

JOSÉ AFONSO DA SILVA

TEORIA DO CONHECIMENTO
CONSTITUCIONAL

*2ª edição,
revista*

2025



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br



MALHEIROS
EDITORES

TERCEIRA PARTE
GNOSEOLOGIA CONSTITUCIONAL

TÍTULO I
***Pressupostos teóricos de uma
interpretação constitucional cognoscitiva***

Capítulo I
**COGNOSCIBILIDADE DO SER CONSTITUCIONAL
(hermenêutica e interpretação constitucionais)**

1. Questão de ordem – 2. Hermenêutica e interpretação – 3. Interpretação – 4. Função da interpretação – 5. Objeto da interpretação – 6. Sujeitos da interpretação: 6.1. O intérprete – 6.2. Quem pode ser sujeito da interpretação – 7. Natureza da interpretação – 8. Superinterpretação e subinterpretação – 9. Aplicação.

1. *Questão de ordem*

1. Ao longo desta pesquisa, mais de uma vez suscitamos a questão da cognoscibilidade da constituição, mas sempre tivemos o cuidado de advertir que o conhecimento da constituição nunca será completo, será sempre inesgotável, porque sempre estaremos descobrindo facetas constitucionais desconhecidas. Podemos até usar, para o caso, afirmativa da neurolinguística, bastante razoável e aceitável, segundo a qual estamos em contato com o mundo, mas, se bem que o mundo seja real, nós não operamos diretamente sobre essa realidade, porque cada qual a modela servindo-se das faculdades de *generalização, seleção e distorção*. Esta última permite modificar experiências sensoriais; ela se manifesta especialmente nos atos de criação.¹

2. Isso se aplica à constituição, porque ela também é uma realidade do mundo: do mundo físico como texto, mas de um mundo impregnado de valores, como objeto

1. Cf. Alain Cayrol e Josiane de Saint Paul, *Derrière la Magie*, Paris: InterEditions, 1992 (nova tiragem), p. 29 e ss.

de cultura, do qual seu conhecimento só se perfaz quando se alcança seu sentido. Para conhecer os objetos naturais, basta conhecer sua estrutura orgânica, porque eles, em si, não exprimem sentido. Só os valores imprimem sentido nas coisas. Portanto, só seres impregnados de valor têm sentido, apontam para uma direção a ser seguida. O texto da constituição escrita é um objeto físico que pode ser conhecido na sua estrutura morfológica e sintática, mas esse conhecimento, por importante que seja, não é ainda o conhecimento da constituição, pois esta só se revela na sua estrutura significativa. E isso só se alcança pela *interpretação*.

3. A esse propósito, lembramos aqui o que já dissemos de outra feita:

A interpretação (ou hermenêutica) é um modo de conhecimento de objetos culturais. Quando esses objetos se compõem de palavras, tem-se a interpretação de um texto que é, ao mesmo tempo, um objeto de significações e um objeto de comunicação, cujo sentido se capta mediante análise interna e análise externa. Ou seja, o sentido do texto se reconstrói de duas perspectivas distintas e complementares: de dentro para fora, a partir da análise interna das muitas pistas nele espalhadas; de fora para dentro, por meio das relações contextuais.² A Constituição é um texto, um texto normativo, um texto jurídico; por isso, sua interpretação – ou seja, a captação de seu sentido, a descoberta das normas que esse texto veicula – também se submete às relações de contexto. Ela é um texto que está no mundo, independente daqueles que a captam. A percepção que cada um tem dela é considerada separadamente dela própria. De igual modo, as intenções de seu autor – o constituinte – são consideradas separadas dela, porque ela é, em si mesma, um ser, um ser com seus próprios poderes e sua dinâmica, um ser autônomo. A tarefa do intérprete é como a de alguém que penetra nesse ser autônomo, por meio da análise textual. E já se vê que a interpretação tem um *aspecto objetivo* – que se refere ao objeto a ser interpretado – e um *aspecto subjetivo* – que se refere às qualificações e ideologia do intérprete, porque este não é neutro no processo interpretativo, porque nele participa com a carga de experiência, de conhecimentos, cultura e ideologia que informam sua formação jurídica.³

4. A hermenêutica e a interpretação são os instrumentos mediante os quais se pode desvendar o sentido da constituição e de suas regras e princípios. Se é assim, temos que verificar como esses instrumentos funcionam, que métodos e meios devem ser utilizados para penetrar nesse mundo misterioso das regras, normas e princípios constitucionais, porque aí é que se configura o sentido mais profundo da constituição.

2. *Hermenêutica e interpretação*

5. Esses termos não são exatamente sinônimos, mas exprimem a ideia comum de captura do sentido de objetos culturais. Contudo, não são termos inteiramente intercambiáveis, porque a hermenêutica tem um sentido mais amplo como teoria geral da

2. Cf. Diana Luz Pessoa de Barros, *Teoria semiótica do texto*, São Paulo: Ática, 1990, p. 7 e 83.

3. Cf. José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 15.

compreensão e da interpretação; ocupa-se da arte de compreender textos.⁴ “A hermenêutica é a arte do entendimento”,⁵ ou, no dizer de Emilio Betti, “a hermenêutica constitui uma teoria das ciências do espírito”,⁶ ou ainda “[é] a teoria das regras que presidem... à interpretação de um texto”.⁷ E mais, “[a] hermenêutica propõe... um modelo processual de interpretação”.⁸ “A hermenêutica é o estudo da compreensão, é essencialmente a tarefa de compreender textos”; como tal transcende as formas linguísticas da interpretação.⁹ O sentido atual da dicotomia, com ressalva de aspectos terminológicos, foi bem esclarecido por Meton Marques:

A hermenêutica atual suplantou a temática meramente metodológica para ocupar-se também do problema material, não mais só com a melhor aplicação da norma, mas também com a identificação da melhor norma. Enquanto isso, a interpretação libertou-se do conceito savigniano para preocupar-se não só com o esclarecimento da norma, mas também com a (re)construção *material* de sentido, em face da mutação valorativa que os fatos imprimem ao texto.¹⁰

