

Curso/Disciplina: Direito Constitucional

Aula: Hermenêutica (Parte I) / Aula 05

Professor: Marcelo Tavares

Monitora: Kelly Silva

Aula 05

HERMENÊUTICA

Indicações Bibliográficas:

→ Curso de Direito Constitucional, Luís Roberto Barroso;

→ Direito Constitucional, Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto.

Classificação das Normas Constitucionais:

O Prof. José Afonso da Silva divide as normas constitucionais em:

(I) Orgânicas – são normas que tratam da organização fundamental do Estado, daquele objeto constitucional que é o objeto da adoção das decisões políticas organizacionais do Estado. Normas que vão traduzir a instituição do tipo de Estado (unitário ou federal), do tipo de Governo (monárquico ou republicano), do sistema de Governo (presidencialista, parlamentarista ou semipresidencialista). Trata de como vai se dar as relações entre os poderes, quais são as atribuições do Poder Legislativo, do Poder Executivo, quais são as competências do Judiciário. São normas de organização. Preponderantemente, estão nos títulos III e IV da Constituição, que tratam da organização de Poderes e do Estado.

(II) Limitativas – são normas que limitam a atuação do Estado em face do indivíduo. São normas que vão proteger direitos individuais, pois a principal função do direito individual é fazer a contenção do Estado, a limitação do Estado no direito do indivíduo. Estão espalhadas na Constituição, mas, prepondera no título II.

(III) Sócio-ideológicas – são características de constituições sociais. São aquelas que fazem o trabalho da intervenção do Estado na ordem econômica e social. Estão, principalmente, nos títulos II, VII e VIII da Constituição. Não são encontradas em concepções liberais de Constituição.

(IV) Estabilização Constitucional – são aquelas que se destinam a trazer perenidade às instituições, a fazer com que as instituições possam funcionar de uma forma estável e que possam enfrentar crises. Normas que tratam do controle de constitucionalidade, que possibilitam a retirada de normas do ordenamento jurídico que contrariam a Constituição, tem como uma de suas principais funções estabilizar as relações na sociedade, a aplicação da Constituição. Normas de intervenção federal e estadual, normas que tratam do estado de defesa e do estado de sítio também são normas de estabilização constitucional. Arts. 34 ao 36, 136 ao 141, 102 ao 103 da Constituição trazem normas de estabilização constitucional.

(V) Aplicação da Constituição – normas que tratam de interpretação e aplicação da Constituição. O art. 34 do ADCT é um exemplo. Esse artigo criou uma *vacatio legis* de natureza constitucional no sistema tributário. Com isso, a Constituição de 1988 prorrogou a vigência das normas previstas no sistema tributário da Constituição de 1967, com a redação dada pela EC nº 01/69. Essa é nitidamente uma norma de aplicabilidade da Constituição. Apesar de a doutrina entender que o preâmbulo não tem força cogente sobre as condutas

humanas, apesar de não servir para criar direitos subjetivos, o preâmbulo serve muito bem como vetor de interpretação de outras normas constitucionais. Então, o preâmbulo é uma parte da Constituição de inspiração da redação do corpo principal da Constituição, que tem uma função interpretativa, uma função hermenêutica, de servir de vetor para a interpretação de outras normas constitucionais.

Hermenêutica: Visão Positivista:

O Positivismo é um movimento jurídico importante que traz contribuições, principalmente, para a estabilização das normas constitucionais, das relações dentro da sociedade. É responsável por trazer segurança jurídica.

De acordo com a concepção positivista, o ordenamento jurídico é o conjunto sistemático de normas jurídicas dotadas de unicidade e completude. Por esse conceito, extrai-se as três principais características do ordenamento jurídico. Ele é um sistema, único e completo. A característica de que o ordenamento jurídico seja um sistema faz com que, eventualmente, os conflitos normativos sejam aparentes, isto é, eles tenham que ser resolvidos por regras de interpretação dentro do próprio ordenamento jurídico, que façam permanecer uma norma sobre a outra.

A visão positivista é importante por fazer com que haja um sistema de acomodação de normas jurídicas que eventualmente possam se apresentar em contrariedade umas com as outras. Dentro da característica de sistema do ordenamento jurídico, o conflito entre normas jurídicas é um conflito tratado como aparente. Sugere-se, então, métodos de solução para esse conflito aparente de normas jurídicas. Os métodos são o da hierarquia, o da especialidade e da novidade (temporal), nesta ordem.

Se uma regra A está em conflito com uma regra B, desse conflito prevalecerá A em detrimento de B, ou B em detrimento de A. Uma característica importante nos métodos positivistas de solução de conflitos entre normas jurídicas é que do conflito surgirá a aplicação de uma norma em detrimento de outra. Se A é uma norma constitucional e B é uma norma legal, afasta-se a norma legal e se aplica a norma constitucional. Se A é uma norma da lei e B é uma norma de ato administrativo que estão em conflito aparente, prevalece A com o afastamento de B. Esse é o método da hierarquia, que pressupõe a aceitação que uma norma é juridicamente mais importante do que a outra, sendo a que vai prevalecer.

No entanto, se A é uma norma de caráter geral e B é uma norma de caráter especial, ocorrendo um fato especial, vai ser aplicado B e não será aplicada A. Por outro lado, se o fato for geral, será aplicado a norma A, e não será aplicada a norma B. O método da especialidade é mais direcionado ao caso concreto, em que se o fato é um fato geral se aplica a norma geral, mas se o fato é um fato especial se aplica a norma especial. Ambas as normas continuam a conviver no ordenamento jurídico. É uma questão mais de aplicação de uma e não da outra. No âmbito do ordenamento jurídico, em tese, há a convivência entre as duas normas de forma permanente.

