

1ª edição, 02.2005

ISBN: 85-7420-626-1

# INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA  
(organizador)

1ª edição, 2ª tiragem

Direitos reservados desta edição por  
MALHEIROS EDITORES LTDA.  
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171  
CEP 04531-940 — São Paulo — SP  
Tel.: (0xx11) 3078-7205  
Fax: (0xx11) 3168-5495  
URL: [www.malheiroseditores.com.br](http://www.malheiroseditores.com.br)  
e-mail: [malheiroseditores@terra.com.br](mailto:malheiroseditores@terra.com.br)

Composição  
Acqua Estúdio Gráfico Ltda.

Capa  
Criação: Vânia Lúcia Amato  
Arte: PC Editorial Ltda.

MALHEIROS  
EDITORES

Impresso no Brasil  
Printed in Brazil  
04.2007

## INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E SINCRETISMO METODOLÓGICO\*

VIRGILIO AFONSO DA SILVA

1. Introdução. 2. O local e o universal. 3. Os princípios de interpretação constitucional: 3.1 Unidade da constituição: 3.1.1 Ausência de hierarquia – 3.1.2 Proibição de interpretação isolada – 3.2 Concordância prática – 3.3 Conformidade funcional – 3.4 Efeito integrador – 3.5 Máxima efetividade – 3.6 Força normativa da constituição – 3.7 Interpretação conforme a constituição. 4. Métodos de interpretação e sincretismo metodológico: 4.1 Delimitação ou sopesamento?. 5. Interpretação e interpretação constitucional. 6. O futuro da interpretação constitucional: um breve programa.

“Possibly there is no room for a truly universal theory [of the constitutional interpretation]. After all, the law, including constitutional law, can vary from country to country, and from period to period even in one country. Even the most basic understanding of the constitution and its role in the life and law of a country may be different in different countries. *How can there be a theory of constitutional interpretation that spans all these differences?*” (Joseph Raz, “On the authority and interpretation of constitutions: some preliminaries”, in Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, p. 152)

\* Aos críticos primeiros leitores e amigos Conrado Hübner Mendes e Diogo Rosenthal Coutinho fica, aqui, meu agradecimento. A Conrado Hübner fica também o agradecimento pela oportunidade que me ofereceu para discutir este texto com os alunos da Escola de Formação (2003) da *Sociedade Brasileira de Direito Público* (sbdp). A todos esses alunos, que livremente exerceram seu espírito crítico, sem se satisfazer com argumentos de autoridade, é dedicado este artigo. Também tive a oportunidade de debater as idéias aqui defendidas com meus colegas do grupo de pesquisa da Escola de Direito de São Paulo (FGV/EESP). Na medida do possível, procurei aperfeiçoar o texto com base nos comentários feitos.

## 1. Introdução

Uma das certezas mais difundidas no direito constitucional brasileiro atual está ligada à forma de interpretação da constituição. Nesse campo há uma divisão facilmente perceptível entre o arcaico e o moderno. *Arcaico* é crer que a interpretação da constituição deve ser feita segundo os cânones sistematizados por Savigny ainda na metade do século XIX.<sup>1</sup> *Moderno* é condenar os métodos tradicionais e dizer que eles, por terem caráter exclusivamente privatista, não são as ferramentas adequadas para a interpretação da constituição. Ser *moderno* é, em suma, falar em *métodos* e *princípios* de interpretação *exclusivamente* constitucional.<sup>2</sup>

Uma breve olhada nos tópicos deste artigo pode, talvez, passar a falsa impressão de que farei, aqui, mais uma apologia a esses métodos e princípios *exclusivos* do direito constitucional. Não é o caso. Diante das minhas dúvidas acerca desses princípios e métodos de interpretação constitucional, e de sua função no discurso jurídico, não me furtarei a fazer, aqui, uma análise sobre o tema. Nesse sentido, este trabalho é menos uma proposição de novos métodos, e mais uma tentativa de análise sistemática do estágio atual da discussão.<sup>3</sup>

Não é difícil perceber que a doutrina jurídica recebe de forma muitas vezes pouco ponderada as teorias desenvolvidas no exterior. E, nesse cenário, a doutrina alemã parece gozar de uma posição privilegiada, já que, por razões desconhecidas, *tudo* o que é produzido na literatura jurídica germânica parece ser encarado como revestido de uma aura de cientificidade e verdade indiscutíveis. No âmbito da interpretação constitucional o caso pode ser considerado como ainda mais peculiar, já que não se trata da recepção de um modelo teórico

1. Deixando de lado as possíveis variações terminológicas, os cânones de interpretação sistematizados por Savigny são: interpretação gramatical, lógica, histórica e sistemática (cf. Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, pp. 212 e ss.).

2. “Moderno” é, aliás, um adjetivo usado quase sempre como sinônimo de “argumento de autoridade”. Opinião abalizada é aquela que segue a “doutrina mais moderna”, que nada mais é do que aquela defendida por quem usa essa expressão. Falar em “direito constitucional moderno” ou em “princípios da moderna interpretação constitucional” é, assim, uma forma de se autolegitimar.

3. Cf., contudo, algumas proposições programáticas, no último tópico deste artigo.

*enraizado* e *sedimentado* em um determinado país. É possível que se suponha que os “novos” métodos de interpretação constitucional sejam métodos longamente desenvolvidos pela doutrina jurídica alemã e aplicados sistematicamente pelo Tribunal Constitucional daquele país. Não o são. Nesse caso, não se pode falar de uma “importação” de um *modelo alemão* de interpretação constitucional. E por uma razão óbvia: um tal modelo não existe. Os *princípios* de interpretação constitucional a que a doutrina brasileira, de forma praticamente uniforme, faz referência são aqueles referidos por Konrad Hesse em seu manual de direito constitucional.<sup>4</sup> No caso dos *métodos* a referência baseia-se no famoso artigo de Ernst-Wolfgang Böckenförde sobre métodos de interpretação constitucional.<sup>5</sup> A partir dessa constatação – que será, ainda, discutida mais adiante –, formulo algumas perguntas que servirão de base para a análise contida neste trabalho:

(1) Podem ser esses métodos e princípios considerados como *universais*?

(2) Podem ser eles ao menos considerados como métodos e princípios de interpretação *da Constituição Alemã*?

(3) Têm eles realmente algum significado especial para a interpretação constitucional?

(4) Há como se falar, de forma genérica, em princípios de interpretação constitucional?

(5) São os métodos compatíveis entre si? São eles compatíveis com os princípios de interpretação constitucional?

Tendo como fio condutor essas perguntas, o estudo que se segue está estruturado da seguinte forma: o tópico 2 é dedicado a uma indagação acerca da importância e da difusão do catálogo de princípios de interpretação constitucional de Hesse em seu país de origem; o tópico 3 e seus subtópicos ocupam-se de uma breve análise de cada um desses princípios de interpretação; no tópico 4 a discussão concentra-se no problema dos métodos de interpretação e da compatibilidade

4. Cf. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, § 2, III, ns. de margem 70 e ss., pp. 26 e ss.

5. Cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Die Methoden der Verfassungsinterpretation: Bestandaufnahme und Kritik”, in *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, pp. 56 ss.

entre eles; como conclusão (tópico 5), são feitas breves considerações sobre algumas razões da busca por métodos exclusivamente constitucionais; por fim, no último tópico (6) é sugerido um programa para a discussão vindoura acerca do tema interpretação constitucional.

## 2. O local e o universal

Não há indícios de que Hesse quisesse criar uma *teoria geral* da interpretação constitucional. O título do seu manual, por si só, já aponta para uma confirmação disso. Trata-se de um curso de direito constitucional *alemão*.<sup>6</sup> Nessa obra, Hesse elenca os seguintes *princípios* de interpretação constitucional: (1) *unidade da constituição*; (2) *concordância prática*; (3) *conformidade funcional*; (4) *efeito integrador*; (5) *força normativa da constituição*.

Uma lista *semelhante* é difícil de ser encontrada em outras obras de direito constitucional alemão. Uma breve análise dos principais compêndios de direito constitucional alemão pode dar uma idéia disso. Não se pretende, aqui, fazer um estudo baseado em manuais universitários.<sup>7</sup> Mas, visto que normalmente tais obras pretendem fornecer uma visão global de um determinado ramo do direito em um determinado país, é de se esperar que, no caso do direito constitucional, tais princípios de interpretação sejam *ao menos mencionados* nesse tipo de trabalho. Entretanto, procurar por esses *princípios* nesses manuais pode ser considerada uma tarefa frustrante, e apenas contribuirá para solidificar a idéia de que esses *princípios de interpretação constitucional*, que no Brasil são recebidos como se fossem moeda corrente na Alemanha, são apenas a sistematização das idéias de um único autor: Konrad Hesse.