4. Cf. Hans-Georg Gadamer, *Verdade e método*, 4. ed., Petrópolis: Vozes, 2002, v. I, p. 262, e v. II, p. 112 e ss. Gadamer dedicou sua vida (ele viveu 103 anos) à construção da hermenêutica filosófica por meio de livros, artigos e conferências, e, como filosofia, filosofia prática (cf. Hans-Georg Gadamer, *Langage et Vérité*, Trad. do alemão por Jean-Claude Gens, Paris: Gallimar, 1995, p. 232 e ss.). Volume II, da tradução brasileira, de *Verdade e método*, é composto de artigos e conferências sobre a temática hermenêutica. Vale a pena também ter em conta outras de suas obras, como *Acotaciones hermenêuticas*, Trad. do alemão por Ana Agud e Rafael Agapito, Madrid: Trotta, 2000; *L'art de comprendre, hermèneutique et tradition philosophique*, Trad. do alemão por Marianna Simon, Paris: Aubier Montaigne, 1982; *La philosophie hermèneutique*, Trad. Jean Grondin, 2. ed., Paris: PUF, 2001, em que, abrindo o prefácio (Avant-Propos), faz uma afirmação importante: “La philosophie de l’hermeneutique est d’abord fondée sur une pratique, celle de l’interprétation et de la compréhension” [“A filosofia da hermenêutica é fundada primeiramente numa prática, a da interpretação e da compreensão”]; *Le Chemins de Heidegger*, Trad. alemão por Jean Grondin, Paris: Vrin, 2002. Ainda, entre nós, para a histórica da hermenêutica, Rodolfo Viana Pereira, *Hermenêutica filosófica e constitucional*, 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 8 e ss., fundado em Palmer e Gadamer.

5. Cf. Hans-Georg Gadamer, *Verdade e método*, 4. ed., Petrópolis: Vozes, 2002, v. II, p. 292. Não obstante, numa passagem descuidada, a *interpretação* aparecer em Gadamer como geral e para além da *hermenêutica*, na versão francesa: “Le nouveau concept d’interprétation, et para consequente d’hermeneutique, qui prend forme ici débordement les limites d’une théorie hermeneutique encore com comprise comme universelle” (cf. Hans-Georg Gadamer, *Langage et Vérité*, Trad. do alemão por Jean-Claude Gens, Paris: Gallimar, 1995, p. 244).

6. Cf. Emilio Betti, *Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici*, 2. ed., Milano: Giuffrè, 1971, p. 62.

7. Cf. Paul Ricoeur, *De l’Interprétation*, Paris: Seuil, 1965, p. 18.

8. Cf. Jürgen Habermas, *Droit et Démocratie, entre Faits et Normes*, Trad. do alemão por Rainer Rochlitz e Christian Bouchindhomme, Paris: Gallimard, 1997, p. 220.

9. Richard E. Palmer, *Hermenêutica*, Trad. inglês de Maria Luísa Ribeiro Ferreira, Lisboa: Edições 70, 1999 (fim do volume), p. 19 e 21-22 (Título do original inglês: *Hermeneutics – Interpretation Theory in Schleiermacher, Disthey, Heidegger and Gadamer*; é a hermenêutica como teoria da interpretação).

10. Cf. Francisco Meton Marques de Lima, *O resgate dos valores na interpretação constitucional*: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como ‘ser-moralmente-melhor’, Fortaleza: Portlivros/ABC Editora, 2001, p. 2454 e 2456.

Vê-se, por essas considerações, que a hermenêutica é sempre referida à interpretação, uma teoria destinada a construir os fundamentos da interpretação. Cabe a ela elaborar as regras, princípios ou cânones que presidem o fazer interpretativo. Autores há que se comprazem em arrolar os princípios, regras e cânones que os intérpretes devem seguir para uma interpretação correta. Não o faremos. Apenas lembramos um cânone fundamental que vem desde Schleiermacher e Dilthey, segundo o qual “as partes individuais de um texto só podem ser entendidas a partir do todo, e este somente a partir daquelas”.¹¹ Gadamer observa que essa regra procede da antiga retórica de que a hermenêutica moderna transferiu da arte de falar para a arte de compreender. “Aqui como lá subjaz uma relação circular. A antecipação de sentido, na qual será entendido o todo, chega a uma compreensão explícita através do fato de que as partes que se determinam a partir do todo determinam, por sua vez, a esse todo”, ou seja, “o movimento da compreensão vai constantemente do todo à parte e desta ao todo”.¹² Essa dita “regra” corresponde ao *cânone da totalidade* da teoria da interpretação de Emilio Betti, o qual

[...] põe em relevo o círculo de reciprocidade hermenêutica que vai da unidade do todo aos elementos singulares de uma obra; reciprocidade essa que permite empreender a interpretação seja entendendo a unidade do todo por meio das partes singulares, seja entendendo o valor das partes singulares em virtude da unidade do todo, tal é o critério de extrair dos elementos singulares o sentido do todo e de entender o elemento singular em função do todo de que é parte integrante.¹³

Em síntese, a hermenêutica é uma filosofia da compreensão, do entendimento, da interpretação, enfim. Ela é um fazer especulativo e reflexivo sobre as condições especiais do saber; é parte teórica de como chegar ao significado e ao sentido de um texto, enquanto a interpretação é a parte prática e operativa; “é a forma explícita da compreensão”.¹⁴ Compreende-se, assim, a afirmativa de Gadamer: “só há uma hermenêutica”,¹⁵ a filosófica. A interpretação é que se especifica em literária, teológica, jurídica etc., que é o que nos interessa aqui.

11. Cf. em Hans-Georg Gadamer, *Verdade e método*, 4. ed., Petrópolis: Vozes, 2002, v. I, p. 308. Cf. Schleiermacher (Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher), *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*, 6. ed., Bragança Paulista: Editora da Universidade São Francisco, 2008, p. 47 e 49.

12. Hans-Georg Gadamer, *Verdade e método*, 4. ed., Petrópolis: Vozes, 2002, v. I, p. 436.

13. Cf. Emilio Betti, *Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici*, 2. ed., Milano: Giuffrè, 1971, p. 17. Além do *cânone da totalidade* (p. 15 e ss.), Betti elaborou outros como o *cânone da autonomia*, segundo o qual o objeto a interpretar é uma objetivação do espírito humano expressa de forma sensível (p. 13 e ss.); o *cânone da atualidade da compreensão*, segundo o qual o intérprete é chamado a percorrer por si mesmo o processo criativo (p. 19 e ss.) e, finalmente, *cânone da adequação*, segundo o qual o intérprete deve esforçar-se por colocar a própria atualidade vivente em íntima adesão e harmonia com o incitamento que lhe vem do objeto (p. 23 e ss.). Para o cânone da autonomia, usamos a tradução de Meton Marques (*O resgate dos valores na interpretação constitucional*: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como ‘ser-moralmente-melhor’, Fortaleza: Portlivros/ABC Editora, 2001, p. 249). Por esse cânone se pode ver que Betti tinha uma visão culturalista do Direito, já que ali se denota que o objeto da interpretação é concebido como objeto cultural.