Imagine que as normas A e B tenham o mesmo status, sendo legais, e são igualmente especiais ou gerais. Nesse caso, nem o método da hierarquia e nem o método da especialidade solucionam o caso. Deve ser aplicado o método temporal. Se ambas são legais e gerais, mas a norma A é mais recente, ela será aplicada em detrimento de B, que será revogada tacitamente. O método temporal impõe a aplicação da norma mais nova em detrimento da norma mais antiga, que terá uma revogação tácita. Sendo a norma mais antiga afastada em determinado caso, ela será sempre afastada nos demais casos.

Conclui-se que tanto o método da hierarquia, quanto o método temporal, geram uma solução padrão. No entanto, o método da especialidade não gera uma solução padrão, uma vez que as normas continuaram a conviver normalmente, em tese.

Assim, afirmar que o ordenamento jurídico é um sistema faz com que os conflitos normativos sejam tratados como conflitos aparentes e não reais, que devem observar o critério de solução da hierarquia, da especialidade ou temporal, levando a aplicação de uma norma e não de outra.

O ordenamento jurídico é único e isso é muito importante para o conceito de Estado, para a soberania de Estado. O Estado, para ter soberania, tem que conseguir impor no seu território a aplicação de um ordenamento jurídico, que é único. A internalização de normas de tratados internacionais confirma a afirmação de que só existe um ordenamento jurídico.

O ordenamento jurídico é tratado como completo, ou seja, não há a possibilidade de o Direito não resolver determinado caso concreto. Pode acontecer de as normas jurídicas positivas não preverem determinado fato. No entanto, o fato não deixa de ter a atenção do Direito. O Positivismo Jurídico afirma, no que se refere à completude, que se há dispositivo positivado, aplica-se. No entanto, se não existe dispositivo positivado, integra-se. Então, se não existe um dispositivo previsto positivamente, deve ser aplicado o método de integração previsto na norma geral do direito. A lacuna jurídica, na visão do Positivismo, é a ausência de previsão do direito positivo; mas, como o ordenamento jurídico é completo, nenhum fato fica sem solução pelo Direito. Os métodos de integração são a analogia, o costume e os princípios gerais do Direito. Por isso que não se admite que o juiz se negue a julgar pela ausência de regras. Os juízes são proibidos de pronunciar o *non liquet* (não há direito). Quando o juiz reconhece que não há direito positivo, ele deve, de acordo com a visão positivista, aplicar os métodos de integração.

Os princípios não são entendidos pelo Positivismo como norma positivada, eles servem como método de integração. Para o Positivismo, princípios são quase aconselhamentos morais. A grande preocupação é com as regras, e não com os princípios.

Existem determinados ramos do Direito que terão métodos de integração particulares. É o caso do Direito Tributário, em que existem a analogia, os princípios gerais do Direito Tributário, os princípios gerais do direito e a equidade. Quando há um método de integração particular, este deverá ser aplicado e não o geral.

Paradigmas da Hermenêutica Positivista:

(I) Neutralidade do intérprete – alguns afirmam que quanto mais afastado das relações sociais estiver o juiz, melhor será, pois ele será um observador neutro, afastado dos litígios sociais. Atualmente isso é entendido como algo inadequado, que pode gerar um intérprete com uma solução completamente fora da aceitável pela sociedade para a qual ele presta o serviço da jurisdição;

(II) Pouca preocupação com as consequências da interpretação – o que interessa é interpretar a norma jurídica. A interpretação não seria um problema do Direito, mas da Sociologia. Isso pode fazer com que o produto da interpretação da aplicação da norma leve a soluções completamente absurdas. O brocardo do Positivismo aqui era “faça-se justiça e pereça o mundo”. Esse tipo de raciocínio está em desuso atualmente, pois o intérprete deve estar atento às consequências da interpretação;

(III) Métodos de interpretação com fases bem delimitadas (conhecimento e interpretação da norma e aplicação) – primeiro se coloca o foco sobre a norma, que deve ser conhecida e interpretada. Depois que a norma é conhecida, através dos métodos clássicos da hermenêutica (gramatical, sistemático, finalístico, histórico, dentre outros), a mesma deve ser aplicada. No Positivismo o momento da interpretação é um e o momento da aplicação é outro. São fases estanques. A aplicação é feita através da subsunção simples: aplicação da premissa maior (premissa normativa) a uma premissa menor (fato). O método gramatical é a análise do conjunto das palavras no vernáculo, ou seja, qual o significado de cada palavra no dicionário para, então, se verificar qual é o conteúdo total daquele dispositivo. No método sistemático se procura inserir aquele dispositivo ao lado de outros para que ele tenha um fundamento de racionalidade dentro do sistema; ele está integrado a um sistema. O método finalístico é utilizado para buscar qual é a finalidade da norma. O método histórico procura buscar a razão da legislação na época em que foi feita;

(IV) Norma é igual a regra;

(V) Princípio não tem capacidade de cogência – os princípios não têm capacidade de cogência sobre condutas humanas, sendo utilizados como métodos de integração na ausência de regras jurídicas.

Existe uma visão atual que procura desvalorizar a hermenêutica do positivismo. No entanto, a hermenêutica do Positivismo é muito importante, pois o Positivismo é responsável por ter uma visão do Direito que garante segurança jurídica.

Próxima aula será visto o Neoconstitucionalismo.