Peter Badura, por exemplo, dedica dois tópicos de seu manual à interpretação constitucional, e fala até mesmo em *princípios de interpretação constitucional*. Sobre os princípios enumerados por Konrad Hesse há, no entanto, apenas uma breve menção à unidade da consti-

6. É claro que não é o simples fato de Hesse limitar o âmbito de sua obra ao Direito Alemão que impede que ela tenha importância na discussão sobre outros ordenamentos jurídicos. A fundamentação da crítica a seus princípios é mais complexa, como se verá no correr deste artigo.

7. V., sobre isso, a nota de rodapé 16, *infra*.

tuição.<sup>8</sup> Maunz e Zippelius, que também dedicam um tópico à interpretação constitucional, igualmente não mencionam os princípios acima elencados.<sup>9</sup> Em Pieroth e Schlink pode ser encontrada apenas uma referência à interpretação sistemática, que não faz parte do rol dos “modernos” métodos de interpretação constitucional.<sup>10</sup> Stein e Frank mencionam também apenas métodos “arcaicos”, como interpretação gramatical, histórica e teleológica.<sup>11</sup>

Mais interessante – ou mais frustrante, caso o objetivo seja encontrar alguma referência aos princípios de interpretação constitucional aqui discutidos – é a leitura da coletânea de ensaios sobre o tema organizada por Ralf Dreier e Friedrich Schwegmann, exatamente na época em que essa discussão estava no seu auge na Alemanha, há mais de um quarto de século.<sup>12</sup> A coletânea reúne trabalhos dos juristas que, até então, haviam produzido relevantes trabalhos sobre o tema, incluindo os dois trabalhos de Peter Schneider e Horst Ehmke, intitulados exatamente “Princípios da interpretação constitucional”, apresentados em 1961 no congresso anual da *Associação Alemã dos Professores de Direito do Estado*.<sup>13</sup> Entretanto, nessa coletânea podem ser encontradas apenas algumas breves referências à unidade da constituição. O mesmo ocorre com o artigo de Gerd Roellecke sobre os *princípios de interpretação constitucional* na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.<sup>14</sup> E nas decisões desse Tribunal as referências à unidade da constituição são quase sempre no sentido de interpretação sistemática.<sup>15</sup>

8. Cf. Peter Badura, *Staatsrecht: Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, pp. 15 e ss., tópicos A14 e A15.

9. *Deutsches Staatsrechts*, § 7 I, pp. 43 e ss.

10. Cf. Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, p. 73, Rn. 318 e ss.

11. Cf. Ekkehart Stein, *Staatsrecht*, 18ª ed., § 6, II, pp. 33 e ss.

12. Cf. Ralf Dreier e Friedrich Schwegmann, *Probleme der Verfassungsinterpretation: Dokumentation einer Kontroverse*, 1976.

13. Além dos trabalhos de Schneider e Ehmke, a coletânea reúne obras de Ernst Forsthoef, Alexander Hollerbach, Peter Lerche, Herbert Krüger, Christian von Pestalozza, Martin Kriele, Friedrich Müller, Ernst-Wolfgang Böckenförde e Peter Häberle.

14. “Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, pp. 31 e ss.

15. Sobre essa associação entre *unidade da constituição* e *interpretação sistemática* cf. tópico 3.1.2 deste artigo.

Na literatura brasileira, contudo, a mesma lista ou listas quase idênticas podem ser encontradas em profusão.<sup>16</sup> Quando por aqui se fala em princípios de interpretação, fala-se sempre em: unidade da constituição, efeito integrador, máxima efetividade, conformidade funcional, concordância prática, força normativa da constituição e interpretação conforme a constituição. São sempre os mesmo sete princípios – ao rol de Konrad Hesse, como se vê, a doutrina brasileira acrescenta dois outros princípios: o da *máxima efetividade* e o da *interpretação conforme a constituição* –, sempre nos mesmos termos, quase sempre até mesmo na mesma ordem.

Por que esse rol de princípios, que tem um papel tão secundário em seu país de origem – se é que desempenha realmente algum papel –, faz tanto *sucesso* no Brasil? A mim me parece que se trata, no campo do direito constitucional, de uma *busca por emancipação* e de um certo *anseio por modernidade*, que conseguem ser satisfeitos quando reproduzimos – ainda que irrefletidamente – aquilo a que temos acesso, normalmente com mais de 20 anos de atraso. Nesse cenário, como já dito acima, a doutrina alemã vem desempenhando um papel cada vez maior.<sup>17</sup>

A propagação que os “princípios de interpretação constitucional” alcançaram no Brasil pode ser considerada, por isso, exacerbada.<sup>18</sup> Mas

16. Cf., por exemplo, Inocêncio Mártires Coelho, *Interpretação Constitucional*, pp. 130-141, e “Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política?”, pp. 60; Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional Administrativo*, pp. 64-65; Paulo Arminio Tavares Buechele, *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*, pp. 98-110; Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*, pp. 94-100; Willis Santiago Guerra Filho, *Teoria Processual da Constituição*, 2ª ed., pp. 178-182; Rogério Gesta Leal, *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*, pp. 154-155; Fernando Luiz Ximenes Rocha, “Hermenêutica constitucional”, pp. 111-115; Francisco Meton Marques de Lima, *O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional*, pp. 325-329; George Salomão Leite, *Interpretação Constitucional e Tópica Jurídica*, pp. 48-50; Amandino Teixeira Nunes Jr., “A moderna interpretação constitucional”, *Revista da Procuradoria-Geral do INSS* 8/60-62. Essa lista é apenas exemplificativa, mas dá uma idéia da divulgação do catálogo de Konrad Hesse no Brasil. A mesma lista integra também currículos de faculdades de Direito e é, até mesmo, estudo obrigatório para candidatos a alguns concursos públicos.

17. A ponto de ser quase que obrigatória a citação de expressões em Alemão para que um trabalho seja digno de nota.

18. Uma amostra interessante da discrepância entre a recepção das idéias de Hesse na Alemanha e no Brasil – e também da obrigatoriedade do uso de expressões

a pouca difusão que esse rol de princípios de interpretação alcançou em seu próprio país de origem não seria, em si, um problema, não fosse também a *pouca importância prática* que esses princípios têm para a interpretação constitucional.<sup>19</sup> A uma análise mais detida de cada um deles, dando ênfase ao que costuma ser considerado mais importante – a unidade da constituição –, serão dedicados os próximos tópicos.

### 3. Os princípios de interpretação constitucional

A tese aqui defendida – a de que os difundidos “princípios de interpretação constitucional” não desempenham papel relevante na interpretação da constituição – baseia-se em algumas premissas centrais, que ficarão claras ao longo dos próximos tópicos. Em linhas gerais, a irrelevância desses princípios é revelada quando se percebe que alguns deles em nada se diferenciam dos cânones tradicionais de interpretação. Mas a irrelevância pode basear-se também na impossibilidade de aplicação desses princípios em conjunto com outras práticas ou métodos de interpretação constitucional.

#### 3.1 Unidade da constituição

Nem sempre se quer dizer a mesma coisa quando se fala em “unidade da constituição”. Normalmente se quer dizer simplesmente que o intérprete deve considerar as normas constitucionais não como isoladas e dispersas, mas como preceitos integrados – evitando-se, assim, contradições internas no seio da constituição.<sup>20</sup> Sentido diverso pode

alemãs – pode ser obtida via Internet. Em qualquer serviço de busca, basta pesquisar, por exemplo, os termos *Hesse, Einheit der Verfassung* (“unidade da constituição”) e *normative Kraft der Verfassung* (“força normativa da constituição”). Mesmo consultando esses “princípios” apenas em Alemão, o resultado é inusitado: somente serão encontradas páginas brasileiras.

19. Em sentido diametralmente oposto vai a tese de Canotilho, que afirma que esse catálogo de princípios “tornou-se um ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª ed., p. 1.096).

20. Cf., por todos, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional ...*, 5ª ed., pp. 1.096-1.097; Willis Santiago Guerra Filho, *Teoria Processual da Constituição*, 2ª ed., p. 178. Na origem, cf. *BVerfGE* 1, 14 (32), e Konrad Hesse, *Gründzüge des Verfassungsrechts ...*, § 2, III, 71, p. 27.

ser encontrado na formulação de Luís Roberto Barroso, que confere ao conceito de “unidade da constituição” um outro significado: a inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais.<sup>21</sup> Examinarei essas duas concepções nos tópicos abaixo, começando pela última.

### 3.1.1 Ausência de hierarquia

Quando se fala que não há hierarquia entre as normas constitucionais, pode querer-se, com isso, dizer que não há hierarquia formal ou que não há hierarquia material.

