

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO

*A LEGITIMAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
PARA ALÉM DA DECRETAÇÃO ABSTRATA DE
CONSTITUCIONALIDADE: O VALOR PROSPECTIVO DA
INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO COMO
DESDOBRAMENTO CONCRETO ENTRE A LEI E O DIREITO*

MAURICIO MARTINS REIS

Orientador Professor Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2009

MAURICIO MARTINS REIS

*A LEGITIMAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
PARA ALÉM DA DECRETAÇÃO ABSTRATA DE
CONSTITUCIONALIDADE: O VALOR PROSPECTIVO DA
INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO COMO
DESDOBRAMENTO CONCRETO ENTRE A LEI E O DIREITO*

Tese

Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Ciências Jurídicas

Orientador Professor Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2009

R375L Reis, Maurício Martins

A legitimação do Estado democrático de direito para além da decretação abstrata de constitucionalidade: o valor prospectivo da interpretação conforme à Constituição como desdobramento concreto entre a lei e o direito / por Maurício Martins Reis. – 2009.

299 f. ; 30 cm.

Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009.

“Orientação: Prof. Dr. Lênio Luiz Streck, Ciências Jurídicas”.

1.Direito constitucional. 2.Controle da constitucionalidade. 3.Tribunais constitucionais. 4.Hermenêutica (Direito). 5.Hermenêutica filosófica. I.Título.

CDU 342
347.99

Catlogação na publicação:
Bibliotecária Carla Maria Goulart de Moraes – CRB 10/1252

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada “**A Legitimação do Estado Democrático de Direito para além da Decretação Abstrata de Constitucionalidade: o valor prospectivo da interpretação conforme à Constituição como desdobramento concreto entre a Lei e o Direito**”, elaborado pelo aluno **Maurício Martins Reis**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **DOUTOR EM DIREITO**.

São Leopoldo, 17 de dezembro de 2009.


Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Ivan Guérios Curi

Membro: Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira

Membro: Dr. José Luis Bolzan de Moraes

Membro: Dr. José Guilherme Giacomuzzi

RESUMO

A presente tese de doutorado estampa como fio condutor problemático o conceito, a abrangência e as peculiaridades inegavelmente próprias da interpretação constitucionalmente adequada. A aplicação do direito consiste num procedimento hermenêutico e normativo de especificidade concretizadora cuja finalidade aponta para resolver os conflitos opostos em juízo através de um pronunciamento decisório materialmente legítimo. As decisões prolatadas pelo poder judiciário devem, no seu conteúdo expresso mediante fundamentação, guardar conformidade ao ordenamento constitucional, seja aplicando os atos normativos em consonância à Constituição, seja atendendo de maneira adequada e eficaz o direito material sacrificado ou ameaçado injustamente. Desta forma, o juízo de constitucionalidade adquire autonomia jurídica de natureza concreta ou jurisdicionalmente decisória em face daquilo que se convencionou denominar de controle de constitucionalidade das leis. A inconstitucionalidade das leis, assim, não se pode equiparar à inconstitucionalidade quanto à aplicação de uma lei. A jurisdição constitucional, portanto, atua em duas frentes: uma objetivamente abstrata, quando o objeto da averiguação consistir numa norma jurídica, e outra subjetivamente concreta e assimilável pela juridicidade axiológica dos fundamentos que norteiam o ato de aplicar o direito às situações existenciais oriundas do mundo da vida. O controle difuso de constitucionalidade, portanto, seria especificamente a ramificação particular de idêntica pretensão veiculada em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ao aferir, preliminar e objetivamente, a compatibilidade do ato normativo, em causa no deslinde do feito concreto, em vista da Constituição. A fiscalização concreta, por sua vez, traduziria autonomizar a hermenêutica constitucional na especificidade decisória, nos marcos de uma interpretação concretizadora jurisprudencialista, ao assumir serem as relações de constitucionalidade bem mais complexas do que o enquadramento binário abstrato – e hermético – de conformidade ou inconformidade entre meros textos jurídicos. Em sentido oposto àquele reivindicado neste estudo e por ele confrontado mediante três ordens de argumentos (epistemológica, processual e constitucional), o critério da justiça passa a resultar de uniformizações abstratas fundadas no consentimento da mera legitimação - discursos de fundamentação prévios e contra-fáticos - e da justaposição entre lei e direito, com o que este último redundava confinado naquela fria previsão normativa. A crítica dos limites da interpretação, cujo núcleo hoje questiona os contributos da hermenêutica filosófica (Hans-Georg Gadamer), além da própria autonomia constitutiva (normativa) da interpretação jurídica (António Castanheira Neves), pretensamente causadores de alguma demasiada discricionariedade (direito) ou relativismo (filosofia) a pôr em xeque o paradigma da segurança jurídica, ressuscita, na realidade, a formulação do positivismo ideológico mais exacerbado, escondido em linhas mais sofisticadas da argumentação no direito. A mola propulsora da tese, assim, ao defender o modo concreto (hermenêutico) da interpretação constitucional com fundamento naqueles dois autores (Gadamer e Castanheira Neves), quer combater reducionismos generalizantes atualmente em voga, quando se passam a aceitar paradigmas refratários à concreta realização do direito.

Constituição – Controle de constitucionalidade – Interpretação jurídica – Interpretação conforme à Constituição – Hermenêutica filosófica – Aplicação jurisdicional – Jurisdição constitucional – Tribunais constitucionais

ABSTRACT

This PhD thesis highlights as the very problematic/debatable binding element the concept, the reach and the peculiarities undeniably inherent in the constitutionally appropriate interpretation. The application of the law consists of a hermeneutic and normative procedure of fulfilling specificity which aims at solving the opposing conflicts in court through a materially legitimate decision-making statement. The decisions analyzed by the justice system must, in their substantiated content, be in conformity with the constitutional provisions, either applying the normative acts in agreement with the Constitution, either addressing adequately and effectively the material law that has been unfairly sacrificed or threatened. This way, the constitutional judgement acquires judicial autonomy of concrete nature or jurisdictionally decisory in face of what has been denominated constitutional control of the laws. The unconstitutionality of the laws, thus, can not be put on the same level of the unconstitutionality as to the application of the laws. The performance of the constitutional jurisdiction is, hence, twofold: one being objectively abstract, when the object of inquiry consists of a juridical norm, and the other being subjectively concrete and assimilated by the axiological juridicity of the fundamentals that guide the application of the law to existential situations in life. The diffuse control of constitutionality, consequently, would specifically be the particular ramification of identical pretension conveyed in desire for constitutional power, in assessing, preliminarily and objectively, the compatibility of the normative act, in the clarification of the concrete feat, in view of the Constitution. The concrete investigation, in turn, would seek to empower the constitutional hermeneutics in the decisory specificity, in the pillars of a fulfilling jurisprudentialist interpretation, on assuming that constitutional relations are far more complex than the abstract – and hermetic – binary frame of conformity or nonconformity between simple legal texts. In the direction opposite to that claimed in this study and by it confronted upon three categories of arguments (epistemological, processual and constitutional), the criterion of the justice gets to result from abstract uniformizations based on the consent of mere validation – previous foundation discourses – and from the juxtaposition between the law and the right, the latter being confined in that cold normative provision. The criticism as to the limits of interpretation, whose core nowadays questions the contributions of philosophical hermeneutics (Hans-Georg Gadamer), besides the constitutive autonomy (normative) of the judicial interpretation itself (António Castanheira Neves), the supposedly makers of a somewhat excessive discretionarity (law) or relativism (philosophy) that sets aside the paradigm of juridical safety, brings back, in fact, the formulation of a more exacerbating ideological positivism, lurking in the most sophisticated lines of argumentation in the law. The prime mover of this thesis, therefore, in defending the concrete way (hermeneutics) of constitutional interpretation substantiated by those two authors (Gadamer e Castanheira Neves), attempts to tackle very-much-in-fashion reductionist generalizations, when stubborn paradigms are accepted over the true fulfillment of the law.

Constitution – Constitutional control – Judicial interpretation – Constitutionality –
Philosophical hermeneutics – Jurisdictional application – Constitutional jurisdiction –
Constitutional courts

RESUMEN

La presente tesis de doctorado estampa como hilo conductor problemático el concepto, el alcance y las peculiaridades innegablemente propias de la interpretación constitucionalmente adecuada. La aplicación del derecho consiste en un procedimiento hermenéutico y normativo de especificidad sintetizadora cuya finalidad apunta para resolver los conflictos opuestos en juicio a través de un pronunciamiento decisorio materialmente legítimo. Las decisiones proferidas por el poder judicial deben, en su contenido expreso mediante fundamentación, guardar conformidad al ordenamiento constitucional, aplicando los actos normativos en consonancia a la Constitución, atendiendo de manera adecuada y eficaz el derecho material sacrificado o amenazado injustamente. De esta forma, el juicio de constitucionalidad adquiere autonomía jurídica de naturaleza concreta o jurisdiccionalmente decisoria en fase de aquello que se acordó denominar control de constitucionalidad de las leyes. La inconstitucionalidad de las leyes, así, no se puede equiparar a la inconstitucionalidad en cuanto a la aplicación de una ley. La jurisdicción constitucional, por tanto, actúa en dos frentes: una objetivamente abstracta, cuando el objeto de la averiguación consiste en una norma jurídica, y otra subjetivamente concreta y asimilable por la juridicidad axiológica de los fundamentos que marcan el norte del acto de aplicar el derecho a las situaciones existenciales procedentes del mundo de la vida. El control difuso de constitucionalidad, por lo tanto, sería específicamente la ramificación particular de idéntica pretensión difundida en sede de control concentrado de constitucionalidad, al estimar, preliminar y objetivamente, la compatibilidad del acto normativo, en causa en el deslinde del hecho concreto, en vista de la Constitución. La fiscalización concreta, a su vez, traduciría autonomizar la hermenéutica constitucional en la especificidad decisoria, en los marcos de una interpretación puntualizadora jurisprudencialista, al asumir ser las relaciones de constitucionalidad mucho más complejas que el encuadre binario abstracto -y hermético- de conformidad o inconformidad entre meros textos jurídicos. En sentido opuesto aquel reivindicado en este estudio y por el confrontado mediante tres órdenes de argumentos (epistemológica, procesal y constitucional), el criterio de la justicia pasa a resultar de uniformizaciones abstractas fundadas en el consentimiento de la mera legitimación -discursos de fundamentación previos y contrafácticos- y de la yuxtaposición entre ley y derecho, con el que este último redundo confinado en aquella fría previsión normativa. La crítica de los límites de la interpretación, cuyo núcleo hoy cuestiona los contributivos de la hermenéutica filosófica (Hans-Georg Gadamer), más allá de la propia autonomía constitutiva (normativa) de la interpretación jurídica (António Castanheira Neves), pretendidamente causadores de alguna discrecionalidad (derecho) el relativismo (filosofía) a poner en jaque el paradigma de la seguridad jurídica, resucita, en la realidad, la formulación del positivismo ideológico más exacerbado, escondido en líneas más sofisticadas de la argumentación en el derecho. El resorte propulsor de la tesis, así, al defender el modo concreto (hermenéutico) de la interpretación constitucional con fundamento en aquellos dos autores (Gadamer y Castanheira Neves), quiere combatir reduccionismos generalizadores actualmente de moda, cuando se pasan a aceptar paradigmas refractarios a la concreta realización del derecho.

Constitución – Control de constitucionalidad – Interpretación jurídica – Interpretación conforme a la Constitución – Hermenéutica filosófica – Aplicación jurisdiccional – Jurisdicción constitucional – Tribunales constitucionales

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. A INCONSTITUCIONALIDADE CONCRETA NO PLANO DO FUNDAMENTO HERMENÊUTICO-FILOSÓFICO.....	16
1.1 <i>A interpretação jurídica como processo de realização concreta (aplicativa) do direito: a filosofia precede a filologia.....</i>	16
1.2 <i>A suposta antinomia entre a discricionariedade e a tese da resposta constitucionalmente adequada: refinamento conceitual.....</i>	23
1.2.1 <i>A discricionariedade no pensamento de Castanheira Neves.....</i>	23
1.2.2 <i>A discricionariedade e as decisões arbitrárias.....</i>	29
1.3 <i>A controvérsia acerca do juízo normativo de validade na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer: as críticas de Castanheira Neves.....</i>	34
1.3.1 <i>A definição do déficit normativo: a interpretação jurídica é um problema antes normativo do que hermenêutico.....</i>	35
1.3.2 <i>A coerência narrativa (insuficientemente normativa) do pensamento de Dworkin: análogo ponto de apoio contra a deficitária coerência hermenêutica gadameriana.....</i>	38
1.3.3 <i>A hermenêutica filosófica e o estatuto da pré-compreensão.....</i>	42
1.3.4 <i>Especificidades argumentativas quanto à falta de normatividade nos postulados da hermenêutica filosófica: o modelo da decisão judicial dirigido ao valor do caso concreto decidendo.....</i>	48
1.4 <i>As deficiências normativas do juízo (estritamente) hermenêutico: um esboço de contrapartida crítica em defesa de Gadamer.....</i>	52
2. A AUTONOMIA DECIDENDA (E NORMATIVA) DA INCONSTITUCIONALIDADE CONCRETA NO SISTEMA BRASILEIRO DE FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	62
2.1 <i>Intróito delimitador.....</i>	62
2.2 <i>O controle difuso de constitucionalidade no Brasil: diferença ontológica entre recusar a aplicação de lei inconstitucional e conferir-lhe interpretação conforme.....</i>	64
2.2.1 <i>A sistematização constitucional do julgamento conforme à Constituição.....</i>	65
2.2.2 <i>A interpretação conforme pressupõe a prévia exegese dos textos normativos?.....</i>	67
2.2.3 <i>Natureza jurídica da interpretação conforme à Constituição.....</i>	68
2.2.4 <i>As relações entre a interpretação conforme à Constituição (como interpretação constitucionalmente adequada) e a justiça de direito material do caso concreto.....</i>	72
2.3 <i>O juízo abstrato de constitucionalidade e seus mitos: primeiros diálogos de além-mar (Brasil e Portugal).....</i>	82
2.4 <i>A interpretação conforme enquanto applicatio: as particularidades hermenêutico-normativas que a imunizam de expedientes (metafísicos) generalizantes.....</i>	89
2.5 <i>A tese dos limites textuais ou semânticos quanto ao manejo da interpretação conforme: repercussões quanto ao (censurável) significado da única possibilidade abstrata de interpretação da lei.....</i>	100
2.6 <i>A devida contextualização hermenêutica da interpretação conforme à Constituição.....</i>	111
2.7 <i>Conjecturas possíveis à luz do paradigma eleito para a interpretação conforme.....</i>	122

3. A INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO E O SEU CONSECTÁRIO DE VALIDADE E DE CONCRETIZAÇÃO – A RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA E O ÂMBITO CONCRETO DE UM JUÍZO DE VALIDADE (CRITÉRIO) SUPERVENIENTE AO FILTRO LEGISLATIVAMENTE ELEITO.....	126
3.1 <i>A interpretação conforme como condição de possibilidade da justiça constitucional.....</i>	126
3.2 <i>A experiência judicante do direito português no controle concreto de constitucionalidade.....</i>	131
3.3 <i>Elementos favoráveis a uma autônoma tipologia hermenêutico-concretizadora para a interpretação conforme à Constituição.....</i>	133
3.4 <i>A resposta constitucionalmente adequada nem sempre se ampara de prévio juízo acerca da inconstitucionalidade normativa: a interpretação conforme e as inconstitucionalidades concretas.....</i>	140
3.4.1 <i>As decisões judiciais inconstitucionais: lacuna normativa (instrumentos jurídicos inexistentes) ou carência hermenêutica (desprestígio cultural-paradigmático das decisões interpretativas)?.....</i>	143
3.4.2 <i>O modelo alemão de fiscalização concreta concentrada: breve cotejo.....</i>	146
3.5 <i>A fiscalização de decisões violadoras do ordenamento constitucional: indagações hermenêuticas no direito brasileiro.....</i>	151
3.6 <i>Integração dialética entre a decisão constitucionalmente adequada e a normatividade decidenda: o recíproco juízo hermenêutico de validade.....</i>	158
3.7 <i>A interpretação conforme e a transcendência hermenêutica da norma aplicável mediante o fundamento da decisão constitucionalmente adequada.....</i>	168
4. AS MOVEDIÇAS FRONTEIRAS HERMENÊUTICAS ENTRE O REGIME DE (IN)CONFORMIDADE DECISÓRIA CONSTITUCIONAL E O ESTATUTO DE INCONSTITUCIONALIDADE NORMATIVA.....	174
4.1 <i>A fiscalização concreta de constitucionalidade: esclarecimentos necessários.....</i>	174
4.2 <i>Os sistemas brasileiro e português de fiscalização concreta de constitucionalidade: modelos constitucionais atualmente em vigor.....</i>	178
4.3 <i>A fiscalização concreta de constitucionalidade: refinamento conceitual quanto ao conteúdo interpretativo objeto de controle.....</i>	184
4.3.1 <i>A contribuição do pensamento hermenêutico gadameriano para a autonomização da interpretação conforme no modo de apuração concreta (interpretativa) de constitucionalidade.....</i>	186
4.3.2 <i>O desvalor da inconstitucionalidade na fiscalização concreta de constitucionalidade: problema normativo da lei x problema interpretativo de aplicação de ato normativo.....</i>	190
4.3.3 <i>O ideário privatista de inconstitucionalidade verificado no Brasil.....</i>	192
4.4 <i>Dissecando a área fronteira entre a inconstitucionalidade interpretativa (decidenda) e normativa.....</i>	197
4.5 <i>O juízo abstrato de inconstitucionalidade da lei como direito à demanda individual autônoma: impossibilidade.....</i>	209
4.6 <i>O desvalor da inconstitucionalidade e suas conseqüências no controle concreto de constitucionalidade.....</i>	211
5. O DESVALOR DA INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO: A ABSTRATIVIZAÇÃO NORMATIVA NECESSÁRIA EM CONTRAPONTO À FISCALIZAÇÃO CONCRETA (HERMENÊUTICO-DECIDENDA).....	224

<i>5.1 A controvérsia dos efeitos erga omnes no controle difuso de constitucionalidade: o debate brasileiro entre a mutação constitucional e a adequação procedimental.....</i>	<i>224</i>
<i>5.2 A súmula vinculante como (indevida) fórmula judicativa de repercussão geral quanto ao julgamento difuso de inconstitucionalidade das leis.....</i>	<i>234</i>
<i>5.3 Pautas programáticas viáveis, de acordo com o ordenamento jurídico vigente, para a generalização de efeitos da inconstitucionalidade normativa julgada no caso concreto.....</i>	<i>242</i>
<i>5.4 O debate no Supremo Tribunal Federal do efeito erga omnes na fiscalização concreta de constitucionalidade.....</i>	<i>245</i>
<i>5.4.1 A Súmula n. 10 do Supremo Tribunal Federal: perigoso ecletismo entre a fiscalização difusa e concreta de constitucionalidade.....</i>	<i>247</i>
<i>5.4.2 A decisão contrária ao texto constitucional como hipótese interpretativa autônoma..</i>	<i>252</i>
CONCLUSÕES.....	260
REFERÊNCIAS.....	280

INTRODUÇÃO

A empresa investigativa proposta na presente tese de doutoramento merece, nestas palavras introdutórias, ser abreviada – ou melhor, objetivada – até mesmo em homenagem aos destinatários, forçada ou voluntariamente convocados à leitura, tendo em vista o paradoxal relacionamento entre a invencível fartura de abordagens acerca de qualquer tema jurídico, nesta epocal era da informação instantânea, e a necessidade de aprofundamento especificado, ou seja, voltado para concretas repercussões de sentido diante de inevitáveis pontos de partida reflexivos, representados pela incontinência qualitativa da pergunta, da indagação, ou ainda, da problemática básica a partir da qual todo o empreendimento se faz valer. Assim sendo, conquanto haja a exigência de o todo argumentativo, descritivo e bibliográfico apresentar-se, mormente no contexto de um doutorado, complexo e multifacetado na medida do tema sob análise, com balizas e suportes firmemente assentados em periferias necessárias, com o escopo de elaborar as hipóteses e resoluções a serem postas à prova, parece-nos que não se pode descurar deste âmbito nuclear em sede de proposição prescritiva, antecedida das não menos essenciais condições ontológicas de inquirição problemática.¹

Dito manto substancial de densidade conteudística deverá ser colocado em prioridade a questões formais ou referenciais – cuja importância não se está a infirmar – para efeito de uma singularidade e excelência que se pretenderá obter, assim pensamos, preponderantemente no mérito daquela específica profundidade temática especializada no ato de responder e fundamentar as qualitativas interrogações de subsistência da proposta nuclear denunciadas naquelas condições indagadoras de possibilidade. A interjeição levada por uma interrogação leva, pois, à interpretação, da qual se espera, nada obstante a bibliografia investigada, uma biografia de interpelação própria, coerente, profunda e de procedência argumentativa nos quadros do conteúdo com que se compete interagir.

Desta feita, melhor seja mostrar algumas indagações concêntricas, das mais genéricas, afastadas do centro específico do problema a ser colocado, e para o qual se apresentarão

¹ A pergunta resulta em condição de possibilidade (compreensão enquanto “como” hermenêutico) para a insurgência e delimitação do problema convocado (crise) e de sua dialética e fundamentada proposta resolutive (solução), nesta que é uma autêntica herança – e um dos principais legados – de Martin Heidegger. Não à toa o fato de o pensamento heideggeriano acompanhar e iluminar as proposições doutorais de Castanheira Neves em sua clássica tese sobre o problema da juridicidade: “se por um lado, é na pergunta enunciadora do problema (no “porquê”) que se definem as tarefas do pensamento e vai traçada a direcção do seu movimento, não é, por outro lado, menos exacto que na intencionalidade do problema vai desde logo pré-anunciada a solução – prenunciada naquele “saber do não-saber” que dá sentido ao problemático e em cujo cumprimento determinado se oferecerá a resposta” (*Questão de Facto – Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma Reposição Crítica)*). Coimbra: Almedina, 1967, p. 71).

conjecturas prescritivas de ordem geral e nos marcos concretos de casos específicos, às mais detidamente incrustadas no ponto de singularidade com que esta tese se mostrará individualizada em ineditismo de estirpe apenas relativo, assim se espera, àquela nuclear dimensão. Pretende-se, neste compasso, sem deixar jamais de intencionalmente focar o tema principal da constitucionalidade concreta como o fio condutor – jurídico – da investigação, introduzir a problemática segundo o epistemológico suporte de prisma fundamentador, ou seja, a partir da linha de pesquisa responsável por trazer à tona alicerces da filosofia do direito, não para adiar ou tergiversar o central vetor de juridicidade das proposições que se esperam, em expectativa nada mais justa, de uma tese de doutoramento, mas, sobremaneira, para acentuar e enriquecer as respectivas análises em torno do conteúdo versado, menos sob a forma de raciocínios e mais, na indubitável intencionalidade de quem escreve, através de argumentos.²

Das indagações mais globais, de fundamento epistemológico assentado na interpretação, há de se reconhecer aquelas já firmadas, ou predominantemente entronizadas, no estatuto jurídico, nada obstante inevitáveis serem os desdobramentos em outras esferas sociais e, portanto, o incontínente relacionamento com a própria concepção interpretativa de categorias transcendentais ao direito (sociedade, lei, democracia, política, moralidade). Neste contexto, o cotejo interrogativo poderia enveredar de acordo com a espiral dialética entre lei e Constituição, nas relações complexas aferidas da juridicidade constitucional, do compromisso prático-decisório da realização concretizadora no direito, fazendo-se particularmente relevantes as inquietudes demandadas desta confluência intrínseca, de algum modo paradoxal, havida no próprio seio do direito como uma ciência prática.

A insuperável margem de discricionariedade na interpretação jurídica, tomada por defensável nas tradições romano-germânica e da *common law*, deve-se, apenas, à insuperável incompletude da regulação direta e suficiente de todas as situações e contingências do mundo da vida ou, sobremaneira, ao compromisso de juridicidade judicativo-decisória do direito

² Castanheira Neves, em genuíno ensinamento durante arguição em banca de doutorado, cujo teor aqui se aproveita em absoluto divórcio ao correlato emprego ou ao desiderato pretendido naquele contexto, sem ingressar no mérito, portanto, de qualquer linha da tese ora apreciada, sequer da procedência da avaliação realizada pelo catedrático de Coimbra em relação ao examinando, leciona que “os raciocínios articulam a coerente conclusão do discurso e os argumentos exprimem a fundamentação que sustenta a resposta-solução de um problema” (*In Arguição nas provas de doutoramento de José Manuel Aroso Linhares. In Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Volume 3º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 590*). Em anteriores lições de memorável significado, neste propósito, citando Lacroix, pretende ratificar que “a grandeza do homem não é a explicação, mas a significação”, sendo o absurdo, em última instância, “aquilo que seria totalmente explicado mas não teria sentido” (*A Unidade do Sistema Jurídico: o seu problema e o seu sentido. (Diálogo com Kelsen). In Estudos em homenagem ao Professor Doutor J. J. Teixeira Ribeiro. Coimbra: Coimbra Editora, 1979, p. 89*).

como direito?³ A juridicidade interpretativa se reduz ao papel de funcionalidade facilitadora da produção de certos resultados hermenêuticos pretendidos através da política regulatória legislativa, numa perspectiva cindida à compreensão de inteligibilidade dos textos normativos, com o recurso eventual, quando não já desbaratado pelo critério de exegese semântica, aos métodos normativos indicativos da intencionalidade da positivação jurídica? A discricionariedade assume foros de arbítrio, sendo contaminado por este já na imediata assunção daquela, quando se assume o perfil constitutivo (de notória criação singular) da decisão judicial, ou, ao menos, quando se desconstrói a univocidade tributária da vontade do legislador?

O direito entendido como prática interpretativa, fugidio ao escopo reducionista do método, caminha, inexorável, de encontro à epistemologia, averso, pois, a qualquer instância metodológica auto-reflexiva de racionalidade? O direito demanda uma juridicidade normativa e, portanto, um específico padrão interpretativo de índole normativa, apto a se dissociar da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica, quando, noutros termos, a compreensão genuinamente jurídica (o juízo) alcança um patamar de moto próprio desacompanhado de estatura filosófica que lhe faça acompanhar? Não existem leis, mas apenas interpretações, ou, sob semelhante ótica, a norma jurídica, essencialmente indeterminada, resulta determinável concretamente, constituindo o precedentalismo judiciário uma nova forma de se atender aos princípios de sistematicidade, de gestão de expectativas e de segurança no direito? O relevo metodológico da aplicação ou concretização jurídica se furta ao controle democrático, ou, pelo contrário, ostenta, pela indispensabilidade de sua prática enquanto fundamentação pública sujeita ao contraditório e ao exame do juízo decidendo, ares de aprimoramento ou reflexão no Estado Democrático?

Descendo à problemática das questões propostas no contexto temático da tese, urge a tormenta das repercussões acerca da inconstitucionalidade e do correlato concerto das múltiplas funções doravante assumidas pela jurisdição constitucional.⁴ Poderá a inconstitucionalidade ser reconhecida, nas decisões jurisdicionais, apenas como um vício conexo ao ato normativo suscetível de interpretação, de modo a incidir na fonte normativa

³ As indagações são norteadas a partir de fabuloso artigo composto basicamente por aquelas interrogações de fundamental aspecto ao delineamento da identidade, do sentido e da atitude da filosofia no direito nos tempos de hoje, principalmente daquelas que dizem respeito ao que significa interpretar (ARAÚJO, Fernando. Pontos de interrogação na filosofia do direito. In *Ars Iudicandi. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 88-96).

⁴ A inconstitucionalidade não será distinguida neste trabalho em termos de ocorrência vocabular, ou seja, demandando específico verbo conforme a natureza de seu pronunciamento, seja no controle concreto (julgar a inconstitucionalidade), no abstrato sucessivo (declarar a inconstitucionalidade) e no abstrato preventivo (pronunciar a inconstitucionalidade).

gravame tal a ponto de torná-la nula e insuscetível de regulação jurídica? A inconstitucionalidade da lei declarada por decisão judicial poderá ser tratada de diversa maneira, no tocante aos seus efeitos subjetivos, conforme a modalidade em que é chancelada, seja no controle objetivo, seja no controle concreto de constitucionalidade? Qual a contundência argumentativa (ou de fundamento com lastro em razoabilidade), para além do critério arbitrário do legislador, de generalização de efeitos para a decisão difusa de inconstitucionalidade, seja no direito brasileiro e no português?

Em que medida o reconhecimento da legitimidade das decisões interpretativas em sede de jurisdição constitucional, a ultrapassar o binário e reduzido contexto entre a decretação de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, poderá ser limitado, quer em competência de julgamento adstrita aos Tribunais Constitucionais, quer em vinculação interpretativa com esteio em fórmulas de índole positivista predominantemente literal-teleológica? É possível identificar na própria decisão judicial a mácula de inconstitucionalidade no que se refere a uma concreta e apreensível, fundamentadamente, resposta inadequada ou incorreta? Quais são as relações problemáticas no trato da constitucionalidade da lei, confirmada pela jurisdição constitucional, e de sua aplicação conforme à Constituição, ou deve esta última ser compreendida (e, pois, reduzida) no bojo das hipóteses interpretativas cunhadas pelo Tribunal? A inconstitucionalidade da interpretação, no ato de decidir típico da judicatura, é capaz de afirmar autonomia diante das decisões de constitucionalidade dos atos normativos?

A inconstitucionalidade revela-se em pressuposto formal e material para efeito de sobrevivência das normas jurídicas no interior de determinado ordenamento. Muitas linhas já foram despendidas em nome de referida mácula, especialmente no trato da inconformidade normativa. Por esta entendemos o vício relativo a uma norma jurídica, seja ela uma regra ou um princípio, cuja incorreção remonta ao esquadro abstrato de futuras incidências, sem dizer respeito, ainda, a uma concreta ou decidenda interpretação que se faça dela.

Diga-se, de antemão, que a concepção de uma nova faceta de inconstitucionalidade, vale dizer, a interpretativa, contempla, subjacente, contornos ou fundamentos filosóficos responsáveis pela compreensão do que sejam, respectivamente, o Estado Democrático de Direito, a hermenêutica constitucional e o papel da autonomia do indivíduo e da sociedade. O primeiro contorno ousa combater as mais variadas crises por que passa o conceito de Estado nacional, de modo a reivindicar no ente estatal, por intermédio de uma Constituição dirigente e compromissária, o ponto de chegada para as conquistas do constitucionalismo contemporâneo. O segundo fundamento, interpretativo, ressalta as intransponíveis lições da hermenêutica filosófica para o Direito, de maneira que este, ao lidar com postulados gerais e

vinculantes – na senda da histórica segurança jurídica – jamais deixe de considerar as peculiaridades do caso concreto. Finalmente, o aspecto pioneiro da função elementar do indivíduo e da sociedade quer repercutir, sem olvidar o emaranhado de disjunções sistêmicas a apequenar a “península jurídica” e, com isto, desbaratar a função de validade e utopia da Constituição, a indispensável participação do sujeito na tarefa do pensar e do agir.