14. Cf. Hans-Georg Gadamer, *Verdade e método*, 4. ed., Petrópolis: Vozes, 2002, v. I, p. 459.

15. Cf. Hans-Georg Gadamer, *Verdade e método*, 4. ed., Petrópolis: Vozes, 2002, v. I, p. 278.

6. No entanto, fala-se em “hermenêutica jurídica”, distinguindo-a, assim mesmo, da “interpretação jurídica”. Para isso, vamos recorrer a dois brasileiros: Carlos Maximiliano, hermenêuta e constitucionalista, e Vicente Rao, civilista aberto aos conceitos fundamentais do direito. O primeiro conceitua a *hermenêutica jurídica* como “o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”, enquanto a *interpretação* consiste em “descobrir e fixar o sentido verdadeiro de regras positivas; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão”.¹⁶ Em suma, a hermenêutica é a sistematização das regras que a interpretação aplica para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. Uma é sistematização, a outra é a aplicação, a execução, do que foi sistematizado. Vicente Rao torna isso bastante claro:

A Hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para o efeito de sua aplicação; a *Interpretação*, por meio de regras e processos especiais, procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas.¹⁷

Vicente Rao, precisamente, esclarece que o que distingue uma da outra “é tão somente a diferença que vai entre a teoria científica, sua prática e os diferentes modos técnicos de sua aplicação”.¹⁸ Reafirma-se aqui o que dissemos: uma é a teoria, outra é a prática.

7. Dissemos também que os termos não são inteiramente intercambiáveis, porque, se é possível empregar uma expressão geral (a hermenêutica) em lugar da particular (a interpretação), o inverso não tem cabimento. Contudo, quando se especifica a hermenêutica como “hermenêutica jurídica”, por exemplo, isso é o mesmo que falar em “interpretação jurídica”. Nesse sentido, é legítima a posição de Juarez Freitas: “Para facilitar a exposição, deliberadamente haverão de ser tomadas como idênticas as expressões ‘hermenêutica’ e ‘interpretação’, a despeito das possíveis várias distinções”.¹⁹

16. Cf. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 9. ed., 3. tir., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 1. É preciso que se diga, com todas as letras, que este livro cuidou da hermenêutica de modo muito avançado pela época de sua primeira edição (1924). Tornou-se reconhecidamente um clássico das letras jurídicas brasileiras, com doutrina digna de ser ainda aproveitada pela orgulhosa “nova interpretação ou nova hermenêutica”, como o trecho que foi citado com elogio por Emilio Betti em seu *Diritto, metodo, ermeneutica, Scritti Scelti*, aos cuidados de Giuliano Crifó, Milano: Giuffrè, 1991, p. 548: “E aqui vale la pena di ricordare come l’efficienza dinamica ed evolutiva dell’interpretazione sai risoluamente riconosciua dai più consapevoli giuristi della’America latina” e transcreve trechos dos n. 343 e 344 da *Hermenêutica e aplicação do direito*.

17. Cf. Vicente Rao, *O direito e a vida dos direitos*, 2. ed., São Paulo: Resenha Universitária, 1977, v. I, t. III, p. 441-442.

18. Vicente Rao, *O direito e a vida dos direitos*, 2. ed., São Paulo: Resenha Universitária, 1977, v. I, t. III, p. 442.

19. Cf. Juarez Freitas, *A interpretação sistemática do direitos*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22.

8. Aqui não necessitamos entrar em grandes cogitações teóricas sobre a hermenêutica e seu desenvolvimento histórico.²⁰ Nosso objetivo prático aponta apenas para o conceito de interpretação como pressuposto da interpretação constitucional, de sorte que, daqui para frente, pouco nos ocuparemos da hermenêutica.

3. *Interpretação*

9. *Interpretar* é uma função humana cotidiana.²¹ Interpreta-se de manhã à noite e até durante o sono, por via de sonhos, quando, não raro, o sentido de algo que, por dias, procurávamos, apresenta-se-nos com clareza. Bem o disse Dworkin que as pessoas interpretam em muitos contextos diferentes e que a ocasião mais familiar de interpretação é a conversação.²² O ser humano está sempre interpretando, tentando entender o que seu interlocutor está dizendo, o que a manchete de seu jornal quer informar; se ela diz: “O homem confessou o assassinato durante a oração”, o leitor tenta descobrir o sentido desse enunciado que contém uma ambiguidade prejudicial ao seu entendimento: o que foi feito “durante a oração”? O assassinato ou sua confissão? No primeiro caso, o sentido seria: “O homem confessou o assassinato que praticou durante a oração”; no segundo: “O homem confessou, durante a oração, o assassinato”. Essa vivência interpretativa é que levou alguém a dizer que *o homem é um animal hermenêutico*. E assim é, porque ele é um animal inserto em tramas de significações que ele próprio tece; por isso, as ciências culturais, as ciências do espírito, entre as quais o Direito, hão de ser

20. O leitor interessado nessa temática encontra farta literatura para satisfazer seu interesse, algumas bastante eruditas como a do jurista português José Lamego, *Hermenêutica e jurisprudência*, Lisboa: Fragmento, 1990, e as do jurista pátrio Luiz Lenio Streck, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, e também a quem sabe mais elaborada, mas menos hermenêutica, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; Sergio Alves Gomes, *Hermenêutica constitucional*, Curitiba: Juruá, 2008. Para a história e a apreciação crítica dos grandes teóricos da hermenêutica, importante o livro de Richard E. Palmer, *Hermenêutica*, Trad. inglês por Maria Luísa Ribeiro Ferreira, Lisboa: Edições 70, 1999, voltado, no entanto, para a hermenêutica literária.

21. Schleiermacher (Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher) disse: “a hermenêutica não deve estar limitada meramente às produções literárias; pois eu me surpreendo seguidamente no curso de uma conversação [familiar] realizando operações hermenêuticas, quando eu não me satisfaço com o nível ordinário da compreensão...” (Cf. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*, 6. ed., Bragança Paulista: Editora da Universidade São Francisco, 2008, p. 33). Sergio Alves Gomes, *Hermenêutica constitucional*, Curitiba: Juruá, 2008, p. 81, fala até em *homem como ser hermenêutico em busca de sentido*.