(a) *Hierarquia formal*: intuitivamente é possível crer que as normas constitucionais estejam todas no mesmo nível hierárquico e que, pelo menos formalmente, nenhuma seria superior a outra. Mas não é difícil contradizer essa intuição. Basta que nos indaguemos acerca da fundamentação dessa hierarquia formal. Quando se diz que a constituição é formalmente superior às leis ordinárias, essa hierarquia tem uma base clara: alterar a constituição requer um procedimento mais difícil que o necessário para alterar as leis ordinárias. Se esse é o fundamento da hierarquização da supremacia constitucional, fica fácil perceber que no seio da constituição, há, sim, normas formalmente superiores a outras. Essas normas são as que estão protegidas contra emendas constitucionais e a própria norma que disciplina o procedimento de emenda à constituição.<sup>22</sup> Somente se se parte do pressuposto de que essas normas são, de alguma forma, superiores às demais normas constitucionais é possível entender a razão pela qual as emendas constitucionais que pretendam alterar as chamadas “cláusulas pétreas” são inconstitucionais, enquanto as emendas que alterem os artigos que não estejam entre essas cláusulas são permitidas. Se “unidade da constituição” significa ausência de hierarquia, não é possível, então, que a referência seja à hierarquia formal.

É claro que se poderá argumentar que, quando se aceita uma hierarquia formal no seio da constituição, necessário seria também

21. Cf. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*, p. 187. No mesmo sentido: Gilberto Bercovici, “O princípio da unidade da constituição”, *Revista de Informação Legislativa* 145/97; Wilson Steinmetz, *Colisão de Direitos Fundamentais ...*, p. 94.

22. Cf., sobre o tema, Virgílio Afonso da Silva, “Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado”, *RDA* 226/11-32.

aceitar a possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais. Não há, contudo, razão para tanto. Como ficou claro acima, essa hierarquia a que me refiro somente tem conseqüências quando do processo de mudança constitucional – o que só autorizaria um juízo de inconstitucionalidade de normas constitucionais supervenientes, e não entre as normas da constituição “original”.<sup>23</sup> Essa ressalva não impede, todavia, que se fale em hierarquia formal no seio da constituição.

(b) *Hierarquia material*:<sup>24</sup> mais complexa parece ser a discussão acerca da existência de normas constitucionais que, em razão da sua matéria, sejam mais importantes que outras. Essa complexidade é também apenas aparente. Ninguém ignora que, com relação a algumas normas, seria muito difícil, pelo menos em abstrato, chegar a uma conclusão sobre uma relação de maior ou menor importância.<sup>25</sup> Ninguém ignora, por exemplo, que qualquer proposição sobre a superioridade ou inferioridade material do direito de propriedade sobre o direito de igualdade implicaria uma discussão político-ideológica que dificultaria qualquer consenso. Esses exemplos extremos não são suficientes, contudo, para que se possa afirmar que não há normas constitucionais mais importantes que outras. Ou será que alguém contestaria a tese de que a norma contida no art. 5º, II, da CF – segundo a qual “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” – é mais importante e está, portanto, em um nível hierárquico materialmente superior ao da norma contida no art. 242, § 2º, que prevê a manutenção do Colégio Pedro II na órbita federal?

23. Sobre o tema, na jurisprudência do STF, cf. *RTJ* 163/872.

24. A expressão “hierarquia material” é utilizada, aqui, por mero paralelismo com a idéia de *hierarquia formal*. Com “hierarquia material” quer-se dizer, somente, que seria possível decidir, em alguns casos, que algumas normas são mais importantes que outras. Não se pretende, contudo, fazer uma classificação hierarquizada, hermetica e imutável de valores constitucionais, nem defender a possibilidade de uma tal classificação – pois isso, obviamente, entraria em choque com a possibilidade de sopesamento de princípios em cada caso concreto.

25. Mas até mesmo essa dificuldade pode ser bastante relativizada, visto que comparações abstratas de valores têm uma importância quase desprezível na tomada de decisões. Uma classificação em abstrato das normas constitucionais quanto à sua importância pode ter, quando muito, um valor argumentativo quando da decisão, em concreto, sobre relações de prevalência entre elas. Sobre isso, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, pp. 179 e ss.

É interessante notar que a superioridade material de algumas normas constitucionais em relação a outras é defendida *justamente na decisão do Tribunal Constitucional Alemão que muitos costumam usar como fundamento da unidade da constituição*.<sup>26</sup> O trecho normalmente citado por quem usa essa decisão com esse fim é o seguinte: “Uma disposição constitucional não pode ser considerada isoladamente e nem interpretada somente a partir de si mesma. Ela está em uma conexão de sentido com os demais preceitos constitucionais, que representam uma unidade interna”.<sup>27</sup>

No entanto, a decisão vai mais além. A frase seguinte é: “Do conteúdo total da constituição depreendem-se certos princípios e decisões jurídico-constitucionais, aos quais as demais disposições constitucionais estão subordinadas”.<sup>28</sup>

Pouco mais adiante, a conclusão: “Disso resulta que cada disposição constitucional deve ser interpretada *de forma que seja compatível com aqueles princípios constitucionais e decisões fundamentais do legislador constitucional*”.<sup>29</sup>

E não é só a tão citada decisão do Tribunal Constitucional Alemão que contraria a tese da inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais.

Parece interessante também, neste ponto, transcrever a concepção de Klaus Stern, já que ele é um dos autores mais citados, no Brasil, como “argumento de autoridade” contra a existência de hierarquia entre as normas constitucionais. Stern, contudo, pondera: “Isso [a unidade da constituição] poderia dar a impressão de que todas as normas constitucionais estejam, com relação a grau hierárquico, tipo e importância, no mesmo nível.

26. Cf. BVerfGE 1, 14.

27. BVerfGE 1, 14 (32) (as traduções de todas as citações deste trabalho são minhas).

28. BVerfGE 1, 14 (32) – sem grifos no original. Um indício de que há princípios e decisões fundamentais em um nível hierárquico superior às demais normas constitucionais reside, segundo o mesmo Tribunal Constitucional, ou pelo menos segundo sua 2ª Seção, no fato de que a Constituição Alemã, em seu art. 79, 3, protege algumas disposições constitucionais contra emendas. Esse art. 79, 3, é o equivalente ao art. 60, § 4º, da CF Brasileira.

29. BVerfGE 1, 14 (32-33) – sem grifos no original. Em sentido diverso, contudo, cf. BVerfGE 3, 225 (231).

É certo que a Lei Fundamental rompeu com a distinção, típica da Constituição de Weimar, entre proposições programáticas e normas vinculantes. Mas, mesmo que todas as normas da Constituição atual sejam normas vinculantes, não são elas, todavia, do mesmo tipo, *nem estão no mesmo nível hierárquico*.<sup>30</sup>

Além disso – e talvez ainda mais importante –, caso se levasse realmente a sério a tese de que não pode haver diferença de importância entre as normas constitucionais, não haveria como fundamentar a prevalência de uma norma sobre outra nos casos de colisão normativa. Se uma norma prevalece sobre outra, *só pode ser porque ela tenha sido considerada mais importante*, ainda que somente para aquele caso concreto. Dessa forma, para aqueles que sustentam não poder haver hierarquia material entre as normas constitucionais parece haver somente uma saída: a rejeição do sopesamento como método de interpretação e aplicação do direito<sup>31</sup> e a conseqüente rejeição da possibilidade de um direito prevalecer sobre outro em alguns casos.

### 3.1.2 Proibição de interpretação isolada

Uma boa definição do que se quer dizer com “unidade da constituição” nesse sentido é dada por Canotilho: “O princípio da unidade da constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (...). *Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios*”.<sup>32</sup>

30. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, vol. I, § 4, II, 2 – alguns grifos acrescentados. Cf. também Christian Starck, “Rangordnung der Gesetze: Einführung”, p. 11.

31. Essa é também a posição de Hesse (Grundzüge des Verfassungsrechts ..., § 2, III, 72, p. 27). Cf. também Friedrich Müller, Die Positivität der Grundrechte, p. 18.

32. Direito Constitucional ..., 5ª ed., pp. 1.096 e ss. (sem grifos no original).

Não há o que retocar nessa definição. É – salvo engano – ponto pacífico que a interpretação das disposições constitucionais deve ser feita levando-se em consideração o todo constitucional, e não disposições isoladas. Mas, como aqui se está tratando de princípios de interpretação exclusivamente constitucional, que pretendem ser uma superação dos chamados cânones clássicos da interpretação jurídica, não há como não se deparar com a seguinte indagação: o que há de *exclusivamente constitucional* no chamado princípio da unidade da constituição? Ou, ainda, o que há de realmente *superador* nele?