O século vinte legou à humanidade a responsabilidade de construir genuínos espaços emancipatórios, na medida em que se encurtaram em demasiado a outrora incerteza e o pretérito determinismo amealhadores da liberdade. Desta sorte, com o giro copernicano verificado tanto na filosofia como no direito, de maneira a implicar que o espectro epistemológico socorre-se sempre e mais da relação entre sujeitos e suas correspondentes situações de compreensão, ademais de impulsionar a função axiológica diretriz emanada do direito público (constitucional), culminamos por ficar a sós no universo, ou, em palavras menos metafóricas, restaram o homem e a sua linguagem.

O fio condutor da presente tese incorpora em específica premissa as noções subliminares que descrevem tão importantes transformações por que passou (e passa) o paradigma, ainda resistente (porque mutante), do cientificismo nas disciplinas humanas e, mais exemplarmente no direito, do positivismo jurídico. Esta premissa, a ser desenvolvida como o núcleo propositivo da presente intervenção (a “tese” da tese), interpela e questiona a completude do controle de constitucionalidade brasileiro, vale dizer, se o correspondente panorama não merece ser complementado à luz do que se convencionou chamar de expedientes interpretativos.

Os expedientes interpretativos nada mais representam do que a ruptura central com o positivismo jurídico – nas suas mais variadas e recentes facetas – por valerem-se do manejo hermenêutico concreto (a fundamentação) com o intuito de segregar o que de há muito se anunciava como aspectos diversos a partir do mesmo e idêntico enunciado lingüístico: o texto e a norma. Estes expedientes nada mais realizam do que a própria concretização jurisdicional – a *applicatio* de Hans-Georg Gadamer e a juridicidade normativa de Castanheira Neves – quando, em momento irrepetível de um ato soberano singular (Kelsen), resultam confrontados o valor de uma interpretação razoável (axiologia) à luz de preceitos constitucionais e o resultado tido por legal em face do conteúdo expresso no ato normativo (normatividade).

Assim sendo, ao consagrar o apego à literalidade dos dispositivos de lei, pelo simples aspecto de que não compete ao Poder Judiciário incrementar de qualquer modo a vontade do legislador, o positivismo jurídico vem arrematando vários teóricos e linhas de pensamento em homenagem ao recorrido conceito de “segurança jurídica”. Preconiza-se irracional toda a

tentativa de reivindicar no caso concreto determinada autonomia discricionária com forte na Constituição, equiparando-a, por exemplo, com tendências decisionistas e relativistas, como a jurisprudência dos valores, por exemplo. O fato é que os dois parâmetros – o positivista e o hermenêutico – operam em níveis distintos de racionalidade, motivo pelo qual se trava muitas vezes uma conversa entre surdos.

Para o positivista, por exemplo, o momento hermenêutico por excelência consiste no ato legislativo, ou seja, revela-se no *prius*, no *a priori*, o modelo privilegiado de racionalidade ao qual deve se compadecer o jurista, o intérprete. Contudo, não se nega que as verdades acometem no modelo hermenêutico, isto é, reveladas em atos interpretativos para sujeitos concretos; apenas se as deslocam ao âmbito preliminar de concepção da norma jurídica, incorrendo em mera subsunção as atividades e comportamentos posteriores à vigência do ato normativo.

No plano do controle de constitucionalidade, e principalmente nele, o nível epistemológico ou apofântico resulta privilegiado em detrimento do nível hermenêutico. E esta confusão entre os planos abstrato e concreto culmina por deteriorar, senão desconsiderar, 1) as inconstitucionalidades interpretativas porventura acometidas para o mesmo texto normativo, conquanto sufragada a sua compatibilidade abstrata – ou mesmo concreta por intermédio de prévio expediente interpretativo (interpretação conforme e nulidade parcial, por exemplo) e 2) as constitucionalidades interpretativas construídas com esteio em específicas e relevantes considerações de fato e de valor – suportadas em face da principiologia constitucional – em prol da otimização de uma outra resposta até então desconhecida ou metafisicamente incluída no conceito de impossibilidade abstrata (causa de pedir ampla) ou concreta (interpretação autêntica).

O controle de constitucionalidade é comumente alvo de reflexões em apartado doutrinário, de sorte a inculcar no referido debate o caráter de excepcionalidade, quando uma norma jurídica, quer por vícios formais ou materiais, merece ser repelida do ordenamento. O primeiro equívoco desta situação dogmática é o de fazer coincidir texto e norma, de tal maneira que eventual inconformidade é a do ato normativo em seu estado bruto, sem qualquer temperamento sobre cogitações hermenêuticas acerca do modo como ele resultará aplicado. A segunda incongruência – leia-se, em relação aos parâmetros aqui trabalhados – vincula-se ao menosprezo à importância (em si, eis que transcendental) da interpretação, como se esta fosse passível de esquecimentos ou condicionamentos extraordinários. A rigor, não se pode escapar à pertinência filosófica do tema hermenêutico, em especial para o direito, mas apenas de

descartá-lo ou mesmo apequená-lo em nome de predileções institucionais, as quais recebem o nome, apelativo, de rigor científico.

O controle de constitucionalidade das normas, portanto, merece ser repensado à luz da aplicação jurídica interpretativa (ou interpretação jurídica aplicativa), em cujo percurso situacional desvelam-se possibilidades concretas nas quais a (in)constitucionalidade é a do sentido ali condecorado para pôr termo ao processo. Dita reflexão ora incrementará outro tipo de controle – o concreto – ora, então, concluirá que as interpretações ou sentidos, ao necessariamente reivindicarem conformidade à Constituição como pressuposto axiológico, merecem ser vocacionados a uma situação típica inerente à própria concretização constitucional dos preceitos normativos.

Confrontam-se, destarte, dois postulados fundamentais, ambos co-originários do nascedouro hermenêutico, cuja imbricação não justifica identidade nos respectivos pressupostos de existência. A constitucionalidade de lei e a constitucionalidade de interpretação, tal qual a cisão entre texto e norma, ou mesmo a cisão entre verdade e método, sem falar da cisão entre aplicação e argumentação, representam predicados dependentes em termos de circularidade virtuosa, em que a autonomia de um repousa na relação de reciprocidade justificada em vista de outro. Vale dizer, tanto o espaço de procedência onde se reivindicará a inconstitucionalidade de certo édito normativo carecerá, certamente, do exercício – efetivo ou hipotético – de confronto interpretativo no âmbito de aplicação jurisdicional daquele texto, quanto a abertura de legitimidade de certa interpretação dependerá do manancial de possibilidades hermenêuticas – positiva ou negativamente assentadas – já denunciadas pelo prévio ingresso e sobrevivência do dispositivo legal no ordenamento jurídico.

Por assim dizer, o papel proeminente dos princípios constitucionais no ato de concretizar o direito restaura o que de há muito tempo vinha sendo olvidado pelo pensamento positivista: a interpretação impregna o mundo jurídico, e as eventuais máculas de inconstitucionalidade, antes restritas ao modelo de concepção da própria norma jurídica, passam a contaminar as interpretações responsáveis por sua concretização aplicadora. E a inconstitucionalidade adquire um formato de *enquanto* ou de *como*, ou seja, vislumbrada em termos de repercussão prática, a despeito de filtragens cogitadas no plano abstrato da legislação ou, ainda, no plano positivista das vinculações de sentido, não obstante sua aparência interpretativa.

O problema a ser confrontado durante as próximas páginas consiste em responder a uma premissa aparentemente inabalável nos meandros das concepções mais recentes desta

linha de pensamento aqui denominada de positivista. Este pressuposto resulta em que toda e qualquer tentativa de se pretender veicular a legitimidade de uma plêiade de respostas consentâneas ao valor constitucional⁵, independentemente das possíveis facetas preponderantes para determinado vetor principiológico *in casu*, revela-se em quimera subjetiva, arbitrária, irracional e relativista, adjetivos destoantes, por conseguinte, do valor pioneiro da segurança jurídica e da redução congruente de expectativas atinentes ao direito e à sua aplicação por juízes e tribunais.

Resulta mais do que possível, fundamentável, concluir que o direito constitucional brasileiro, por hipótese expressa em seu rigor positivado, consagra inequivocamente a autonomia da conformidade, consonância e adequabilidade hermenêutica das decisões jurisdicionais em face da Constituição, a ponto de não a identificar com o controle difuso de constitucionalidade; quando muito, estabelecer-se-iam intersecções concretas de relacionamento aberto quanto ao repúdio recíproco acerca da inconstitucionalidade.

⁵ Em abstrato, a tese hermenêutica aqui consagrada é a seguinte: há várias possibilidades de um mesmo texto ser interpretado razoavelmente, de acordo com os princípios constitucionais. Em concreto, esta tese arrecada uma fórmula aparentemente contraditória, segundo a qual é possível encontrarmos “a” resposta correta para determinada aplicação jurisdicional. A conciliação resulta explicada, se compreendermos que a abstração é apriorística ao problema posto em causa, eis que a complexidade do binômio fato-direito ainda está no nível da hipótese ou da conjectura, níveis que não esgotam a concretude (especificidade) exigida, incidente apenas quando se está diante de determinada situação hermenêutica. E, quando esta logra acontecer, os demais caminhos possíveis simplesmente desaparecem em vista de sua inaptidão para o caso, desapareção típica das conclusões gadamerianas sobre deixarmos que “o texto nos diga algo”, síntese hermenêutica responsável por erigir determinada solução mais adequada ou justa – porque única – ao irrepetível fato em julgamento.

1. A INCONSTITUCIONALIDADE CONCRETA NO PLANO DO FUNDAMENTO HERMENÊUTICO-FILOSÓFICO

1.1 A interpretação jurídica como processo de realização concreta (aplicativa) do direito: a filosofia precede a filologia

A interpretação jurídica desincorporou-se do desiderato abstrato da exegese estrita da lei rumo ao próprio ato de realização do direito, quando nele se haverá de proporcionar os âmbitos possíveis e razoáveis da *interpretatio legis*.⁶ Em realidade, a interpretação jurídica vai ao encontro da própria vocação do direito quando encarna e conjuga o verbo “realizar” no plano de determinação do sentido normativo-jurídico apto a consagrar o ato decisório judicialmente adequado ao caso concreto. E disso se procriam critérios com o fito de possibilitar razões decisórias na consagração factual do cumprimento do direito, cujas nuances e características somente se desvelam quando da própria mediação interpretativa. Esta especificidade afasta a interpretação jurídica – nos moldes da hermenêutica filosófica – dos cânones ou técnicas previamente pensados enquanto métodos hermenêuticos de obtenção da melhor resposta.⁷

Castanheira Neves, ao conceituar a interpretação jurídica, utiliza-se de duas terminologias aparentemente conflituosas ao núcleo epistemológico-valorativo da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer⁸:

o acto **metodológico** de determinação daquele sentido normativo-jurídico que, segundo **intenção** do direito vigente, deva ter-se pelo critério também jurídico (o critério normativo *de direito*) no âmbito de uma problemática realização do direito e enquanto momento metodológico-normativo dessa realização (grifos nossos).⁹

⁶ CASTANHEIRA NEVES, A. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 11. A realização do direito manifesta-se como algo para além da mera aplicação das leis, ao recuperar o concreto no bojo da mediação juridicamente decisória (p. 12).

⁷ “A hermenêutica filosófica não é um método”, assinala Castanheira Neves, mencionando Gadamer, com a sintomática aversão a técnicas de pensamento ou metas abstratas vislumbradoras da devida compreensão (*O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 48).

⁸ Muito embora a cediça capacidade intelectual do pensador português o impulsione a consagrar determinada (e outra) concepção acerca da interpretação jurídica – como, na verdade, o faz e o reconhece de próprio punho (*O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica...*, p. 431), quando, já em 1967, antes do descobrimento da hermenêutica pelo pensamento jurídico por força da pioneira monografia de Josef Esser (*Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, de 1970), alicerçava indisponíveis pressupostos no plano da realização interpretativa do direito (*Questão de Fato, Questão de Direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967).

⁹ *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, p. 12 (*in fine*).

A metodologia ali disposta, contextualizada num específico círculo análogo ao círculo hermenêutico, merece ser esquadrihada em conjunto com a alegada intenção situada na incidência entre o preceito jurídico e a correspondente interpretação (texto e norma, respectivamente). Trata-se de ressalva inerente à busca de critérios de validade no universo do direito, do qual se espera algum referencial de procedimento e justeza normativos, lacuna verificada na própria concepção de fundo da hermenêutica filosófica, segundo o próprio Castanheira Neves, além de incidir no suposto déficit de legitimidade dos mecanismos hodiernos de resolução de conflitos interpretativos, como é o caso da ponderação.¹⁰

As fontes normativas, por dependerem, portanto, da incidente interpretação que delas convoca esforço de sentido, não capitaneado em pormenores a partir da mera dimensão estática de sua correlata literalidade, ao se principializarem por conta da específica concretização normativa, tornam inócua a fórmula semântica do desabono hermenêutico em face de textos claros e inequívocos.¹¹ A tese *in claris non fit interpretatio, interpretatio cessat in claris* padece de inadequação, contudo, para bem antes da dimensão normativa, incorrendo já em frágil equívoco do ponto de vista semântico e interpretativo.¹²

¹⁰ As críticas de Castanheira Neves à hermenêutica filosófica encontram-se dispersas ao longo de sua vasta obra; no entanto, é possível dizer que a essência desta ressalva reside na insuficiência de se deduzir do Direito o problema, apenas, do sentido a ser compreendido, senão, e fundamentalmente, da validade normativa de cujos fundamentos se alcança o justo decidir. Não é à toa que a sua abordagem sobre a interpretação jurídica venha antecedida da indagação sobre se ela é um problema antes normativo do que hermenêutico, ou, melhor dizendo, se ela apenas se compraz na inteligibilidade filosófica do compreender hermenêutico (*O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica...*, pp. 45-106). Veja-se também esta contundência em outra de suas recentes obras: “O que importa reconhecer é que há um iniludível problema de validade, qualquer que haja de ser a sua exacta solução, que a mais da explicitação das condições de possibilidade da compreensão em geral há que interrogar a validade da concreta compreensão feita ou a fazer e que é este agora um problema de fundamentação, não já só de compreensão, e que, como tal, ultrapassa, na sua exigência de reflexão crítica, os limites da hermenêutica só enquanto tal” (*A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 63). Mas ao depois referir em extensa e profunda análise as contemporâneas influências da orientação analítica para a interpretação jurídica (*Idem*, pp. 107-183), faz conceder à hermenêutica filosófica (com a *applicatio* de Gadamer) prioridade epistemológica explícita em relação àquela, reconhecendo uma significação exemplar de contributo inegável para uma compreensão adequada do direito em vista da problemática do caso concreto decidendo e de sua função situacional interrogante (*Idem*, pp. 188-189). Sem considerar a importância da hermenêutica filosófica gadameriana quanto ao reconhecimento da “impossibilidade da imediação e da transparência ontológicas acriticamente postuladas pela metafísica clássica”, pressuposta a irredutível mediação da linguagem oferecida pela filosofia de Heidegger (*Idem*, pp. 270-271).

¹¹ Nada obstante o desabono hermenêutico (exclusão ou supressão interpretativa, ou texto enquanto texto), quanto ao fato de se subsumir em redução ao aspecto literal das normas jurídicas, não deixe de implicar uma já interpretação a respeito do fenómeno interpretativo; noutras palavras, mesmo a mecânica exegese consiste em dada interpretação, por invocar indelével responsabilidade por parte do órgão julgador.

¹² Razão assiste a Pontes de Miranda quando, nos comentários ao Código de Processo Civil brasileiro de 1939, atesta que a infração das normas jurídicas independe de estas serem inequívocas ou vagas, exatamente pelo fato de a interpretação jurídica, assim o deve ser, não exclusivamente convocar ou não preponderantemente prevalecer a estreita repercussão textual dos dispositivos legais no marco de sua significação literal. Confirma-o, ao dizer que o aforismo *in claris (...)* “não mais se leva a sério” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo X. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960, pp. 195-196; também em *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 273).

A impossibilidade semântica desta tese acerca da inexigibilidade da interpretação está bem descrita do ponto de vista lingüístico ou semântico como a sua irreduzível indeterminação significativa (a “polissemia universal da linguagem”) em vista dos poliédricos (e mutáveis) contextos os quais a linguagem refere, predica, constitui e para os quais ela aponta, cujo índice de determinação semântica abraça inelutavelmente o teor pragmático enquanto aplicação ou uso concreto.¹³ Desta simbiose põe-se a nitidez de que toda a interpretação é aplicação e, nos moldes da interpretação jurídica, já é ela uma genuína concretização.¹⁴ Aqui se está a cogitar dúvida preliminar ao cenário normativo da interpretação jurídica – quando hoje se alega a dubiedade da fórmula distintiva entre casos fáceis e difíceis – no que pertine à clarividência dos conceitos objetivos e à vagueza dos termos indeterminados, quando para aqueles ainda remanesce a postura lógica e mecânica da subsunção enquanto melhor exegese.¹⁵

Os critérios normativos de adequação para o problema da aplicação das normas jurídicas – e, por conseguinte, a delimitação mais ou menos flexível de fronteiras entre os discursos de fundamentação e os discursos de aplicação – redundam contrapostos conforme o modelo que se adote. Por exemplo, é já por demais conhecido o conflito entre Habermas e Alexy quanto à tipologia dos princípios constitucionais, tidos pelo primeiro como mandamentos de caráter deontológico, cuja eventual colisão encerra a necessidade de escolher aquela norma jurídica, dentre as aplicáveis *prima facie*, que melhor se ajusta à situação de

¹³ CASTANHEIRA NEVES, A. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, pp. 16-23. O autor referenda a expressão de Hart, para quem os textos se aportam como uma “textura aberta”, tanto por sua irreduzibilidade de implicação contextual a albergar de uma só vez todos os casos ou fatos possíveis nele expressáveis, quanto por sua indeterminação teleológica, em que a intenção poderá patrocinar variadas novas alterações, supressões e acréscimos no bojo de suas nuances conotativas. De se perceber, apenas, conjectura indevida ao nível das premissas até então construídas pelo insigne Professor, quando ele supõe, se tomássemos em conta a possibilidade de um texto “em si mesmo” considerado e a conseqüente separação entre texto e sentido, da clareza textual o fato de ela poder não exigir interpretação (p. 23). A própria clareza, aliás, assinala, já retumba por ser interpretação (pp. 25-26).

¹⁴ Neste sentido, Castanheira Neves, quanto às relações entre norma e caso concreto, para confrontar a aplicação hermenêutica de concretização da “lógica identificação que corresponde ao esquema subsuntivo de ‘aplicação’ do direito” (*Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 177).

¹⁵ Mesmo que a doutrina de Habermas contemple o caráter deontológico dos princípios jurídicos, aquelas normas de alargada e aberta compleição, em tese antitética à natureza axiológica proposta por autores como Alexy e Dworkin. Segundo Habermas, não se podem pressupor graus de preferência interpretativa na aplicação dos princípios normativos, de modo a sugerir uma plataforma insuscetível de controle ou fiscalização no panorama das decisões colhidas nos Tribunais Constitucionais, mormente diante da ponderação no conflito entre dispositivos de alto escalão normativo. Aí se explica a solução de Klaus Günther para efeito de distinguir os discursos de fundamentação dos discursos de aplicação, cada qual com lógica e extensão bastante específicas, apesar de as soluções interpretativas serem vertidas através da fórmula habermasiana segundo a qual haverá de se encontrar a regra de decisão para o caso, segundo cânones procedimentais que privilegiam no discurso democrático antecipador a solução deontologicamente assentada no sistema jurídico. Assiste razão a Castanheira Neves neste tópico, ao dizer que a realização do direito não pressupõe sempre uma norma jurídica aplicável, e mesmo com o apoio mediador desta não se pode demitir da interpretação jurídica algo que é essencialmente seu, ou seja, o seu inarredável atributo de problematicidade decisória concreta judicativa (*O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, p. 106).

aplicação; em oposição, Alexy condecora aos princípios estatuto equivalente a valores, ou seja, mandados de otimização de estrutura teleológica, de onde se segue que a aplicação poderá ser pautada pelo princípio da proporcionalidade, ponderando o peso das normas eventualmente colidentes.¹⁶ Para todos os efeitos aqui realçados, Alexy prestigia uma interação de regras e princípios na ordem jurídica a ponto de amaciar a rigidez habermasiana no trato da interpretação jurídica, mesmo com a diretriz cunhada por Klaus Günther (não se trata apenas de escolher o preceito jurídico que melhor descreva a situação *sub judice*), além de flexibilizar a distinção lógica entre regras e princípios proposta por Dworkin.¹⁷

Por sua vez, a inaceitabilidade interpretativa ou exegética do brocardo *in cessat...* comporta a dissociação (no sentido de não se poder identificar ou fazer coincidir) entre texto e norma, para se chegar à conclusão de que a lei não consiste no texto, ainda que o uso comunicativo geral da palavra e expressão que necessariamente haverá de carregar o sentido jurídico implique clareza. Castanheira Neves, neste ponto, consagra a intenção jurídica como elemento infirmador do privilégio que a teoria tradicional da interpretação jurídica sempre consagrara ao elemento gramatical, de modo a fazer repousar no sentido jurídico da decisão efetiva para o caso e na razoabilidade aceitável que dela se espera a fronteira demarcatória de onde se pode erigir a correspondente interpretação conclusiva acerca do texto de lei.¹⁸

¹⁶ VELASCO, Marina. Habermas, Alexy e a razão prática kantiana. In *Direito, Moral, Política e Religião nas Sociedades Pluralistas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

¹⁷ A interação de regras e princípios em Alexy, retomando a orientação principiológica de Dworkin, “tanto se verifica por força da possibilidade de os princípios se constituírem, no caso concreto, em exceções às regras, como se verifica, logo, no momento de criação da regra, com a inclusão de conceitos vagos ou indeterminados no seu enunciado normativo ou o apelo a valorações ou ponderações incompatíveis com um caráter meramente subsuntivo da respectiva aplicação aos casos concretos” (NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 328). Neste sentido, embora a concepção alexyana seja alegadamente procedimentalista, inclusive no manejo de métricas e hierarquias abstratas, não se pode descurar de a sua pretensão, preferível à tese de Habermas/Günther, de encontrar a resposta correta situar-se além da mera evidência da norma adequada aplicável ao caso concreto. Ou seja, a interpretação jurídica não se conforma, evidenciada a colidência entre normas jurídicas (sejam regras ou princípios, de ordem constitucional ou infraconstitucional) para a solução do caso decidendo, à mera descoberta do dispositivo adequado tendente a, mediante subsunção, repercutir o melhor resultado, a melhor decisão. Melhor aplicar não significa, portanto, para todos os casos, encontrar a norma adequada enquanto texto, mas enquanto interpretação (*applicatio*). Em Alexy encontramos a viabilidade conjectural de, mesmo rechaçando a sua proposta formal de ponderação mediante a abstrata estimativa de pesos às normas em conflito, acomodar a aplicação dos princípios para a justa composição do conflito (especialmente quando em xeque direitos fundamentais), a fim de serem obtidas as respostas constitucionalmente adequadas ou hermeneuticamente corretas. Nada obstante, parece forçoso reconhecer que dita viabilidade resulta limitada, por certo, despedindo-se já nos portões de ingresso da filosofia de Alexy, em virtude da teoria argumentativa por ele proposta reluzir “a partir de fórmulas aptas a realizar o que ele denomina de ponderação de princípios” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 388).

¹⁸ De se ver que a intenção jurídica enfatiza, no autor, a distinção do elemento meramente gramatical para o âmbito vital (constitutivo-aplicativo) do qual parte o próprio legislador em termos de futura regulação. Não se trata, assim, de apelar metafisicamente ao espírito da lei enquanto vocação para limitar as possibilidades interpretativas de um sentido que se consagra razoável ao caso concreto e que, principalmente, não se encontrava no vislumbre cognitivo-especulativo à época da formação do ato normativo. Frise-se, por demais, a indevida abstrativização das normas jurídicas por ocasião de sua vigência, ao se repudiarem novas possibilidades de

A exigência da interpretação jurídica, porém, encontra no nível normativo a sua mais alta justificativa, para não dizer exigência estruturante. Se no nível anterior, ainda abrangente, da interpretação, podíamos confirmar a razão de ser do elemento da intencionalidade no bojo da formulação expressa por Castanheira Neves, será nesta ocasião de especificidade normativa que se vislumbrará a necessidade criteriosa da metodologia. Talvez resulte neste tópico o nascedouro da contrariedade do autor para com diversas concepções epistemológicas do direito e da justiça, dentre elas a hermenêutica filosófica, para dela desacreditar a capacidade de fomentar critérios de validade ínsitos à regulação interpretativa no direito.¹⁹

O critério jurídico arrematador da decisão jurídica sofre em tempos presentes – considerando-se as revoluções, reviravoltas e giros paradigmáticos acometidos durante o século vinte – natural reflexão e questionamento, em especial do ponto de vista interpretativo e do das fontes de direito.²⁰ Ocorre que o aperfeiçoamento das questões hermenêuticas ao cabo das inegáveis contribuições da filosofia da linguagem no genuíno espaço da articulação dos sentidos jurídicos vem claudicando em razão das históricas interferências de suspeição erguidas em nome do poder político. Houve um sem número de tentativas no percurso histórico do poder político de arrefecer, quase que aniquilando por completo, as competências normativamente constitutivas da interpretação jurídica efetuada por juízes e tribunais. Castanheira Neves, com maestria, aponta pelo menos três: a forma absoluta de total programação do direito, com a exigência da literalidade na aplicação do direito; a admissibilidade restrita da interpretação autêntica pelos próprios elaboradores da norma jurídica e a criação de instituições especialmente destinadas ao controle da interpretação judicial.²¹

interpretação ou modalidades hermenêuticas que não se coadunam na preliminar análise vocabular dos termos que lhe traduzem inegável forma (CASTANHEIRA NEVES, A. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, pp. 23-25). Adiante se observará a implicação desta problemática no cenário do controle de constitucionalidade.

¹⁹ Veja-se, por exemplo, o primeiro demonstrativo desta sua inquietude no tomo em comento, ao perguntar “se a interpretação jurídica, que essa realização [do direito] convoca, se esgota numa hermenêutica compreensão dos textos (dos textos-normas) jurídicos em que se objective o direito vigente ou se não implica, bem diferentemente, um normativo ‘encontrar direito’ (*Rechtsfindung*) em concreto” (*O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, p. 52).

²⁰ Neste sentido, o novo constitucionalismo, de acordo com Lenio Streck, carece de uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e um novo modo de compreender o direito: “a teoria positivista das fontes vem a ser superada pela Constituição; a velha teoria da norma dará lugar à superação da regra pelo princípio; e o velho *modus* interpretativo subsuntivo-dedutivo – fundado na relação epistemológica sujeito-objeto – vem a dar lugar ao giro lingüístico-ontológico, fundado na intersubjetividade” (*Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 195). É importante frisar que a referência à obra em comento na sua versão mais atualizada (2009) somente se dará nos trechos novos, supervenientemente adicionados em sua recente edição.

²¹ CASTANHEIRA NEVES, A. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, pp. 29-32.

Muitas vezes se intenta manejar o argumento da potencial arbitrariedade das decisões com a fórmula do reducionismo de quem interpreta, como se a canalização limitadora dos atores sociais para os quais se encerraria a competência decisória culminasse com o caráter indelevelmente constitutivo da aplicação jurídica. Neste caso, convém dizer que se trata da substituição da legitimidade digna do conteúdo decisório pela legitimação via procedimento ou autoridade a independe do mérito da interpretação prescrita. E mesmo o argumento majoritário do procedimento democrático não consegue transpassar a indefectibilidade constitutiva das medidas aprovadas sob a forma de leis, porque nelas, apesar de sua predisposição abstrata, impessoal e linearmente vinculante, também se incorpora o sentido problematizável digno da ulterior aplicação.²²

Ora, os destinatários do direito e das suas normas (...) podem começar por considerá-los directamente como regras de uma significação imediata, i. é, podem tomar as normas jurídicas como padrões do seu comportamento captados em termos de informações problemáticas e de imediata funcionalidade. Mas já se o comportamento ou o acto que se oriente imediatamente por essa “informação” suscita controvérsia (quanto ao sentido da sua validade jurídica) ou se o comportamento ou o acto é elemento de uma relação jurídico-social que, como tal, não exclui (ou mesmo provoca) uma perspectiva diferente de outro elemento da mesma relação sobre a norma pressuposta, então o sentido da norma problematiza-se e torna-se exigível uma interpretação.²³

Trata-se, destarte, do paradoxal movimento hermenêutico que *a priori* condecora múltiplas possibilidades ao texto normativo (seja na sua elaboração ou posterior aplicação) sem, contudo, abdicar da resposta adequada à situação concreta, em virtude da específica incidência para a qual prestará a devida conta em termos de fundamentação dotada de razoabilidade. O próprio sistema judicial brasileiro, através das súmulas, já verbalizou esta contumácia interpretativa, através de seu verbete de número 400: *decisão que deu razoável*

²² Veja-se a hipótese cogitada por Juliana Neuenschwander Magalhães, ao estabelecer o projeto filosófico da hermenêutica, enaltecendo a força do protagonista em um primeiro momento: “A perspectiva hermenêutica procura reconstruir uma racionalidade para as decisões, primeiro, através da superioridade de um intérprete capaz de descobrir, a cada situação concreta, a melhor resposta e, depois, através de procedimentos e construção de argumentos que levam à construção intersubjetiva da resposta adequada” (Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. In *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 152). Ora, a hermenêutica filosófica com sede em Gadamer nem patrocina o aval à figura do sujeito que interpreta, capaz ele só de buscar o sentido adequado, muito menos reivindica qualquer esboço performático digno de se alcançar, como método, a resposta adequada.

²³ CASTANHEIRA NEVES, A. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, p. 38. Nas palavras didáticas de Ovídio Baptista da Silva, “o pressuposto de que a lei tenha um sentido invariável é a matriz epistemológica da doutrina que compreende a jurisdição como uma função apenas reveladora da ‘vontade da lei’, que, assim pensada, dispensaria interpretação, exigindo apenas que o julgador ‘explique’, publicamente, o caminho que lhe permitiu ‘enquadrar’ a decisão (que já tomara) no sistema normativo, sem, todavia, explicitar a verdadeira motivação do julgado” (Questão de Fato em Recurso Extraordinário. In *Meios de Impugnação ao Julgado Civil. Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 498).

*interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário.*²⁴ De igual sorte, em outra enunciação sumular de nosso tribunal supremo, também desconsiderada no devir histórico por uma incontestável influência do normativismo jurídico²⁵, o direito brasileiro já adotou a consagração de respeito à coisa julgada constitucional, pela sua razoável fundamentação digna do cumprimento do devido processo legal e da segurança jurídica do caso concreto, ao privilegiar o vetor hermenêutico da decisão jurídica em detrimento de uma presumida intencionalidade unívoca de interpretação reprodutiva dos preceitos legais, a consagrar rescindibilidade dos julgados por ofensa à literal disposição de lei.²⁶ A hermenêutica filosófica alcança trabalhar o sentido problemático do caso concreto sem descuidar das expectativas de resultado (perspectiva prática), em termos de generalização responsável, não aquelas previamente formatadas ou hipoteticamente formuladas a partir da estrutura semântico-lingüística da norma jurídica. Estas expectativas provêm senão da justaposição equilibrada da pré-compreensão normativa, produto congruente entre as alternativas jurídicas possíveis – de discernimento razoável ante os feixes concretizadores elaborados na tríade legislação, doutrina e jurisprudência – e a efetiva resposta tida por adequada à situação posta.

²⁴ A súmula em comento verbaliza a possibilidade de um mesmo texto normativo admitir mais de uma interpretação, exatamente em virtude de cada caso concreto, por suas peculiaridades, poder alcançar respostas diferentes (e constitucionalmente adequadas), e não necessariamente contraditórias, entre si. Supor que dois julgamentos sejam contraditórios pela simples razão de discreparem um em relação ao outro ao utilizarem como fundamento o mesmo ato normativo significa aceitar a tese da única resposta correta a partir do parâmetro abstrato do preceito legal, para além e a despeito das interpretações concretas, possivelmente diferenciadas, dele emanadas. A contradição porventura cogitada entre dois juízos discrepantes pode incidir no distanciamento de um deles em relação ao critério normativo indiferenciado adotado pela lei e pela jurisprudência, o qual não deixa de ser, mesmo no primeiro caso, uma norma ou um sentido adjudicado aos textos jurídicos: o exemplo mais contundente a ser verificado ao longo deste estudo diz respeito à discrepância quanto ao juízo de inconstitucionalidade da norma jurídica, quando um juiz aplica uma lei que foi julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade. Assim sendo, a contribuição deste enunciado sumular reside no reconhecimento de que o mesmo texto de lei pode dar azo a mais de uma norma, uma vez relevados o suporte fático e todas as circunstâncias que cercam o julgamento de um caso concreto (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 652). O que a súmula admite, portanto, é a viabilidade de mais de uma decisão para o mesmo texto normativo, não no bojo do mesmo processo (duas ou mais interpretações são corretas na mesma situação de fato e de direito submetida a julgamento), mas, pelo contrário, em decorrência da diferença ontológica de cada caso concreto. Assim sendo, não entendemos que esta súmula assume como razoáveis (ou corretas) duas decisões para o mesmo caso concreto (como refere Lenio Streck em *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 283), mas para situações distintas, tanto é assim que a alegada “melhor” interpretação, tida pelo STF como a correta para o acórdão paradigma tomado como base, não vincula outras, cuja razoabilidade concreta resulta insuscetível de reforma por recurso extraordinário.

²⁵ Normativismo aqui criticado na concepção que reduz a manifestação da juridicidade àquilo que Fernando José Bronze denomina de “construção apofântica de normas”, a saber, “um conjunto lógico-formalmente articulado de proposições que se pretendem auto-suficientes e racionalmente abstractas”, cujo enunciado postula, em caráter de exclusividade (única resposta correta aprioristicamente dada pelo discurso legislativo), “uma constitutivamente empenhada mediação do decidente” (*Lições de Introdução ao Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 618-619).

²⁶ A Súmula número 343 afirma não caber ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

1.2 A suposta antinomia entre a discricionariedade e a tese da resposta constitucionalmente adequada: refinamento conceitual

A trajetória que vai das múltiplas e razoáveis significações da norma jurídica no plano da possibilidade até a solução adequada ao caso concreto enquanto efetividade é tão complexa e indeterminável quanto as relações entre os planos, distintos, do processo e do direito material. Esta distinção entre os dois planos do fenômeno jurídico, é verdade, não pressupõe distanciamento, senão delicada e predisposta invocação. O processo torna incerto o que era tido como incontroverso no plano do direito material, não a ponto de tornar aleatória a justiça do ponto de vista da criação, como se substituindo (e descartando) a dimensão do direito material – que lhe pode ser alheia no âmbito das relações sociais devidamente amadurecidas no trato das expectativas e comportamentos cumpridos. O direito material, convertido ao processo, torna-se fundamento para as pretensões trazidas pelo postulante das quais ele alega ter sido violado ou ameaçado.

A possibilidade de outras interpretações característica da epistemologia hermenêutica consiste na variável potencial que não pode ser confundida com a simetria interpretativa, vale dizer, como se uma interpretação pudesse ser preterida, indiferentemente, a outra, com o intuito de escusar a responsabilidade do operador. O vezo da discricionariedade administrativa, operável na órbita da alternativa ou intensidade com as quais se pretende atender à indisponível finalidade constitucional justificadora daquela prerrogativa, também não pode ser escudado ao extremo de se poder dizer que uma opção é equivalente à outra. Nas contundentes linhas de Celso Antônio Bandeira de Mello, torna-se inadiável remontar a noção mais corrente acerca da discricionariedade, a qual supõe “que dentre as alternativas comportadas pela norma em abstrato, quaisquer delas são de indiferente aplicação no caso concreto”.²⁷

1.2.1 A discricionariedade no pensamento de Castanheira Neves

A pergunta fundamental e elementar considerada por Castanheira Neves na sua notável digressão acerca do problema da discricionariedade perpassa por uma mais abrangente – e nevrálgica – perspectiva, qual seja, a aplicação do direito²⁸, com o que se pode

²⁷ *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 16.

²⁸ Nas palavras de Castanheira Neves, “o problema da discricionariedade surge deste modo solidário com o problema da objectividade metodológica do jurídico” (*O problema da discricionariedade*. In *Digesta. Escritos*

dizer que a discricionariedade, nos termos da reflexão ora proposta, longe de se divorciar do paradigma hermenêutico da decisão justa (correta) ou constitucionalmente adequada, em verdade é transportada ao alcance de uma importante – e essencial – diferença ontológica ao predicado da arbitrariedade e não, como histórica e comumente se lhes costuma relacionar, por um equivocado sentido de antonomásia em vista de sua pretensa equivalência.²⁹ A referência ao critério do direito administrativo acerca da distinção entre atos vinculados e discricionários se justifica, conquanto se devam reconhecer as especificidades da decisão judicial relativamente às dos comandos decisórios da administração pública – mormente no espectro da fundamentação³⁰ – pela base comum do tema inserto: a interpretação do direito na sua aplicabilidade prática. E referida afinidade (dialética) de temas culmina exatamente no objetivo de problematizar, pelo viés próprio da interpretação como conceito unitário entre compreender e aplicar (implicados ao próprio interpretar) tributário da hermenêutica filosófica, a generalização da metodologia – equivocada – do direito administrativo, quando esta intenta extremar a adequada resposta (decisão) seja em prol de uma única opção (atuação vinculada), seja em benefício desta incontida liberdade na adoção de alternativas decisórias equivalentes (poder discricionário) no interior da moldura de legalidade.³¹

Ao afirmar que do ponto de vista da norma jurídica não se poderia supor uma única solução válida em abstrato, indaga o professor de Coimbra se “do ponto de vista do caso concreto continuará a ser aceitável uma pluralidade de soluções válidas, ou deverá antes ter-se por unicamente válida aquela decisão que lhe for concreta e materialmente adequada?”.³² Poderia o caso concreto, mais especificamente, admitir outra decisão “que não seja aquela que para ele for a única juridicamente adequada?”.³³

acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Volume 1º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 549). Prossegue o autor: “o que nos diz que no próprio problema da discricionariedade vai já hoje apontada a necessidade de uma revisão metodológica do sentido e estrutura da aplicação do direito” (*O problema da discricionariedade...*, *op. cit.*, p. 550).

²⁹ Segundo Castanheira Neves, considerando ele tal nota como aspecto fundamental, há de se ver excluída a possibilidade de a discricionariedade se confundir com o arbítrio (mesmo tomada aquela no sentido comum do termo), especialmente por força da vinculação normativa “imposta pela própria ideia do Estado-de-Direito e pelos seus princípios constitucionais” (*O problema da discricionariedade...*, *op. cit.*, p. 539).

³⁰ Sobre o problema da fundamentação nos atos administrativos e as diferenças de exigibilidade e conteúdo frente às decisões judiciais, ver, por todos, VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 2007.

³¹ A discricionariedade, portanto, resulta tomada, enquanto parâmetro comparativo entre direito administrativo e direito constitucional, pelo fio condutor da interpretação, o que os aproxima em análise problemática nesta perspectiva hermenêutica, embora seja indevida uma parametricidade ou aproximação, principalmente se levada em conta a dualidade metafísica ato vinculado-ato discricionário para o bojo da decisão constitucionalmente adequada (neste aspecto, STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 329).

³² *O problema da discricionariedade...*, *op. cit.*, p. 544.

³³ *Idem, ibidem*. Há uma sabedoria sofisticada em Ovídio Baptista da Silva ao responder à indagação em referência: “Se os preceitos jurídicos podem conter – e na imensa maioria dos casos realmente o contêm – mais

A gênese da discricionariedade, debatida preponderantemente em fartas linhas do direito administrativo, embora, nos dias atuais, celebrada a título de vinculação normativa (constitucional) nos moldes do Estado Democrático de Direito, a preterir a possibilidade de arbítrio, continuaria a ser definida pelo princípio da pluralidade de decisões válidas.³⁴ E isto significa a impossibilidade metodológica de sustentar que a resposta do caso concreto seja a singularmente acertada, porque uma outra qualquer que se mantenha nos limites do vazio normativo ou da indeterminação ínsita à situação específica considerada seria tão adequada por força do invencível enquadramento da subjetividade convocada pela autoridade legitimada a decidir. A validade, pois, nada obstante a existência do controle do arbítrio por força das exigências formais, refratárias ao vício do comportamento fiscalizado, passaria necessariamente pelo aspecto da subjetividade³⁵, pela legitimação decisória anterior responsável por absolver uma qualquer resposta, desde que enquadrada na moldura flexível deixada pelos preceitos legais envolvidos, de maneira a fazer supor a possibilidade de múltiplas respostas – equivalentes – para a concreta situação investigada.

Fato é que a discricionariedade vem referida por um distanciamento – uma provocada cisão – ao âmbito de aplicação no direito, subjazendo neste pressuposto metódico – epistemologicamente assente em estruturas do pensamento jurídico contemporâneo (positivismo legalista) – a identificação da juridicidade com a rasa subsunção interpretativa segundo a qual a decisão adequada (única) viria já delimitada *a priori* na própria regulação prescritiva da norma jurídica. Desta feita, em pólos opostos, reinam duas alternativas indesejáveis: apelar-se-ia à discricionariedade de respostas concorrentes – e corretas – aos casos concretos³⁶ ou à descoberta da abstrata vontade legislativa insurgente da única decisão

de uma alternativa legítima, então a eliminação do arbítrio judicial (que pode ocorrer quando se nutre a fantasia de que a lei tenha ‘uma’ vontade constante), impõe a exigência da fundamentação adequada e coerente, que possa ‘convencer’ não apenas os técnicos, mas as partes e a comunidade social, detentora do poder de que os magistrados são servidores” (Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional. In *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 155)

³⁴ José Carlos Vieira de Andrade assinala, com acerto, que a discricionariedade administrativa não se configura mais como uma razão “para considerar suficiente como conteúdo fundamentador a mera revelação de que o agente usou de facto os poderes (discricionários) que lhe cabiam” (*O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 258). A exigência da fundamentação expressa dos atos administrativos reivindica a clara exposição dos motivos determinantes da decisão – porque a autonomia decisória com forte nos poderes discricionários não se basta mais como legitimadora do comportamento concretamente escolhido –, ou seja, “os critérios ou pontos de vista de que parte [a Administração], no uso dos poderes legalmente concedidos, para a escolha da melhor solução para a satisfação desse interesse [interesse público específico a ser perseguido]” (*Idem*, p. 259).

³⁵ O problema da discricionariedade..., *op. cit.*, p. 547.

³⁶ Karl Larenz, ao analisar a teoria da interpretação jurídica desenvolvida por Hans Kelsen, enfatiza a categoria da margem de discricionariedade no ato de individualizar ou concretizar a norma geral produzida pelo legislador, assim problematizada nos seguintes termos: “Se o sentido da norma aplicável não é unívoco, quem tem de aplicá-la encontra-se perante várias significações possíveis. A interpretação não lhe pode dizer qual é a ‘certa’;

aceite como definitiva.³⁷ A interpretação incorreria em relativismo na primeira opção e recairia em singela exegese semântica de acordo com o segundo termo.³⁸ Desta feita, a aplicação do direito seria, respectivamente, banalizada (e, pois, desmerecida) como lacuna da subjetividade na figura do intérprete ou subsumida na anterior – e exauriente – dimensão da interpretação lingüística do ordenamento jurídico.

Importante referir que a crítica procedida por Castanheira Neves bem se dirige, assim, contra a tradicional bivalência opositora entre subsunção e discricionariedade, e, pois, dos baluartes ideológicos ora sedimentados, com o que não evitará de abordar seja a impossibilidade de interpretar objetivamente os casos reputados como discricionários, seja o déficit de domínio fixo alegadamente alcançado na circunscrição dos conceitos determinados e, pois, suscetíveis de (pretensa) inequívoca resolução. Castanheira Neves empreende, para o fito de sobrelevar a unicidade do problema quanto à discricionariedade numa unitária perspectiva abrangente de estirpe metodológica, a abraçar tanto a discricionariedade administrativa quanto a jurisdicional, um histórico quanto à evolução de uma e outra, para, enfim, abordá-la no centro da aplicação do direito ou, noutros termos, à conexas problemática da interpretação jurídica, em cuja circularidade incorre, para fechar o círculo hermenêutico, um ponto de partida diverso ao ponto de chegada, conquanto a pré-compreensão, ainda que retomada, na realização geométrico-existencial do círculo, nos mesmos termos propositivos anteriormente assentados nesta predisposta situação hermenêutica de partida, seja inequivocamente repensada para efeito de conferir-lhe legitimidade autêntica diante da conatural reflexão – no direito, fundamentação – desta viragem em espiral.^{39 40}

todas são igualmente certas” (*Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 105).

³⁷ A descoberta da abstrata – exclusiva – vontade do legislador consiste no postulado ideológico da jurisprudência tradicional contra a qual Kelsen se insurgia, ao pretender que a lei, aplicada ao caso concreto, não ofereça “mais do que uma única decisão correcta, e que a correcção jurídico-positiva dessa decisão se funda na própria lei” (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 106).

³⁸ Entretanto, é de se ver que alguma exacerbada concepção prática nominalista (numa índole de positivismo hermenêutico em benefício de termos e expressões, tais como, semântica do texto, literalidade do dispositivo, inequívoca disposição legal, respeito pela vontade da lei e pelo espírito do legislador) a respeito da interpretação jurídica, na consonância dos cânones da lógica formal, incorrerá, em igual ou maior medida, no mesmo risco em relativizar o critério das decisões, pela “arbitrária utilizabilidade dos elementos lingüísticos, excluída quase sempre da reflexão e do controle teórico” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 600).

³⁹ O histórico da discricionariedade administrativa (*O problema da discricionariedade...*, *op. cit.*, pp. 551-563) e da discricionariedade jurisdicional contenciosa (*Idem*, pp. 566-576) vem analisado par e passo ao amadurecimento do Estado de Direito.

⁴⁰ A interpretação jurídica, tema recorrente e abundantemente explorado por Castanheira Neves desde a publicação de sua tese de doutoramento, publicada em 1967 (*Questão de Facto – Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma Reposição Crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967), da qual deflui em autônoma completude este formidável ensaio acerca da discricionariedade (originariamente

O critério metodológico de demarcação da essência da discricionariedade continua a ser o dominante na doutrina especializada até hoje, influenciando nos presentes dias os cânones da interpretação e aplicação no direito, pela contumácia de requisitos objetivos – os conceitos legais ou os comportamentos relacionados à realização jurídica – a segmentar ora o espectro de decisões fungíveis, ora o esquema de soluções apodíticas.⁴¹

Não há dúvidas de que a proeminência do critério da inteligibilidade literal dos textos normativos, conforme sejam os correspondentes termos “claros” ou “nebulosos”, é a responsável pela revitalização do panorama da discricionariedade arbitrária nestes novos tempos do positivismo jurídico, ao qualificar a diferença entre texto e norma numa espécie de aprisionamento hermético desta por aquele, de cuja impossibilidade semântica de encaixe entre premissa maior e menor surge o espaço de livre decisão, absolvida pela competência da autoridade que encampa o decidir “autêntico” rumo a decisões indiferentes ou de equivalência fungível.⁴² Do quadro de classificações a que a discricionariedade resultou, no decurso histórico das contribuições dogmático-doutrinárias⁴³, reivindicada nos moldes das proposições jurídicas prescritas em lei, por exemplo, através de orientações que admitem a decisão discricionária relativamente a todos os conceitos indeterminados ou apenas para os conceitos de valor, ou, ainda, que a reconhecem apenas na fixação dos efeitos jurídicos (segregada da vinculada, e não-discricionária, determinação de pressupostos normativos), resulta, com grau de intensidade mais ou menos acentuado, o comum reconhecimento da

inserto naquele tomo, no respectivo parágrafo 15), terá importantes desdobramentos no bojo de uma proposta singular esposada pelo catedrático da Universidade de Coimbra ao longo de seus escritos, a desembocar no tomo específico sobre o tema, publicado em 2003, cuja contribuição será incomensurável ao enriquecimento – por força de suas contundentes críticas – da hermenêutica filosófica lastreada sobremaneira em Hans-Georg Gadamer. Ao déficit metodológico desferido contra o pensamento filosófico emancipado em *Verdade e Método*, a partir do qual se demonstraria a insuficiência de um modelo epistemológico de validade apto a consagrar a filtragem entre juízos autênticos e inautênticos, mormente na indelével exigência da adequada realização e aplicação do direito por intermédio da sua judicativa fundamentalidade decisória, é possível depreender, segundo o desenvolvimento teórico empreendido noutro lugar, já nas linhas antecessoras do lugar da hermenêutica em Martin Heidegger (e mesmo nas ressalvas de Castanheira Neves), a concernência do problema da validade no seio da hermenêutica filosófica e, pois, de limites materiais quanto ao represamento de posições arbitrárias de mero capricho ou incontida subjetividade, a propiciar, então, um desenvolvimento norteado nas específicas questões relacionadas ao tema da interpretação jurídica, cujas conclusões em defesa de um constitucionalismo hermenêutico (decisões constitucionalmente adequadas) certamente são tributárias daquela importante contribuição – de autonomia digna a defender referidas temáticas jusfundamentais – na filosofia contemporânea.

⁴¹ *O problema da discricionariedade...*, op. cit., p. 579.

⁴² A abertura do direito positivo nas situações limítrofes de casos difíceis ou nebulosos cria a possibilidade, do ponto de vista da teoria positivista, de se decidir com fundamento em critérios não jurídicos ou indiferentes à juridicidade; assim sendo, o juiz “está autorizado pelo direito positivo a criar um direito novo, fundamentalmente da mesma forma que um legislador, com base em critérios extrajurídicos” (ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 84).

⁴³ *O problema da discricionariedade...*, op. cit., pp. 580-582.

“impossibilidade de cumprir inteiramente o postulado metodológico do Estado-de-direito legalista e do seu normativismo, o da aplicação apenas lógico- racional do direito”.⁴⁴

Ou seja, ainda que no bojo deficitário da exclusiva compreensão dos enunciados legais enquanto fórmulas de objetiva concretização de ordem semântica ou teleológica – pelo seu desprezo dissociado do próprio caso concreto decidendo –, a discricionariedade parece ter sido assumida como não mais inevitavelmente descartada diante da clarividência suposta dos textos normativos, quando antes eram estes, uma vez evidenciados como tais, dotados de convicção matemática suscetível de mera revelação ou constatação. Desde que se a entenda (a discricionariedade), evidentemente, como uma repercussão genuína da justaposição hermenêutica entre aplicar e interpretar, entre o problema prático do caso concreto decidendo – nesta sua exigibilidade fundamental da adequada decisão jurídica – e as relacionadas normas jurídicas de indissociável mediação interpretativa, dissonante, pois, do paradigma subjetivista de uma indiferença entre quaisquer respostas amortizadas no lacunar plexo de possibilidades deixadas a cargo do intérprete.

Seguem-se, assim, os principais contributos evidenciados pelo filósofo lusitano de que se poderá apropriar com contumácia no reclamo hermenêutico da interpretação conforme: que o problema da discricionariedade deve ser assumido metodologicamente nos quadros da aplicação do direito; que a sua genealogia, embora sujeita a indispensáveis aprimoramentos teóricos ao longo dos tempos, inequivocamente sempre se distanciou da arbitrariedade; que não há como deixar de assumir o problema da discricionariedade de maneira preponderantemente unitária entre o poder administrativo e o jurisdicional (contencioso); que a discricionariedade não se subsume resolvida nos termos da legalidade prescrita nos códigos pela sua maior ou menor determinação lingüística; que a discricionariedade, enfim, está relacionada com a autonomia mediadora do juízo e com a específica (e singular) decisão concreta e, por conseguinte, resulta presente em toda a aplicação jurisdicional, sejam os dispositivos mais ou menos determinados do ponto de vista filológico.⁴⁵ Com o que se arremata, no concernente ao ponto, pela derrocada do modelo do juiz salomônico, “com a sua plena discricionariedade de juízo, orientado apenas pela intuição carismática do justo e na expressão de uma incondicional e originária autoridade”.⁴⁶

⁴⁴ *Idem*, p. 581.

⁴⁵ Esta última conclusão está explicitamente assumida ao final do texto, no arremate das conclusões do autor (*Idem*, p. 594).

⁴⁶ CASTANHEIRA NEVES, A.. *Da jurisdição no actual Estado-de-Direito. In Ab Vno Ad Omnes. 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 217-218.

1.2.2 A discricionariedade e as decisões arbitrárias

Nas suas mais recentes pesquisas, Lenio Streck explicitamente afirma que a discricionariedade a ser confrontada é aquela que opera, nas decisões judiciais, em arbítrio, sob a forma de “embuste ou tergiversação sofisticada para o acolhimento de sentenças e acórdãos absolutamente divorciados do filtro constitucional da resposta correta (ou, pois, constitucionalmente adequada)”.⁴⁷ Desta feita, o autor sublinha, quanto ao problema da discricionariedade, serem compatíveis, em sintonia substantiva, o seu pensamento e a posição de Castanheira Neves, tendo em conta a dissociabilidade estrutural entre arbitrário e discricionário. A discricionariedade, portanto, confrontada por Streck é aquela capaz de permitir os voluntarismos desarrazoados para o fito de provocar um ato de vontade ou de arbítrio em nome do caso concreto, hipotecada do “esquema sujeito-objeto, da consciência de si do pensamento pensante, enfim, da subjetividade assujeitadora de um sujeito que se considera ‘proprietário dos sentidos (abstratos) do direito’ e que nada deixa para a faticidade”.⁴⁸

O arbítrio discricionário, assim entendido, passa a dispor dos sentidos jurídicos, da interpretação do direito e invariavelmente resulta hoje defendido pelas teorias procedurais-argumentativas e pelas teses pragmatistas em geral (na gênese do paradigma positivista relativo à aplicação judicial do direito: a moldura da norma, conforme a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen). Isto leva à confusão e ao equívoco de se identificar a discricionariedade com a arbitrariedade para, como se não bastasse, reprovar a hermenêutica filosófica gadameriana, a única (ou pelo menos uma das poucas) vertente de pensamento contemporâneo a exigir o exame crítico da singularidade (pela applicatio) quanto ao fundamento jurídico a ser inovado em busca da resposta constitucionalmente adequada. Evidentemente, a filosofia de Gadamer oferece as condições de possibilidade para a elaboração viável de filtros jurídicos de validade – em oposição à plataforma de Castanheira Neves – no que concerne às decisões interpretativas emanadas da jurisdição constitucional, como estamos a propor nesta empresa teórica.

Sublinhe-se isto: o vetor de racionalidade argumentativo (nível II), por chegar tarde na explicitação dos antecedentes de compreensão que matizaram a escolha firmada pelo intérprete (nível I), nem cogita a padronizar o procedimento metodológico que venha a

⁴⁷ Sobre as Críticas à Hermenêutica Filosófica – Prolegômenos de uma Teoria da Decisão e uma Teoria dos Princípios: Um Posfácio Necessário. In *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 421.

⁴⁸ *Idem, ibidem*. Também sobre o ponto, vide p. 548.

demarcar a solução adequada para qualquer impasse, tampouco fluidifica as relações seguras de repercussão decidenda através das quais se impôs determinado resultado.⁴⁹ A metodologia que se supõe constitutiva e necessária ao direito, destarte, consiste-lhe em indefectível dimensão dogmática de padrões normativos⁵⁰, que, contudo, não se lhe basta como valor esgotante, tampouco se conforma em diretrizes abstratas suplantadoras da diferença ontológica entre texto e norma, entre interpretação e aplicação, entre controle de constitucionalidade da lei e a resposta constitucionalmente adequada com base no suporte legal.⁵¹ É exatamente neste relevante ponto de realce da indispensabilidade metodológica no direito, embora de sua não correspondente redução, que se deve contextualizar a categorização de Castanheira Neves no sentido de que a interpretação jurídica, ao não pertencer à lógica ou epistemologia jurídicas, partilha de um prudencial sentido de

⁴⁹ A racionalidade hermenêutica é sobremaneira valorizada, portanto, na categoria heideggeriana dos “indicadores formais”, exatamente para propiciar uma conceituação própria digna de esclarecimento reflexivo e crítico, propiciadora da compreensão, embora o lastro da inteligibilidade não se esgote na e pela linguagem, cujas locuções não podem ser concebidas como assertivas descritivas da realidade, senão como expoentes da indispensabilidade compreensiva por parte daquele que se apropria na concretude de auto-aplicação, jamais deduzida de uma instância neutra reprodutora de sentidos e significados (conforme GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999, pp. 169-170). Assim nasce o retorno hermenêutico na dobra da linguagem, com Heidegger, a distinguir o “como” hermenêutico (nível I de racionalidade) do apofântico (nível II de racionalidade), quando a estrutura do ser-no-mundo torna-se vetor de racionalidade, níveis depois reassumidos em filósofos como Hilary Putnam (por exemplo, em *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*. Buenos Aires: Paidós, 2004 e *O colapso da verdade e outros ensaios*. São Paulo: Idéias e Letras, 2008). Para Ernildo Stein, “Putnam fala de dois tipos de racionalidade: a racionalidade I, que consistiria no conhecimento *a priori* transcendental; e a racionalidade II, que seria própria do conhecimento discursivo das ciências. Sem dúvida, na relação entre filosofia e conhecimento empírico, encontramos-nos diante de duas racionalidades, uma das quais trata de objetos e a outra da condição de possibilidade sob as quais a primeira se dá” (*Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Unijuí, 2002, p. 15).

⁵⁰ Adota-se, neste ponto de indispensável base epistemológica (metodologia) ao sistema jurídico, a advertência de Menezes Cordeiro, ao discernir a dogmática necessária do dogmatismo (dogmática no sentido vulgar do termo): “A dogmática não constitui, apenas, um elemento decisivo na captação do material jurídico; ela permite a verificação racional das soluções encontradas e a sua crítica; pressupondo um nível organizatório elevado da ordem jurídica, ela deve servir as necessidades da vida. Neste sentido entende-se, aqui, a dogmática e não num outro, algo difundido e fonte de confusões pelas críticas indiscriminadas que possibilita, no qual dogmática se identifica com axiomatismo ou conceptualismo, postulando uma dedução lógica de proposições a partir de um núcleo central, e culminando na subsunção. A dogmática radica na positividade do Direito. Sem ela ou, pelo menos, sem utilizar os elementos postos, por ela, à disponibilidade do estudioso, qualquer debate é alheio ao Direito e à sua Ciência (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 30-31). Neste sentido, também, LUHMANN, Niklas. *Sistema Jurídico e Dogmática Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983 e CASTANHEIRA NEVES, *Questão de Facto – Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma Reposição Crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967, p. 25 e *O sentido actual da metodologia jurídica*. In *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Volume 3°. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

⁵¹ Vale a advertência de não completo repúdio ou pejoração da exigência metodológica na interpretação jurídica: “Hermenêutica jurídica, em sentido lato, confunde-se, assim, em grande medida (embora não completamente...) como Metodologia jurídica: o *meta – odos*, o *caminho para* a realização prática do Direito, infelizmente por vezes confundido com a história das teorias e correntes do pensamento metodológico” (CUNHA, Paulo Ferreira da. *Da hermenêutica jurídica: fundamentos, desafios e fascínios*. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 782).

argumentação jurídica, com a íntima conexão ao problema da concreta fundamentação e realização normativa na decisão.⁵²

É no itinerário da própria realização constitutiva do direito – sua aplicação – que se deflagra a resposta adequada ao caso, quando se escancaram particularidades diferenciadoras da abstrata previsão normativa ou da contemporânea jurisprudência até ali assentada. Não é por outro motivo que a processualística mais apurada noticia a necessidade de a fundamentação proclamar, além dos pressupostos de inclinação por uma das teses esposadas no debate, dos motivos que levaram o julgador a desconsiderar a pretensão esgrimida.⁵³ E a possibilidade de se proclamar esta resposta adequada se pronuncia bem para longe de um refúgio epistemológico seja ao critério ou solução prévios por excelência numa prévia determinação normativa ao estilo da exegese revelada na lei, tampouco em discursos de consagração de decisões corretas vinculativas a problemas que, deduzidos a partir de referenciais legais ou induzidos de amostragens reiteradas de ocorrência jurisprudencial, se apresentam aptos a consagrarem padrões fechados de resolutividade prática, o que tanto reduz a importância da hermenêutica jurídica em termos de possibilidade decisória, quanto a suplanta como inevitável problema cuja inexorabilidade já o resolve.⁵⁴

Não se pode ignorar que a dimensão de autoridade revestida nas decisões judiciais torna as soluções ali impostas como vinculantes e definitivas, mas não a ponto de franquear nesta qualidade o argumento derradeiro pela viabilidade da decisão correta ao caso concreto, como se, destituída a *auctoritas*, a decisão formulada em juízo seria um mero e contingente encerramento da controvérsia, tendo em vista a oponibilidade virtual de outros resultados

⁵² *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 99-100.