22. Cf. Ronald Dworkin, *Law's empire*, Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 50; usarei também a versão espanhola: *El imperio de la justicia*, Trad. inglês por Claudia Ferrari, Barcelona: Gedisa, 1988, p. 47; o que não se entende é por que se traduziu *Law's empire* por *Imperio de la justicia*, quando o correto seria “Imperio del derecho”, como em português, “Império do direito”. Ainda Dworkin, em outra obra, assimila o direito à interpretação, num capítulo sob o título “Direito como interpretação”, cf. *Uma questão de princípio*, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 172 e ss. Em certo sentido, o mesmo é dizer que direito é aquilo que o juiz diz que é. Não vamos por essa senda.

não ciências experimentais em busca de *explicação*, mas ciências interpretativas em busca de *compreensão*, em busca, enfim, de significações.²³

10. Vê-se, pois, que o Direito pertence ao mundo cultural das significações, e assim se inclui entre as *ciências interpretativas*, mencionadas por Geertz. Dworkin também pensa assim, quando afirma que “o direito é um conceito interpretativo”.²⁴ Significa isso que o Direito é um objeto de cultura, um objeto compenetrado de realidade e valor. A propósito, Emil Lask disse:

O dualismo metódico da ciência jurídica se baseia no fato de que o Direito ou pode ser considerado como um fator *real* da cultura, como um sucesso da vida social, ou pode ser examinado, como um complexo de significações, mais exatamente de significações normativas, acerca de seu “conteúdo dogmático”.²⁵

Esse dualismo metódico está superado, mas lá está a essência do Direito como objeto de cultura, qual seja a peculiar estrutura em que se fundem, numa unidade objetiva, um objeto material e um valor que lhe dá sentido,²⁶ pois “[t]odo objeto cultural se constitui de um *substrato* e de um *sentido* em relação de compenetração”, diz Carlos Cossio.²⁷ Ou, no dizer de Miguel Reale: “O bem cultural apresenta sempre dois elementos: ao primeiro chamaremos de ‘suporte’, e ao segundo de ‘significado’, sendo este expressão particular de um ou mais valores”.²⁸

11. Essas considerações de sabor semiótico e cultural pretendem destacar que a interpretação malogra sempre que não esteja respaldada na “ciência” da significação, considerada esta como gênero das espécies *sentido* e *significado*, com as acepções próprias que adiante serão vistas. Nesta passagem, estamos adiantando que interpretação tem a ver com sentido e significado do texto ou de partes do texto, mas essa é uma questão que temos que apurar melhor, porque há controvérsias sobre a tarefa ou tarefas da interpretação. Seja, porém, qual for, o certo é que a interpretação é um mecanismo essencial à vida do Direito; ela dá vida ao Direito; quase que se poderia dizer que,

23. Texto inspirado em Clifford Geertz, *La interpretación de las culturas*, 4. tir. da 1. ed., Barcelona: Gedisa, 1990, p. 20. Paul Ricoeur se esforçou para aproximar os conceitos de *explicação* e *compreensão*, vendo neles uma estreita complementaridade e reciprocidade (Cf. *Del texto a la acción*, Trad. francês de Pablo Corona, 2. ed., México: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 131 e ss.; na edição portuguesa, *Do texto à ação*, Trad. Alcino Cartaxo e Maria José Sarabando, Porto: Diagonal, [s.d.], p. 146 e ss.). Não conseguimos entender o empenho de Ricoeur, porque essa malograda identificação não traria benefício algum à hermenêutica.

24. Ronald Dworkin, *Law is an interpretative concept*, In: Ronald Dworkin, *Law's empire*, Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 50, e em *El imperio de la justicia*, Trad. inglês por Claudia Ferrari, Barcelona: Gedisa, 1988, p. 47.

25. Cf. Emil Lask, *Filosofia jurídica*, Buenos Aires: Depalma, 1946, p. 63.

26. Para pormenores, cf. n. 11 do Capítulo II do Título 1 da Segunda Parte deste volume.

27. Cf. Carlos Cossio, *Teoría egológica del derecho*, 2. ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, p. 64. Cf. também do mesmo autor, *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires: Losada, 1954, p. 65. E ainda, *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967, p. 40-41.

28. Cf. Miguel Reale, *Filosofia do direito*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1965, p. 200.

sem interpretação, o Direito não existe. Não precisamos exagerar. Nesse assunto, já há exageros suficientes. Até o grande Gadamer cometeu algum, como o de admitir que a própria natureza seja suscetível de interpretação (*interpretatio naturae*, Bacon).²⁹ A natureza não se interpreta. A interpretação, como anotamos no n. 3 *supra*, é modo de conhecimento dos objetos culturais, entre os quais se encontra o Direito. Ao conhecimento dos objetos da natureza se chega com o *método empírico-indutivo* e o ato gnosiológico da *explicação*, enquanto o método adequado para conhecer um objeto cultural, como o Direito, é o *empírico-dialético* e o ato gnosiológico da *compreensão*.³⁰ Conforme o lema de Dilthey, explicamos a natureza, compreendemos a cultura.³¹ “Compreender significa nem mais nem menos do que conhecer o sentido de algo. Compreender é, pois, uma das modalidades do conhecimento” e “[a] primeira modalidade da compreensão, aquela que passa desde o substrato ao sentido, é a interpretação. Interpretar é passar desde a exteriorização material de um substrato como expressão, ao sentido espiritual que o vivifica”.³² Temos que voltar ao tema da compreensão mais adiante, já que a interpretação, no dizer de Ricoeur, é uma de suas províncias.³³ Oportunamente, vamos ver que, quando o juiz prolata a sentença, exercita um conhecimento por compreensão; é no juízo que estão os sentidos de justiça que tem que ser evidenciado quando emite a sentença aplicando a lei ao caso sob sua apreciação. O juiz chega (ou deve chegar) à sentença mediante um processo de valoração dos fatos e do direito aplicável não por subsunção formal construída por via de um silogismo, mas por subsunção material que decorre da ponderação valorativa dos fatos e do direito. O julgamento do juiz é estimativo, isto é, fundado em valores, com o qual expressa o que *deve ser* no caso controvertido; o núcleo de sua sentença é uma norma, norma singular, concreta, mas tão norma como uma regra geral.³⁴ No mesmo sentido, Miguel Reale:

29. A passagem consta de um texto de 1969 sob o título de “Hermenêutica”, integrado no Volume II da tradução brasileira de *Verdade e método*, p. 506.

30. Cf. Carlos Cossio, *Teoría egológica del derecho*, 2. ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, p. 60, 72 e 79. Cf. também do mesmo autor, *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967, p. 43 e ss.