Vale a pena, neste ponto, relembrar a definição de “interpretação sistemática” dada pelo combatido Savigny, em meados do século XIX: “O elemento sistemático (...) refere-se à conexão interna que congrega todos os institutos e regras jurídicas em uma grande unidade”.<sup>33</sup>

Veja-se também, para continuar no campo do direito privado, a fim de que a comparação continue clara, a seguinte passagem de Larenz: “As normas jurídicas (...) não pairam umas ao lado das outras de forma desvinculada, mas estão em uma múltipla conexão entre si. Assim, as regras que formam o direito da compra e venda, o direito de locação ou o direito hipotecário fazem parte de um regramento coordenado, que se baseia em determinados pontos de vista diretivos. Esse regramento, por sua vez, é parte de um regramento ainda mais abrangente – por exemplo, aquele do direito obrigacional ou do direito das garantias reais, e ambos, por sua vez, do direito privado. Desse modo, a interpretação de uma norma deve (...) levar em consideração a conexão de sentidos, o contexto, a localização sistemática da norma e sua função no contexto geral do regramento em questão”.<sup>34</sup>

Em suma, não é somente a constituição que compõe uma unidade de que exigiria uma interpretação coordenada. Engisch, por exemplo, ao discorrer sobre a interpretação sistemática, falava em “unidade de todo o ordenamento jurídico”: “O *nexo lógico-sistemático* não abarca somente o significado dos conceitos jurídicos em cada contexto concreto de idéias (...). Ele diz respeito sobretudo à totalidade do pensamento jurídico latente na proposição jurídica individual em suas múltiplas

33. System ..., p. 214.

34. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6ª ed., p. 437.

tiplas relações com as outras partes constitutivas do sistema jurídico como um todo”.<sup>35</sup>

Como se vê – e era esse o propósito dessas três transcrições –, o chamado princípio da unidade da constituição parece em nada se diferenciar daquilo que há pelo menos século e meio se vem chamando de “interpretação sistemática”. Isso pode não o invalidar como idéia-guia para a interpretação constitucional, mas acaba com a pretensão de exclusividade e, mais além, com a pretensão de rompimento com a chamada interpretação jurídica clássica. O chamado princípio da unidade da constituição é, ao contrário, uma *reafirmação* de um dos cânones clássicos de interpretação e a *confirmação* de que ele também vale no âmbito constitucional.<sup>36</sup> No fim, acaba valendo também para a interpretação constitucional a antiga lição de Celsus: *é contrário ao direito julgar ou decidir com base em alguma parte da lei sem ter examinado a lei por inteiro*.<sup>37</sup>

### 3.2 Concordância prática

A idéia de concordância prática está estreitamente ligada à idéia de proporcionalidade,<sup>38</sup> pois exige que, na solução de problemas constitucionais, deve-se procurar acomodar os direitos fundamentais de forma a que todos possam ter uma eficácia ótima.<sup>39</sup> Mas há algumas diferenças.

Em primeiro lugar, ainda que os efeitos almejados sejam os mesmos – a acomodação de direitos fundamentais colidentes com a menor perda de eficácia possível –, não há, na idéia de concordância

35. Einführung in das juristische Denken, pp. 94-95.

36. Para posição semelhante, cf. Friedrich Müller, *Die Einheit der Verfassung*, p. 230: “Em seu aspecto metodológico apresenta-se a ‘unidade da constituição’ em parte como um *desnecessário nome para a argumentação sistemática*, seja ela geral ou ligada a princípios constitucionais” (sem grifos no original). Um pouco mais adiante sua posição fica ainda mais incisiva, e Müller afirma que a doutrina e a prática dominantes têm que aceitar que a constituição *não constitui uma unidade*. Cf. também, do mesmo autor, *Juristische Methodik*, p. 215.

37. Digesto I, 3, 24.

38. Cf., nesse sentido, Willis Santiago Guerra Filho, *Teoria Processual da Constituição*, 2ª ed., p. 182.

39. Cf. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts* ..., § 2, III, 72, p. 27.



prática, uma estrutura previamente definida para alcançar esses fins, ao contrário da regra da proporcionalidade, que, com suas três sub-regras, oferece uma forma racional e estruturada para a solução de colisões de direitos fundamentais.<sup>40</sup>

Mas a diferença mais marcante entre *concordância prática* e *proporcionalidade* reside na questão da exigibilidade do sopesamento. Hesse – no que é seguido de perto por Müller – esforça-se em deixar claro que concordância prática não implica sopesamento de bens ou de valores.<sup>41</sup> Aqui fica evidente um primeiro sintoma de sincretismo metodológico, que será discutido mais adiante neste artigo: Hesse e – com ainda mais ênfase – Müller são críticos não só do sopesamento do Tribunal Constitucional Alemão, mas também de teorias baseadas na mesma idéia, principalmente a teoria dos direitos fundamentais de Alexy. No Brasil, contudo, não se vem fazendo a distinção necessária entre ambos os posicionamentos. Tanto os princípios de Hesse, quanto a teoria estruturante de Müller como, por fim, a idéia de princípios como mandamentos de otimização, de Alexy, ainda que em grande parte *incompatíveis*, vêm sendo trabalhados em conjunto.

### 3.3 Conformidade funcional

O *topos* da conformidade funcional, como estrita obediência à repartição de funções constitucionalmente estabelecida,<sup>42</sup> tem origem clara como um argumento funcional contra o chamado ativismo judicial. Na Alemanha esse tipo de argumentação sobre os “limites jurídico-funcionais” da interpretação constitucional é quase sempre usado como forma de restringir uma participação mais ativa do Tribunal Constitucional em debates político-jurídicos, sob a alegação de

40. Sobre isso, cf. Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de Direitos Fundamentais* ..., p. 192; Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, *RT* 798/30 e *passim*.

41. Cf. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts* ..., § 2, III, 72, p. 27; Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, pp. 220-221, e *Die Positivität der Grundrechte*, p. 24. Essa rejeição do sopesamento baseia-se, a meu ver, em um entendimento distorcido do uso que o Tribunal Constitucional Alemão faz desse instrumento. Cf., sobre isso, Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, pp. 62 e ss.

42. Cf., por todos, Willis Santiago Guerra Filho, *Teoria Processual da Constituição*, 2ª ed., p. 181; e J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª ed., pp. 1.097 e ss.

que o campo da política é reservado ao legislador. Diante da dificuldade em se separar, no campo constitucional, o que é exclusivamente político do que é exclusivamente jurídico, tem sido freqüente a utilização da metáfora da *constituição-moldura*,<sup>43</sup> que seria aquela que apenas define limites à atividade legislativa. Segundo essa teoria, ao Tribunal Constitucional caberia uma tarefa meramente negativa, isto é, controlar se o legislador respeita os limites da moldura. Não caberia ao Tribunal, entretanto, controlar a forma como o legislador “preenche” o interior da moldura. Isso seria reservado ao campo da política. É com base nesse tipo de argumento que Böckenförde e Jestaedt, por exemplo, pregam uma volta a uma concepção liberal de direitos fundamentais, que seriam simplesmente direitos de defesa do indivíduo contra a intromissão estatal em sua esfera privada.

No Brasil, ainda que não explicitamente, o STF segue à risca essa idéia de conformidade funcional, que, aliada a uma interpretação anacrônica e estanque da separação de poderes, serve perfeitamente para justificar a omissão do Tribunal em casos de grande relevância política. Serve também, por exemplo, para justificar a rejeição de instrumentos que pudessem dar a esse Tribunal uma feição mais ativa, como o mandado de injunção,<sup>44</sup> já que, para o STF, o judiciário pode somente ser legislador negativo, nunca positivo.<sup>45</sup>

O conceito de conformidade funcional e a idéia de contraposição entre legislação negativa e positiva fariam talvez algum sentido se a Constituição Brasileira tivesse consagrado apenas os chamados direi-

43. Para uma defesa da *constituição como moldura*, cf. Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, pp. 72 e ss.; Karl-Eberhard Hain, *Die Grundsätze des Grundgesetzes*, pp. 181 e ss.; Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Die Methoden ...”, in *Staat, Verfassung, Demokratie*: ..., pp. 53 e ss., e “Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, in *Staat, Verfassung, Demokratie*: ..., pp. 159 e ss.; Josef Isensee, “Verfassungsrecht als ‘politisches Recht’”, § 162, ns. 43 e ss., pp. 128 e ss.; Christian Starck, “Die Verfassungenauslegung”, § 164, ns. 4 e ss., pp. 192 e ss.; Rainer Wahl, “Der Vorrang der Verfassung”, *Der Staat* 20/486 e ss.