⁵³ A partir das lições de Taruffo, Ovídio Baptista da Silva afirma ser insuficiente a fundamentação judicial que se presta, apenas, a analisar a versão tomada por favorável: “o direito ao contraditório não se esgota na faculdade de ser ouvido e produzir alegações e provas, perante o tribunal, mas compreende, antes de mais nada, o direito de ver alegações e provas produzidas pelo sucumbente examinadas e, além disso, rejeitadas com argumentos racionalmente convincentes” (*Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional*. In *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 153-154).

⁵⁴ Para Castanheira Neves, a boa ou válida interpretação “não será aquela que numa intenção da *verdade* (de cognitiva *objectividade*) se proponha a exegética explicitação ou a compreensiva determinação da significação dos textos-normas como objecto, mas aquela que numa intenção de *justiça* (de prática *justeza* normativa) vise obter do direito positivo ou da global normatividade jurídica as soluções judicativo-decisórias que melhor realizem o sentido axiológico fundamentante que deve ser assumido pelo próprio direito” (*O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 102); nestes termos, também, em outro estudo, ao dizer que a boa interpretação jurídica “não será aquela que, numa pura perspectiva hermenêutica, determina correctamente a significação textual da norma positiva, é antes aquela que, numa perspectiva prático-normativa, utiliza bem a norma como critério da justa (juridicamente ajustada) decisão do problema jurídico concreto” (*O sentido actual da metodologia jurídica*. In *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Volume 3º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 400); ainda, uma decisão jurídica justa será aquela “normativamente coerente com os valores e princípios de direito e sustentável pela sua racionalidade dogmática” (*Da jurisdição no actual Estado-de-Direito*. In *Ab Vno Ad Omnes. 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 213).

diferentes, de igual valência à justiciabilidade do critério normativo prevalecente. Desta forma, parece-nos que se podem admitir, em princípio, outras decisões, diferentes tratamentos jurídicos, porém, para problemas concretos diversos, de modo a que se reclame imperiosa – e hermenêutica – complementação aos termos propostos por Castanheira Neves, citando Wieacker no sentido de que “a solução imposta pela decisão não exclui em absoluto que outra diferente fosse possível”⁵⁵ *noutro caso concreto decidendo*. Ainda, em outra passagem, acertada a premissa de que a “concreta solução jurisprudencial não pode ser obtida sem a mediação constituinte do julgador”⁵⁶, suscita-se igual complemento hermenêutico, quando se admite, para a dimensão decisória de *veritas*, convivente com a dimensão de autoridade nas decisões juridicamente vinculantes, uma constante, senão em princípio, admissão de sua “posterior alteração ou revisão”⁵⁷, *desde que em outra situação problematicamente posta em juízo nas suas concretas feições argumentativamente demandantes*.⁵⁸

Castanheira Neves, é sempre prudente referenciar, diferencia a realização do direito da mera aplicação jurídica, pois aquela consiste na atividade institucional e nos atos pelos quais são decididas questões jurídicas concretas, mediante soluções fundadas na normatividade própria do direito, ou seja, de sua peculiar justificativa ou fundamento.⁵⁹ A específica interrogação quanto à interpretação jurídica é tão complexa quanto o é o problema do sentido do direito⁶⁰, englobando a mediação decisória como racionalidade prática e a desenvoltura do caso decidendo como caso jurídico. A decisão em sentido próprio qualificada pelo pensador português como digna de ser considerada realização prática do direito, a saber, uma opção entre diversas possibilidades imputáveis ao juízo, não exclui que outra diferente da solução

⁵⁵ CASTANHEIRA NEVES, A.. *Da jurisdição no actual Estado-de-Direito*. In *Ab Vno Ad Omnes*. 75 Anos da Coimbra Editora. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 218.

⁵⁶ *Idem, ibidem*.

⁵⁷ *Idem, ibidem*.

⁵⁸ De se ver que esta dúplice complementação no contexto ora enunciado, conquanto seja tomada por indevida ou despicienda – com o parâmetro assente na global reflexão de Castanheira Neves a respeito da interpretação jurídica –, poderá ao menos ser vista como de enfática, redundante ou esclarecedora natureza, cuja intencionalidade, ao enunciar o juízo procedente da interpretação correta ou constitucionalmente adequada ao caso decidendo, não poderá ser desmentida, senão confirmada, pelo seguinte pensamento, logo em seguida enunciado no âmbito da referida enunciação: “Antes de pronunciada, não se poderia dizer que a solução-decisão seria necessariamente a que veio a enunciar-se, mas uma vez pronunciada ela deverá revelar-se objectivo-racionalmente fundamentável e fundamentada **no seu concreto sentido normativo-prático**, de modo a não se ter de fazer intervir entre os seus fundamentos-critérios e a sua conclusão o *fiat* da decisão como factor decisivo i. é, o que há nela de autoridade-decisão deve ser redutível a uma fundamentação normativo-racional” (grifo nosso), entenda-se, para potencializar a redundância, a fundamentação normativo-racional do caso concreto (singular) decidendo (CASTANHEIRA NEVES, A.. *Da jurisdição no actual Estado-de-Direito...*, *op. cit.*, pp. 218-219).

⁵⁹ *O actual problema metodológico da realização do direito*. In *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Volume 2º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 249.

⁶⁰ E Castanheira Neves em diversas oportunidades se debruça sobre a problemática do sentido do direito; calha mencionar, a título exemplificativo, a monografia *O Direito Hoje e com que Sentido?* Lisboa: Editora Piaget, 2002.

adotada fosse possível.⁶¹ Entretanto, esta virtualidade, se levada ao extremo, ou seja, mesmo após prolatada a decisão com a sua assimilada decisão fundamentante (constitucionalmente adequada), descuraria – e o complemento é dado pelo próprio Castanheira Neves – e, assim, desnaturaria, a verdadeira decisão judicativa tida por realizadora do direito, cuja qualidade nuclear orienta “para o limite da exclusividade do juízo”⁶² (a resposta correta do caso concreto, infungível e exclusiva ao problema decidendo).

A epistemologia ou dimensão metodológica é plenamente franqueada, ou, a rigor, convocada, pelos marcos da hermenêutica filosófica⁶³, em sua peculiar racionalidade de irrefutável ascendência material, pois oportuniza a necessária auto-reflexão do direito através do vetor prático mobilizado pela jurisprudência, quando o método, pela importância acentuada naquelas raízes de autenticidade normativo-existencial, nem se mostra absoluto com base em procedimentos exteriores de prévia e fixa demonstrabilidade diretiva, tampouco se constitui imanente e concomitante à própria contingente realização, de sorte a absolver a partir do ponto de chegada, já desde a perspectiva do *a posteriori*, qualquer caminho eventualmente aventurado.⁶⁴ Neste sentido, não deixa de ser relevante o reconhecimento de Castanheira Neves sobre a validade do juízo hermenêutico, considerado bastante em si e com carga axiológica suficiente para propor e demonstrar as limitações do direito positivo no que toca a oferecer critérios e fundamentos normativos para a concreta realização do direito.⁶⁵ Não por outro motivo a hermenêutica é assumida como hermenêutica⁶⁶, como expressão intensa de racionalidade prática material, o que a faz reinvestir no conceito de fundamento – não mais perseguido objetivamente como absoluto – com o intuito de assegurar pela interpretação jurídica as decisões em conformidade com o arcabouço axiológico constitucionalmente assente na expressão do pacto político-social.

O legado talvez mais importante para o direito desta reviravolta paradigmática do último século tenha sido o enobrecimento da decisão jurídica enquanto instância de

⁶¹ O actual problema metodológico da realização do direito. In *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Volume 2º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 252.

⁶² *Idem*, p. 253.

⁶³ De acordo com Arthur Kaufmann, a hermenêutica não se identifica com a teoria da argumentação, mas a demanda como suporte de validade fundamentadora (La Comprensión Hermenéutica del Método Jurídico. In *Hermenéutica y Derecho*. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 94).

⁶⁴ Ao descrever três tipos diversos de intencionalidade metodológica a ser estabelecida entre a razão e o método, Castanheira Neves preconiza um modelo de relação permanentemente reconstrutivo, de carácter crítico-reflexivo, “em que a razão não prescreve *a priori* um método à prática e também o não descobre apenas *a posteriori* na descrição de uma prática metódica”, a assumir no direito um perfil de metodologia jurídica capaz de promover a auto-reflexão da jurisprudência (*Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 11).

⁶⁵ *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais...*, op. cit., pp. 29-30.

⁶⁶ *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais...*, op. cit., p. 46.

legitimidade pelo mérito hermenêutico das respostas estatais frente aos conflitos e ameaças perante o Estado de Direito.⁶⁷ E, neste espaço de legitimidade ínsito ao conteúdo das decisões, sobreleva a conformidade condicionada do *decisum* jurisdicional em vista dos princípios e valores informadores do texto constitucional promulgado em chancela democrática. Pouco a pouco, a aplicação do direito enquanto concretização ou realização constitutiva⁶⁸ deixou de ser um apelo contingente por oportunidade de situações extremas (casos difíceis, lacunas, termos indeterminados nas fórmulas legislativas) para incorporar constante, porque ontológica, problematidade não redutível nem mesmo pela mais inequívoca abstração de tipicidade da norma jurídica. Segundo Castanheira Neves, ao abraçar solene lição gadameriana segundo a qual a interpretação é o resultado do seu resultado⁶⁹, “uma solução a conseguir mediante certo critério não se reduz a esse mesmo critério”, desentranhando direito de propriedade ao positivismo mais exacerbado (ideológico, na classificação proposta por Norberto Bobbio⁷⁰) o pressuposto de se conferir valor às normas positivas.⁷¹

1.3 A controvérsia acerca do juízo normativo de validade na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer: as críticas de Castanheira Neves

A hermenêutica filosófica, por evidente, faz conceber críticas, muitas das quais, contudo, inadvertidamente intensas a ponto de a pretender destronar da condição de amparo

⁶⁷ Este é o núcleo do pensamento jurídico frente ao segundo pós-guerra, conquanto a decisão seja privilegiada sob diversas matizes, desde o escopo funcional da legitimação pelo procedimento, passando pelas trajetórias argumentativo-discursivas sem as quais a decisão retumba injusta, sem esquecer do povoamento legislativo de complementaridade constitucional, além das concepções tributárias da decisão enquanto tal, vale dizer, voltadas à própria realização do direito enquanto aplicação.

⁶⁸ Existem autores que distinguem a aplicação da concretização jurisdicional, ou, par e passo, a interpretação da aplicação, por uma estirpe de natureza metodológica e filosoficamente analítica, “cabendo à primeira a obtenção ou a elaboração das premissas que permitissem a segunda e de tal modo que, garantida pela interpretação essas premissas, a aplicação cumpriria uma estrutura estritamente lógico-dedutiva” (CASTANHEIRA NEVES, A. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, p. 111). É o caso de André Ramos Tavares, o qual aponta para a concretização a vertente de resolução da hipotética norma de decisão para o caso concreto (ou regime jurídico da decisão), despida de realização pelos órgãos judiciais, e a aplicação como derradeira e efetiva resposta oficial dotada de normatividade para pôr termo às controvérsias em debate (*Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2006, pp. 57-84; também em *Concretização Constitucional. In 20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 283-285).

⁶⁹ Lição também verificável nas linhas de Gustav Radbruch, conforme enuncia o próprio Castanheira Neves em outro memorável ensaio (*O sentido actual da metodologia jurídica. In Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Volume 3º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 393; também em *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 83 e 126).

⁷⁰ Em marcante estudo sobre as variantes significativas do positivismo jurídico, obra referencial, por todos: BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone Editora, 1995. Castanheira Neves proclama deste positivismo – por ele denominado de ontológico – a intenção de confundir o valor dogmático da norma e o seu metodológico relevo normativo para efeito de se concluir a máxima de decisão (CASTANHEIRA NEVES, A. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, p. 71).

⁷¹ CASTANHEIRA NEVES, A. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, p. 72.

ou suporte epistemológico. Ora, o caráter constitutivo da interpretação jurídica por certo referenda epistemologicamente os pressupostos de aplicabilidade, coerência e conteúdo alicerçados pela prioridade qualitativa do caso concreto através das demarcações teóricas estabelecidas, em especial, pelo empreendimento gadameriano. Entretanto, a situação hermenêutica, expressão cunhada e sistematizada por Gadamer, não pode ser diminuída – nos quadros de uma adequada aplicação da norma jurídica – sob o epíteto da atualização significativa, vale dizer, enquanto cânone eminentemente histórico sem o vislumbre de adjudicar critérios normativos de cuja determinante sobressai a exigência de resolução da problemática e adequada decisão concreta.⁷² O próprio Gadamer insiste que “a aplicação da lei pressupõe sempre uma interpretação correta”, pois a aplicação de uma lei, prossegue, “ultrapassa a mera compreensão de seu sentido jurídico e cria uma nova realidade”.⁷³

Ao determinar que a aplicação da lei num certo caso particular consiste em ato interpretativo, Gadamer define a aplicação correta, isto é, a decisão adequada, como sendo aquela responsável por concretizar e aprimorar o sentido de uma lei.⁷⁴ Gadamer recorda a filosofia aristotélica no tocante à reiterada “ponderação complementar da equidade” no curso da aplicação do direito, a qual “contribui para a plenitude do sentido legal, mediante a atenuação da literalidade do direito”.⁷⁵ E arremata com a crítica da concepção científica acerca da interpretação jurídica sistematicamente consolidada no final do século XIX, sinalizadora da “perda da idéia de uma peculiaridade metodológica desse saber jurídico e de sua determinação prática”.⁷⁶

A interpretação jurídica evidentemente não se esgota na mera “recompreensão dos textos jurídicos estimulada pelo horizonte histórico (interrogante) do caso”⁷⁷, finalidade tão-só histórica desprezada pelo próprio Gadamer ao se referir aos postulados da hermenêutica no

⁷² Em estudo específico sobre a jurisdição constitucional, Luís Afonso Heck recorrentemente se socorre de Hans-Georg Gadamer para relevar aspecto contundente e insofismável da hermenêutica filosófica: a busca pelo sentido como uma direção a ser conferida no plano da resposta, de um itinerário congruente e localizado entre quem indaga e quem responde, no plano, portanto, da própria situação hermenêutica (o problema) a confrontar os critérios de insuficiência concreta (de justeza ou validade material) do próprio sistema, de modo que a sua performatividade não é apenas retórica, histórica ou concernente apenas a questões sincrônicas de manifestação textual (*Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 9).

⁷³ A hermenêutica como tarefa teórica e prática. In *Verdade e Método II. Complementos e índice*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 359.

⁷⁴ *Idem*, p. 360.

⁷⁵ *Idem, ibidem*.

⁷⁶ *Idem*, p. 361. Gadamer, a seguir, manifesta-se nos seguintes termos: “A vida social consiste num processo constante de reajuste das vigências existentes. Mas a tentativa de derivar *in abstracto* as idéias normativas e dar-lhes validade com o pretexto de sua retidão científica não passa de uma ilusão” (*Idem*, p. 367).

⁷⁷ CASTANHEIRA NEVES, A. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, p. 77.

direito.⁷⁸ Tampouco, todavia, quer a hermenêutica filosófica responder, de antanho, à exigência metodológica de como se deve proceder à interpretação para alcançar com a lei o resultado justo. Ao se supor crível e digna de realização a epistemologia com base na hermenêutica filosófica, com as tintas fortes impressas desde Gadamer (ou com base principalmente no seu acervo filosófico), há de se repensar os limites da metodologia adequada ao direito, sem olvidar as ainda nítidas so(m)bras assistidas pelo positivismo jurídico no trato da identidade entre a lei e o direito, ou, ainda, entre a norma e o texto, ou, ademais, entre o preceito e a interpretação.

1.3.1 A definição do déficit normativo: a interpretação jurídica é um problema antes normativo do que hermenêutico

Há de se discernir e pôr à evidência no que consiste a crítica de Castanheira Neves ao problema hermenêutico da interpretação jurídica, na medida em que o pensador lusitano o qualifica como uma questão normativa, por essência.⁷⁹ Conforme os argumentos deduzidos por ele, a interpretação jurídica não implica “compreender-conhecer a norma em si, posto que sob o estímulo hermenêutico de um certo caso que se ofereça como a ‘situação histórica’ de compreensão da norma, e sim obter da norma ou através dela o critério exigido pela problemática e adequada decisão judicativa do caso”.⁸⁰ E isto significa ser a interpretação jurídica normativamente – e não hermeneuticamente – constitutiva através da concorrência de três elementos: o objeto a que se refere, problemático; o objetivo a que se apega, epistemológico e metodológico; e, ainda, a axiologia perseguida, de cunho regulador.⁸¹

⁷⁸ Castanheira Neves descreve a modificação do pensamento gadameriano por ocasião da sua polêmica com Betti, cujas novas nuances merecem ser subscritas em vista de a hermenêutica jurídica ter de obter normatividade, isto é, a ser capaz de obter direito para além de reconhecer (e compreender) o ordenamento vigente (*O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, p. 78). O texto referido por Neves está contido, na versão traduzida para o português, em *Verdade e Método II*, sob o título “Hermenêutica e historicismo” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II. Complementos e índice*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 449-493; versão espanhola, também consultada, *Verdad y método I*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2003, pp. 599-640).

⁷⁹ Normatividade esta que faltaria à hermenêutica por sua carência no atributo de validade: “Quer dizer, terá, na verdade, de reconhecer-se que essa hermenêutica filosófica se fica pela *quaestio facti* e não atinge, nem resolve, a *quaestio iuris* da compreensão – diz-nos o que acontece e segundo que condições sempre que compreendemos, não dá resposta à questão da validade da compreensão-interpretação assim obtida. E sem considerarmos o problema da validade na procura da indefectível solução que ele exige não estaremos também em condições de atingirmos o problema capital que o direito impõe ao pensamento que o intencione ao nível do fundamental” (*A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 64).

⁸⁰ *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, p. 80. O autor fulmina a insuficiência da aplicação hermenêutica definida por Gadamer pelo seu objeto esgotar-se – e aqui não se basta a intenção da interpretação jurídica – no caráter eminentemente histórico da compreensão interpretativa do texto (p. 81).

⁸¹ *O Actual Problema Metodológico... op. cit.*, p. 79.

Quanto ao primeiro aspecto, o objeto problemático faz preeminente – e proeminente – o caso concreto, a ser oferecido como um inédito assumir interpretativo, ainda que se limite, intencionalmente, aos lindes decisórios até então apregoados na prática jurisprudencial. O percurso interrogante direciona-se do caso para a norma, jamais como uma ilha desconsiderada do todo, mas com a estima de cogitar o critério normativo adequado que a norma possa oferecer – através de uma prática argumentação prudencial – para o caso, cogitando incorporar nova e genuína pré-compreensão normativa digna de incorrer no seu percurso judiciário. Esta perspectiva problemática não se esgota, segundo Castanheira Neves, na índole puramente hermenêutica da interpretação jurídica, reduzida a uma questão de mera determinação significante a partir de aportes da hermenêutica geral da qual se retiram os critérios da interpretação correta.⁸² Assim sendo, a interpretação jurídica tomada apenas sob o contributo da hermenêutica filosófica, mormente na contribuição de Gadamer em seu prodigioso livro *Verdade e Método*, refugia-se tão-só na compreensão histórica da norma em si mesma considerada, sem dela obter o critério, fundamental, porquanto normativo, exigido pela adequada decisão judicial do caso concreto.⁸³ A *applicatio* gadameriana, então, nada mais acentua do que a historicidade atualizada da situação do intérprete diante do texto, sendo este o objeto problemático da intenção hermenêutica.⁸⁴

Já a consideração metodológica assume o pensamento jurídico como essencialmente prático, de modo a abandonar, ou deixar de se satisfazer, com a mera validade do compreender autêntico, para que se assuma como um válido agir de vocação decisória jurisprudencial em nome da solução correta.⁸⁵ A epistemologia de racionalidade desta feição metodológica da interpretação jurídica de natureza normativa engendra um paradigma de pendor à decisão, nem tanto mais ancorado no conhecimento como razão última ou objetivamente alcançada em termos de arquimédico alicerce. Mais uma vez Castanheira Neves, agora justificando a herança havida pelo normativismo, entabula a insuficiência de uma concepção tradicional a identificar a interpretação jurídica como pura hermenêutica, ou hermenêutica em sentido estrito, tributária e integrada em cânones gerais de compreensão de expressivas formas com que se revestem os textos jurídicos em rasa e tangível objetividade cultural de sentido.⁸⁶

⁸² *O Actual Problema Metodológico... op. cit.*, p. 48.

⁸³ *O Actual Problema Metodológico... op. cit.*, p. 80.

⁸⁴ *O Actual Problema Metodológico... op. cit.*, p. 81.

⁸⁵ *O Actual Problema Metodológico... op. cit.*, pp. 83-84.

⁸⁶ *O Actual Problema Metodológico... op. cit.*, pp. 86-89. Castanheira Neves conceitua a hermenêutica pura, ou a interpretação jurídica como puramente hermenêutica, como “simplesmente a compreensiva determinação do conteúdo de um direito pressupostamente dado em objectivações normativo-significativas” (*Idem*, p. 95).

Mesmo a consideração pelo normativismo da origem prática das normas jurídicas e o reconhecimento de sua função também performativa a partir da respectiva vigência não invalida, sequer enfraquece, todos os arraigados consuetudinários de sua matriz axiológica, dentre eles, o alcance interpretativo objetivo ou revelado do sentido das leis (tidas como preceitos em si mesmo considerados) com base em critérios padronizados e de menosprezo subalterno ao juízo decidendo, sem contar a aplicação lógico-dedutiva de um procedimento de opaca subsunção em que texto e norma se correlacionam prévia e invariavelmente em proporções de absoluta identidade isenta de problematidade ainda com a consideração do caso concreto. Em não sendo a interpretação jurídica um problema verdadeiramente normativo, mas lógico, exclui-se para este normativismo qualquer concreta e específica ponderação de problemas práticos no direito, eis que este se resume na exegese abstrata de seus componentes legais.⁸⁷

Por sua vez, é a terceira matriz, axiológica, a responsável por nortear aquela anterior, e necessária, dimensão metodológica do direito, orientando-a materialmente não apenas no atendimento de expectativas da comunidade para quem se destina o *corpus* jurídico no plano do ordenamento legislado, senão na justiça de sua constitutivo-normativa realização prática.⁸⁸ A interpretação jurídica, ao concorrer para a persecução deste resultado normativo de concreta justeza prático-normativa, coloca em causa a obtenção da diferença ontológica do texto para a norma, de uma insuficiente normativa autoridade prévia e textualmente consagrada na lei (*lex*) para um critério normativo digno de judicativas decisões concretas e adequadas (*ius*).⁸⁹

1.3.2 A coerência narrativa (insuficientemente normativa) do pensamento de Dworkin: análogo ponto de apoio contra a deficitária coerência hermenêutica gadameriana

António Castanheira Neves elege o paradigma construído por Ronald Dworkin do direito como um conceito interpretativo para esmiuçar em estudo específico e detalhado o impasse da interpretação jurídica na sua própria constituição material de justiça enquanto juízo prático de correta e adequada aplicação a casos concretos, no tocante ao critério de validade das concretas decisões jurídicas, juízo de índole problemático-judicativa que não se basta ou conforma com uma exigível coerência, seja narrativa, hermenêutica ou mesmo normativa sem atentar para a problematidade jurídica da situação específica demandante de

⁸⁷ *O Actual Problema Metodológico... op. cit.*, pp. 90-93.

⁸⁸ *O Actual Problema Metodológico... op. cit.*, p. 102.

⁸⁹ *O Actual Problema Metodológico... op. cit.*, p. 105.

resposta decisória.⁹⁰ Antes de se descer às razões sistematicamente descritas e fundamentadas ao longo deste minucioso excursão, é necessário, de modo a bem contextualizar a correspondente valia para os aspectos e argumentos debatidos na presente exposição, referir duas importantes preliminares. A capital crítica desferida contra, em alguns capitais pontos, a filosofia de Dworkin, leva consigo, em paralelas considerações, os argumentos pelos quais a hermenêutica filosófica resulta enfim convocada a refletir sobre as suas alegadas insuficiências normativas, já bem referidas sistematicamente em significativa proporção do acervo bibliográfico de Castanheira Neves, seja pela intensidade com que sublinha o juízo de compreensão no concreto plano da aplicação judicial, seja por meio da referência ao juízo hermenêutico de coerência das decisões.

Será aproveitado o conjunto destas razões para reunirem-se esforços na defesa da hermenêutica filosófica – com aporte de vanguarda na matriz filosófica de Gadamer – como fundamento epistemológico (metodologicamente adequado) de raízes sólidas e suficientemente atualizadoras para lhe garantirem elementar autonomia e significativa (bastante ou intransitiva) contundência no debate acerca da jurisdição constitucional, em prol da defesa de uma garantia específica (hermenêutica) de efetividade da Constituição por intermédio da fiscalização de constitucionalidade difusa, mormente no bojo das decisões interpretativas (interpretações ou respostas constitucionalmente adequadas). E é na abordagem e reclamo da interpretação conforme à Constituição, como segunda afirmação preliminar, que se pretenderá assegurar, senão explicitar – pela via da hermenêutica filosófica –, o inegável semblante de normatividade de que se supõe a filosofia hermenêutica carecer, total ou parcialmente, em nível qualitativo de justeza e de fundamentada demanda prática de valores condignos ao direito contemporâneo, aspectos os quais, pelos próprios contornos de sua abordagem, Neves não consegue ignorar pelo pressuposto difundido em seu exponencial legado de escritos.

Mesmo assente que a dimensão última da normatividade não se contenta, para o propósito de alicerçar o indispensável filtro de validade das decisões jurídicas na exigibilidade de seu inevitável controle judiciário – mediante adequação material ou conteudística das decisões –, com o elemento de coerência discursiva para legitimar as corretas interpretações efetuadas em concreto na específica decidenda resolução dos casos, Castanheira Neves repudia tanto a coerência narrativa de Dworkin quanto a coerência hermenêutica do pensamento propugnado pela hermenêutica filosófica, pela ausência em ambas da dimensão

⁹⁰ Dworkin e a interpretação jurídica – ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade. *In O Actual Problema Metodológico... op. cit.*, pp. 349-444.

ou índole normativa da interpretação jurídica enquanto prática jurídica que somente a coerência normativa pode oferecer, embora, ainda assim, em aspecto a ser complementado. Dworkin conclama a coerência narrativa através do uso de uma metáfora, atribuindo ao direito as características de um “romance em cadeia”, menos por um justificado liame entre este e a literatura, senão para tomar esta analogia simbólica como um argumento de consistência no “conjunto sucessivo de capítulos” do domínio jurídico decisório-judicial.

A coerência (ou consistência) narrativa estaria em tomar o direito como integridade prática, cuja racionalidade, contudo, desemboca, nada obstante a consideração dos acontecimentos, fatos, ações e personagens, numa apenas plausibilidade de enredo ou numa verossímil conexão de diversos elementos, sem que se consiga retirar das confrontadas decisões desta abrangente história o argumento do “argumento narrativo”, ou a justificação ou fundamentação normativa deste modo judicativo de proceder. A intenção normativa ausente deste modelo narrativo de coerência caracteriza-se pela presença “já de um fundamento axiológico, já de um compromisso regulativo”, de qualidade transcendente aos fatos, típica por instituir uma validade, “simultaneamente uma exigência e um *modus* de distância e tensão de ‘dever-ser’ perante a acção e a realidade que um juízo, um discurso crítico de fundamentação judicativa, é chamado a assumir e realizar”.⁹¹

Mesmo Dworkin reconhece a insubsistência de a qualidade plausível da narrativa vier a substituir a exigência normativa de argumentação fundamentadora. Tomando o privilegiado exemplo dos casos difíceis para considerar o grau comparativo entre a argumentação jurídica e a argumentação literária de modo a explicar o tipo de resposta que se espera destas intrincadas situações em que o “enredo judiciário” não é capaz de antecipar ou predizer a solução específica ora a demandar, o filósofo segmenta a consistência narrativa da consistência normativa, ao afirmar a relevante diferença entre as respectivas noções de ajustamento, uma típica do desempenho literário pela busca da plausibilidade, outra peculiar aos fundamentos jurídicos de notório caráter de justificação.⁹² E, uma vez posta a diferença pelo filósofo de Oxford, passa a convocar a coerência normativa da ordem jurídica como racionalidade fundamentante que se exprime nos valores e princípios institucionalizados naquele sistema.

⁹¹ *O Actual Problema Metodológico... op. cit.*, p. 371.

⁹² *O Actual Problema Metodológico... op. cit.*, p. 372. O trecho assinalado por Castanheira Neves nesta admissão distintiva entre consistências por parte de Dworkin no tocante à procura da única resposta correta corresponde, na versão portuguesa, ao seguinte fragmento: (Não existe mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos? In Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 175-216).

Então, para Castanheira Neves, embora agora se exponha a devida qualidade normativa exigida para a fundamentação jurídica das decisões concretas, é de se afirmar a sua condição necessária, mas incompleta, ou seja, destituída de razão normativa suficiente, para conferir justificação substantiva e validade jurídica àquelas decisões, de modo a se poder nelas afirmar um específico e concreto sentido responsável por assumi-las como “as únicas admissíveis ou necessariamente impostas por esses valores ou princípios”.⁹³ A coerência normativa não consegue por si transpassar, portanto, o plano positivista da múltipla admissibilidade de interpretações (forte na discricionariedade do intérprete em situações lacunosas), a admitir na concreção a contingência de outras respostas possíveis de conteúdo diferente ao atendido no caso julgado.