31. Cf. Carlos Cossio, *Teoría egológica del derecho*, 2. ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, p. 72.

32. Carlos Cossio, *Teoría egológica del derecho*, 2. ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, p. 72. No mesmo sentido, Miguel Reale: “Compreender não é ver as coisas segundo nexos causais, mas é ver as coisas na integridade de seus sentidos ou de seus fins, segundo conexões determinadas valorativamente”. E logo: “É mister, pois, distinguir entre as *leis físicas* ou naturais, de ordem *explicativa*, e as *leis culturais* que envolvem uma ‘conexão de sentido’, sendo de ordem *compreensiva*”.

33. Cf. Paul Ricoeur, *Del texto a la acción*, Trad. do francês de Pablo Corona, 2. ed., México: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 132; ou *Do texto à ação*, Trad. Alcino Cartaxo e Maria José Sarabando, Porto: Diagonal, [s.d.], p. 146.

34. A propósito, não exatamente igual, cf. Luís Recasens Siches, *La nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México: Fondo de Cultura Económica, 1956, p. 176: “El juzgar del juez entraña siempre un juicio estimativo, no un juicio cognoscitivo. Con su juicio estimativo el juez expresa o que *se debe hacer* en caso controvertido. El meollo de su fallo es una norma, una norma singular, concreta, pero norma al fin y al cabo, tan norma como un regla general” (itálico do original).

Interpretar o direito é trabalho axiológico, e não puramente lógico, como se se desenrolassem as consequências das leis mercê de simples dedução. A sentença de um juiz é também um trabalho estimativo, de compreensão axiológica, e não mero silogismo.³⁵

12. Vistos, enfim, esses fundamentos da interpretação, podemos agora passar ao aspecto ontológico para saber o que é a interpretação, quais são suas tarefas, objeto de dissonâncias doutrinárias. Advertimos, de início, que não falaremos de interpretação literal, interpretação histórica, interpretação sistemática, interpretação lógica, porque interpretação é um processo que se desenvolve em várias fases; nem falaremos de métodos, porque não têm utilidade prática: “não há em absoluto nenhuma razão justificada para preferir nem em termos gerais nem em situações singulares um método interpretativo a outros. Este é um problema, dizia Schreier, que não pode ser resolvido pela ciência jurídica, nem sequer pode esta oferecer um guia ou orientação sobre tal questão”.³⁶

13. Interpretação jurídica não é um ato de vontade nem de inteligência, mas um processo que começa com a pré-compreensão e termina com a aplicação da regra, processo esse que, segundo Emilio Betti, responde ao problema epistemológico do entender, fenômeno do entender que se opera por meio da linguagem e que não se satisfaz sem a colaboração do intérprete, exigência que parte de um *objeto* constituído de *formas representativas*, nas quais o espírito é objetivado, e alcança um *sujeito*, que é o espírito atual, vivente e pensante, cuja tarefa consiste em tornar a conhecer, a reconhecer naquela objetivação o pensamento que anima, a repensar e reevocar a intenção que ali se revela,³⁷ sem que isso importe na busca da intenção do legislador. Essa é uma concepção compartilhada com o culturalismo, porque “objeto constituído de formas representativas” nada mais é do que objeto cultural, mas, por aí também, tem-se a concepção de que o processo interpretativo é um processo linguístico que envolve, na dialética do mundo dos valores, o sujeito que interpreta e o objeto a ser interpretado.

14. Para Vicente Rao, a

[...] interpretação é a operação lógica que, obedecendo aos princípios e leis científicas ditados pela Hermenêutica e visando a integrar o conteúdo orgânico do direito, apura o sentido e os fins das normas jurídicas ou apura novos preceitos normativos para o efeito de sua aplicação às situações de fato incidentes na esfera do direito.³⁸

Como aqui se cuida da interpretação judicial, é necessário tomar cuidado em face da afirmativa de que a “interpretação é a operação lógica”, porque isso pode confundir

35. Cf. Miguel Reale, *Filosofia do direito*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1965, p. 226.

36. Cf. em Luís Recasens Siches, *La nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México: Fondo de Cultura Económica, 1956, p. 171.

37. Cf. Emilio Betti, *Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici*, 2. ed., Milano: Giuffrè, 1971, p. 10-11.

38. Cf. Vicente Rao, *O direito e a vida dos direitos*, 2. ed., São Paulo: Resenha Universitária, 1977, v. I, t. III, p. 449.

com a concepção mecânica da função jurisdicional entendida como um silogismo. É verdade que a parte final do texto pode obviar essa impressão na medida em que admite, ainda que vagamente, a possibilidade de “apurar novos preceitos normativos”. Isso é problemático, porque o que significa “apurar novos preceitos normativos”? Embora a doutrina hoje aceite facilmente que a função jurisdicional “aporta sempre algo novo, que não estava contido na regra geral”, o certo é que, considerando as peculiaridades de cada ordenamento jurídico, essa criação tem seus limites. No entanto, no momento, deve ser destacado que a interpretação tem por tarefa: a) integrar o conteúdo do direito; b) apurar o sentido das normas jurídicas; e c) apurar os fins das normas jurídicas. No seu momento, vamos ter que verificar se o sentido e os fins são qualificações da norma, ou se a norma já não é em si mesma o sentido dos enunciados jurídicos.

15. Karl Engisch, em algum aspecto, compartilha daquela concepção, mas, no essencial, diverge, porque vincula a interpretação à compreensão, quando diz que

[...] a tarefa da interpretação é fornecer ao jurista o conteúdo e o alcance (extensão) dos conceitos jurídicos. A indicação do *conteúdo* é feita por meio duma definição, ou seja, pela indicação das conotações conceituais (espaço fechado é um espaço que...). A indicação do *alcance* (extensão) é feita pela apresentação de grupos de casos individuais que são de subordinar, quer dizer, subsumir, ao conceito jurídico.³⁹

Aqui ele não fala em “sentido”, porque ele é cético quanto à possibilidade de apreendê-lo, ainda que faça interrogações quanto à tarefa da interpretação de apreendê-lo:

Não tem a interpretação de penetrar mais fundo, não tem ela que apreender o *sentido* dos preceitos jurídicos, não há-de ela tornar-se uma compreensão? Não é verdade que só através da interpretação como compreensão é posto a claro e apreendido o conteúdo material intrínseco das regras jurídicas?