44. Cf. *RTJ* 135/1 (3).

45. Isso é jurisprudência reiterada no STF. Cf., por exemplo, *RTJ* 126/48 (68 e ss.); 143/57 (59); 146/461 (465); 153/765 (768); 161/739 (745); 175/1.137 (1.139); 177/657 (663); 178/22 (23 e 29 e ss.). Há, contudo, vozes dissonantes. O Min. Marco Aurélio Mello, com razão, encara “com muita reserva essa premissa segundo a qual o STF (...) não pode adotar postura que acabe por implicar a normatividade positiva” (cf. *RTJ* 177/657 (662)).

tos fundamentais *clássicos*, também chamados de “direitos negativos”, como faz a Constituição Alemã.<sup>46</sup> Como esse não é o caso, fica difícil justificar o papel do STF como mero limite negativo à atividade legislativa. Se a Constituição impõe prestações *positivas* ao legislador e se o STF é o guardião da Constituição por excelência, como justificar a omissão do segundo diante da inércia do primeiro? Somente com o apego a uma concepção estanque de separação de poderes, que remonta à época da Revolução Francesa, mas que não faz mais sentido há muito tempo. A idéia de conformidade funcional, nesse contexto, parece mais apta a consolidar essa visão anacrônica de separação de poderes – e não somente entre judiciário e legislativo, mas entre todos os poderes – que ser um instrumento “moderno” de interpretação constitucional.<sup>47</sup>

### 3.4 Efeito integrador

Segundo Hesse, o critério do efeito integrador exige que, na resolução de problemas jurídico-constitucionais, seja dada preferência aos pontos de vista que favoreçam e mantenham a unidade político-constitucional.<sup>48</sup> Como a aplicação desse critério está – como o próprio Hesse salienta – limitada a pontos de vista que não sejam estranhos à própria constituição,<sup>49</sup> pode-se dizer que ela não passa de uma aplicação do princípio da unidade da constituição, e, portanto da interpretação sistemática,<sup>50</sup> em conjunto com a idéia de força normativa da constituição,<sup>51</sup> já que o efeito integrador nada mais seria do que “dar efetividade ótima” (força normativa) à unidade político-constitucional (unidade da constituição).

46. É por isso que a discussão faz algum sentido na Alemanha, mas pouco no Brasil.

47. Defender uma postura diferente do STF nos casos de direitos a prestações positivas não significa, contudo, exigir que o STF *substitua* o legislador em todos os casos de omissão. Isso implicaria transformá-lo em definidor de políticas públicas, o que não é seu papel. O exigível, contudo, seria uma posição ativa do Tribunal no sentido de cobrar – ou de iniciar – um *diálogo constitucional* entre os poderes.

48. Cf. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts* ..., § 2, III, 74, p. 28.

49. Cf., em sentido contrário, Rudolf Smend, “Verfassung und Verfassungsrecht (1928)”, in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3ª ed., p. 190.

50. Cf. tópico 3.1.2, supra.

51. Cf. tópico 3.6, infra.

### 3.5 Máxima efetividade

O *topos* da máxima efetividade não figura no catálogo de Hesse e parece ter chegado à literatura brasileira pela obra de Canotilho.<sup>52</sup> Segundo ele, ainda que a idéia de máxima efetividade estivesse ligada, na origem, às normas constitucionais programáticas, é esse um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais.

A mim me parece, em primeiro lugar, que a idéia de máxima efetividade já está contida tanto na idéia de concordância prática quanto – e principalmente – na idéia de força normativa da constituição, como se verá abaixo. Essa é, aliás, uma constante nesse catálogo de princípios de interpretação constitucional aqui analisado: muitos dos princípios se assemelham de tal forma que fica difícil perceber a *differentia specifica* de cada um deles – isto é, a característica que os distinguiria dos outros princípios e que justificaria sua existência como princípios autônomos.<sup>53</sup> Além disso, no caso da “máxima efetividade” pode-se dizer que seria difícil, nos dias de hoje, preferir uma interpretação de algum dispositivo constitucional que lhe confira uma efetividade mínima. Pode-se, claro, afirmar que a idéia de “máxima efetividade” faz sentido como idéia regulativa, isto é, que aponta para uma determinada direção a ser seguida, mesmo que esse máximo nem sempre possa ser alcançado. Nesse caso, então, seria mais aconselhável que se falasse em “efetividade ótima”, pois esse seria um conceito que já inclui a possibilidade do conflito entre normas e a real idéia-guia para sua solução, isto é, a otimização.<sup>54</sup>

### 3.6 Força normativa da constituição

É difícil separar o significado desse *topos* do significado de alguns dos *topoi* anteriores.<sup>55</sup> Com “força normativa da constituição” costuma-

52. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª ed., p. 1.097.

53. Cf., por exemplo, o caso do *efeito integrador* (tópico 3.4, supra).

54. Essa é, a propósito, a idéia de Hesse quando propõe o conceito de “concordância prática”. Hesse, quando da exposição desse *topos*, fala não somente em otimização; ele chega a usar a expressão “efetividade ótima” (*Grundzüge des Verfassungsrechts* ..., § 2, III, 72, p. 27). A idéia de otimização também está na base da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (cf. *Theorie der Grundrechte*, p. 75), mas há divergências importantes e, talvez, irreconciliáveis entre ambos os enfoques, como já se viu acima e ainda será visto mais adiante (cf. tópicos 3.2, supra, e 4.1, infra).

55. E isso é reconhecido pelo próprio Hesse, diante da crítica de Müller (cf. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts* ..., § 2, III, 75, p. 28).

se quer dizer que “na solução de problemas jurídico-constitucionais deve-se dar preferência àqueles pontos de vista que (...) levem as normas constitucionais a ter uma efetividade ótima”.<sup>56</sup> Pouco precisa ser acrescentado, pois essa definição parece um resumo do que já se disse sobre “concordância prática” e “máxima efetividade”.<sup>57</sup> A única diferença, ao mesmo tempo significativa e contraditória, é a preferência por uma “eficácia ótima” em vez de uma “eficácia máxima”. *Significativa* porque mais correta e compatível com a idéia de colisão entre direitos fundamentais.<sup>58</sup> E *contraditória* pelo mesmo motivo, pois se o conceito de “efetividade ótima” é compatível com a idéia de colisão de direitos, é, ao mesmo tempo, incompatível com uma das interpretações que se faz da idéia de unidade da constituição, caso a colisão de direitos seja solucionada dando preferência a um dos direitos em detrimento de outros.<sup>59</sup>

### 3.7 Interpretação conforme a constituição

Sobre a interpretação conforme a constituição há pouco que falar, pelo menos aqui neste artigo, dedicado à interpretação *constitucional*. É um fato curioso que essa forma de interpretação seja incluída entre os chamados princípios de interpretação constitucional, visto que é fácil perceber que quando se fala em interpretação conforme a constituição *não se está falando de interpretação constitucional*, pois não é a

56. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts ...*, § 2, III, 75, p. 28. Costuma-se traduzir essa “eficácia ótima” como a solução hermenêutica que, “compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilita a ‘atualização’ normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência” (J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª ed., p. 1.099). Essa é uma idéia antiga também no Brasil. Como exemplo, cf. Oliveira Vianna, “Novos métodos de exegese constitucional”, *RF* 72/5: “O que o intérprete tem em vista é uma *adaptação* deste ou daquele texto, desta ou daquela instituição constitucional, à *realidade social* ou à *exigência do momento*, no sentido de uma mais *perfeita eficiência* do regime instituído” (sem grifos no original).

57. A dificuldade em se diferenciar *máxima efetividade* da idéia de *força normativa* da constituição pode ser percebida em recentes julgados do STF. Na decisão do RE (AgRg) 235.794, o Min. Gilmar Ferreira Mendes julgou ser a Súmula 343 do STF “afrentosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional”. É fácil perceber que não se trata de uma afronta a um e a outro princípio de interpretação constitucional concomitantemente, mas a uma *única idéia*, expressada, sem distinção, por ambos os princípios.

58. Cf. tópico 3.5, *supra*.

59. Cf. tópico 3.1.1, *supra*.

*constituição* que deve ser interpretada em conformidade com ela mesma, mas as *leis infraconstitucionais*. A interpretação conforme a constituição pode ter algum significado, então, como um critério para a *interpretação das leis*, mas não para a interpretação constitucional.