Com o objetivo de salvaguardar assim mesmo o requisito de coerência, nesta aludida distinção e complementaridade das consistências narrativa e normativa, a aproximar as decisões concretas das referências positivo-jurídicas, Castanheira Neves supõe no movimento dialético de Dworkin, rumo à dimensão de justiça das decisões, e não mais com o mero índice referencial de princípios e valores normativos, o vislumbre de alternativa e complementar coerência, para além da normativa em sentido estrito, qual seja, a de índole hermenêutica, com o fito de acomodar as decisões concretas na integridade pretendida pelo direito como conceito interpretativo (prático-jurisprudencial), considerando, de igual modo, a própria especificidade decisória da validade demanda no caso concreto (única resposta correta em termos de adequação hermenêutica).⁹⁴ Pela hermenêutica filosófica substantivada em Hans-Georg Gadamer, através dos seus dois teoremas fundamentais⁹⁵, implicados indissociavelmente na estrutura ontológica de compreensão do ser (*Dasein*, de acordo com a ontologia hermenêutica de Martin Heidegger), é que se avultou a dinâmica circular entre o todo e as suas partes, numa espiral de congruência apta a aferir o “critério específico da justiça (*Richtigkeit*) do compreender”.⁹⁶

⁹³ *O Actual Problema Metodológico... op. cit.*, p. 374.

⁹⁴ *O Actual Problema Metodológico... op. cit.*, p. 375. Para Neves, o direito, para a concepção dworkiniana, corresponde a um “sistema global de princípios (e direitos) éticos-jurídicos em que sempre se haveria de procurar o fundamento para uma *única solução válida* (correcta e justa), com exclusão assim da *discretion* integrativa admitida pelos positivistas do ‘*model of rules*’ (*right-answer thesis* ou *non-discretion thesis*). Ainda que, para conseguir essa solução ou decisão unicamente válida, se exigisse por vezes (sobre tudo nos *hard cases*) um jurista ou um juiz com a capacidade de um ‘hércules’” (*Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 75).

⁹⁵ A possibilidade de construção de respostas corretas é proporcionada, segundo Lenio Streck, quando os precedentes judiciais – segundo a concepção jurisprudencialista da concreta realização prático-judicativa do direito – são compreendidos a partir dos dois teoremas fundamentais da hermenêutica: a diferença ontológica e o círculo hermenêutico (*Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 333).

⁹⁶ *O Actual Problema Metodológico... op. cit.*, p. 376.

Posta a reivindicação da coerência nestes termos, pela oportunidade de se abordar o pensamento de Dworkin, indaga Castanheira Neves se a coerência narrativa ou a coerência hermenêutica podem oferecer perspectiva de solução, na constância da prática interpretativa ou concomitantemente a esta, para o problema da validade das concretas decisões jurídicas.⁹⁷ Conforme anteriormente referido, importa-nos sobremaneira o estudo da hermenêutica filosófica, no caso, o apelo de reflexão em torno da problemática normativa supostamente não respondida ou mal replicada pela coerência hermenêutica, para formular hipóteses construtivas às inquietações provocadas pelo professor de Coimbra. Mas não apenas pelo interesse em enfatizar específica e complexa consideração é que se justificaria tal desiderato e conseqüente recorte epistemológico em omitir características da consistência de cunho narrativo, senão pela própria contundência de Castanheira Neves em refutar por absoluto esta última coerência, inclusive com apelo ao pensamento jurídico dworkiniano, cujo interesse ao invocar o critério em questão para conferir validade e fundamento às decisões jurídicas orienta-se no sentido da coerência hermenêutica.⁹⁸ Daí que, na consideração geral da hermenêutica, Neves insinua haver lugar para dois níveis a serem considerados: a hermenêutica tradicional como método e a hermenêutica como filosofia (hermenêutica filosófica), a primeira atuante em pressuposta e prioritária ordenação metodológica, enquanto a segunda balizada no sentido ontológico-existencial da compreensão e da correlata mediação reflexiva deste concreto compreender.⁹⁹

1.3.3 A hermenêutica filosófica e o estatuto da pré-compreensão

A hermenêutica filosófica arraigada nas linhas-mestras do pensamento de Gadamer, é bem de se dizer, indelevelmente contrapunha a mais óbvia das críticas, qual seja, a dificuldade – suposta ou alegada – em se empreender algum filtro de validade ou senso racional capaz de discernir os prejuízos autênticos dos inautênticos no emaranhado da situação histórica.¹⁰⁰ Nas palavras do próprio filósofo, para quem ter-se-ia “de nos confrontar constantemente com a pergunta sobre como, em face do começo da consciência histórica, ainda se poderia exigir

⁹⁷ *O Actual Problema Metodológico... op. cit.*, p. 377.

⁹⁸ *O Actual Problema Metodológico... op. cit.*, pp. 401 e 410.

⁹⁹ *O Actual Problema Metodológico... op. cit.*, p. 385.

¹⁰⁰ É a crítica formulada por Ernst Tugendhat, ao defender a antropologia como filosofia primeira, em vez da hermenêutica como universalidade, ao desincumbir desta algum discrimen crítico ou responsavelmente reflexivo: “A palavra ‘nós’ não representa, nessa proposição, nossa tradição, como o pareceu em Gadamer, senão se trata de ‘nós’ como achando-nos numa reflexão racional que faz um exame crítico tanto da própria cultura como das alheias” (*Antropologia como filosofia primeira. In Hermenêutica e Filosofia Primeira*. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 88).

validade de verdade de uma obra filosófica de pensamento”.¹⁰¹ No especializado trato da concretização judicial por meio da aplicação¹⁰², onde os textos se transformam em normas de decisão, sobressai o problema da contenção decisória em termos de limites interpretativos: em que medida o texto da norma resulta subvertido semântica e pragmaticamente através das decisões?

A genealogia da proposta gadameriana remonta aos seminários de Heidegger acerca da hermenêutica da facticidade, articulados desde os idos da década de vinte.¹⁰³ Acontece que a autonomia conquistada, por primeiro, pela fenomenologia hermenêutica e, por segundo, pela hermenêutica filosófica, vem sendo juridicamente desconsiderada por fatores discutíveis contra Heidegger e, conquanto por hipótese comprovados, indevidamente projetados em detrimento do inegável fundamento filosófico cuja contribuição convém aos seus detratores destroçar. A alegada adesão deste filósofo ao nazismo é matéria de contumaz e pujante literatura, tanto num ou noutra sentido, dubiedade já impossibilitadora de qualquer conclusão em caráter definitivo. Contudo, ainda que cogitando desta pessoal vinculação, há de se sublinhar a independência e sobriedade do legado filosófico heideggeriano, do qual se pode, sem qualquer prejuízo para efeito argumentativo, fundar determinada categoria de pensamento em iguais condições de contraposição às demais outras.¹⁰⁴ Após descrever as

¹⁰¹ *Hermenêutica em Retrospectiva. Heidegger em retrospectiva. Hermenêutica e diferença ontológica*. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 95.

¹⁰² Sobre a aplicação do direito enquanto interpretação concretizadora diante dos dispositivos legais, Karl Engisch assim se pronuncia: "Al entrar en vigor las normas, la voluntad del legislador, creadora de derecho, hace que dichas normas sean efectivas; el ser se constituye, pues, en cierto sentido (...) en causa del deber ser, pero tal ser no condiciona el contenido del ser, que es lo que a nosotros aquí nos importa" (*La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, p. 224).

¹⁰³ O primeiro seminário de Heidegger assistido por Gadamer em 1923 denominava-se “Ontologia, Hermenêutica da Facticidade”, quando os aportes da hermenêutica restavam introduzidos pela reviravolta heideggeriana diante da fenomenologia de Husserl (GADAMER, Hans-Georg, *Los caminos de Heidegger*. Barcelona: Herder, 2003, p. 358). Testemunham acordes neste impacto heideggeriano sobre a formação de Gadamer, dentre tantos, Günter Figal (*Oposicionalidade. O elemento hermenêutico e a filosofia*. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 19), Jean Grondin (*Hans-Georg Gadamer. Una biografía*. Barcelona: Herder Editorial, 2000, pp. 93, 110, 141-142) e Javier Recas Bayón (*Hacia una hermenêutica crítica*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2006, pp. 85-86).

¹⁰⁴ Diga-se que Jürgen Habermas acentua a autonomia do pensamento em relação às idiossincrasias pessoais de seu correlato autor. Pensar diferentemente é repristinar, para o direito, teses de cunho subjetivo e metafísico, retomando a interpretação em exegese arqueológica, como se as intenções e peripécias do legislador fossem importantes para o deslinde concretizar na tarefa de conversão da norma ao texto. Constatar ou rechaçar dita aquiescência ao nazismo – implícita ou não – jamais afetaria, é o que nos impende sublinhar, o legado filosófico heideggeriano: como nos acena Habermas, o pensamento se liberta do autor, ao ponderar que “esta rigorosa concepção de unidade entre obra e pessoa me parece que não faz justiça à autonomia do pensamento e sobretudo à história de influências e efeitos que um pensamento gera” (*Identities nacionales y postnacionales*. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 18-19). Frise-se, ainda, a excelente contribuição de Franca D’Agostini em Análíticos e continentais, quando esta obra consolida sobremaneira o conhecimento maduro da hermenêutica filosófica, de seu nascedouro, suas repercussões atuais, os principais representantes, as principais articulações temáticas, não apenas descrevendo, senão construindo argumentos sérios a respeito das respectivas possibilidades, em cotejo com a filosofia analítica (*Análíticos e continentais. Guia à filosofia dos últimos trinta anos*. Traduzido por Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003). No que tange ao nosso propósito, enfatizaremos

seculares influências e intersecções da hermenêutica como método, ao mencionar pensadores referenciais com orientação fundamentalmente metodológica, como Schleiermacher, Dilthey e Betti, não escapando eles, no essencial, do escopo em definir regras, cânones ou modelos pelos quais se haveria de guiar a interpretação de textos escritos, Castanheira Neves demarca o núcleo da hermenêutica filosófica.¹⁰⁵

Radicalmente diferente a hermenêutica filosófica ou hermenêutica como filosofia, que expressamente se exclui de uma intenção metódica – o sentido da hermenêutica deixa de ser metodológico e não procura a definição de uma qualquer metódica – para se situar exclusivamente na pressuposição ontológica e na crítica reflexividade transcendental implicadas na compreensão-interpretação (...). Não se trata de uma epistemológica metodologia em que se concorram dimensões filosóficas (...), mas pura e simplesmente de uma filosofia, de uma perspectiva filosófica autônoma de qualquer relevo metodológico ainda que pressuposto constituinte e condição possibilitante de quaisquer metódicas particulares de interpretação.¹⁰⁶

Sob o manto precursor de primários fundamentos conceituais insuscetíveis de maiores problemáticas, impende defender a hermenêutica filosófica de uma plêiade de críticas de questionável profundidade, porquanto formuladas mediante equívoca compreensão ou incompleta análise acerca desta filosofia. E, para que não haja controvérsias a este respeito ou suspeitas de alguma análise parcial de viés manipulador, considerar-se-á a própria enunciação crítica de Castanheira Neves acerca da hermenêutica filosófica para o fito de se trazerem os argumentos à baila. Uma das mais importantes evidências a serem consideradas consiste em contextualizar devidamente o âmbito da pré-compreensão – certamente uma categoria presente no universo vocabular do pensamento em questão¹⁰⁷ –, de modo a demiti-la do encargo principal de autônoma convocação de sentido para conseguinte estipulação de validade, isto é, pela destituição de sua pronta habilitação ontológica de prática interpretativa (no direito), tomada a global conjuntura teórica da empresa filosófica de Gadamer, para o seu devido e inevitável (daí a contundência semântica do prefixo “pré”) estado incontornável de

como fio condutor de nossos propósitos a indagação gadameriana sobre a filosofia prática no direito, ou seja, a não identidade necessária entre o abstrato (texto) e o concreto (norma), e, para a repercussão legítima deste último através da realização judicativo-constitutiva pela (e na) *applicatio*, consubstanciar sua viabilidade em termos de abertura fundamentadora razoável a reanimar a esfera da decisão, nas palavras da autora, “como uma reabertura das condições para uma reflexão racional em âmbito ético” (p. 452).

¹⁰⁵ *O Actual Problema Metodológico... op. cit.*, pp. 385-387.

¹⁰⁶ *O Actual Problema Metodológico... op. cit.*, p. 387.

¹⁰⁷ A hermenêutica invocada categorias várias como a relação entre todo e parte, o referente (a matéria de que se fala), a pré-compreensão, o círculo hermenêutico, a concretização (*applicatio*), dentre outras (CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 75).

situação hermenêutica.¹⁰⁸ Em poucas palavras, a dimensão do compreender engloba um processo unitário complexo e circular do qual a pré-compreensão certamente participa, porém, em caráter de necessária afluência situacional, e não mediante exclusivo e particular juízo de atribuição de sentido, mormente com as qualidades de segurança e justiça exigidas pelo discurso jurídico.¹⁰⁹

Já em Heidegger, registra Castanheira Neves, consiste a pré-compreensão em um sentido prévio ontologicamente existencial, “pressuposto possibilitante e constitutivo de toda a objectivação pensável”, incidente no mundo e do qual, pela linguagem e na sua expressão, algo “poderia ser determinado como algo”.¹¹⁰ Não fosse significativa a procedência deste criterioso e concatenado conjunto de elementos, a instruir a hermenêutica filosófica para um empreendimento jurídico de porte substancial e inovador diante dos esquemas maniqueístas de pensamento característicos do recorrente dissídio entre jusnaturalismo e positivismo, e Castanheira Neves não teria contrastado a hermenêutica como filosofia da tradicional e metodológica teoria da interpretação no direito, tomando-a como a expressão de uma nova hermenêutica albergada pelo pensamento jurídico contemporâneo de modo a tracejar diverso modo de pensar, com o postulado de um novo paradigma.¹¹¹ O filósofo lusitano, aliás, apenas

¹⁰⁸ É o que faz Daniel Sarmiento, ao registrar, mesmo entoando coro com suporte em outros autores, a importância da pré-compreensão na hermenêutica constitucional; deixando de descrever para agora prescrever, “a aposta na pré-compreensão como limite para o decisionismo judicial parece um grave equívoco”. Dir-se-ia que é grave equívoco já supor que a pré-compreensão, por si só, basta para qualquer pretensão de coerência hermenêutica. Bem se explica, pelo menos, a sua confessada “impressionista” abordagem acerca de tema tão sério (*Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete*. In *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 312 e 317).

¹⁰⁹ Não sem motivos, para Gadamer, a interpretação dos textos normativos diverge, dada a proeminência da compreensão e da aplicação, na medida das diversas competências jurídicas, por exemplo, entre o historiador do direito e o aplicador prático: os textos jurídicos interpretados pelo estudioso histórico somente podem ser compreendidos “no seu contexto histórico de sentido”, enquanto para o jurista prático, na aplicação concretizante, sobressai a aplicação relativamente às situações (casos) que a demandam, quando a compreensão, neste último caso, mais se concretiza e se diferencia da mera interpretação do sentido da lei (de acordo com CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1973, p. 145).

¹¹⁰ *O Actual Problema Metodológico... op. cit.*, p. 388. A reflexividade crítica entoada no pensamento gadameriano através da linguagem, como fundo filosófico, vem bem disposta pela sua conhecida frase: “o ser que pode ser compreendido é linguagem”, não sem precedentes, porque antecedida da célebre lição de Heidegger, para quem “a palavra é a morada do Ser” (CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 89).

¹¹¹ *O Actual Problema Metodológico... op. cit.*, pp. 392-393. Não sem relevar Castanheira Neves, muito antes dos contemporâneos trabalhos, que a ontologia, longe de ser originária, é constitutiva – não há como deixar de pensar os pressupostos de Heidegger diante da hermenêutica da facticidade –, peculiarmente propiciando caráter problemático ao direito na constante mediação humana em todos os sentidos da realidade (de sua aplicação), a possibilitar alteração, revisão e mutação destes marcos sociais e jurídicos, de exigível constituição aberta, de acordo com a atual e premente intenção de validade a que se propõe o projeto interpretativo de uma própria cultura (do direito como direito, em sua autonomia existencial), que é, na esteira do pensamento de Gadamer, hermenêutica (*As Fontes do Direito e o Problema da Positividade Jurídica*. Boletim da Faculdade de Direito. Volume LI. Coimbra: Coimbra Editora, 1975, p. 184).

recentemente¹¹² equipou-se de argumentos para combater a hermenêutica filosófica, tendo em vista que nas suas anteriores obras a crítica recaía sobremaneira, senão exclusivamente, na hermenêutica metodológica de cunho exegético.^{113 114 115} Portanto, advogar a tese de que a nova hermenêutica preconiza a fidelidade ao juízo de pré-compreensão para apurar as decisões materialmente corretas (constitucionalmente adequadas), pelo fato de desabonar

¹¹² O reconhecimento é inequívoco, ao se referir Castanheira Neves sobre a interrogação crítica “até agora” da hermenêutica tradicional, “apenas”. E prossegue: “E iremos ver que aquela pretendida conversão metodológico-jurídica, inspirada pela hermenêutica filosófica ou a ‘nova hermenêutica’, com o objectivo de uma também nova solução desse problema, não se nos revelará menos inconcludente – o problema da interpretação jurídica é um específico problema normativo que não está nas possibilidades de uma intenção tão-só hermenêutica, seja ela metodológica ou filosófica, seja ela metodologicamente ‘tradicional’ ou ontológico-existencial e ‘nova’” (*O Actual Problema Metodológico... op. cit.*, p. 393, *in fine*).

¹¹³ Castanheira Neves, anteriormente, no seu tomo sobre metodologia jurídica (1993), deixava claro, nas suas críticas à racionalidade hermenêutica, estar abstraindo a hermenêutica como filosofia da pauta de seu juízo (*Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 74, *in fine*), ou mesmo, para conceder em parte o que seria uma lacuna total, apenas introduzia o que viria a ser depois uma explícita crítica contra a hermenêutica filosófica, quando refere que se oporia a intencionalidade normativa da decisão judicativa em relação à concretização hermenêutica, denominada *applicatio* (*Idem*, p.76).

¹¹⁴ O estudo minucioso dos trabalhos de Castanheira Neves ainda poderia cogitar, no que toca à hermenêutica filosófica de Gadamer, outra perspectiva, embora não concessiva a ponto de transigir com conclusões divergentes daquelas aqui apresentadas, as quais apontam para esta viragem de mais intensa e sistemática crítica, contra a deficitária normatividade no sentido de compreensão reivindicado pelo autor de *Verdade e Método*, nos últimos trabalhos do filósofo de Coimbra: esta perspectiva aponta para a evidência de uma latente restrição, embora destituída de maiores considerações, à hermenêutica gadameriana desde os pioneiros trabalhos de Neves, conquanto neles ainda não se vislumbre um juízo definitivo de improcedência quanto à incompatibilidade daquela matriz filosófica no reclamo da concretização jurisdicional de acordo com a Constituição, pela justiça substantiva dos casos decididos. Paradigmáticos são estes dois exemplos: “o certo é que nem por isso deixará de ser sempre essa realização [do direito] um acto normativo, que não apenas um acto hermenêutico-cognitivo. E porque acto normativo, exige mesmo dos Autores que pretendem manter a compreensão da interpretação jurídica no quadro da hermenêutica ‘clássica’, como BETTI, seguido por COING, que a tenham de dizer ‘interpretação em função normativa’, para a distinguirem da ‘interpretação em função meramente recognitiva’ e relevarem assim o que há de específico numa interpretação que se insere ou está ao serviço de uma prático-normativa realização concreta – posto que a caracterização daquele tipo de interpretação, no modo como é feita, não acentue suficientemente, na sua autêntica especificidade, o que há de *autonomia normativamente constitutiva* na concreta decisão jurídica, pois esta (...) se não limita a incluir no processo hermenêutico a constitutiva dimensão de ‘*Applikation*’” (*A Unidade do Sistema Jurídico: o seu problema e o seu sentido. (Diálogo com Kelsen)*. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*. Coimbra: Coimbra Editora, 1979, p. 111); “o juízo jurisdicional, enquanto realização normativa do direito, não se esgota como tal no plano simplesmente hermenêutico, já que pode mesmo ultrapassar constitutivamente a *applicatio* ou concretização em sentido estrito” (*Da jurisdição no actual Estado-de-Direito*. In *Ab Vno Ad Omnes. 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 181). Este último trecho, publicado como artigo na coletânea referida, corresponde à parte da obra *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, pp. 412-472).

¹¹⁵ Em reverso senso ao vetor cronológico de apelo aos últimos trabalhos de Castanheira Neves, poder-se-ia dizer, estribando-se na própria pena do autor, que o seu edifício teórico já aprontava desde os primórdios, antes mesmo, ou a despeito, do pensamento jurídico ser influenciado pela hermenêutica filosófica, para uma sofisticada empresa normativa, especificamente considerada em termos de juridicidade, em prol do juízo autônomo da juridicidade do caso concreto (*O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 431), a ponto de podermos dizer que o confronto para com a filosofia gadameriana, em virtude desta antecedência, e estranhamento, enraizados na proposta do pensador lusitano, ressoaria como consequência inevitável, como uma incrustada pré-compreensão nas categorias por ele, desde sempre, pensadas.

qualquer método que intencione controlar a interpretação¹¹⁶, revela-se em insofismável despautério em distância abissal com os verdadeiros postulados da hermenêutica filosófica. Nem há, como se disse, exclusiva atribuição de sentido mediante apenas a condicionalidade da pré-compreensão, sequer a hermenêutica como filosofia quer passar incólume a qualquer fiscalização ou controle de suas interpretações; não se pode deduzir da crítica aos procedurais, da teoria da argumentação como a definição de caminhos prévios a partir dos quais – e somente através de sua disposição de racionalidade procedimental –, uma arrogante posição hermenêutica no sentido de deter a última palavra.¹¹⁷

Mais evidente do que o pressuposto da pré-compreensão no arcabouço teórico da hermenêutica filosófica resulta a significativa elaboração de sentido assumida no universo da experiência humana, sustentada por um *logos* de razoabilidade fundamentante, cuja racionalidade se faz construída “num discurso comunicativo e numa situação de concreta inter-subjectividade no seio de uma também pressuposta comunidade cultural-linguística que os possibilita”.¹¹⁸ E a hermenêutica filosófica, também denominada por Castanheira Neves de ontológica, se divorcia da hermenêutica tradicional, superando-a na intencionada vocação romântica de relevar as relações psicológicas entre autor e intérprete¹¹⁹, para exatamente debelar toda e qualquer arbitrariedade ou insinuação de despotismo por meio do diálogo vertido na tradição, cujo desenvolvimento – pela concatenação lógica (e contextualização analógica) da pergunta e resposta – aponta, mediante a linguagem, o horizonte culturalmente significante onde tal se realiza e para onde resultará destinado com o advento das condições de possibilidade propiciadas pelo contexto intersubjetivo de compreensões e dos respectivos resultados existenciais.

¹¹⁶ SARMENTO, Daniel. Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete. In *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 314. Como se não bastasse, o autor, nesta já anterior crítica à hermenêutica filosófica pela “aposta na pré-compreensão” como argumento para lhe apontar a intencionalidade de não ser controlada, deixa entrever, ao afirmar que Gadamer reabilitou a noção de preconceito (termo utilizado no sentido pejorativo), uma ainda pior acusação, qual seja, de que as suas idéias, fomentadas nestes pré-juízos e nelas conformadas, ainda resultam acolhidas passiva e acriticamente (p. 315).

¹¹⁷ “Uma coisa, contudo, deve ficar clara: a hermenêutica não quer ter a última palavra. Mas o que está em jogo nesta frase? Quando Gadamer diz isso, quer dizer que a hermenêutica sempre supõe que a historicidade do compreender e a historicidade da linguagem têm diversos graus de explicitação ou de manifestação; vão além dos simples enunciados. Existe uma espécie de *continuum*, em que podemos cair na tentação de convertê-lo em uma classificação de diversas respostas e soluções e, em uma distinção de grau, afirmar que essa resposta é melhor que aquela, que há várias respostas e cada um escolhe uma. Evitando essa tentação – que tem um fundo epistemológico –, temos que nos dar conta de que todas as respostas se movem em um único horizonte e de que a distinção entre as respostas é apenas uma espécie de artifício” (*Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 335).

¹¹⁸ CASTANHEIRA NEVES, A. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica... op. cit.*, p. 394.

¹¹⁹ *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica... op. cit.*, p. 396.

Então, toda a filosofia de Gadamer não se guia pela mera aceitabilidade da pré-compreensão, nem mesmo por uma imediata compreensão, porque o juízo de assentamento de sentido se materializa indissociavelmente no círculo de compreensão – na fusão de horizontes –, no qual ainda não se esgota pela inerente transcendência com que proclama, por intermédio da coerência material a que aspira, a axiológica validade digna de concretizar o atributo de legado autêntico, e que no direito fará relacionar com a noção de normatividade. A coerência material é, pois, incessantemente integrada pela interatividade típica e reflexiva da fusão de horizontes, quando a ciranda de compreensões sofre a notável influência do vetor da racionalidade ínsito ao domínio compartilhado de mundo através da linguagem¹²⁰, de modo que as verdades hermenêuticas – como concretas instâncias de sentido que jamais deixam de ser – não sejam aleatoriamente firmadas para legitimar relativismos, sequer contingentemente dispersas uma vez guarnecidas pelo juízo substancial de autenticidade afirmador da história e das instituições.¹²¹ A *applicatio* não deixaria de ser esta explícita referência de validade no âmbito da hermenêutica filosófica de Gadamer¹²², a implicar o reconhecimento da razão prática e da almejada normatividade axiológica, ambas nomeadamente convocadas pelo critério jurídico de justiciabilidade.¹²³

1.3.4 Especificidades argumentativas quanto à falta de normatividade nos postulados da hermenêutica filosófica: o modelo da decisão judicial dirigido ao valor do caso concreto decidendo

Nas palavras de Gadamer, o que se encontra à base do problema do relativismo é a manutenção do conceito de verdade científica e a correlata objetividade perseguida na extensão

¹²⁰ “Talvez tenhamos recebido o castigo de Sísifo: rolamos a pedra até o limite do *logos* apofântico e imediatamente somos jogados, inexoravelmente, de volta à nossa condição de possibilidade: o *logos* hermenêutico. É ele que nos antecipa as possibilidades de compreensão. E os métodos (ou vários métodos positivistas ou ‘pós-positivistas’) acabam (sempre) chegando tarde” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 361).

¹²¹ *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica... op. cit.*, p. 399.

¹²² *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica... op. cit.*, p. 400.

¹²³ Emilio Betti é o precursor, em termos sistemáticos, da crítica direcionada à hermenêutica filosófica de Gadamer quanto ao papel nefasto da subjetividade na interpretação, ao sugerir os riscos por que passam as ciências humanas sem que haja uma compreensão objetivamente válida e verificável: “Betti defende que a recente hermenêutica alemã se tem de tal modo ocupado com o fenómeno da *Sinngebung* (a função do intérprete na atribuição de sentido ao objecto) que acabou por se equacionar com a interpretação. (...) Betti sustenta que é seu objectivo, em primeiro lugar clarificar a distinção entre *Auslegung* (interpretação) e *Sinngebung*. Precisamente porque esta interpretação é ignorada, diz Betti, toda a integridade de resultados objectivamente válidos nas humanidades (...) é posta em risco” (PALMER, Richard E.. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 65). Neste sentido aponta o estudo de Jean Grondin, ao sustentar como fundamental na teoria bettiana o respeito à “autonomia do significado pretendido pelo autor”, em combate ao que Betti configura como “doutrina ilusória da hermenêutica relativista” (*Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999, p. 211).

integral de seu espectro de atuação.¹²⁴ O relativismo apenas se mostra para uma compreensão antiquada de linguagem segundo a qual, no cenário da interpretação jurídica, a lei atende a unívoco significado, cujo teor merece ser revelado a partir da capa de sentido contida em seu conteúdo, quando muito na utilização de expedientes metodológicos a descobrirem as intenções ali expressas ou ressoantes. O capital ponto de partida do questionamento hermenêutico gadameriano ao modo de pensar filológico está em atrelar a linguagem ao diálogo, uma co-pertença que não se coaduna a uma determinada consciência subjetiva, mas se identifica com um processo de ir-e-vir semelhante ao que se verifica na retórica.¹²⁵

Afortunadamente, Castanheira Neves contempla, em justificado hiato reflexivo para posterior regresso ao problema específico da interpretação jurídica, inequívoco vetor hermenêutico ao expressar o seu entendimento acerca da linguagem, compreendida em multifacetadas unidades decisivas e entre si convergentes numa indissolúvel e global integração.¹²⁶ Esta integração entre as três unidades da linguagem enraíza uma espécie de comunidade dialética cujo ponto de partida e de chegada é o mundo da vida, entendido como o horizonte de compreensão. Horizonte de compartilhada coexistência como modo prévio e próprio de compreensibilidade, consiste o mundo da vida a condição primeira da existência comungada através da linguagem a partir da qual “todas as intencionais diferenciações e especializações problemáticas e institucionais, e bem assim lingüísticas, se constituem”.¹²⁷ Sendo que a índole especificamente normativa da linguagem jurídica a reivindicar correlato problema normativo à demanda de sua interpretação, com a referência particular deste universo prático, não deixa de estar atrelada, melhor, condicionada ao mundo da vida, cujo substrato ontológico revela-se pressuposto material do direito, sua condição de possibilidade, de adequação, de relevância co-determinante e de realização.¹²⁸ E a realização comunicativa entre o mundo – no vislumbre de compreensão social de uma linguagem comum (ordinária) a ponto de assinalar fundamentais compromissos institucionais de cumprimento e assimilação do direito – e a linguagem especializada jurídica resulta na própria função da

¹²⁴ *Hermenêutica em Retrospectiva. Hermenêutica e a filosofia prática*. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 57.

¹²⁵ *Hermenêutica em Retrospectiva. Hermenêutica e a filosofia prática*. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 50.

¹²⁶ *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica... op. cit.*, pp. 273-277. A linguagem é concebida mediante três unidades principais: a linguagem como “expressão inteligível da experiência que o homem faz do seu ser-no-mundo e que nessa expressão se torna experiência compreensiva, imediatamente, e explícito-inteligível, mediadamente” (p. 273); a linguagem como “linguagem da própria razão’ – que tanto é dizer a condição constitutiva e o *modus* manifestante do *logos* enquanto é este simultânea e unitariamente palavra, razão e espírito” (p. 276); e linguagem como “o mundo humano-comunicativo que a linguagem, simultânea e dialeticamente, pressupõe e constitui”, sendo esta última expressão o seu caráter comunitário, pertencente à esfera coletiva, à primeira pessoa do plural (“nós”), momento em que há menção a Gadamer (pp. 276-277).

¹²⁷ *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica... op. cit.*, p. 279.