Para responder a essas questões, faz ele a análise do § 259 do Código Penal alemão de 1870 sobre a recepção. Mostra a insuficiência da interpretação gramatical, da sistemática e da história para destacar a preferência pelo chamado “método teleológico de interpretação, o qual procura o fim, a ‘ratio’, o ‘pensamento fundamental’ do preceito legal, e a partir dele determina o seu ‘sentido’”. Tudo isso para concluir que o “sentido” é o fim visado pela lei.⁴⁰ A dificuldade de Engisch é que ele é adepto da subsunção formal, ainda que a chame de “subsunção *nova*” [destaque dele], mas não é de se enganar, porque o “nova” aqui não significa um tipo diferente de subsunção, mas apenas “uma subsunção a fazer pela primeira vez, e não, portanto, como simples repetição rotineira de subsunções que já muitas vezes foram feitas para o caso

39. Cf. Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, 6. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988 (fim do volume), p. 126.

40. Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, 6. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 133.

do mesmo tipo”.⁴¹ Interpretação, para ele, é “pressuposto lógico da subsunção”.⁴² Se parasse por aqui, ainda se poderia pensar numa forma de subsunção que não fosse a premissa menor de um silogismo, mas ele acabou mostrando que a subsunção de que ele estava falando era mesmo esta: “a subsunção contida na premissa menor nos remete para uma ‘interpretação’ da lei e, dessa forma, para uma atividade mental realizada em forma de premissa maior”, “premissa maior... extraída da lei”, “premissa maior correspondente à lei”.⁴³

16. Nosso ilustre Carlos Maximiliano não dizia coisa muito diversa, ao conceber a interpretação como um meio de descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva, e logo depois o respectivo alcance, a sua extensão. “Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, *determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito*.”⁴⁴ No entanto, ele não se deteve aqui, avançou para explicitar, redundantemente, um sentido amplo da interpretação, confundida com explicação:

Interpretar é explicitar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém, [...] Interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta.⁴⁵

17. Até aqui, vimos que a interpretação é concebida como o meio pelo qual se busca determinar o sentido, o alcance, a extensão da “norma”. Miguel Reale fica como que numa faixa de transição entre a interpretação como forma de determinar o sentido do texto legal, por compreensão, e a interpretação como forma de criação normativa. Destacamos uma passagem de uma de suas obras para ilustrar essa observação:

Interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Somente assim ela é aplicável a todos os casos que correspondam àqueles objetivos.⁴⁶

Em seguida, observa que “o primeiro cuidado do hermeneuta contemporâneo consiste em saber qual a finalidade social da lei, no seu todo, pois é o fim que possibilita

41. Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, 6. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 95.

42. Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, 6. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 96.

43. Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, 6. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 116.

44. Cf. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 9. ed., 3. tir., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 1.

45. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 9. ed., 3. tir., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 9-10.

46. Cf. Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, São Paulo: Bushatsky/Edusp, 1973, p. 326.

penetrar na *estrutura de suas significações particulares*. O que se quer atingir é uma correlação coerente entre ‘o todo da lei’ e as ‘partes’ representadas por seus artigos, à luz dos objetivos visados”.⁴⁷ E, finalmente:

Fim da lei é sempre um valor, cuja preservação ou atualização o legislador teve em vista garantir..., assim como também pode ser fim da lei impedir um desvalor. Ora, os valores não se explicam segundo nexos de causalidade, mas só podem ser objetos de um *processo compreensivo* que se realiza através do confronto das partes com o todo e vice-versa.⁴⁸

Aqui o cânone da totalidade, que é uma marca das concepções contemporâneas da hermenêutica e já aparece a ideia de compreensão como elemento do processo interpretativo. Essa ideia apresenta-se mais bem formulada em outra obra, em que afirma que interpretar o direito é trabalho axiológico, não puramente lógico, e a sentença de um juiz é também um trabalho estimativo, de compreensão axiológica, e não mero silogismo, ou seja, interpretar uma lei não é explicá-la, mas compreendê-la.⁴⁹ “O jurista, portanto, realiza um trabalho de compreensão [ou seja, *vê as coisas na integridade de seus sentidos ou de seus fins*], quer dizer de estimativa, procurando interpretar a regra em seu significado, em seu sentido, subordinando-lhe o fato, que a prova retrata, na totalidade de sua força”.⁵⁰ Não é uma doutrina muito distante de Gadamer que repete com frequência que “compreender e interpretar são uma e a mesma coisa”.⁵¹ “Compreender e interpretar estão imbricados de modo indissolúvel” e “Todo compreender [*enfim*] é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no médium de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto e é, ao mesmo tempo, a linguagem própria de seu intérprete”.⁵² “Compreender implica sempre interpretar.”⁵³ Isso, aliás, vem de Heidegger: “Na interpretação, a compreensão se torna ela mesma e não outra coisa”.⁵⁴ “Toda interpretação se funda na compreensão.”⁵⁵ Enfim, “[t]oda compreensão guarda em si a possibilidade de interpretação, isto é, de uma apropriação do que se compreende”.⁵⁶ Voltaremos a Heidegger. Agora interessa destacar o aparecimento de um termo pouco explorado na teoria da hermenêutica: *apropriação*. Só Paul Ricoeur lhe deu atenção para dizer que a interpretação conserva o caráter de apropriação que lhe reconhecia Schleiermacher, Dilthey e Bultmann, entendendo, como tal: “a interpretação de um texto completa-se na

47. Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, São Paulo: Bushatsky/Edusp, 1973, p. 327.

48. Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, São Paulo: Bushatsky/Edusp, 1973, p. 328.

49. Cf. Miguel Reale, *Filosofia do direito*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1965, p. 226 e 229.

50. Miguel Reale, *Filosofia do direito*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1965, p. 229.

51. Cf. Hans-Georg Gadamer, *Verdade e método*, 4. ed., Petrópolis: Vozes, 2002, v. I, p. 566.

52. Hans-Georg Gadamer, *Verdade e método*, 4. ed., Petrópolis: Vozes, 2002, v. I, p. 566 e 567.

53. Hans-Georg Gadamer, *Verdade e método*, 4. ed., Petrópolis: Vozes, 2002, v. I, p. 581.

54. Martin Heidegger, *Ser e tempo*, Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback, 12. ed., Petrópolis: Vozes, 2002, v. I, p. 204.

55. Martin Heidegger, *Ser e tempo*, Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback, 12. ed., Petrópolis: Vozes, 2002, v. I, p. 211.