### 4. Métodos de interpretação e sincretismo metodológico

Ainda que menos propagadas do que os chamados *princípios de interpretação constitucional*, as listas de métodos de interpretação da constituição também são moeda corrente na literatura jurídica nacional. Se no caso dos “princípios” o grande problema reside no fato de que alguns deles em nada se diferenciam dos cânones tradicionais da interpretação jurídica, de que alguns deles se assemelham de tal maneira que não há como descobrir a especificidade de cada um deles para justificar sua existência como princípios autônomos e de que, por fim, um dos princípios nem ao menos se refere à interpretação da constituição, já no caso dos *métodos* de interpretação constitucional o problema é outro. Não é a irrelevância de alguns deles ou a falta de diferenciação entre eles que limita a importância da discussão. O grande problema, nesse âmbito, é o *sincretismo metodológico*.

Salvo engano, não há quem opte por esse ou aquele método. Ao contrário: eles são quase sempre apresentados como complementares, falando-se freqüentemente em “conjunto de métodos”.<sup>60</sup> E como a discussão dos métodos costuma ser feita em conjunto com a discussão sobre os princípios acima analisados, o problema do sincretismo somente se agrava.

Antes de entrar de fato na discussão acerca do que chamo de *sincretismo metodológico*, vale a pena analisar a origem da discussão sobre os métodos. Nesse ponto, o desenvolvimento da discussão em muito se assemelha ao debate sobre os “princípios”. No caso desses últimos, o que era a lista de um autor – Konrad Hesse – passou a ser encarado como princípios universais e imprescindíveis. No caso dos

60. Cf., por exemplo, Inocêncio Mártires Coelho (*Interpretação Constitucional*, p. 107), que fala em métodos *reciprocamente complementares*. A mesma tese, originalmente exposta por Canotilho (cf. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª ed., p. 1.084), é defendida também por George Salomão Leite (*Interpretação Constitucional e Tópica Jurídica*, p. 52).

métodos, a lista propagada é aquela que Böckenförde elaborou para seu artigo sobre métodos de interpretação constitucional.<sup>61</sup> O que Böckenförde quis, com essa lista, foi apenas fazer uma síntese do estágio da discussão na época da publicação de seu artigo, e não propor um conjunto de métodos complementares. O próprio título do artigo já é suficiente para demonstrar isso: “Métodos de interpretação constitucional: inventário e crítica”.

Böckenförde analisa os seguintes métodos de interpretação constitucional: *método hermenêutico clássico*, *método tópico-problemático*, *método científico-realista*, *método hermenêutico-concretizador*.<sup>62</sup> Da mesma forma que ocorre com a lista de princípios de Hesse, a lista de métodos de Böckenförde também passou a ser muito divulgada no Brasil, principalmente na variante apresentada por Canotilho.<sup>63</sup> Assim, no Brasil fala-se em método hermenêutico clássico, método tópico-problemático, método hermenêutico-concretizador, método científico-espiritual<sup>64</sup> e método normativo-estruturante.<sup>65</sup> A esses costumam

61. “Die Methoden ...”, NJW 1976, pp. 2.089-2.099, republicado na coletânea de estudos do autor, *Staat, Verfassung, Demokratie: ...*, pp. 53-89. As citações a seguir seguem a paginação dessa coletânea.

62. “Die Methoden ...”, in *Staat, Verfassung, Demokratie: ...*, pp. 56 e ss.

63. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª ed., pp. 1.084 e ss.

64. A expressão “científico-espiritual”, largamente divulgada nos trabalhos brasileiros sobre interpretação constitucional, parece soar um tanto quanto inusitada. A origem do termo remonta à querela entre as posições de Forstthoff e Smend sobre a interpretação da constituição. Forstthoff, em seu famoso artigo em defesa do método jurídico clássico, rejeitava as teses de Smend, que Forstthoff chamava de *geisteswissenschaftliche Methode* (cf. Ernst Forstthoff, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, p. 44). Ainda que *Wissenschaft* signifique “ciência” e *Geist* signifique “espírito”, não se pode traduzir a expressão por “método científico-espiritual” – e não só pela estranheza que o termo certamente causa, mas também porque a expressão *Geisteswissenschaft* tem um sentido próprio: ela denomina aquilo que no Brasil é chamado de “ciências humanas”. Ocorre que na Alemanha o Direito não costuma ser considerado como parte das ciências humanas, e é justamente essa contraposição que Forstthoff queria salientar, criticando o uso de métodos estranhos ao direito, ainda que pertencentes às ciências humanas. A seguinte passagem ilustra bem essa contraposição: “Não há por que se perquirir se essa concepção dos direitos fundamentais está correta em sentido sociológico ou social-filosófico. O que aqui interessa é somente saber se esses métodos de compreensão das normas têm alguma utilização que possa ser considerada como interpretação jurídica.” (cf. Ernst Forstthoff, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, p. 39 – sem grifos no original).

65. Cf. Inocêncio Mártires Coelho, *Interpretação Constitucional*, pp. 110 e ss.; Paulo Arminio Tavares Buechele, *O Princípio da Proporcionalidade ...*, pp. 79 e ss.

ser muitas vezes acrescidas as teses de Häberle sobre a chamada “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” e a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, baseada na distinção entre *princípios e regras*. Não se pretende, aqui, fazer uma análise de cada um desses métodos. Isso não é possível nem necessário, já que, no caso dos métodos de interpretação, o grande problema não é a pouca importância de cada método, mas, como já foi dito, a idéia de que esses métodos são complementares entre si, com os princípios de interpretação acima analisados e com outras práticas de interpretação constitucional.

O *sincretismo metodológico*,<sup>66</sup> característico do atual estágio da discussão sobre interpretação constitucional, impede que se avance na discussão acerca da tarefa da interpretação constitucional. Comum às análises sobre o tema é o fato de que esses métodos sejam apenas resumidamente explicados – não raro com base apenas na obra de Canotilho<sup>67</sup> –, sem que se chegue a qualquer conclusão sobre a relação entre os diversos métodos, sua aplicabilidade e, principalmente, sobre a compatibilidade entre eles.

Assim, não é de se estranhar que em trabalhos sobre métodos e princípios de interpretação constitucional *não costumam ser usados exemplos concretos de sua possível aplicação prática*. Não se costuma examinar, por exemplo, quando se fala desse ou daquele método, como

Francisco Meton Marques de Lima, *O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional*, pp. 314 e ss.; Celso de Albuquerque e Silva, *Interpretação Constitucional Operativa*, pp. 127 e ss.; Amandino Teixeira Nunes Jr., “A moderna interpretação constitucional”, *Revista da Procuradoria-Geral do INSS* 8/54 e ss.

66. Já mencionei, de forma breve, o problema do *sincretismo metodológico* em outra ocasião, ao tratar da distinção entre princípios e regras, cf. Virgílio Afonso da Silva, “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): p. 625.

67. A obra de Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª ed.), apesar da abrangência e profundidade, tem caráter didático, pois é, precipuamente, uma obra universitária, na melhor acepção da palavra. Nas palavras do próprio Canotilho, o intuito de sua obra é “fornecer sugestões e insinuações incentivadoras de um melhor e mais profundo conhecimento dos problemas” (p. 16). Ainda que seu livro vá muito além do mero fornecimento de sugestões, parece certo que o aprofundamento a que ele se refere cabe às monografias e aos artigos dedicados a temas mais restritos. Tendo isso em mente, é fácil perceber que no Brasil vivenciamos muitas vezes um fenômeno curioso: muitos artigos e monografias que, entre outras coisas, deveriam *alimentar* os manuais universitários acabam se limitando meramente a reproduzi-los.

seria uma aplicação prática de cada um deles. As análises costumam limitar-se a expor a idéia teórica central de cada método. Isso é, obviamente, insuficiente, pois *métodos não são um fim em si mesmos*, mas existem para serem aplicados. Por que, então, não se encontram análises jurisprudenciais concretas com base nesse ou naquele método – isto é, por que não são utilizados *exemplos concretos* da jurisprudência do STF, ou de outros tribunais, para que seja exposto como tais casos teriam sido decididos se tivesse sido usado esse, aquele ou um *conjunto* de métodos? Talvez porque essa demonstração seja impossível.

Exemplos de que isso é assim existem em grande número. Limitar-me-ei, contudo, a alguns poucos deles:

(1) Como harmonizar a idéia de unidade da constituição com a existência de colisão entre direitos fundamentais?<sup>68</sup>

(2) Como conciliar o método estruturante e a idéia de sopesamento?

(3) Como compatibilizar o método clássico – que, na versão de Forsthoﬀ, tem cariz marcadamente positivista – com o método estruturante, explicitamente pós-positivista?

(4) Como articular, por fim, um catálogo tópico de princípios de interpretação com métodos que não tratam princípios como *topoi*?

