.*, como um elemento homogêneo, especialmente porque esse princípio ultrapassa o sentido usual de uma interpretação sistemática, pelo qual não podem ser tomadas em consideração somente as normas constitucionais, que correspondem sob o ponto de vista sistemático formal ou material, porém, onde a questão da constitucionalidade de disposição legislativa é introduzida, deve ser concretizada em plena conformidade com a Constituição<sup>42-43</sup>. Além disso, esse princípio não estabelece, do ponto de vista metodológico, nenhuma hierarquia em relação aos critérios tradicionais, o que de modo algum significa um monismo metodológico, pois, em realidade, a interpretação conforme a Constituição não constitui um critério variável de concretização, porém, um princípio com prioridade, que permite a decisão entre diversos resultados alternativos elaborados com o auxílio dos meios habituais de concretização, sem a alteração do texto da norma constitucional<sup>44</sup>.

## 5 DOS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Nesse sentido, os limites da interpretação conforme a Constituição são de natureza funcional, os quais concernem aos aspectos sustentados por uma jurisdição constitucional – quando houver – em relação às outras jurisdições e pela legislação, por meio deste procedimento que, na verdade, acentua prioridade ao legislador na concretização da Constituição e exige por parte do juiz uma retidão, porque este não pode ignorar os limites do texto da norma constitucional, o que ocorre quando a variante da interpretação no meio da interpretação conforme realizada pelo juiz resulta em uma correção do texto de norma elaborado pelo legislador. Dentro desse caso, isso é, em verdade, um quase-texto de norma que toma o lugar do texto oficial. Porém, o direito positivo não autoriza os Tribunais – jurisdição constitucional, se for o caso – a anularem o texto de norma oficial por meio de interpretação.

De acordo com isso, neste processo não se trata, por uma parte, de uma natureza metódica, porém, como em uma metodologia jurídica, do direito em vigor (da repartição das funções e da atribuição das competências). Por outra parte, a regularidade deste processo não tem a necessidade de ser realizado somente por um Tribunal Constitucional, como, por exemplo, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, porque, em realidade, determina o conteúdo

42 MÜLLER, Fr. Normstruktur und Normativität.zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation, p. 88-89.

43 Para C. Starck, aos cânones da interpretação das leis integra a ordem (ou exigência) da conformidade à Constituição. Sendo que, segundo Starck, esta ordem só pode se afirmar se a interpretação pelos cânones tradicionais possibilitar uma interpretação apropriada.

44 MÜLLER, Fr. Op. cit., p. 89.

das leis ordinárias, não tendo, por isso, necessidade de ser realizado no marco do processo de controle de normas constitucionais, que se realiza por um Tribunal Constitucional<sup>45</sup>. Baseado nisso, pode ser proposto refutar que o princípio da interpretação conforme a Constituição seja considerado como princípio de conservação dos textos de normas com fulcro no princípio de geral vertical da hierarquia das normas, em principal, porque este último é empregado como um princípio cognitivo puro de concretização do conteúdo das disposições legislativas conforme ao direito superior. Enquanto este princípio serve na medida em que proporciona a penetração hierárquica *vertical* das normas, o princípio da interpretação conforme a Constituição<sup>46</sup> complementa de forma autônoma as disposições normativas. Em vista disso, porém, a tarefa que cabe à interpretação conforme a Constituição não depende (*só*), portanto, de se reclamar por princípios básicos de interpretação constitucional, porém, pela possibilidade para uma compreensão sobre a posição do trabalho dos juristas (tanto teórico quanto práticos, porque aqui se segue uma orientação gadameriana quando do emprego deste termo), que se no desempenho de uma prática geral reta – ou preponderantemente – deve vincular o princípio do Estado Democrático de Direito, porque não se trata de uma questão de desenvolvimento de uma metodologia científica, porém de uma questão do *Ethos* geral<sup>47</sup>, uma vez que sem este deve ser indagado o que vem a ser um resultado satisfatório, *praticável* ou *razoável*, até que se descubra as implicações da tarefa hermenêutico-jurisdicional e, por consequência, a tarefa principal da ordem jurídica<sup>48</sup>. Por isso, Aristóteles fornece com sua *Ética a nicômaco*, muito antes de *Esser* e *Wieacker*, entre outros, orientação para se atingir o propósito desiderato da busca pelo direito próprio, no sentido em que não se persiga o direito até a mínima precisão, para que este não se torne injusto (1138 a)<sup>49</sup>.

## REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Nicomachean Ethcis*. Upper Saddle River. NJ: Prentice Hall, 1999.
- BADURA, Peter. Arten der Verfassungsrechtssätze. In: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: Verlag, 1992.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Die Methoden der Verfassungsinterpretation-Bestandsaufnahme und Kritik. In: *NJW*, Bielefeld, Heft 46.

45 MÜLLER, Fr. *Juristische Methodik*, p. 89.

46 Ver, sobre isso, especificamente, Fr. Müller. Op. cit., p. 175 ss.

47 Para isso, ver, especificamente, o subtítulo “Ethos como direcionamento às decisões concretas”, no Capítulo décimo primeiro, II, 1, “Compreensão como aplicação”, da obra *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*, de Kelly Susane Afflen da Silva.

48 MÜLLER, Fr. *Juristische Methodik*, p. 17.

49 No mesmo sentido, Klaus Adomeit. *Rechts und Staatsphilosophie*. B.I. Antike, 2. Auflage B.II. Rechtsdenker der Neuzeit. Traduzido por Elisete Antoniuk, M.iur.comp. em uma publicação por SaF.

GADAMER, H.-G. *Gesammelte Werke. Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. 1. Aufl., Bd. 1, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1990.

\_\_\_\_\_. *Gesammelte Werke. Wahrheit und Methode. Ergänzungen Register*. 1. Aufl., Bd. 2, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1990.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. L. A. Heck. Porto Alegre: Safe, 1998.

\_\_\_\_\_. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20., neubearbeitete Auflage, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1995.

\_\_\_\_\_. *Die normative Kraft der Verfassung*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

HILF, Meinhard. Die sprachliche Struktur der Verfassung. In: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. hrsg. von Josef Isensee u. Paul Kirchhof., 1992.

ISENSEE, Josef. Verfassungsrecht als, politisches Recht. In: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: Verlag, 1992.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*. Zweite vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Wien, 1960.

MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. Berlin: Duncker und Humblot, 1993.

\_\_\_\_\_. *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelte an Fragen der Verfassungsinterpretation*. Berlin: Duncker und Humblot.

SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Safe, 2000.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica y concreción judicial*. Bogotá: Temis, 2003.

STRACK, Christian. Die Verfassungsauslegung. In: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: Verlag, 1992.