56. Martin Heidegger, *Ser e tempo*, Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback, 12. ed., Petrópolis: Vozes, 2002, v. I, p. 218.

interpretação de si de um sujeito que doravante se compreende melhor, se compreende de outro modo, ou que começa mesmo a compreender-se”.⁵⁷ Noutra passagem afirma que interpretar é apropriarmo-nos aqui e agora (“hic et nunc”) da “intenção do texto”.⁵⁸ Em algum momento teremos que voltar a essa concepção para verificar o que é isso de “intenção do texto”.

18. Essa conexão entre compreensão e interpretação é uma questão líquida na doutrina contemporânea. Controvérsia forte ainda existe quanto a saber se a interpretação deve ou não ser criativa. Uma *concepção estática* dirá que a interpretação jurídica não deve ser criativa. Tal é o pensamento dos adeptos da teoria subjetiva, os originalistas⁵⁹ e favoráveis à tese de que a tarefa da interpretação é a de descobrir a intenção do legislador ou do constituinte; mesmo certos adeptos da teoria objetiva, segundo os quais a função da interpretação deve limitar-se a descobrir o significado de uma regra, oculto em sua formulação linguística. Uma *concepção dinâmica* sustenta, ao contrário, que a interpretação jurídica deve ser criativa e o intérprete, um colaborador do legislador criando novas regras adaptadas a situações novas.⁶⁰ São, portanto, duas tendências básicas, quais sejam: a) “a interpretação como o descobrimento do significado inerente à regra legal interpretada e considera a atividade interpretativa como a reconstrução desse significado”; e b) “a interpretação como a atribuição de um significado (determinada por vários fatores) à regra legal, e considerada a interpretação como uma atividade criadora similar e análoga à do legislador”.⁶¹ A terminologia do autor, na versão espanhola, é questionável, mas aqui agora só interessa discutir a função da interpretação. Quando tratarmos especificamente da interpretação constitucional, teremos que nos deter um pouco mais sobre o originalismo e a intenção do legislador e do constituinte. Por isso, não vamos mais cuidar dele nesta oportunidade. Só vamos examinar aqui as diversas correntes em que se divide a segunda tendência supramencionada.

19. Uma passagem de Jerzy Wróblewski observa que, segundo uma ideologia dinâmica, a interpretação deve ser criativa⁶² e o intérprete, um colaborador do legisla-

57. Cf. Paul Ricoeur, *Do texto à acção*, Trad. Alcino Cartaxo e Maria José Sarabando, Porto: Diagonal, [s.d.], p. 155, ou *Del texto a la acción*, Trad. do francês de Pablo Corona, 2. ed., México: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 141.

58. Cf. Paul Ricoeur, *Do texto à acção*, Trad. Alcino Cartaxo e Maria José Sarabando, Porto: Diagonal, [s.d.], p. 158, e *Del texto a la acción*, Trad. do francês de Pablo Corona, 2. ed., México: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 144.

59. Cf. para um primeiro contato com o originalismo, Miguel Beltrán de Felipe, *Originalismo e interpretación: Dworkin vs. Bork: uma polémica constitucional*, Madrid: Civitas, 1989. Adiante o tema será discutido mais a fundo (cf. n. 3 do Capítulo 1 do Título 2 desta Terceira Parte).

60. Cf. Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid: Civitas, 1988, p. 85.

61. Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid: Civitas, 1988, p. 18 e 86.

62. É bom tomar cuidado com o conceito de “interpretação criativa” da concepção de Ronald Dworkin, que não tem nada a ver com o sentido que essa expressão tem na teoria hermenêutica. Como se verá do texto, “interpretação criativa” de que falamos é aquela que gera um produto para além da simples definição da significação do enunciado jurídico. Em Dworkin, “interpretação criativa” não é

dor criando regras adaptadas a situações novas, mas, dentro destas, há correntes ainda próximas de uma ideologia estática, para a qual o significado é a vontade do legislador histórico, enquanto outras dela se distanciam até de forma mais radical. É que, como lembra Umberto Eco, um texto, depois de separado de seu autor e das circunstâncias concretas de sua criação, flutua (por assim dizer) no vácuo de um leque potencialmente infinito de interpretações possíveis.⁶³ É nesse flutuar do texto que navegam correntes interpretativas de matizes os mais diversos. Correntes mais conservadoras não admitem interpretação criativa, para as quais as decisões do intérprete, judicial especialmente, devem fundar-se numa atividade puramente mecânica de subsunção formal de caráter silogístico. As correntes que admitem que a interpretação deve ser criativa variam de moderadas, que aceitam as mutações de sentido nos limites de sua conformação a novas circunstâncias em razão de mutações contextuais, até as mais avançadas, que não só admitem, mas defendem e reclamam interpretações criativas até o ativismo judicial.

20. Em geral, entende-se que uma decisão interpretativa é criativa se sua formulação não está determinada pelo direito, senão que exige opções (valorações) do intérprete e se não se a considera o estabelecimento do significado de uma regra só para uma situação concreta.⁶⁴ Já dissemos, em outro lugar, que a interpretação, como tal, não pode mudar a Constituição, só por si. A interpretação jurídica, em qualquer de suas formas, é um modo de compreensão, que é uma modalidade de conhecimento. Isso quer dizer que a interpretação busca conhecer o objeto do conhecimento, tal como se apresenta, ou seja, sem modificá-lo. Ela pode mostrar que o objeto a ser conhecido se transformou, quer porque a realidade a que se referia evoluiu e requer que o objeto normativo se acomode a ela, se tiver elasticidade suficiente para tanto, ou porque palavras ou expressões normativas sofreram mudanças semânticas que exigem que o seu novo sentido seja explicitado pela interpretação. É especialmente nessa hipótese que se diz que o significado da Constituição dos Estados Unidos da América é hoje muito diferente do original. Aí a interpretação, especialmente a judicial, exerce um papel fundamental de adaptação das normas constitucionais às exigências de novos conceitos da realidade por elas pensadas.

É bem verdade que os processos de interpretação integrativa, por analogia, ou por extensão normativa, podem modificar o alcance de normas constitucionais. O exemplo que sempre se oferece é o referente à cláusula de comércio nos EUA. Segundo o n. 3 da Seção VIII da Constituição norte-americana, compete ao Congresso dos EUA regular o comércio com as nações estrangeiras, entre os diversos Estados e com as tribos de índios. Aí não entra expressamente o comércio interestadual, mas o intenso desenvolvi-

isso. Ele chama de “criativas” a interpretação artística e a interpretação de prática social apenas para diferenciá-las da que ele denomina interpretação científica (*Law's empire*, Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 50; *El imperio de la justicia*, Trad. inglês por Claudia Ferrari, Barcelona: Gedisa, 1988, p. 47).