Todas essas perguntas são meramente retóricas, e a resposta fica clara pelo simples fato de elas terem sido formuladas. Muitas outras, implícitas no decorrer deste artigo, seriam possíveis. Dada a limitação de espaço, vou me restringir à mais importante manifestação daquilo que tenho chamado de *sincretismo metodológico*: a utilização conjunta – ou a idéia de que essa possibilidade existe – da teoria estruturante do direito e do sopesamento de direitos fundamentais. Como exemplo de teoria que defende o sopesamento, utilizarei a teoria dos direitos fundamentais de Alexy.

#### 4.1 Delimitação ou sopesamento?

Não são necessárias grandes digressões teóricas e metodológicas para fundamentar a tese, aqui defendida, de que as teorias de Müller

68. Sobre isso, cf. tópico 3.1.1, supra.

e Alexy são incompatíveis. Seria quase que suficiente retomar, aqui, a citação de Friedrich Müller sobre o sopesamento que já fiz em outro trabalho.<sup>69</sup> Segundo Müller – o principal teórico da teoria estruturante do direito –, o sopesamento é um método irracional, uma mistura de “sugestionamento lingüístico”, “pré-compreensões mal-esclarecidas” e “envolvimento afetivo em problemas jurídicos concretos”, cujo resultado não passa de mera suposição.<sup>70</sup> Parece improvável crer que a teoria desenvolvida por Müller seja assim tão facilmente conciliável com a idéia de sopesamento, que ele tanto despreza. Mas a razão dessa incompatibilidade não é simplesmente a opinião desse ou daquele autor sobre “sopesar direitos”, mas a base teórico-normativa de cada uma das teorias. E explicitar essas diferenças inconciliáveis não é tarefa difícil. Algumas perguntas e respostas podem servir como introdução:

*Por que é necessário sopesar direitos?* Porque muitos deles entram em colisão.

*Por que existe colisão entre direitos?* Porque muitas vezes o *dever-ser* expresso por um princípio é incompatível com o *dever-ser* expresso por outro.

*E qual é o motivo dessa incompatibilidade?* A amplitude do conteúdo desse *dever-ser*.

Mesmo sem precisar entrar em detalhes acerca da teoria estruturante de Müller, é possível identificar uma de suas principais características, pelo menos no que diz respeito à extensão do *dever-ser* de cada direito fundamental. Segundo Müller, a racionalidade e a possibilidade de controle intersubjetivo na interpretação e na aplicação do direito só é possível por intermédio de uma concretização da norma jurídica após *ádua* análise e *delimitação* do âmbito de cada norma.<sup>71</sup> Depois dessa *ádua* tarefa não há espaço para colisões, porque a norma simplesmente se revela como não-aplicável ao caso concreto e não se vê envolvida, portanto, em nenhuma colisão jurídica relevan-

69. Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, p. 626.

70. Cf. Friedrich Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, p. 209.

71. *Die Positivität der Grundrechte*, p. 25. Müller faz aqui uma clara contraposição retórica entre uma *ádua* tarefa – a análise do âmbito da norma, característica de sua teoria – e o *fácil* sopesamento – característico de outras teorias.

te.<sup>72</sup> Logo, sem colisão não há razão para sopesamento. A concretização da norma, seguindo os procedimentos da teoria estruturante, restringe o conteúdo de dever-ser de cada direito fundamental, porque delimita de antemão seu âmbito normativo. Assim, se alguém escreve um livro considerado ofensivo à honra ou à privacidade de alguém e, por essa razão, o livro é proibido por decisão judicial, não haveria que se falar em colisão entre honra e privacidade, de um lado, e liberdade de expressão, do outro. Isso porque a publicação de um livro ofensivo à honra e à privacidade não faz parte do suporte fático da liberdade de expressão. O suporte fático de cada direito fundamental é bastante restrito.

Já a idéia subjacente à teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy funda-se em premissa bastante diversa. Alexy defende a tese de que os direitos fundamentais têm um suporte fático amplo. Isso significa, principalmente, que toda situação que possui alguma característica que, *isoladamente considerada*, poderia ser subsumida à hipótese de incidência de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu suporte fático, independentemente da consideração de outras variáveis.<sup>73</sup> No exemplo acima, isso significaria que o simples ato de escrever um livro, isoladamente considerado, pode ser subsumido à hipótese de incidência da liberdade de expressão e não pode, de antemão, ser excluído de seu âmbito de proteção.<sup>74</sup> Uma limitação a essa liberdade de expressão só poderá ocorrer após um *sopesamento* de argumentos e contra-argumentos com base nas variáveis de cada caso concreto.

Como se vê, após essas breves – e simplificadas<sup>75</sup> – explicações, não parece ser fácil defender, ao mesmo tempo, as teorias de Müller e

72. Cf. Friedrich Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, p. 212; e *Die Positivität der Grundrechte*, pp. 26, 47 e 51.

73. Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 291.

74. Como não podem também expressões caluniosas, difamatórias ou injuriosas. Todas elas, ainda que *prima facie*, estão protegidas pela liberdade de expressão. Um dever definitivo só é possível após os sopesamentos necessários em cada caso concreto.

75. As explicações não somente são simplificadas, como também exploram *apenas um dos pontos incompatíveis entre as teorias de Müller e de Alexy*. Outros poderiam ser citados. O principal deles, por estar na base de ambas as teorias, é o conceito de *norma jurídica*. Alexy parte de um conceito semântico de “norma”, que para Müller não é mais que o início do procedimento de concretização normativa. Assim, aquilo

Alexy, simplesmente porque ambas partem de concepções irreconciliáveis acerca da definição dos deveres *prima facie* e definitivos de cada direito fundamental. Müller defende que a definição do âmbito de proteção de cada direito fundamental é feita de antemão,<sup>76</sup> por intermédio dos procedimentos e métodos de sua teoria estruturante e, principalmente, sem a necessidade de sopesamento; enquanto Alexy defende que não há decisões corretas no âmbito dos direitos fundamentais que não sejam produto de um sopesamento.<sup>77</sup>

No Brasil, contudo, ambas as teorias vêm sendo defendidas como se fossem compatíveis entre si;<sup>78</sup> e, mais ainda, como se fossem compatíveis com todos os outros métodos e princípios mencionados e analisados no decorrer deste artigo. Diante disso, não vejo como não afirmar que – pelo menos no caso em discussão – o apego a uma lista de métodos e princípios de interpretação constitucional, de caráter meramente formal, impossível de ser colocada em prática conjuntamente, já que pretende misturar o imisturável, apenas emperra qualquer possibilidade de discussão real sobre o assunto e a elaboração de métodos ou critérios que sejam adequados e, mais importante, *realmente aplicáveis* à interpretação constitucional em geral, e da Constituição Brasileira em particular. No quadro atual, ainda que eu não seja adepto da *anarquia metodológica* ao estilo de Feyerabend, prefiro ficar ao lado do *anything goes*, como, ironicamente, ele defendia.<sup>79</sup>

que para Alexy é a norma, para Müller é apenas o que ele chama de *programa da norma*. Não há como se aprofundar nessa discussão, aqui; mas é fácil notar que o elemento central da teoria de Müller – o âmbito da norma – não tem espaço na teoria de Alexy.

76. “De antemão” significa, aqui, simplesmente que não há necessidade de sopesamento, pois é clara a posição de Müller sobre a não-existência de norma antes do caso concreto (*Juristische Methodik*, p. 166).

77. *Theorie der Grundrechte*, p. 290.

78. Cf., sobre isso, Virgílio Afonso da Silva, “Princípios e regras: ...”, pp. 625 e ss.

79. Cf. Paul Feyerabend, *Wider den Methodenzwang*, pp. 32 e *passim* (há versão inglesa: *Against Method*, Londres, NLB, 1975). Ao lado de Karl Popper, Thomas Kuhn e Imre Lakatos, Paul Feyerabend foi, sem dúvida, um dos autores mais críticos e importantes no campo da metodologia científica. A leitura do trabalho de Feyerabend é extremamente recomendável, provocante e instigante, principalmente como forma de desmistificar um pouco o papel da metodologia no progresso da ciência. Apesar de seus exageros – como dizer que não há diferença alguma entre mitos e teorias científicas (p. 385) –, suas provocações servem, pelo menos, para evitar que o apego ao *método* sirva de escudo para que não sejam discutidos problemas de *conteúdo*.