¹²⁸ *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica... op. cit.*, p. 281.

interpretação jurídica, a qual visa à compreensão da pressuposta normatividade jurídica, a interagir com “casos socialmente práticos que juridicamente se perspectivarão como casos jurídicos”.¹²⁹

Entretanto, a índole rigorosamente normativa da interpretação jurídica, a conceber a concreta realização do direito mediante uma decisão judicativa de sentido essencialmente normativo-jurídico – seja intencional ou constitutivamente –, não poderá ser suportada pela perspectiva hermenêutica, tampouco por sua insuficiente exigência de validade.¹³⁰ Convém ressaltar, mais uma vez, que a reprimenda de Castanheira Neves em relação à hermenêutica filosófica é relativamente recente, porquanto no cipoal de argumentos outrora despendidos em combate à hermenêutica tradicional encontrava-se a referência ao pensamento de Gadamer¹³¹, quando se tentava demonstrar que a interpretação jurídica não se poderia reduzir à simples análise textual das significações normativas.¹³² Se há naquela reivindicação mostras de coerência acerca do recorrente pensamento combativo de Neves quanto ao sentido normativo que permita às normas jurídicas conferir critério juridicamente adequado para a solução dos problemas ou dos casos concretos, não se pode negligenciar o recurso à dialógica relação de pergunta e resposta para efeito de se obter da intencionalidade problemática da situação específica uma decisão juridicamente adequada ou dotada de normativa justeza.

E, neste ponto, o pensador de Coimbra não se furta a explicitamente se socorrer de Gadamer, ao aduzir a fusão de horizontes como marco regulador da resposta adequada à pergunta particular suscitada pelo problema que a convoca, no manifesto interpretativo ou hermenêutico de realização concreta daquela replicação ao *quid* indagado.¹³³ Para lhe fazer justiça, no contexto em questão já emerge um indício de questionamento acerca da nova hermenêutica, na medida em que, assim o adverte, a postulada realização problemático-concreta do direito poderá exigir mais do que a aplicação, sublinhada em sede exemplar por Gadamer, a partir da qual se possibilita a concretização naquela incindível unidade entre o

¹²⁹ *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica... op. cit.*, p. 286. E arremata: “E por isso essa comunicação do jurídico com o não-jurídico é possível: esse mundo não-jurídico que solicita o direito e em que este se haverá de cumprir, realizando-se, é análogo ao mundo jurídico – ambos são prático-humanos” (*Idem, ibidem*).

¹³⁰ *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica... op. cit.*, pp. 410-411.

¹³¹ Reconhecendo existir um *continuum* na realização do direito em que participa a interpretação jurídica, Castanheira Neves conclui “que a interpretação apenas se consuma na decisão concreta (no concreto juízo normativamente decisório) e que é o conteúdo normativo-jurídico desse modo determinado e constituído – num processo dialético análogo ao do ‘círculo hermenêutico’ – que acaba por imputar-se à norma interpretanda, reconstituindo-a e enriquecendo-a nessa mesma medida” (*Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 126).

¹³² *Metodologia Jurídica... op. cit.*, p. 129.

¹³³ *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 130. Também o faz mais adiante, ao tomar o interrogante em Heidegger, a orientar a intencionalidade da indagação para além da definição do objeto a ser alvo da pergunta (*Idem*, p. 143).

compreender, o interpretar e o aplicar.¹³⁴ Porém, mesmo aí se consegue deduzir uma clara aquiescência metodológica para com a hermenêutica filosófica, dada a sua residual (ou eventual) incompletude, do que não se pode renunciá-la de imediato e aprioristicamente.

A função jurisdicional, concebida constitucionalmente como juízo de concreta validade realizadora de direito referido à situação jurídica decidenda e tomada hermenêuticamente sob uma função interpretativa de cunho normativo, não se esgotaria, segundo Castanheira Neves, neste plano hermenêutico, a despeito da categoria gadameriana de concretização ou aplicação constitutiva (*applicatio*), de notável diferença aos cânones da teoria clássica de interpretação jurídica.¹³⁵ Esta resistência ao vetor normativo da hermenêutica filosófica, no sentido de confrontá-la relativamente à falta ou à insubsistência de condições suas em traduzir um bastante padrão instituidor de validade normativa, carecendo-lhe, pois, perspectiva teórica consentânea ao postulado da autonomia interpretativa do direito como direito, subjaz às considerações teóricas do autor português desde as suas primeiras publicações. Entretanto, referida contrariedade somente se revestiu de contornos sistemáticos e francos – com argumentos especificamente considerados acerca do que durante muitos anos Castanheira Neves denominou de plano estritamente hermenêutico – em finais dos anos noventa, mais propriamente, no inaugurar do século vinte e um, com a publicação do excerto sobre a narratividade jurídica em Dworkin e, menos intensamente, com o livro sobre a crise atual da filosofia no direito.¹³⁶ Não se ignore, além disso, o relevo por ele enaltecido, nos trabalhos anteriores¹³⁷ aos marcos bibliográficos aqui caracterizados como referência desta inequívoca transposição crítica no itinerário do professor de Coimbra, a partir dos quais a ressalva crítica se transforma em oponibilidade epistemológica, da filosofia de Gadamer, quando por seu intermédio a interpretação jurídica deixou de ser tão-só reprodutiva, em cujo

¹³⁴ *Idem, ibidem.*

¹³⁵ Da jurisdição no actual Estado-de-Direito. In *Ab Vno Ad Omnes. 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 180-181. O presente artigo, convém repetir, pela própria contextualização histórica do pensamento do autor que agora se enfatiza, corresponde à republicação do tópico acerca da função jurídica dos Tribunais Superiores em *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, pp. 412-472.

¹³⁶ Dworkin e a interpretação jurídica – ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade. In *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 349-444, originalmente publicado em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001; *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

¹³⁷ Apesar de o tomo sobre a crise da interpretação jurídica ter sido publicado apenas em 2003, sua origem remonta à primeira metade da década de 80, quando, nas publicações periódicas da Revista de Legislação e de Jurisprudência (Ano 117, n. 3722, 1984, p. 129), passou a paulatinamente (até finais dos anos 90 e início dos anos 2000, Ano 134, n. 3922, 2001, p. 10), por etapas, tornar a público aquelas lições, no que veio a ser editado em bloco sob a forma do título *Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, acrescido, como se disse, do excerto atinente a Dworkin, originalmente publicado, conforme já referido, em 2001.

mérito repousaria um novo formato do compreender, muito próximo, para não dizer coincidente, com o fundamental conceito de juízo.¹³⁸

Ao referendar no caso concreto decidendo o objeto problemático da interpretação jurídica, constituindo este caso jurídico o *prius* metodológico do direito na sua manifestação prático-jurisprudencial que nenhum texto normativo poderá subsumir em abstrato, Castanheira Neves desprestigia a tese de invocação da norma como prioritário esquema metódico para avançar na perspectiva problemática da situação concreta (o caso), de maneira a nela depositar a fundamental indagação de onde provirá a normatividade do ato normativo para efeito, e somente então, de doravante responder.¹³⁹ E no quadro desta invocada problematicidade conferida do caso para a norma está o pensamento hermenêutico típico da filosofia gadameriana, de estirpe prática, da qual se nutrem expoentes da atual reflexão jurídica, dos quais Neves ressalta Dworkin e Esser.¹⁴⁰ E Castanheira Neves considera referida orientação como a mais adequada diante da oposta linhagem, a qual, apesar de relevar o caso concreto na sua problematicidade normativamente questionadora, ainda remanesce no abstrato sustentáculo da norma para o fito de definir os limites da interpretação jurídica.¹⁴¹ Nada obstante, irá em direção de uma proposta metodológica complementar, a tutelar o risco de propenso casuismo (casuística) no preferido pensamento jurídico no contexto de conflito entre aquelas perspectivas diversas avocadoras da preeminência do caso concreto.¹⁴²

A sucessividade do projeto normativo verificado no esquema metódico empreendido pelo mestre português em complemento da perspectiva hermenêutica do novo modelo instituído pela *applicatio*, nesta abordagem antecessora da posterior crítica preconizada na obra O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica (2003), pode ser entronizada na dispensa da interpretação jurídica como um modelo de mera compreensão dos textos normativos para condicionada e ulterior aplicação.¹⁴³ Referido repúdio, a ser superado por um modelo a assumir a realização do direito como ato normativo, está direcionado à peculiar modalidade de hermenêutica, qual seja, a de cunho compreensivo, porquanto a global

¹³⁸ Em várias ocasiões a compreensão confortada na *applicatio* identifica-se com o reivindicado – e recorrente – reclamo do juízo normativo (validade) efetuado por Castanheira Neves: “Uma perspectiva de validade leva referido um todo de sentido intencionalmente pressuposto (o que ainda aqui se não entenderá como realmente pré-dado) em que hão de cobrar o seu sentido concreto as manifestações particulares que sejam objecto de compreensão ou de juízo (...)” (Da jurisdição no actual Estado-de-Direito. In *Ab Vno Ad Omnes. 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 220).

¹³⁹ *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais...*, op. cit., p. 144.

¹⁴⁰ *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais...*, op. cit., p. 146.

¹⁴¹ Neste caso, os alvos da crítica são Müller e Fikentscher, incluindo-se o pensamento de Kaufmann (*Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais...*, op. cit., pp. 144-146).

¹⁴² *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais...*, op. cit., pp. 147-148.

¹⁴³ *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais...*, op. cit., p. 148.

determinação hermenêutica veio qualificada naquela específica e insuficiente determinação, o que não a torna em si, enquanto pressuposto de normatividade, descartável ou ultrapassada.¹⁴⁴ Ademais, Neves assume a condição hermenêutica nos três momentos constitutivos de definida compleição da norma jurídica, a saber, o momento histórico, o problemático e o teleológico-sistemático.¹⁴⁵ Sendo que no momento problemático, particularmente nuclear ao panorama geral oferecido, novamente se escuda em Gadamer para definir a normatividade jurídica, o capital ponto de normativa compreensão por que a norma resulta convocada em diálogo (pergunta e resposta) com o caso concreto para oferecer resposta ou solução, intencionalidade iterativa entre a problematicidade do caso e a do dispositivo legal, suscetível de analogia com a figura de linguagem utilizada pelo filósofo alemão.¹⁴⁶

1.4 As deficiências normativas do juízo (estritamente) hermenêutico: um esboço de contrapartida crítica em defesa de Gadamer

Impostergável se mostra a tarefa de identificar, então, quais são as deficiências normativas, apontadas por Castanheira Neves, das quais padece o juízo hermenêutico – na vertente epistemológica da hermenêutica filosófica –, para, então, oferecer dois módulos de contraponto argumentativo. O primeiro módulo assume o âmbito da filosofia no direito, com o intuito de replicar, pelo fundamento da improcedência das críticas ora assinaladas, a viabilidade teórica em se assentar a hermenêutica constitucional nesta instância filosófica de genuíno suporte normativo. O segundo impulsiona o argumento de exemplificar a dignidade normativa da hermenêutica filosófica quanto à jurisdição constitucional, ou, em caráter de complementaridade ao módulo antecessor, com o intuito de responder à alegada lacuna normativa nesta co-pertença jurisdicional, em especial no plano da interpretação conforme à Constituição. O pensamento jurídico a recepcionar os aportes da nova hermenêutica sofre das mesmas fragilidades por esta assumidas, em pelo menos duas ordens a serem primeiramente abordadas: um déficit crítico e outro, de caráter metodológico.¹⁴⁷ O inequívoco núcleo controverso destas debilidades está sedimentado na intrincada relação entre o problema da

¹⁴⁴ Tanto assim o é que Castanheira Neves preferirá o termo “compreensão” ao vocábulo “interpretação”, para exatamente ressaltar naquele o sentido normativo do critério a ser assumido no quadro da problemática específica, de modo a preparar a norma para a inserção nas questões jurídicas em concreto, condições estas não passíveis de obtenção nos marcos do segundo, “uma determinação [apenas] significativo-textual” (*Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 153).

¹⁴⁵ *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 149-154.

¹⁴⁶ *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 151.

¹⁴⁷ *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica...* *op. cit.*, p. 411.

possibilidade de compreensão – estruturada por Gadamer como *applicatio* – e a validade dos sentidos adquiridos através da concreta aplicação do círculo hermenêutico.

Como responder, neste abrangente universo de compreensões e sentidos obtidos na tradição da existência humana, à discriminação crítica entre uns e outros, por sua inerente repercussão comunitária a assumir contornos de códigos de conduta e de inter-regulação social, senão apelando a determinado filtro de validade de modo a não homogeneizar todos os sentidos, tomando-o todos como igualmente aceitáveis? Castanheira Neves, tomando o pensamento da hermenêutica filosófica, bem atende ao respectivo reclamo de não se furtar a esse tipo de questionamento de validade, ao recorrer a certa evidência hermenêutica de alicerce.¹⁴⁸ A distinção entre os pré-juízos legítimos e ilegítimos, albergada pela tradição no vocabulário de base da hermenêutica de Gadamer, não teria condições por si capazes, tanto pela parcialidade de recurso ao fundamento de autoridade quanto pela ausência de uma instância de critério de reflexiva possibilidade crítica, de angariar este pressuposto de validade, cujo impasse se lhe revela de capital e invencível problema. Nem os postulados de razão prática invocados pelo pensamento gadameriano, ou reformulados em argumentos de avultado incremento teórico por autores da estirpe de Otto-Apel, atendem às soluções de encarnar a competência desta instância de validade.¹⁴⁹

A validade da concreta compreensão judicativa, a considerar um problema de fundamentação não discernível no plano das condições de possibilidade do compreender, transpõe os limites da estrita hermenêutica, tendo em conta a parcial tutela, pela hermenêutica filosófica, dos elementos fáticos concorrentes, sem atingir, sequer com o intuito de resolução, do essencial conteúdo normativo da compreensão requerida pela interpretação jurídica.¹⁵⁰ E, ao padecer dos fundamentos, a hermenêutica filosófica decai igualmente, como um segundo índice de defasagem, no apelo metodológico aos princípios normativos do pensamento legitimado como válido e procedente, oportunidade em que Castanheira Neves convoca de Apel a categoria do critério normativo-metodológico, alegadamente faltante na hermenêutica de Gadamer.¹⁵¹ Haveria uma lacuna, portanto, no tocante ao modo de sua realização

¹⁴⁸ *Idem, ibidem.*

¹⁴⁹ E Castanheira Neves nem está a mencionar o problema da crítica das ideologias suscitado por Habermas no seu confronto dialético com a hermenêutica de Gadamer (*O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica... op. cit.*, pp. 412-413). E aqui está já um argumento, pela sua natureza substancialista, em favor de uma resposta juridicamente hermenêutica ao problema da validade aqui apontado, porquanto esta desconsideração do argumento habermasiano leva consigo a sua improcedência em nível de franca oposição de Castanheira Neves ao paradigma procedimental, a cujas conseqüências é levada a concordância desde o plano teórico-filosófico com o programa de Habermas.

¹⁵⁰ CASTANHEIRA NEVES, A. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica... op. cit.*, p. 414.

¹⁵¹ *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica... op. cit.*, p. 415.

metodológica, ao seu modelo regulador, à base apta a orientar o cumprimento concreto da válida compreensão, pelo que a interpretação jurídica haveria de corresponder exatamente “às exigências de realização implicadas naquele específico sentido normativo”.¹⁵²

Antes de ainda analisar a perspectiva do direito sob a ótica da hermenêutica gadameriana empregada por pensadores que se dedicam à ciência jurídica, como Arthur Kaufmann¹⁵³, nada obstante a prognose dos insuperáveis limites de uma filosofia que se estreitaria na dimensão do fático compreender, Castanheira Neves sistematiza o problema da validade da compreensão entre o necessário juízo normativo e a estrita hermenêutica.

O direito não é apenas um sentido a compreender, é para além disso e antes de mais uma *validade* (uma axiológica normatividade) que só se pode atingir e assumir pelos seus constitutivos fundamentos (também axiológico-normativos). A realização concreta do direito não se cumpre apenas por uma compreensão significativa da sua normatividade, convoca uma problemático-concreta decisão normativo-judicativamente fundada – não se trata aí de um tão-só correcto compreender, mas de um justo decidir, de um justo juízo decisório ou com concreta justeza problemático-normativa.¹⁵⁴

A validade especificamente normativa e axiológica do direito não consegue vir referida, explicada ou fundamentada através da historicidade da prática jurídica, de sua explicitação processual, nem mesmo através da contínua consolidação de princípios reguladores e norteadores da interpretação jurídica praticada pelos tribunais. A validade normativa predispõe alguma transcendente referência de valores e de princípios que se não pode, sob imanência, retirar de precedentes jurisprudenciais, embora deles, como instância decisória de resolução definitiva dos conflitos sob a chancela do Estado, seja indispensável adjudicar o termo final das controvérsias pendentes de contencioso.¹⁵⁵ E Castanheira Neves,

¹⁵² *Idem, ibidem.*

¹⁵³ Castanheira Neves identifica neste autor e em outros (como o colega de Coimbra, Pinto Bronze) a nota da analogicidade (o direito é essencialmente análogo) como fundamento ou matriz de convergência entre a hermenêutica de Gadamer e o carácter problemático-decidendo do juízo normativamente jurídico, característica insuficiente a ponto de resolver o crítico impasse, legitimador dos já referidos déficits verificáveis na hermenêutica filosófica, da fundamentação normativa do direito, do que venha, então, a ser o seu sentido e a sua justiça (*O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica... op. cit.*, pp. 417-419). Assim o proclama em conclusão: “Não será pela sua historicidade mediatizada pela linguagem, nem pela correspondência de analogicidade entre a normatividade e a realidade, nem reconhecendo que o direito só o será em concreto e como resultado do seu analógico e dialéctico-argumentativo processo constituendo, que se saberá que justiça especificamente se manifesta na ‘*ipsa res iusta*’” (*Idem*, pp. 419-420).

¹⁵⁴ *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica... op. cit.*, p. 416.

¹⁵⁵ De alguma maneira este hiato se pode perceber na resistência de Ovídio Baptista da Silva quanto à comensurabilidade entre direito (material) e processo, no que a jurisdição como garantia constitucional de acudir a última e definitiva palavra não deixa de abalar aquela convicção externada pelo processualista: “(...) a dificuldade encontrada pela doutrina para o tratamento de temas processuais, como esse ligado à relação entre direito material e processo, decorre do projeto iluminista de reduzir a jurisdição à declaração. Juiz que não cria direito não exerce jurisdição. Limita-se a ser oráculo da lei, vendo-a, porém, como o historiador, enquanto tenta revelar o ‘sentido’ único da norma. Julgar significa, antes de mais nada, interpretar hermeneuticamente o

para justificar esta solução de normatividade material em grau de transcendência, inexistente nos programas filosóficos tributários da hermenêutica gadameriana, registra que os próprios seguidores de Gadamer reconhecem de alguma forma esta carência nos moldes do pensamento do filósofo de Verdade e Método, quando repercutem noções complementares justificadoras de validade, como os princípios normativos e o valor da pessoa humana.¹⁵⁶

Anuncia Castanheira Neves, agora sistematizando as críticas mais categóricas contra a hermenêutica filosófica, que a projeção metodológica desta filosofia no pensamento jurídico esbarra em dois paradoxos fundamentais. O primeiro deles consistiria na contradição de esta nova hermenêutica, ao destituir-se de diretrizes – ou métodos, na elementar antinomia gadameriana implícita em sua obra mestra (verdade contra o método) – metodológicas, pela sua afirmação como filosofia, invocar exatamente, com “significação exemplar”, a “metodológica hermenêutica jurídica”.¹⁵⁷ O segundo paradoxo, por seu turno, estaria demonstrado no fato de as mais recentes investigações jurídicas no que se relacionam à interpretação do direito apoiarem-se invariavelmente na hermenêutica filosófica pós-Gadamer como orientadora de um modelo inovado de “transformação metodológica”, assentada esta numa “perspectiva tão-só filosófica e que nada teria a ver com questões metodológicas”.¹⁵⁸

E ambos os paradoxos se justificam, cada qual, por graves dois equívocos: um deles reside na impropriedade de se considerar o pensamento jurídico – a hermenêutica jurídica – como expressão sem mais, ou genericamente considerada, da categoria exemplar apropriada pela hermenêutica filosófica com a finalidade de concluir pela incidibilidade entre compreender, interpretar e aplicar (*applicatio*).¹⁵⁹ Exatamente porque a convergência dar-se-ia com certo modo de abordar o pensamento jurídico, que não certamente o positivismo jurídico na sua postura de abstrata e textual definição interpretativa dos textos legais, senão com o atual pensamento metodológico cuja evolução ocorreu menos por questões hermenêuticas, mas fundamentalmente por motivos de ordem normativa, ou melhor, por

‘direito’ e os ‘fatos’, a partir da situação do intérprete” (Unidade do Ordenamento e Jurisdição Declaratória. In *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 135).

¹⁵⁶ *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica... op. cit.*, pp. 420-421. Em artigo recente, Castanheira Neves, ao protocolar a sua peculiar crítica reconstrutiva do sentido do direito em busca da elementar nota da juridicidade, procura negar validade a estes dois padrões de normatividade material, calcados seja no constitucionalismo, seja nos direitos do homem (O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro. In *O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito*. Coimbra: Almedina, 2008).

¹⁵⁷ *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica... op. cit.*, p. 422. Em sucintos termos, pelo autor: “Uma filosofia, que se nega a ter sentido metodológico, invoca como modelo uma metodologia (...)” (*Idem, ibidem*).

¹⁵⁸ *Idem, ibidem*.

¹⁵⁹ *Idem*, p. 423.

razões “prático-normativas específicas da problemática jurídica”.¹⁶⁰ O segundo equívoco consubstancia o desdobramento daquele: a hermenêutica filosófica não teria determinado a renovação metodológica do pensamento jurídico, porquanto esta sucedeu por fundamentos estritamente normativos dotados de plena autonomia frente ao novo modelo filosófico, de heterônoma ou paralela incidência, cujas lentes permitiram, de forma enviesada, a apressada conclusão no sentido da sua essencial contribuição, da hermenêutica filosófica, para as modificações substanciais da interpretação jurídica, agora focadas no pós-positivismo em prioridade à judicativa decisão dos casos concretos.¹⁶¹ Apontamentos a ultimar, como destino indagador, a seguinte formulação: “o que esteve antes, a hermenêutica geral ou a hermenêutica (interpretação) jurídica”?¹⁶²

Antes de investigar o âmago do que se poderia considerar o fundamento normativo da hermenêutica filosófica, qual seja, a interpretação enquanto aplicação, Castanheira Neves, refletindo a proposta de Josef Esser, reitera ser a realização do direito, pela adequada (justa, correta ou constitucional) decisão dos casos concretos mediante a atuação das normas jurídicas pertinentes, um processo “para além ou à margem de um quadro e de um pensamento estritamente hermenêuticos”.¹⁶³ Entretanto, Neves desloca *a posteriori* o mérito reconhecido por Esser à hermenêutica crítica – aqui atribuído ao desempenho das categorias hermenêuticas de Gadamer, propícias à constituição de critérios jurídicos de validade – em direção ao seu próprio teorema, com a intencionalidade de adstringir o problema da solução justa (a justa solução do caso jurídico) no aspecto de juridicidade normativa que não se confina no cenário do correto compreender. Por que a pré-compreensão normativo-decisória, cuja atuação hermeneuticamente crítica interfere, concretizando, o juízo autônomo da juridicidade sobre o caso decidendo, em vez de ser vista como apartada de uma restrita (embora crítica) concepção de hermenêutica – de competência alegadamente limitada, e deficiente para se bastar em razões prático-normativas, às condições gerais de qualquer interpretação – não poderia ser fundada (melhor dizendo, reconstruída) mediante o contributo da hermenêutica filosófica? Contribuição esta digna de ser entendida, diante da sistemática filosófica gadameriana, através do divórcio entre a decisão constitucionalmente adequada (a

¹⁶⁰ *Idem*, p. 424.

¹⁶¹ *Idem, ibidem*.

¹⁶² *Idem*, p. 427.

¹⁶³ *Idem*, p. 430.

resposta correta no caso concreto) e a única solução previamente decifrada nos códigos legislativos.¹⁶⁴

Conforme enuncia Jean Grondin, a interpretação, na concepção heideggeriana, consiste na autocrítica da própria pré-compreensão, auxiliando-a em transparência, de modo a evitar o subjetivismo ou, ainda, a impedir o “monólogo do intérprete com sua própria pré-compreensão”.¹⁶⁵ Diz Grondin que a interpretação configura já em Heidegger, portanto, uma espécie de agulhão crítico, com o que se inverte a relação imposta pela hermenêutica tradicional, quando se passa a anteceder a compreensão, como evento primário (antecipação de sentido), diante da interpretação, cuja força atuante, embora partilhe da instância do compreendido¹⁶⁶, agora responderá pela sua auto-apropriação elaboradora.¹⁶⁷ À hermenêutica filosófica compete necessariamente se socorrer de marcos metodológicos conceituais, tanto para explicitar as suas experiências e interpretações próprias, quanto para demarcar vínculos e fronteiras em relação aos pensamentos concorrentes.

E, na interpretação jurídica, a hermenêutica filosófica consolida sabidamente uma conceituação própria de validade normativamente aferível, com características filosóficas intensas a ponto de se estabelecerem elementos de incisiva capacitação específica no bojo de teorias acerca da decisão judicial, do discurso constitucional e do controle de constitucionalidade. Esta validade, embora constituída predominantemente no plano da linguagem, com especial relevo em Heidegger, jamais foi descartada como pleito de legitimidade. Veja-se, por exemplo, o conceito básico heideggeriano de indicador formal.¹⁶⁸ Diferentemente de Castanheira Neves em suas recorrentes críticas, é Gadamer quem possibilita o transpasse, ainda não verificado em Heidegger, da pré-compreensão de significados derivados do contexto histórico-cultural para a pré-compreensão propriamente decisória.

O problema normativo da interpretação jurídica consta de, na medular definição de Castanheira Neves, “interrogar normativamente uma norma abstracta do ponto de vista de um problemático caso decidendo para obter dela o critério de uma justa, prático-judicativamente

¹⁶⁴ As críticas de Castanheira Neves endereçadas à hermenêutica filosófica depois de Gadamer foram também contestadas por Lenio Streck no posfácio à nova (terceira) edição de *Verdade e Consenso* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 429-447), especialmente no ponto de não ter “possibilitado a formação (normativa) de uma teoria da validade da compreensão assim obtida” (p. 429).

¹⁶⁵ *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999, p. 165.

¹⁶⁶ Tanto é assim que o autor registra entre aspas o condicionante preposicional “após”, porque a interpretação não sucede a compreensão cronologicamente – a interpretação a ocorrer “após” a compreensão, subentendida a relação entre compreender e interpretar como se fossem atos distintos.

¹⁶⁷ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999, p. 164.

¹⁶⁸ *Idem*, p. 169.

adequada, decisão desse caso”.¹⁶⁹ A hermenêutica filosófica, por meios impróprios, ou retém posteriormente à resolução do caso decidendo o mérito efetivamente desempenhado pelo fenômeno hermenêutico (circular ou em espiral) normativo-jurídico de unidade aplicadora entre norma e caso, ou nada informa acerca de como responder à problemática decidenda, ou seja, sem que esclareça “como o problema judicativo-decisoramente se deverá pôr, assim como a perspectiva também metodológico-juridicamente adequada para o resolver”.¹⁷⁰ O problema normativo encarna, pois, pelo seu prisma, o justo decidir, incomparável ao desiderato da hermenêutica em sentido estrito, em busca do correto compreender.¹⁷¹ Aqui reside, de acordo com Neves, o abismo entre as intencionalidades problemáticas provenientes de juridicidade e compreensão. E arremata com a pronúncia de consentimento emanada do corifeu da hermenêutica filosófica, Gadamer, com o que se colocaria ponto final positivamente conclusivo em favor dos seus argumentos: a hermenêutica jurídica pertenceria ao conjunto dos problemas da hermenêutica geral, tratando-se de um princípio subsidiário, com a proposta de “interpretar as leis de modo que a ordem jurídica cubra inteiramente a realidade social”.¹⁷²

A hermenêutica filosófica gadameriana, segundo a proposta da presente investigação, consolida suficientes elementos a ponto de não se reduzir ao recinto cultural-simbólico da compreensão, de modo a ser dotada de reflexos indiscutivelmente normativos. É possível dizer, com Cristina Queiroz, que uma teoria ou dada filosofia pode reivindicar contornos jurídicos próprios, de autônoma intensidade normativa, quando “não se refere já a um problema exclusivamente hermenêutico de subsunção a uma regra dada”.¹⁷³ E é precisamente este o caso da hermenêutica de Gadamer, a qual contrasta com o pensamento de mera subsunção no direito, cujas bases, ao contrário da *applicatio*, isolam o problema da

¹⁶⁹ *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica... op. cit.*, p. 433.

¹⁷⁰ *Idem*, p. 434. O filósofo de Coimbra sistematiza quatro perspectivas jurídico-hermenêuticas a lidar com a unidade entre caso e norma: “duas, as que vêem o caso na perspectiva da norma (...); outras duas, ou antes quatro, as que vêem ou interrogam a norma na perspectiva do caso” (*Idem, ibidem e Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp. 144-148). O próprio autor se inclui nesta última categoria, sem, entretanto, quedar o pensamento jurídico em casuística aleatoriedade.

¹⁷¹ Em outros termos, para Castanheira Neves, “o juízo jurisdicional, enquanto realização normativa do direito, não se esgota como tal no plano simplesmente hermenêutico, já que pode mesmo ultrapassar constitutivamente a *applicatio* ou concretização em sentido estrito” (*O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 417).

¹⁷² *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica... op. cit.*, p. 436. Assim o reproduz noutras instâncias, quando refere que Gadamer vislumbrou no pensamento jurídico uma significação exemplar para a hermenêutica em geral (*Método Jurídico. In Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Volume 2º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 319; *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 85).

¹⁷³ *Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 2.

interpretação jurídica, afastando-a da razão prática.¹⁷⁴ Ao proceder assim, o normativismo (de caráter positivista) é o responsável, em realidade, por reduzir a interpretação jurídica a uma dimensão estritamente hermenêutica, como assinala, com razão, Castanheira Neves, ao afirmar recorrentemente que o problema ali não se esgota (na interrogação hermenêutica quanto ao correto compreender), senão se alarga ao campo da normatividade (o justo decidir). E para este espaço normativo não se furta de enveredar o pensamento filosófico de Hans-Georg Gadamer.