63. Cf. Umberto Eco, *Interpretação e superinterpretação*, São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 48.

64. Cf. ainda Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid: Civitas, 1988, p. 83.

mento econômico dos EUA levou a Corte Suprema a interpretar a palavra “comércio” do dispositivo como abrangente de muitas realidades que antes não eram incluídas no conceito de comércio interestadual, inclusive aspectos do comércio intraestadual.⁶⁵

A interpretação incorreta, que importe em mudar a Constituição, é inconstitucional, mas tem havido situações dessa natureza.

21. As interpretações criativas mais avançadas e mais controvertidas são aquelas que criam novos direitos, mormente direitos constitucionais, como as criações de direito da Corte Suprema dos Estados, sob o *Chief Justice* Earl Warren, e do Conselho Constitucional da França, conforme já mostramos antes e ainda teremos que voltar a eles. Outro grupo de interpretações criativas importantes são as *construtivas*. Esclareça-se, desde logo, que a *interpretação construtiva* de que aqui se vai falar não tem nada a ver com o propalado construtivismo de Dworkin, para quem, “[e]m largos traços, a interpretação construtiva é uma questão de um propósito imposto a um objeto ou prática para fazer do mesmo o melhor exemplo possível da forma ou gênero ao qual pertence”.⁶⁶ Doutrina sem qualquer utilidade para nós. Aqui se tratará da *construção constitucional* que, como visto em outra oportunidade, forma-se por via de *interpretação construtiva* da Constituição, que, na lição de Milton Campos, “é outro processo fecundo de adaptação dos textos constitucionais permanentes à realidade em transformação constante. O juiz não pode ser um aplicador frio da letra das leis”, pois, “sob o impacto de circunstâncias não previstas pelo legislador, há de ver na lei, não uma letra morta, mas um tecido vivo, capaz de reações novas ante a provocação de situações supervenientes”.⁶⁷

A *construção constitucional* é uma forma de interpretação fecunda na medida em que, partindo de uma compreensão sistemática de princípio e enunciados constitucionais genéricos, constrói instituições explicitamente não previstas. Como qualquer forma de construção, também a *construção constitucional* consiste na reunião de vários elementos numa edificação unitária. A mais fantástica construção constitucional, de repercussão universal, deu-se com a criação do instituto do controle de constitucionalidade das leis, pela sentença do *Chief Justice* Marshall, em 1803, na Corte Suprema dos EUA, partindo da ideia de que o Poder Legislativo é um poder definido e limitado, a Constituição é uma lei superior, se ela puder ser modificada pela lei ordinária, então as Constituições escritas serão absurdas tentativas feitas pelo povo para limitar um poder em sua natureza ilimitável.⁶⁸

65. Cf. ampla discussão do tema em Edward S. Corwin, *A Constituição norte-americana e seu significado atual*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986, p. 47 e ss., e também em K. C. Whaere, *Las constituciones modernas*, Barcelona: Labor, 1975, p. 111 e ss.

66. Cf. Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, Trad. inglês por Claudia Ferrari, Barcelona: Gedisa, 1988, p. 48, e *Law's empire*, Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 52: “Roughly, constructive interpretation is a matter of imposing purpose on a object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong”.

67. Cf. Milton Campos, *Constituição e realidade*, RF 187/21. José Afonso da Silva, *Poder constituinte e poder popular*, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 293.

68. Cf. em Saul K. Padover, *A Constituição viva dos Estados Unidos*, São Paulo: Ibrasa, 1964, p. 89-93, a transcrição integral da famosa sentença de Marshall.

O Judiciário brasileiro não é fértil em construção constitucional, nem esta é um procedimento cotidiano. Aqui, foi fértil a construção da chamada doutrina brasileira do *habeas corpus*, estendendo-o à proteção dos direitos pessoais líquidos e certos, quando ele se destinava, como se destina, a proteger a liberdade pessoal de locomoção. Dessa doutrina surgiu o mandado de segurança. Antes, também vimos que outra construção constitucional interessante foi a da figura do *interventor*.⁶⁹ Podemos incluir como construção constitucional a decisão do Supremo Tribunal Federal que possibilitou a união estável entre homossexuais. A propósito, vale lembrar que a Constituição só autoriza a “união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar” (art. 226, § 3º), sem abrir exceção explícita para “união estável entre homossexuais”. Em razão disso, o art. 1.723 do Código Civil dispôs: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre *homem e mulher*, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Como se vê, por aí não havia como aceitar a união estável entre pessoas do mesmo sexo. O Plenário do Supremo Tribunal Federal deu interpretação construtiva aos textos pertinentes para admitir a união estável entre pessoas homoafetivas, conforme a seguinte síntese:

A norma constante do art. 1.723 do Código Civil [...] não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal [...]. No mérito, prevaleceu o voto proferido pelo Min. Ayres Britto, relator, que dava interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do CC para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.⁷⁰

22. Importante corrente tem definido um tipo especial de interpretação criativa, cuja premissa básica assim podemos resumir: *a interpretação cria a norma*. Um resumo apertado de Guastini põe-nos diante do problema: “A disposição é um enunciado que constitui o objeto da interpretação. A norma é um enunciado que constitui o produto, o resultado da interpretação. Nesse sentido, as normas – por definição – variáveis dependentes da interpretação”.⁷¹ Ao contrário, pois, da doutrina tradicional, segundo a qual normas são pré-constituídas à interpretação e à aplicação e “a interpretação é concebida como conhecimento de normas belas e feitas, e não como construção de normas a partir dos textos”.⁷² É uma doutrina que distingue radicalmente texto e norma, ainda que afirme que não existem normas sem uma disposição que a formule e exprima, como a disposição é tida como enunciado normativo, conclui-se que não existem normas sem

69. Saul K. Padover, *A Constituição viva dos Estados Unidos*, São Paulo: Ibrasa, 1964, p. 210-211.

70. Para mais desenvolvimento do tema cf. n. 42 e n. 43 do Capítulo IV do Título II desta mesma Terceira Parte.

71. Cf. Riccardo Guastini, *Das fontes às normas*, Trad. italiano por Heleno Taveira Tôres, São Paulo: Quatier Latin, 2005, p. 28. A doutrina não é criação original de Riccardo Guastini, mas do seu mestre Giovanni Torello, *L'interpretazione della legge*, Milano: Giuffrè, 1980.

72. Riccardo Guastini, *Das fontes às normas*, Trad. italiano por Heleno Taveira Tôres, São Paulo: Quatier Latin, 2005, p. 29.