### 5. Interpretação e interpretação constitucional

As chamadas “modernas” teorias acerca da interpretação constitucional pecam não só por um sincretismo metodológico, mas também por uma certa unilateralidade – ainda que isso, à primeira vista, possa parecer contraditório. Há inúmeras outras formas de se encarar a interpretação constitucional, e há inúmeras outras teorias acerca do papel do intérprete e sobre os limites e possibilidades da interpretação constitucional. Basta tomar contato com a prática interpretativa de outros países ou com teorias de outros autores para perceber que aquilo que costuma ser encarado como *as* modernas principiologia e metodologia de interpretação constitucional não passa de uma *insignificante parte* de um problema muito mais amplo. A doutrina peca pela unilateralidade quando ignora discussões muito mais férteis sobre interpretação constitucional, como a que é levada a cabo nos Estados Unidos – para ficar em apenas um exemplo.

O apego aos princípios de Hesse e aos métodos sintetizados por Böckenförde parece ser mais o produto de um simples movimento emancipatório, disposto a romper com cânones de interpretação surgidos no campo do direito privado, que da real necessidade de novos métodos que se apliquem somente à interpretação constitucional. Ninguém ignora que a constituição não é igual às leis ordinárias. Isso não é novidade alguma. Na Suprema Corte Norte-Americana isso é lugar-comum há quase dois séculos.<sup>80</sup> Até mesmo Forsthoff, um ácido crítico de métodos de interpretação exclusivamente constitucional, não deixava de reconhecer que uma constituição “contém elementos que a diferenciam dos outros tipos de leis”.<sup>81</sup> No entanto, quando se analisam os princípios e métodos que são propostos, percebe-se que muitos não passam dos métodos civilistas rebatizados, ou de meras reações a situações históricas passadas ou, por fim, de máximas sem maiores significados além daqueles que o simples bom senso do intérprete já requereria. No caso dos métodos, domina uma discussão meramente teórica, sem qualquer preocupação com a aplicabilidade prática deles. Isso acabou gerando o sincretismo explanado acima.

80. Cf., por exemplo, “*McCulloch vs. Maryland*”, 17 U.S. 316 (1819), p. 407.

81. *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, p. 36.

Se é verdade que a interpretação constitucional não é igual à interpretação jurídica geral – e eu estou convencido de que, pelo menos em parte, não é –, então, é tarefa da doutrina constitucional discutir de forma *concreta* não somente o método ou conjunto de métodos – *desde que compatíveis* – que ache aplicável à Constituição Brasileira, mas também iniciar uma discussão de base, isto é, uma discussão de conteúdo, que vá além da discussão metodológica. Ficar repetindo listas de métodos e princípios elaborados para uma realidade e uma época diferentes pouco acrescenta à discussão. Não se pode querer fazer direito constitucional alemão no Brasil.

Com isso fica claro que não se quis fazer, aqui, uma manifestação por uma volta aos métodos clássicos de interpretação jurídica. O que se quis foi mostrar que a ânsia em rejeitá-los mais prejudica do que fomenta a discussão sobre as especificidades da interpretação constitucional. Essa ânsia por emancipação fez com que a doutrina se apegasse, literalmente, às primeiras teorias a que teve acesso, elevando-as à condição de *dogma*, sem perceber que, com isso, (a) colocava “em um mesmo saco” teorias incompatíveis; (b) apegava-se a fórmulas muitas vezes vazias e sem contato com a realidade e o direito constitucional brasileiros; e, por fim, (c) *congelava* a discussão, passando a impressão de que já havíamos alcançado a emancipação tão desejada, com a importação da “doutrina mais moderna” – ou seja, a doutrina alemã.

### 6. O futuro da interpretação constitucional: um breve programa

Estou ciente de que, com o exposto neste trabalho, não ofereci soluções aos problemas apresentados. Não acho, contudo, que isso seja um problema. Já ficarei satisfeito se tiver conseguido demonstrar que é preciso que saíamos do estado de *torpor* em que nos encontramos e do estado de deslumbramento diante daquilo que vem de fora e também diante do novo, que desde há muito não é mais novo.<sup>82</sup>

82. A referência a “deslumbramento” não ignora a função *retórica* e de *legitimação* do uso das teorias mencionadas ao longo deste texto. O deslumbramento é, na verdade, usado como parte desse processo. Como já mencionado na nota de rodapé 2, tratar essa ou aquela teoria como “moderna” tem como função exatamente aproveitar o impacto que isso causa nos destinatários do discurso. Não seria descabido falar, nesses casos, de *legitimação pelo deslumbramento*.

Mesmo assim, acho que é possível elaborar um sucinto *programa*, que poderá servir de base para os imprescindíveis desenvolvimentos futuros no âmbito da interpretação constitucional. Alguns dos tópicos desse programa poderiam ser algumas das teses defendidas neste artigo:

1. O catálogo tópico dos princípios de interpretação constitucional<sup>83</sup> não é um ponto de chegada, mas sim – e *quando muito* – um ponto de partida já superado. O mais recomendável seria, portanto, dele se desvencilhar, visto que não há mais o que ser desenvolvido nesse âmbito.

2. Também é necessário se libertar da idéia de que princípios e métodos aplicáveis à interpretação constitucional devem ser aplicáveis exclusivamente à interpretação constitucional. Somente dessa forma passa a não haver problemas em se aceitar que os cânones de interpretação sistematizados por Savigny valem também para o direito constitucional.<sup>84</sup>

3. Sobre os quatro ou cinco métodos de interpretação constitucional que são normalmente apresentados,<sup>85</sup> deve-se ter em mente que eles não são necessariamente complementares e que, ao contrário, costumam ser conflitantes.

4. Além disso, quem se decidir por um desses métodos arcará com o ônus da demonstração de sua aplicabilidade e de sua primazia. Não há mais como se satisfazer com a mera exposição teórica de sua idéia básica. Se se trata de um método, é de se presumir que ele exista para ser aplicado, e não para ser meramente exposto.<sup>86</sup> Não faz sentido que a apresentação de meras listas de métodos – tanto quanto a de meras listas de princípios – seja considerada como um objetivo no campo da interpretação constitucional.

83. Cf. tópico 3 e seus subtópicos.

84. Cf., explicitamente nesse sentido, Klaus Stern, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber*, p. 17. Entretanto, como o próprio Stern ressalta, as disposições constitucionais necessitam de algo mais que mera interpretação; elas necessitam – para usar o termo clássico marcado por Huber – ser concretizadas (cf. Hans Huber, *Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht*, p. 340).

85. Cf. tópico 4, supra.

86. Também Feyerabend se esforçava em demonstrar a insustentabilidade da tese segundo a qual é apenas a *exposição abstrata* de um argumento que deve ser levada em consideração, e não sua demonstração por meio de exemplos práticos (*Wider den Methodenzwang*, p. 384).

5. Mais que isso, a discussão não pode se limitar à mera análise de métodos. A interpretação constitucional pressupõe uma discussão acerca da concepção de constituição, da tarefa do direito constitucional, da interação da realidade constitucional com a realidade política do Brasil e, ainda, acerca da contextualização e da evolução histórica dos institutos constitucionais brasileiros. É necessário, em suma, que se desenvolva uma teoria constitucional brasileira.<sup>87</sup> Isso implica, por exemplo, discutir que tipo de constituição era a Constituição de 1988 ao ser promulgada, e se as mudanças constitucionais ocorridas desde então alteraram seus fundamentos políticos, sociais e econômicos.

6. Mas talvez a discussão mais urgente acerca da interpretação constitucional – que não guarda qualquer relação com uma discussão acerca de meros métodos – diga respeito ao papel do STF na interpretação constitucional. Cabe a esse Tribunal fazer valer determinados valores constitucionais? Se sim, como decidir quais prevalecem em cada caso concreto? Ou ao STF cabe apenas zelar pelo bom funcionamento procedimental do regime democrático, deixando para o legislador a tarefa de decidir sobre os valores constitucionais a serem concretizados? Importante é ter em mente que a tarefa da interpretação constitucional irá variar de acordo com o enfoque acerca da função da Constituição e de seu guardião na vida política do país. E não há discussão *metodológica* que prescindida dessa *discussão de base*.

7. Desenvolver uma teoria da constituição aplicável (pelo menos também) à Constituição Brasileira não significa que métodos ou pontos de vista desenvolvidos alhures não possam ser aplicados na interpretação da Constituição Brasileira. Significa apenas que o método adotado não pode existir independentemente de uma teoria constitucional. Significa, além disso, que cabe ao teórico constitucional fundamentar a compatibilidade de uma determinada concepção de nossa Constituição com um determinado método. Significa, em resumo, que não há mais espaço para o otimismo metodológico, isto é, para a crença de que o resultado da interpretação constitucional depende pura e simplesmente do método utilizado.<sup>88</sup>

87. Essa teoria pode – e deve – aproveitar-se da discussão internacional. Essa discussão só não pode ser encarada como ponto de chegada.

88. Cf., nesse sentido, Reinhold Schlothauer, *Zur Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit*, pp. 165 e ss.