A compreensão se socorre da aplicação, pois, em Gadamer, sendo desnecessário o ato de complementar a fórmula gadameriana¹⁷⁵, para que lhe alcance capacidade jurídica de validade normativa, segundo a qual interpretar é aplicar e aplicar consiste em interpretar. Para Gadamer, a aplicação representa a verdadeira e primeira compreensão, não se socorrendo de uma primeira compreensão dos textos normativos para, numa preliminar adequação lingüística, uma posterior atividade aplicativa (como defendia Emilio Betti).¹⁷⁶ O que se pode positivamente recolher de Castanheira Neves nos finais argumentos dirigidos contra a hermenêutica filosófica está na exigência de a interpretação jurídica interceder pela validade normativa do concreto juízo decisório, mais do que pela insuficiente coerência da integração no todo da prática jurisdicional: diferencia ele, então, duas validades, a geral coerência e a particular ou concreta validade do juízo, preferindo esta última. E, precisamente neste ponto, o filósofo português afirma, diversificando o destinatário de suas convicções, que o pensamento jurídico de Dworkin se limita ao problema hermenêutico (e não normativo).¹⁷⁷

¹⁷⁴ Como bem refere José Lamego, a hermenêutica filosófica de Gadamer rejeita este modelo de racionalidade apodítico-demonstrativa típico do normativismo, o qual se mostra subserviente à evidência cognitiva do significado textual das palavras da lei, conformado através de um mecânico procedimento de descoberta do sentido unívoco das normas jurídicas, senão paralelamente condicionado a métodos de revelação do critério de justiça utilizado pelo legislador: “este afastar-se da universalidade da norma não significa uma ‘imperfeição’, um déficit na realização do conteúdo da pauta de regulação, mas precisamente uma potenciação das possibilidades nela contidas, fazendo-a corresponder às exigências do caso” (*Hermenêutica e Jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990, p. 174). E arremata Lamego: “Esta especificidade do saber moral-prático como saber constitutivamente ligado à situação particular tem uma ilustração especial no pensamento jurídico, e daí o ‘significado exemplar’ da hermenêutica jurídica, que GADAMER põe em relevo. Na Jurisprudência, o fazer ‘corresponder’, a ‘assimilação’ entre pauta geral e situação particular é um procedimento que, segundo a Hermenêutica de GADAMER, tem que ver com a estrutura e características do saber moral-prático, tal como, com arrimo a ARISTÓTELES, GADAMER as considera: e daí o sublinhar-se no pensamento jurídico a centralidade da *applicatio*” (*Idem, ibidem*).

¹⁷⁵ A complementação é requerida por Castanheira Neves, nos seguintes módulos: “Pelo que, verdadeiramente, a fórmula hermenêutica ‘a interpretação é aplicação e a aplicação é interpretação’ deverá, na perspectiva metodológico-jurídica, ser substituída por esta outra, de sentido bem diferente e que é de KRIELE, ‘*alle Interpretation ist Fallösung und Fallösung Interpretation*’ (toda a interpretação [jurídica] é solução de casos e a solução de casos interpretação)” (*O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 441).

¹⁷⁶ GRONDIN, Jean. *Introdución a Gadamer*. Barcelona: Herder Editorial, 2003, p. 170.

¹⁷⁷ *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 442.

Não se trata, pois, apenas de integrar a decisão concreta no todo da ordem e da prática jurídicas e de concretamente as compreender na coerência dessa integração, trata-se antes de dar solução normativo-juridicamente “justa” (com justeza prático-normativa) ao caso concreto mediante um juízo que mobilize adequadamente, ou segundo as exigências daquela justeza, a normatividade jurídica como seu critério específico. E é relativamente a esta última questão que se terá decerto de pensar o problema da interpretação jurídica.¹⁷⁸

Concluimos, pois, que nem o pensamento de Dworkin pode ser, pelo menos intensamente, reconduzido a uma teoria da decisão, porque o juízo de validade ali encerrado prefere a coerência e integridade da jurisprudência à interpretação jurídica concreta¹⁷⁹, tampouco a sua investida teórica, mormente quanto ao sentido da “one-right answer”, prescinde da facticidade ou do problema fático no direito.¹⁸⁰ A interpretação constitucionalmente adequada assimila a necessidade, ao incorporar uma modalidade específica de atuação no bojo da justiça constitucional, despoluída, pois, da neblina ofuscante quanto ao recurso indiscriminado (e não fundamentado) dos princípios constitucionais¹⁸¹, de refletir sobre o estatuto da inconstitucionalidade: sua complexa incidência não atua apenas sobre o ato normativo aplicado, mas sobre a aplicação procedida com fundamento na norma jurídica, cuja recusa de aplicação nem sempre presume o correspondente vício de incompatibilidade diante do Texto Maior.

Interpretar o direito conforme à Constituição consiste numa decorrência pormenorizada da problemática da concretização hermenêutica do ordenamento constitucional, assunto recorrentemente abordado pela publicística brasileira nas últimas duas décadas em suas mais variadas perspectivas.¹⁸² Daí que a aplicação concreta do direito em conformidade ao ordenamento constitucional, ao amparar o critério de juridicidade para além de uma teoria subsuntiva, não se pode furtar de encarar um posicionamento frente à teoria da resposta constitucionalmente adequada ao caso concreto, ou, noutras palavras, frente à realização jurisdicional concreta de direitos fundamentais. Este paradigma, por primeiro,

¹⁷⁸ *Idem*, p. 443.

¹⁷⁹ Aqui concordamos com Castanheira Neves na ressalva empregada contra Dworkin – embora a discordância seja mantida em relação às críticas desferidas contra Gadamer – e dissentimos da tese de Lenio Streck, quando este afirma que a hermenêutica filosófica e a teoria integrativa dworkiniana tratam de uma teoria da decisão (*Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 443).

¹⁸⁰ Em sentido diverso, Ovídio Baptista da Silva, ao referir, sobre o pensamento de Dworkin, a indiferença quanto à controvérsia sobre os fatos no processo de aplicação do direito (*Epistemologia das Ciências Culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, pp. 21-22)

¹⁸¹ Gomes Canotilho, em estudo elaborado para homenagear o Professor Castanheira Neves, alerta para a necessidade de despoluir o meio ambiente dos princípios constitucionais, para inclusive “sugerir alguma humildade científica a alguns jovens principiantes”, *Princípios. Entre a Sabedoria e a Aprendizagem*. In *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Volume LXXXII. Coimbra: Editora Coimbra, 2006, p. 7.

¹⁸² Sobre o estágio atual do tema na doutrina pátria, consultar interessante ensaio redigido por J. J. Gomes Canotilho, *Princípios e geologia dos princípios: para uma cidadania sustentável em diálogo com a juspublicística brasileira*. In *Constituição Cidadã*. São Paulo: Método, 2008, pp. 91-100.

contesta a concepção do normativismo, de subsuntiva aplicação, segundo a qual o juiz encarna a função de uma máquina silogística e o processo, por sua vez, presta-se a soluções de matemática exatidão.¹⁸³

¹⁸³ Conforme OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In Jurisdição e Direito Fundamentais. Tomo II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 256.

2. A AUTONOMIA DECIDENDA (E NORMATIVA) DA INCONSTITUCIONALIDADE CONCRETA NO SISTEMA BRASILEIRO DE FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 *Intróito delimitador*

A advertência preambular de Jorge Miranda sobre a interpretação conforme à Constituição exagera na expressão preposicional (“interpretação conforme com”, conquanto o exagero retumbe em vista dos manuais de português do Brasil) para generalizar, tornando ubíquo, expediente interpretativo que não pode ser assumido tão-só nos ares abstratos do controle de constitucionalidade, sequer como ferramenta *sui generis* para, última *ratio*, não desentranhar a norma legal do ordenamento jurídico. Ao dizer que todo o operador jurídico realiza a interpretação conforme, o constitucionalista português atesta a desindexação do controle difuso enquanto partícula do bloco abstrato de fiscalização da constitucionalidade das leis (“deixar de aplicar a lei” como pressuposto da mácula normativa) e a interpretação constitucionalmente adequada, exigível de toda e qualquer atividade digna de concretização judicial decisória.¹⁸⁴ Pois, diz ele, no mais das vezes em que se procede a interpretação conforme por juízes e tribunais, o operador acolhe, entre vários sentidos configuráveis da norma infraconstitucional, “aquele que lhe seja conforme ou mais conforme”, sendo, no limite, a busca por um sentido que “evite a inconstitucionalidade”, com o aporte da razoabilidade e com o mínimo de correspondência verbal na letra da lei.¹⁸⁵ E, fundamentalmente, porque a interpretação conforme não consiste tanto nesta escolha entre vários sentidos de qualquer dispositivo, mas daquele sentido que seja necessário e possível “por virtude da força conformadora da Lei Fundamental”, mesmo quando dissonante ou não

¹⁸⁴ Acolhe-se o sentido de interpretação jurídica na sua mais genuína acepção jurisprudencial, de vocação ínsita ao problema concreto de realização do direito para o caso, por demais que a exigência de razoabilidade judicativa preze tributo ao teste de generalização (“universalização” kantiana). Como assevera Castanheira Neves, “se é decerto o tribunal a sede paradigmática das controvérsias jurídicas, compreende-se que seja vista também a interpretação jurisdicional como o paradigma da interpretação jurídica” (*O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica... op. cit.*, p. 39).

¹⁸⁵ *Manual de Direito Constitucional. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. Tomo VI.* Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 78. Embora se diga que a razoabilidade, neste juízo interpretativo de aplicação com força na interpretação conforme, poderá, com esta correspondência verbal de relação (mediação) fundamentadora com o ato normativo (não se entenda esta correspondência, portanto, como autômata subsunção semântica de valor revelado), conformar o expresso – e “inequívoco” – sentido da lei em conformidade ao Texto Maior de modo a evitar uma ali concreta interpretação inconstitucional. Tome-se a lição de Castanheira Neves como exemplo desta complexa relação aprioristicamente tida como simples e mecânica: afirma o autor que uma interpretação adequada se coloca numa perspectiva prático-normativa, que utiliza bem a norma jurídica como critério da justa decisão do problema jurídico concreto (*O sentido actual da metodologia jurídica. In Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros.* Volume 3º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 400).

desdobrável dos outros elementos interpretativos usualmente utilizados nesta competência judicativa.¹⁸⁶

O predicado de razoabilidade¹⁸⁷, intenso nas ciências humanas, repousa por si numa preliminar demarcação negativa de sentido para efeito de combater os valores contrários, com apelo ao ideário de não-arbitrariedade. Dentre as variantes irradiadas por este significado básico, irrompe-se, para os limites deste estudo, a máxima de justiça, a qual não decorre de uma moldura aberta discricionária isenta de responsabilidade decisória por quem assume a competência judicante de resolver conflitos, senão que provém “da obrigação de considerar anseios sociais justificados e demandas de equidade, próxima à concepção material da ‘integridade dworkiniana’, no que remete o intérprete ao contexto histórico de vida, da experiência concreta e cultural da comunidade”.¹⁸⁸ A interpretação conforme à Constituição, ao concretizar respostas constitucionalmente adequadas, reivindica o parâmetro da razoabilidade como critério hermenêutico de racionalidade apto a corrigir injustiças localizadas na aplicação do direito, de maneira a aproximar dito conceito (o razoável) com o ditame de equidade.¹⁸⁹ A apreciação livre sobre a questão de inconstitucionalidade por juízes e tribunais, aos quais se dedica a competência de conhecer e decidir sobre tal embaraço, tal qual se verifica no sistema jurídico brasileiro e no português, não autoriza, evidentemente, a prolação de juízos arbitrários ou cuja discricionariedade suplante os limites do razoável.¹⁹⁰

¹⁸⁶ *Manual de Direito Constitucional. Constituição. Tomo II.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 313. Sem contar o precioso alerta do autor para a significativa diferença quanto ao grau de aceitabilidade da interpretação conforme no plano da fiscalização concreta e abstrata, quando, nesta última hipótese, falece, ou deveria falecer, qualquer eficácia jurídica vinculativa, ficando aquela limitada à questão concreta levada a julgamento (*Idem*, p. 315).

¹⁸⁷ Sobre a filosofia do razoável nas ciências humanas, por todos, SICHES, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía de La Interpretación Del Derecho.* México: Editorial Porrúa, 1980.

¹⁸⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional.* In *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 61-62. No tocante às relações entre proporcionalidade e razoabilidade, o autor, com respaldo nesta investigação, contradiz a tese do absoluto divórcio entre os dois postulados, ao propor a proporcionalidade como “aspecto da razoabilidade” (*Idem*, p. 65).

¹⁸⁹ Digna de nota é a observação de Ovídio Baptista da Silva, ao descrever o desenvolvimento histórico do direito processual civil brasileiro, sobre o juízo interpretativo da equidade, o que de certa maneira nos faz refletir sobre os primórdios, nem tão recentes, do relacionamento entre regras e princípios na concretização de sentenças constitucionalmente adequadas: “Enquanto para o direito romano clássico a equidade significava a correta e adequada aplicação das normas e princípios do próprio ordenamento jurídico, agora prover com equidade [no período bizantino] poderia significar uma transformação do sistema legal, correspondendo, em qualquer caso, a um abrandamento de normas e princípios do ordenamento jurídico, tendo por fim reduzir-lhe a eventual severidade, porventura decorrente da fria aplicação do texto legal” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 18). Noutra obra, assevera Baptista da Silva: “Para o direito romano oriental de Justiniano, a *aequitas* tornou-se um referencial constante, como critério de correção do direito positivo, tanto do direito material quanto, especialmente, do processo” (*Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.* Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 82).

¹⁹⁰ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada.* Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 51.

2.2 O controle difuso de constitucionalidade no Brasil: diferença ontológica entre recusar a aplicação de lei inconstitucional e conferir-lhe interpretação conforme

A preeminência hermenêutica da interpretação conforme – a lhe sugerir nomenclatura digna à restauração da hermenêutica no pensamento jurídico e filosófico, como “atribuição de sentido conforme a Constituição”¹⁹¹ – assegura-lhe marco de existência independente de qualquer formulação legislativa, excetuada a longínqua hipótese de se decretar o retorno ao absolutismo estatal quanto à impossibilidade de interpretar, senão de reproduzir sentidos conforme o alvitre do cabedal político. Se perscrutarmos a genealogia brasileira do controle de constitucionalidade, inaugurado nos moldes da tradição norte-americana da *judicial review*, concebe-se já no teor do Decreto nº. 848, de 11 de outubro de 1890, o elastério de interpretação conferido aos juízes, nele envolvendo a prerrogativa de verificar se as leis são conformes ao Texto Maior. Ao verificar a incompatibilidade, deduz-se do ato legislativo a competência de o magistrado deixar de aplicar a norma jurídica, ocasião em que a declara nula e sem efeito.

Pois bem, neste percurso entre a aplicação da lei constitucional e a não-aplicação da lei inconstitucional encontra-se o ideário positivista de que as normas jurídicas repercutem apenas um único significado. Vale dizer, a mácula de que se cogita para a norma jurídica consiste na írrita e concentrada inconstitucionalidade abstrata, da qual não se presta a qualquer aproveitamento de cunho hermenêutico. O argumento sufragador desta tese incorre na regulação constitucional do controle difuso na Carta Republicana de 1891 (artigo 59, § 1º, *a e b*), quando ali se controverte apenas sobre a validade ou a aplicação de tratados, leis federais, atos e leis dos governos dos estados, vale dizer, quando a verificação de inconstitucionalidade alcança a própria incidência *tudo ou nada* do dispositivo questionado.¹⁹²

Contudo, à época, a inexistência de um dispositivo constitucional explicitador das condições de recorribilidade de decisões interpretadoras do direito substantivo culminou por consolidar a sobrevivência e permanência de julgados absolutamente contraditórios entre si, nada obstante os vícios, defeitos e mazelas da exegese porventura adotada em cada um deles. Tal situação somente veio a ser corrigida em 1926, quando emenda constitucional passou a prever a possibilidade de recurso ao Supremo Tribunal Federal “quando dois ou mais

¹⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 579-584.

¹⁹² Streck ressalta, a este propósito, a celeuma, corrigida em 1894, acerca da possibilidade de a Suprema Corte realizar o controle judicial pleno, incluindo a apreciação de inconstitucionalidade de leis federais (*Idem*, pp. 427-428).

Tribunais locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal”.¹⁹³ Em última análise, além de não existir àquela época a filtragem hermenêutica em prol das decisões constitucionais, de maneira a tornar facultativa a decretação de inconstitucionalidade do dispositivo legal, prescindia-se de mecanismos uniformizadores da jurisprudência, enquanto atributo necessário para a racionalidade e coerência das interpretações levadas a cabo por juízes e tribunais.¹⁹⁴

2.2.1 A sistematização constitucional do julgamento conforme à Constituição

O recurso extraordinário reveste-se de extrema importância no cenário da interpretação jurídica, porque através dele são encaminhadas ao Supremo Tribunal Federal duas espécies de controvérsia acerca da aplicação do texto constitucional, em benefício do postulado da correspondente e exigível força normativa: uma diz respeito à conformidade interpretativa do julgado em vista do Texto Maior e outra se refere à preliminar¹⁹⁵ de inconstitucionalidade da lei cotejada ao caso concreto. Somente nesta última modalidade é que convém assinalar a pertinência desta inconformidade recursal com o controle de constitucionalidade propriamente dito, entendido este como o arcabouço normativo através do qual as normas jurídicas são imunizadas, filtradas e desconsideradas para efeito de sua posterior aplicação.¹⁹⁶

¹⁹³ *Idem*, p. 429. Antes da reforma constitucional de 1926, a Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, veio a complementar a organização da Justiça Federal da República brasileira, ao assim prever no seu artigo 13, § 10: “Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos correntes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição” (conforme BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 29).

¹⁹⁴ Sobre o controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro e a sua pioneira configuração republicana, BARBOSA, Rui. *Atos Inconstitucionais*. Campinas: Russel, 2003.

¹⁹⁵ Não se desconhece o rigor técnico, de ordem processual, para distinguir entre prejudicial e preliminar; todavia, tomaremos estes vocábulos, para efeito de considerar a questão de inconstitucionalidade no controle difuso (concreto) de constitucionalidade das normas jurídicas, no sentido comum de antecedente, fundamento por que, ao longo do texto, serão evidenciados como sinônimos, dos quais se espera, apenas, correção gramatical em uso indistintamente coerente aos propósitos materiais, de ordem filosófico-constitucional, da presente tese.

¹⁹⁶ Assim pronunciamos referido esclarecimento para efeito de coadunar o recurso extraordinário como meio de controle de constitucionalidade no direito brasileiro, quando através dele se postula a inexigibilidade de aplicação de lei alegadamente inconstitucional. Assim entendido, alguns autores proclamam a viabilidade de o STF acatar recurso extraordinário por fundamento constitucional diverso daquele cogitado pelo recorrente, tal qual se observa segundo os precedentes de controle concentrado, a partir da tese da causa de pedir ampla (MARINONI, LUIZ Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 42). Não é por outro motivo que reside nesta peculiar incidência a controvérsia sobre a abstrativização ou objetivização dos efeitos proclamados *inter partes*, alheia, inclusive, à resolução do Senado com o fito de incorporar naquele julgamento de controle difuso a eficácia contra todos (consoante reza o artigo 52, X, da Constituição).

É de se aplaudir o natural nexo reconhecido pelos processualistas entre o direito fundamental à tutela jurisdicional e o direito à motivação das decisões judiciais.¹⁹⁷ A exigência de fundamentação das decisões judiciais, a este propósito, de translúcido teor constitucional (artigo 93, inciso IX) reivindica constitucional sincretismo de existência e validade, ou seja, a exigir razoabilidade judicante (resolução justa ao caso concreto) adrede ao mero repositório de razões quando por ocasião dos ditos emanados do Poder Judiciário. A motivação contempla elementos necessários, sem os quais é destituída de coerência e aceitabilidade segundo os ditames do Estado Democrático de Direito, mormente no aspecto de “contextualizar os nexos de implicação e de coerência entre os enunciados fático-legais e justificar esses mesmos enunciados racionalmente, reportando-se ao ordenamento jurídico”.¹⁹⁸

Impende afirmar que a interpretação conforme já assegura capacidade, por sua índole interpretativa de aferir o modo como se aplica o dispositivo legal, de atender aos novos pressupostos de admissibilidade quanto ao conhecimento do recurso extraordinário.¹⁹⁹ Em primeiro lugar, por conta de consistir a sua relevância, pelo menos e minimamente, do ponto de vista jurídico; por outra banda, em virtude de a sua transcendência aclamar, ao menos, a perspectiva qualitativa, quando se mostra razoável conhecer do recurso para efeito de sistematizar e desenvolver a interpretação no tribunal de cúpula de nosso país. A própria valorização do estudo dos precedentes judiciais para o desenvolvimento interpretativo do direito²⁰⁰, em sintonia à cada vez mais exaltada aproximação entre as famílias jurídicas *common* e *civil law*, comprova ser crucial o reconhecimento jurídico de distinção entre o controle estrito de constitucionalidade e a aplicação interpretativa constitucionalmente

¹⁹⁷ MARINONI, LUIZ Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário...*, p. 49.

¹⁹⁸ *Idem*, pp. 49-50. Temos que a primeira etapa, qual seja, a de “individualizar os fatos, as normas jurídicas incidentes e aplicáveis ao caso concreto, a juridicização dos fatos e as suas conseqüências” (p. 49), é preponderante e condicionadora do exercício do controle difuso, quando o magistrado deixa de aplicar o preceito legal por considerá-lo inconstitucional, imprestável já na sua aptidão aplicativa.

¹⁹⁹ Referimo-nos às inclusões legislativas no corpo do Código de Processo Civil através da Lei 11.418/06, que veio a regulamentar o disposto, supervenientemente por força da Emenda Constitucional n. 45, no §3º do artigo 102 da Constituição da República, quando restaram insertos no diploma processual os artigos 543-A e 543-B.

²⁰⁰ Sobre a força vinculante dos precedentes judiciais é cada vez mais farta a bibliografia nacional brasileira a se debruçar em específico sobre o tema, destacando-se as seguintes obras: STRECK, Lenio. *As súmulas no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2008; APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; ARRUDA, Paula. *Efeito Vinculante: Ilegitimidade da Jurisdição Constitucional. Estudo Comparado com Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; SILVA, Celso de Albuquerque. *Do Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Há atualmente manuais de processo civil cujo conteúdo estampa, em capítulo separado, a teoria dos precedentes judiciais: é o caso de DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 2. Salvador: JUSPODIVM, 2009, pp. 381-406.

adequada.²⁰¹ E o requisito de repercussão geral para a admissibilidade do exame do recurso extraordinário demonstra, quanto à bastante motivação jurídica²⁰², ter sido acatada a diferença ontologicamente hermenêutica entre os casos concretos, de modo a atribuir relevância ao problema específico sob julgamento.²⁰³

2.2.2 A interpretação conforme pressupõe a prévia exegese dos textos normativos?

Se a interpretação conforme somente se coaduna com a polissemia semântica dos textos jurídicos, temos, então, duas incongruências de base, bem denunciadas do ponto de vista normativo (Castanheira Neves), hermenêutico (Lenio Streck) e processual (Ovídio Baptista da Silva): admitida, a um, a existência de um plano preliminar (e, portanto, de cisão) de mera interpretação textual ou lingüística e, a duas, a correlata qualificação de uma questão de direito pura e simples, adrede a um pressuposto caso fácil. *Interna corporis*, ou na mediana relação entre estas duas inconsistências, está uma (digamos) terceira, vale dizer, a de que a interpretação conforme somente se pode pretender dos textos que admitam ou comportem mais de um significado, como se a outros não se opusesse esta dificuldade, repita-se, de genealogia aplicativa, e não vocabular.²⁰⁴ Claro que dita postura vislumbra erradicar a

²⁰¹ Como refere Cristina Queiroz, “poder-se-ia afirmar que a questão se assemelha ao problema da declaração de inconstitucionalidade ‘on its face’ e ‘as applied’ do direito constitucional americano” (*Direito constitucional: as instituições do estado democrático e constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 339-340), quando se dissocia a não aplicação da norma a um caso particular por causa do vício presente em seu enunciado lingüístico – de necessária repercussão geral e incondicionada em decorrência da inconstitucionalidade objetivamente aferida – diante do afastamento justificado de interpretações inconstitucionais concretas, quando, neste último caso, se preserva o texto normativo para outras aplicações (constitucionais) a casos individuais. O caso de invalidade ou nulidade do dispositivo legal enquanto texto não se confunde com o juízo de aplicação acerca de sua conformidade constitucional decisória adequada no caso concreto decidendo (QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 177).

²⁰² A suficiente razão jurídica a bastar o efeito da repercussão geral está prevista no parágrafo primeiro do artigo 543-A do Código de Processo Civil (incluído pela Lei n. 11.418/2006), ao referir que será considerada, para efeito de repercussão geral, a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

²⁰³ O Supremo Tribunal Federal já definiu que “possui repercussão geral a discussão sobre o afastamento, pelos Tribunais, de lei ou ato normativo do Poder Público sem a observância da cláusula de reserva de plenário” (RE-QO 580.108-0/SP, Pleno, DJ 19/12/2008, Relatora Ministra Ellen Gracie).

²⁰⁴ Isto porque os denominados enunciados “lego”, como os denomina Teresa Arruda Wambier para os casos fáceis, em comparação aos não menos ilustrativos casos difíceis de metafórica cunhagem ao estilo da elasticidade de “luvas de borracha”, esgotam-se na mera regulação procedimental de prestar informações de impulso ao sistema, de seu digno funcionamento ou estruturação, como é o caso da fixação de prazos, de delineamento de órgãos e instituições, de proclamação de funções, dentre outros. Conforme a processualista, “há normas que aderem aos fatos como uma luva de borracha, considerando-lhes todos os aspectos para o fim de incidir (ou não), do mesmo modo que a luva de borracha revela os detalhes das mãos. São normas que se encaixam no mundo empírico de modo integral e levam em conta justamente as peculiaridades de cada caso. (...) Há, todavia, pensamos, uma outra técnica de legislar, em que a norma leva em conta poucos aspectos da realidade para incidir, e se encaixar nos fatos (...) como se fosse um lego. Trata-se de duas peças: uma com um pino, a outra com um buraco, onde o pino se encaixa. Não há peculiaridades, não há nuances. Há incontáveis

admissão, em tese, de uma adjudicação de sentido *contra legem*, mas dito risco resulta impossível no bojo da hermenêutica constituída, porque a sua performática realização, uma vez fundamentada em benefício da procedência argumentativa de uma causa em vista do reclamo de justiça constitucional, transforma a contrariedade teórica ao princípio da legalidade (interpretação da Constituição de acordo com a lei) em atendimento prático ao princípio da constitucionalidade (interpretação conforme).²⁰⁵ Reconhecer que norma e texto não coincidem, de maneira a não se confundir aquela com o teor literal deste e, conseqüentemente, advertir pela necessária compatibilidade da interpretação com o enunciado semântico da norma²⁰⁶, implica uma congênita contradição de impossível ponderação prática.

2.2.3 Natureza jurídica da interpretação conforme à Constituição

casos iguais. A lei os vê absolutamente idênticos” (*Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 140-141).

²⁰⁵ Eis um exemplo digno de nota: malgrado a tendente padronização de nosso sistema recursal em detrimento das causas para homenagear as teses, merece ser aplaudida, dado o fator de conhecimento da peculiaridade do caso concreto (hermenêutica, Lenio Streck) para efetivar o direito material, em pretensão cautelar, do contribuinte (direito material e processo, Ovídio Baptista da Silva). *Efeito Suspensivo a RE e Repercussão Geral* A Turma, ante a peculiaridade do caso, referendou decisão proferida pelo Min. Celso de Mello em ação cautelar, da qual relator, que deferira liminar para conceder efeito suspensivo a recurso extraordinário em que se discute a suposta inconstitucionalidade da majoração, para 3%, da alíquota da COFINS, instituída pelo art. 8º da Lei 9.718/98. Na espécie, o recurso extraordinário tivera seu processamento sobrestado na origem, tendo em conta a existência de repercussão geral da controvérsia constitucional nele veiculada, nos moldes do que dispõe o § 1º do art. 543-B do CPC, reconhecida no AI 715423/RS, o qual trata de matéria idêntica (CPC: “*Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. § 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.*”). Em decorrência disso, a empresa contribuinte tivera frustrada a possibilidade de obter, nos termos do Enunciado 635 da Súmula do STF, perante o Tribunal de origem, a tutela de urgência por ela postulada. Enfatizou-se a possibilidade, em situações excepcionais, de acesso imediato à jurisdição cautelar do Supremo, mesmo que ausente o juízo de admissibilidade do recurso ou sendo este negativo. Aduziu-se que a hipótese versada — sobrestamento do recurso extraordinário, sem a formulação de juízo de admissibilidade e o indeferimento, pela Corte de Origem, do pedido de tutela de urgência que lhe fora submetido — faria instaurar a situação configuradora de dano iminente e grave, capaz de comprometer o próprio direito material vindicado pela contribuinte, a legitimar, por isso mesmo, o exercício, ainda que excepcional, pelo STF, do seu poder geral de cautela. Salientou-se, ademais, que a pretensão de direito material deduzida pela empresa ainda será apreciada pelo Plenário da Suprema Corte, no julgamento do referido agravo de instrumento, valendo observar que esta Turma já deferira medida cautelar em favor de empresa contribuinte a propósito de mesmo tema, tudo a sugerir a plausibilidade jurídica da pretensão cautelar ora deduzida. Por fim, assinalou-se que a eficácia do presente provimento cautelar subsistirá até o julgamento final do AI 715423/RS. Precedentes citados: AC 1810-QO/DF (DJU de 31.10.2007); AC 1550 MC/RO (DJU de 18.5.2007); AC 2019 MC/PR (DJE de 2.5.2008). AC 2168 Referendo - MC/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 4.11.2008. (AC-2168)

²⁰⁶ Nas referências deste argumento vazio, toma-se a seguinte advertência por ilustrativa: “(...) nem se trata de confundir texto e norma, porque, ainda que esta não se confunda com aquele (teor literal), ainda assim, deverá ser de qualquer modo compatível com o texto da norma” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 402); da mesma forma, Luís Roberto Barroso, quando afirma que o princípio da interpretação conforme “tem por limite as possibilidades semânticas do texto” (*Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 302). Vale como metáfora análoga ao paradoxo texto-norma o seguinte ditado popular *yo no creo en brujas, pero que las hay, las hay*.

Sobreleva dizer que a doutrina costuma efetuar algumas classificações no âmbito da interpretação conforme, algumas demonstrativas, no campo de sua natureza jurídica, outras prescritivas ou temperadoras da correspondente empresa, na intensidade de adjudicação de especificidades interpretativas diante da maior ou menor indeterminação dos termos empregados pelo legislador no desiderato da concretização constitucional. Neste último aspecto, toma-se a posição de Jorge Miranda, a diferenciar a interpretação conforme em sentido estrito da interpretação integrativa da lei com a Constituição; esta última se traduziria em interpretar determinada lei, preenchendo-lhe os termos indeterminados ou insuficientes (inclusive com evidências de inconstitucionalidade) com o aporte hermenêutico de normas constitucionais pertinentes ao objeto em causa, desde que diretamente aplicáveis da Carta Maior.²⁰⁷ Rui Medeiros, em contrapartida, conceituando a interpretação conforme tal qual a abrangência alargada (quicá imanente) proposta por Lenio Streck, qual seja, como instrumento hermenêutico e, inclusive, valendo como critério ou regra de colisão, propõe-na em sentido amplo, quando reprovava, inclusive, as tradicionais discriminações da metodologia clássica com as quais se cindia interpretação da aplicação, bem como interpretação da integração. Inclusive, o professor de Lisboa acolhe a interpretação conforme de modo bastante corajoso, análogo, mais uma vez, à teoria de Streck, quando leva em conta a aplicação da lei em conformidade à Constituição no caso concreto²⁰⁸ de modo a se possibilitar o desenvolvimento autônomo do direito.²⁰⁹

²⁰⁷ *Manual de Direito Constitucional. Constituição. Tomo II.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 313.

²⁰⁸ A universalidade da interpretação conforme, pela sua primazia hermenêutica quando se almeja reivindicar o estudo acerca da decisão constitucionalmente adequada, não apenas consolidando-se, pois, nas estritas decisões interpretativas em sede de fiscalização de constitucionalidade das leis efetuada pelo Tribunal Constitucional, não pode ser reduzida, para efeito de uma pesquisa sistemática e profunda, ao registro estatístico do número de processos nos quais a Suprema Corte referendou a expressão “interpretação conforme”. Por dois motivos básicos: a uma, porque a interpretação constitucional, tida em decisões materialmente consoantes a Constituição, é difusamente válida, na medida em que juízes e tribunais (que não apenas o Supremo Tribunal Federal) a podem concretizar; a duas, pois a interpretação conforme, nesta multiforme incidência hermenêutica, nem sempre onerará a terminologia para ser levada a efeito, diante da permanente exigibilidade do princípio da fundamentação (constitucional) das decisões judiciais.

²⁰⁹ *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei.* Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 289. Entendemos o desenvolvimento autônomo do direito como expressão legítima do jurisprudencialismo. O paradigma da jurisdição próprio do jurisprudencialismo, segundo nos alerta Castanheira Neves, revela-se como alternativa recusadora de modelos epistêmicos extremos imersos ora em autonomia formal e alienada (normativismo legalista), ora em instrumentalismo extrapolado (funcionalismo), cujo paradigma aponta para o conceito de juízo, o qual não se identifica com um qualquer raciocínio ou procedimento, sequer com modelos de cariz lógico. Consiste o juízo em “uma racional conexão e passagem de certas proposições ou posições a outras proposições ou posições num sentido intencional e materialmente justificado ou fundamentante, em referência ao contexto de pressuposição significativa de numa situação comunicativa e em termos de essa conexão racional se oferecer nessa situação comunicativa como concludentemente inovadora”, à base de resolução de uma controversia prática, compatível com interpretações divergentes sobre o mesmo alegado caso, “mediante uma ponderação argumentativa racionalmente orientada que

A interpretação conforme, destarte, está sujeita a considerações de variadas ordens, tendo em conta, pelo menos em já um caráter dúplici de análise, uma primeira, e menos importante tematicamente aos fins aqui propostos, a prevenção de se declarar a inconstitucionalidade da lei para ser esta mantida com uma determinada interpretação, pelo menos (e não exclusivamente) constitucional.²¹⁰ Outra perspectiva está na própria aplicação do direito enquanto juridicidade jurisprudencial, em que, nos moldes da concepção unitária gadameriana no sentido da incindibilidade entre o compreender, aplicar e interpretar da *applicatio* – e não padecedora de uma preliminar síntese de repercussão meramente textual, nada obstante a contundente crítica de Castanheira Neves à deficitária concepção hermenêutica, porque não tangível à essencial problemática normativa da interpretação jurídica –, não haveria razão de se pretender a uniformização forçada das decisões judiciais, em nome da dogmática equiparação entre texto e norma para efeito de se obter a segurança jurídica universalmente exigida do direito, embora insuficientemente fundamentada neste difuso reclamo de verniz. Neste plano jurisprudencial, a interpretação conforme adquire foros de autonomia interpretativa incontestes, de máximo relacionamento vizinho – e não de automática submissão – ao controle de constitucionalidade das leis, exatamente porque, e aqui acertam em cheio Luiz Guilherme Marinoni e Lenio Streck, em respectivo coro, realiza-se uma interpretação conforme quando o preceito normativo, apesar de sua literalidade ou regulação não problematizáveis em tese ou cuja constitucionalidade não se apresenta como objeto autônomo do processo, conduz a um juízo (hermenêutico, porque aplicado) de nulidade²¹¹, inefenso, portanto, à prévia chancela de incidente de uniformização de jurisprudência.²¹²

conduz, por isso mesmo, a uma solução comunicativamente fundada” (Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” - Modelos actualmente alternativos da realização do direito. In *Estudos Jurídicos de Coimbra*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 265; este artigo foi incluído na última coletânea de estudos do professor lusitano, In *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Volume 3º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 161-198).

²¹⁰ Embora Luiz Guilherme Marinoni, nesta primeira expressão de interpretação conforme à Constituição nos moldes do parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.868/99, ou seja, no bojo do controle de constitucionalidade, afirme o consectário da “única interpretação conforme a Constituição” (*Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 59), na esteira, aliás, da tese da causa de pedir ampla do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual, declarada a constitucionalidade da norma jurídica, todas as eventuais alegações de seu pretenso vício diante da Lei Maior presumem-se já aferidas por ocasião do julgamento objetivo de constitucionalidade, ou, ainda, em termos análogos a esta decisão interpretativa, a interpretação conforme implica na absoluta e indefectível exegese em prol da manutenção do ato normativo suscetível deste resguardo hermenêutico.

²¹¹ *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 60. E aqui já nos basta a fundamentação de recusa aos pólos antagônicos comuns, de fuga do binômio alternativo 1) declarar a inconstitucionalidade quando não se pode cumprir o texto legal (isto é, não se aplica a lei, inconstitucional, porque não se a pode interpretar em detrimento dos estritos limites insculpidos pelo legislador) ou 2) adjudicar sentido autorizado pela literalidade do dispositivo. Como anteriormente dito, a aplicação de acordo com a Constituição, em vista de sua concreta incidência argumentativa, escapa à alegação de uma interpretação contra

Nada obstante o processualista paranaense referendar a diferença entre a interpretação conforme procedida na aplicação do direito, assim a denominando interpretação de acordo, para com o instituto do controle de constitucionalidade, a propriamente dita interpretação conforme²¹³, temos algumas ressalvas a realizar, apesar do mérito desta abordagem em autonomizar, ao menos teoricamente, o plano da aplicação judicial em vista dos módulos de fiscalização objetiva, jurisdicional²¹⁴, efetivados de modo a amortecer os ditames antípodos de constitucionalidade e inconstitucionalidade, especialmente no que toca ao primeiro e à pretensão de nele enraizar, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, efeito vinculante.²¹⁵ Referindo-se às lições de Owen Fiss, Marinoni introjeta no conceito de interpretação, quando esta é voltada para a aplicação judicial por intermédio do processo a reclamar solução como lide pendente (a *applicatio*²¹⁶), o ativo vetor de efetividade, intensificando, pois, nesta

o princípio da legalidade (*contra legem*). Se, repitamos, é correta este posicionamento do processualista, e com ela fazemos, por certo, coro, então merecem ser questionadas as simplificações que tão-só questionam a eficácia da interpretação conforme quando não salvaguarda esta a fronteira literal dos dispositivos legais: aliás, se este alcance mínimo de significado é passível de determinação, como compatibilizar deste mínimo textual uma dose de polissemia apta a consagrar este instituto decisório, como o faz a doutrina em termos generalizados? O processualista, mais recentemente, ao se debruçar sobre a coisa julgada inconstitucional, consolida a importante lição de que uma lei interpretada não equivale à lei em estado bruto, isto para justificar a irretroatividade, salvo para beneficiar o réu, de decisão que, em fiscalização objetiva de constitucionalidade, declara a inconstitucionalidade do ato normativo outrora aplicado para um sem-número de casos (*Coisa Julgada Inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008).

²¹² Mais recentemente em *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 199.

²¹³ Além de enunciar a diferença entre a interpretação conforme e a interpretação de acordo, sistematizando-as em planos distintos de compreensão da lei, com ditames, por conseguinte, específicos de argumentação (*Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 128), Marinoni alerta para o normal procedimento da doutrina no sentido de qualificar sob a égide da interpretação conforme atribuições diversas: “Note-se que o mesmo termo, interpretação conforme a constituição, é utilizado pela literatura para descrever duas coisas: um princípio geral de interpretação e uma técnica específica de decisão judicial em sede de controle de constitucionalidade” (*Idem*, p. 94).

²¹⁴ Autores há que registram a diferença entre justiça e jurisdição, sendo a primeira o plano de resolução de conflitos, a própria atividade estatal, enquanto função, a aplicar as leis mediante julgamento, ao passo que a jurisdição sedimentaria o controle de constitucionalidade, quando o Tribunal de Cúpula se revestiria da própria condição de Tribunal Constitucional (como no Brasil, onde não há uma Corte desta envergadura e especificidade). André Ramos Tavares dedica foco específico no tocante à terminologia, citando entendimentos de convergência ou divergência acerca da identidade entre os termos; ao fim e ao cabo, conclui no sentido de atribuir à jurisdição constitucional a defesa da Constituição operada exclusivamente por Tribunais Constitucionais, sendo que o seu funcionamento institucional e a sua competência de julgamento são objeto do que se convencionou chamar justiça constitucional (*Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 145 e 151). Além disso, costuma-se segregar o controle de constitucionalidade no nível judicial, efetuado pelo próprio Poder Judiciário, daquele em nível jurisdicional, desempenhado por outro órgão ou poder (AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. *Controle judicial e difuso de constitucionalidade no direito brasileiro e comparado. Efeito erga omnes de seu julgamento*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, pp. 34-35). Aqui vamos protocolar, como regra genérica de coerência narrativa, a sinonímia entre um adjetivo e outro (judicial e jurisdicional), calhando, se for o caso, efetivar alguma diferença pontual conforme a exigência da discriminação procedida em concreto.

²¹⁵ Conforme preceitua o artigo 102, §2º, da Constituição da República.

²¹⁶ Como expediente simplificador, tomaremos como pressuposto que toda a interpretação de que aqui se esteja a falar repercutirá, salvo menção contrária explícita, a própria aplicação por juízes e tribunais para resolver o caso conflituoso, nela embutindo, correlativamente, a aplicação e a compreensão, consoante a precípua lição de Hans-Georg Gadamer. Ressalve-se aqui importante referência de Lenio Streck acerca da *applicatio*, quando manifesta

aplicação – tomada, repita-se no *continuum* correlativo unitário das *subtilitas*²¹⁷ –, para além da atribuição de significado conforme à Constituição dada a concreta decisão judicativa, a própria realização, de acordo com o direito material tido (certificado pela decisão) por ameaçado ou lesado, da técnica processual adequada ao direito fundamental à tutela jurisdicional, ou seja, apta a realizar o direito material violado pelo qual se almeja o abrigo da jurisdição.²¹⁸ Esta seria, nestes termos, a competência da interpretação de acordo, vale dizer, com aptidão de, atendendo à Constituição ou a direito fundamental nela contido, buscar o meio executivo adequado em prol da realização eficaz (adequada e necessária) do direito material.²¹⁹

2.2.4 *As relações entre a interpretação conforme à Constituição (como interpretação constitucionalmente adequada) e a justiça de direito material do caso concreto*

A prestação da tutela jurisdicional, desta maneira, afigurar-se-ia em compor a norma jurídica do caso concreto de acordo com a Constituição, mas, não bastando esta conformação de conteúdo normativo, o dever de serem consideradas as necessidades de direito material em virtude do objeto decidendo.²²⁰ A tutela jurisdicional resulta prestada quando o direito é

que esta homogênea e coerente imbricação hermenêutica tanto aponta para a aplicação, quanto para a compreensão, em nada, destarte, canalizando preponderante seja para um ou outro sentido: “O sentido não se descola da compreensão. Aqui parece não ter sido compreendida a tese (central) gadameriana da *applicatio*, pela qual interpretar é aplicar, que sempre aplicamos, que não interpretamos por partes ou etapas e que, enfim, ‘em toda leitura tem lugar uma aplicação’. *Quando Gadamer diz isto, ele não está se referindo à aplicação da lei ou na aplicação judicial*. Mais do que isso, a *applicatio* não significa, como se poderia pensar, que a aplicação hermenêutica se processa como um bloco homogêneo, como se não houvesse fusão de horizontes, que é feita a partir do círculo hermenêutico. (...) Para ser mais claro: por isso a aplicação (*applicatio*) não se dá apenas nos casos de ‘aplicação judicial’” (*Verdade e Consenso, op. cit.*, pp. 64-66).

²¹⁷ Segundo Hans-Georg Gadamer, a palavra *subtilitas*, correspondente ao significado de sutileza, “tirada da reflexão humanista acerca da competição, sugere de forma elegante que a ‘metodologia’ da interpretação – como toda aplicação de regras em geral – exige capacidade de julgamento, o que por sua vez não pode ser garantido por regras” (*Hermenêutica clássica e hermenêutica filosófica. In Verdade e Método II. Complementos e índice*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 118).

²¹⁸ *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 108. Mais adiante, Marinoni conceitua a sua concepção acerca da tutela jurisdicional: “A tutela jurisdicional é a resposta da jurisdição ao direito de participação em juízo das partes. Mas o juiz apenas presta a *tutela jurisdicional do direito* quando a sentença é de procedência” (*op. cit.*, p. 261). Não nos subtrai a discussão sobre o conceito de técnica processual, e sua eventual sobrecarga noutros valores processuais, como a tutela e a pretensão de direito material.

²¹⁹ “A tutela jurisdicional, além de tomar em conta a Constituição, deve considerar o caso e as necessidades do direito material, uma vez que as normas constitucionais devem iluminar a tarefa de tutela jurisdicional dos direitos” (*Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 109).

²²⁰ Na jornada histórica que empreende acerca dos valores animadores da jurisdição na virada do século XIX para o XX, Marinoni encontra o fundamento comum a identificar as teorias de Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei como afinadas em alguma medida com o positivismo jurídico e com a tendência formalista do Estado Liberal. Nada obstante, afirma, terem estes autores acatado a incidência do “caso concreto” em suas conjecturas teóricas, todos incorreram na dependência ou subordinação da jurisdição em vista do legislador. Seja para Chiovenda, ao proclamar a atuação da vontade concreta do direito, no sentido de que a função do juiz é aplicar a vontade da lei ao caso concreto, seja para Carnelutti, ao afirmar que a sentença cria uma norma

suscetível de efetiva tutela, “seja através da sentença (quando ela é bastante para tanto), seja através da execução”, com duplo desempenho de exigências, idealmente concomitantes ou, então, de complementaridade exigível, uma apontando para a necessidade de a técnica processual executiva ser estruturada pela lei conforme o direito material, outra depurando o dever judicial de estruturar a regra processual das técnicas processuais de acordo com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, consoante as necessidades de direito material apresentadas no caso *sub judice*.²²¹ Referido direito à tutela jurisdicional implica não apenas a resolução adequada do litígio sob a ótica procedimental do processo, se não houver a concretização da propriamente dita tutela, ou seja, quando o direito passa a ser definitivamente solvido de maneira a pôr termo à contenda.²²²

A tutela jurídica processual, nas palavras de Ovídio Baptista da Silva, está preliminarmente conectada à pretensão de autor e réu quanto ao julgamento do feito, “independentemente de terem ou não razão”, ao que corresponde a obrigação assegurada pelo monopólio estatal da jurisdição “de simplesmente julgar, dever que se traduz na instituição e funcionamento regular de tribunais, não ainda o dever, que naturalmente caber-lhe-á depois, de auxiliar o litigante vencedor”.²²³ A tutela processual, pois, “momento prévio, ineliminável, da jurisdição”²²⁴, diferencia-se da tutela do direito material, prestada ao autor dotado de razão. O processualista gaúcho, destarte, diverge do conceito que limita o conceito de tutela jurídica processual à sentença de procedência, porque referida teoria – comum a toda a doutrina italiana e cujos expoentes, dentre outros, são Chiovenda, Liebman e Betti – identifica o

individual particular para o caso concreto, ambas pressupõem a ideologia de que a jurisdição declara e particulariza a justiça já previamente instituída pelo ordenamento jurídico. Veja-se a conclusão esposada pelo processualista: “Na verdade, a distinção entre a formulação de Chiovenda e as de Carnelutti e Calamandrei está em que, para a primeira, a jurisdição declara a lei, mas não produz uma nova regra, que integra o ordenamento jurídico, enquanto, para as demais, a jurisdição, apesar de não deixar de declarar a lei, cria uma regra individual que passa a integrar o ordenamento jurídico” (*Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 39).

²²¹ *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 113. Inclusive, digno de se notar, Marinoni, nesta específica obra – embora se possa acatar alguma confusão propiciada pelo próprio autor em outras referências teóricas suas, ou mesmo no desenvolvimento de sua farta produção bibliográfica – faz valer materialmente a idéia de ação atípica, não mais restando conformada esta, contraditoriamente, às formas processuais definidas na legislação, porquanto “as necessidades do caso concreto podem reclamar técnica processual não prevista em lei, quando o juiz poderá suprir a omissão obstaculizadora da realização do direito fundamental à tutela jurisdicional” (*Idem*, p. 116). Não é por outro motivo, aliás, que no livro em causa resultam enfatizadas técnicas estritas de controle de constitucionalidade, além da aqui recorrente interpretação de acordo, catalisadora desta concreta compatibilidade instrumental do processo em vista do direito material.

²²² *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 131. Neste sentido, a prestação de tutela jurisdicional somente poderá ser reforçada à medida das possibilidades do ofício judicial, pressuposta necessariamente a devida formação do processo mediante o atendimento de seus pressupostos, o que implica, por certo, já alguma flexibilidade pelo magistrado quanto ao rigorismo de frustrar-se a lide mediante condenáveis formalidades não sujeitas a saneamento.

²²³ *Comentários ao Código de Processo Civil. Do Processo de Conhecimento, arts. 1.º a 100*. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 20.

²²⁴ *Idem, ibidem*.

processo (enquanto prestação jurisdicional) com o resultado positivo do julgamento do mérito da causa em favor de quem propôs os pedidos.²²⁵

Marinoni, retome-se o ponto, ao construir a sua concepção da categoria do direito à tutela dos direitos, assevera não negar a existência da pretensão de direito material e, por conseqüência, contempla a viabilidade de se admitir que a ação de direito material é afirmada ao se propor a ação processual.²²⁶ Acontece, então, a partir do momento da propositura da ação e da regular formação do processo, uma superveniência ontologicamente inegável do Estado no tocante à eficácia que se pretende da tutela jurisdicional, mas cujo resultado decisório (sentença ou acórdão), certamente sensível ao direito material, sofre problemáticas discussões no que compete à instrumentalidade do comando reitor judicativo. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, por exemplo, pressupõe em duas contundências empíricas do processo, ou delas infere, conclusões normativas que não são necessariamente aferíveis daquelas suas constatações.²²⁷ O estado de sujeição do particular diante do julgado e o monopólio estatal da jurisdição não infirmam naturalmente a ação de direito material como o agir para a realização fundado no preexistente e suposto direito de que se supõe titular aquele que exerceu a ação processual.²²⁸ Posições prudentes ou nem tão extremadas influenciam de bom grado este embate, na medida em que relacionam a satisfatividade prática da tutela jurisdicional com a

²²⁵ Este paradigma, em seus pressupostos ideológicos, impede o reconhecimento da tutela processual, segundo o autor, nos casos de tutela cautelar autônoma (a jurisdição estaria a prestar tutela a quem não tem direito algum), de sentença de improcedência, de carência de ação e de jurisdição voluntária (*Idem*, pp. 21-28).

²²⁶ *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 294. Pensamos que a ação material afirmada quando da propositura da ação processual, neste reconhecimento da pretensão de direito material, coaduna-se à teoria de Pontes de Miranda e de Ovídio Baptista da Silva, na medida em que Marinoni evidencia a necessidade de a ação processual se moldar a partir do direito material (*Idem*, p. 293). A contrariedade apontada por Marinoni na teoria pontiana não está, portanto, na necessidade de o processo se conformar ao direito material, mas de utilizar “categorias processuais para aludir às eficácias das ações de direito material, o que é uma contradição”, aludindo, para demonstrar esta afirmativa, a impossibilidade de se admitir uma ação de direito material condenatória ou mandamental (*Idem*, p. 296).

²²⁷ “Colocar, como fazem Pontes de Miranda e seus epígonos, a eficácia da tutela jurisdicional (ou da sentença) exclusivamente no direito material (ou na ação de direito material, que o integra ontologicamente) e, diminuir, apoucar, a força imanente à soberania estatal. Condenar não é reparar, mandar não é solicitar, declarar não é reconhecer. Se assim fosse, o particular não ficaria em estado de sujeição diante do julgado, nem poderia ser compelido a cumprir ou respeitar, contra a sua vontade, o decidido pelo juiz. Seria produzir (...) um falso licor de ameixas, sem álcool, na verdade mero refresco, despido das suas qualidades essenciais” (*Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 91).

²²⁸ “A conhecida definição de Celso (*Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur*) é de indiscutível evidência, ao explicitar que propomos a ação para obter ‘o que nos é devido’, não para pedir ‘o que afirmamos que nos seja devido’. Ver o processo da perspectiva da ‘ação’ processual foi uma experiência estranha aos romanos. É igualmente estranha a nossos juristas, formados na mesma tradição. Somente vendo a relação litigiosa ‘depois de encerrada’, será possível afirmar que o autor propusera a ação para ‘obter o que lhe era devido’. A definição de Celso quer significar que o autor já ‘obtivera’, através do processo, ‘o que lhe era devido’. Celso não poderia, no curso da relação processual, afirmar que o processo ‘daria’ ao autor ‘o que lhe era devido’, a não ser que se entenda como ‘devida’ apenas a sentença de procedência ou de improcedência” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Direito Material e Processo*. In *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 180).

realização do direito no plano social, sem descuidar ou ignorar o aporte da eficácia jurídica, “correspondente à formulação definitiva da regra aplicável ao caso concreto”.²²⁹

Este importante fundamento está sistematizado na doutrina de Ovídio Baptista da Silva, o qual recolhe neste ponto da pretensão de direito material e da ação de direito material a sólida doutrina de Pontes de Miranda. Não há melhor argumento do que o estampado por Ovídio Baptista da Silva para provocar-nos a necessária, ao nosso ver, subordinação entre o processo e a justiça, ao realçar o desprendimento e a existência anterior do direito exigível em vista da força soberana da jurisdição, mesmo que esta o declare improcedente em definitivo, ou seja, a necessidade do processo não o torna arbitrário para efeito de alcançar qualquer resultado.

Entretanto, mesmo aceitando que as pretensões declaratórias e constitutivas não se possam “realizar” fora do processo, isto não demonstra que elas não “existam” antes ou fora do processo. Ignora-se, quando se argumenta deste modo, a distinção lógica entre “carecer do processo” para realizarem-se e “não existirem” fora, ou antes dele, pois, quando se diz que a declaração necessita do processo para realizar-se, proclamamos, por força de uma contingência lógica, que essa declaração, enquanto “direito exigível” (pretensão), existia antes do processo. Tanto existia antes, que o processo fora concebido para realizá-lo.²³⁰

As linhas desta significativa controvérsia entre direito material e processo e as respectivas forças atuantes nesta sua correlatividade problematizável angariam suficientemente por si esforço autônomo cujo merecimento não será assim dispensado senão no seu relacionamento com a interpretação jurídica.²³¹ Isto em duplo sentido: no espaço reivindicado da interpretação conforme como critério judicativo para além da demarcação peremptória e prévia dos textos legais e na consideração da interpretação conforme aplicada

²²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 220.

²³⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Direito Material e Processo. In Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 179. A tese contraposta é a de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para quem a eficácia da tutela jurisdicional não se equipara à do direito material, “porque a atividade jurisdicional não é simplesmente substitutiva da atividade privada, nem o processo é meramente instrumental, visto ter substância própria e engendrar meios próprios de atuação” (*Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 57). Nada obstante, Alvaro, em diversas oportunidades, manifesta uma posição teoricamente híbrida inapta a oferecer resposta ou alternativa às críticas que segmentadamente dirige contra a doutrina de Pontes de Miranda e de Ovídio Baptista da Silva; longe disso, é nestas teorizações que ambas se vislumbram aproximar uma da outra. Senão vejamos: “A instrumentalidade (...) põe a descoberto a indispensabilidade do direito material para o direito processual, no sentido de que este último não teria razão de ser ou mesmo possibilidade de existir se não contasse com o direito material. Ao mesmo tempo, e correlativamente, sem o direito processual não poderia existir um ordenamento que é caracterizado pela proibição de autotutela” (*Idem*, p. 94).

²³¹ Evidentemente com a pressuposição de que a resposta justa ou constitucionalmente adequada (interpretação de acordo ou conforme nesta modalidade genuinamente hermenêutica) é um juízo interpretativo incompatível com a determinação errônea ou inaceitável dos fatos no processo, muito embora a controvérsia sobre a configuração e a valoração das provas (de complexidade fático-jurídica) não seja matéria objeto deste estudo (neste sentido, por todos, TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2005).

(ou de acordo) para satisfazer o direito fundamental – ambos insertos na pretensão de direito material animadora de um processo que não seja indiferente ou autômato a ponto de fungibilizar suas definitivas decisões sob o modelo, respectivo, de equivalentes decisórias contingentes ou de pressupostos critérios abstratos – à obtenção da resposta constitucionalmente adequada para cada caso concreto individualmente considerado.²³² A interpretação jurídica passa a receber uma específica e digna tutela de proteção constitucional nas últimas décadas diante de uma fragilidade e insuficiência no processamento das decisões que se bastam na prática jurisprudencial para relevar mais uma vez a consideração do direito como modo de solucionar casos concretos, cerne agora reivindicado por meio da hermenêutica filosófica, mesmo considerado o positivismo normativista – como expressão teórica de graves conseqüências em defesa de um legalismo exegetico – já derrotado há muito tempo.²³³ Em realidade, as camaleônicas manifestações deste positivismo exacerbado importam hoje uma renovada – e justificada – teoria da interpretação de acuidade ímpar, eis que o risco do arbítrio está inclusive implicado sob a batuta da constitucionalidade.

O juízo de conformidade constitucional tem propiciado meios seja para valer a tradicional e forçada equivalência entre lei e direito, seja para anteceder, em plano antípoda, a legitimação à legitimidade numa proposta de absolver arbitrariamente o resultado conforme o grau de incerteza ou lacuna do sistema jurídico a ser resolvido pelo intérprete. Para todos os efeitos, a qualidade de uma decisão constitucionalmente adequada tem íntima afinidade com a pretensão de direito material fortemente defendida por Ovídio Baptista da Silva, porque dita conformidade não resulta meramente processual, em termos de correta procedibilidade dos feitos previstos na lei, sequer a justiça do caso concreto é proclamada (revelada) doravante à sentença de procedência, como que numa justeza intrínseca em virtude do seu soberano monopólio de justiça, retroativa endoprocessualmente à titularidade de que se pretendeu

²³² Conforme relata Ovídio Baptista da Silva, no que concerne ao paradigma informador das relações entre direito material e processo: “O procedimentalismo a que somos levados quando separamos o direito (pretensões) das respectivas formas de tutela acaba pondo em risco a distinção entre direito material e processo” (Unidade do Ordenamento e Jurisdição Declaratória. In *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 9)

²³³ “A metodologia jurídica sofreu, neste século, a falência do conceptualismo – redução do sistema a conceitos, com recurso simples à lógica formal – o fracasso do positivismo legalista exegetico – solução de casos concretos com recurso à lei como texto – e os óbices da subsunção – passagem mecânica, passiva, do facto para a previsão normativa, de modo a integrar a premissa menor do silogismo judiciário. A crítica ao pensamento pressuposto nestes três pontos é fácil; está concluída, aliás, há mais de meio século, em termos que ninguém contraditaria. Surpreende que, até hoje, se retome, a cada passo, sem intenção de colocações históricas, uma argumentação contra teses há tanto derrotadas. Duas justificações para tal insólito: batidas na teoria, as orientações conceptualistas, positivo-legalistas e subsuntivas, reapareceriam na prática jurisprudencial; carentes de autonomia existencial, as teses que as substituam necessitam, para se afirmar, de partir da negativa. Estas razões são débeis” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 33).

afirmar o autor em suas alegações postulantes, alheia esta pretensão ao plano do direito material do mundo da vida de onde deveria florescer a convicção da existência do direito.

(...) as pretensões (de direito material), quando postas na relação processual litigiosa, perdem a solidez que lhe assegurava a inimpugnabilidade (incontrovertibilidade) própria do direito material, para tornarem-se meras “expectativas de direito”. A “ação exercida”, a que Pontes de Miranda se referia, não passava de uma simples “afirmação” feita pelo autor que “alegava” ter pretensão, em última análise, uma expectativa de ter “direito exigível” (*rectius*, pretensão). Entretanto, apesar disso, o autor estava convencido de estar pondo em causa uma pretensão, realmente existente. Como se vê, quem não leva em conta a “necessária separação entre os dois planos” é ele, não Pontes.²³⁴

Em realidade, a resposta correta de que fala Lenio Streck, com amparo na doutrina de Baptista da Silva, supõe que a decisão seja adequada ao caso concreto com forte na legislação vigente, e com específica vigilância dirigente do Texto Maior em aporte interpretativo – seja realizando o controle de constitucionalidade, seja manejando por excelência a categoria hermenêutica da interpretação conforme – para o que há uma conversão ontológica de múltiplas respostas, asseguradas pelos textos jurídicos cuja plurivocidade e indeterminação se devem admitir em abstrato, para um estado concreto, e unívoco, de resolução judicativa particular.²³⁵ Aliás, a seriação de respostas iguais a possibilitar a eficácia vinculativa de precedentes judiciais resulta num fenómeno factível – até desejável, se exercido com razoabilidade – desde que tomado como ponto de chegada, digno de um *posterius* que se confirma a cada decisão singularmente considerada, cujo resultado poderia potencialmente implicar resposta diversa, mas assumiu afinar-se com os casos anteriores não por uma prévia exigência de uniformidade hermenêutica, senão por aquele juízo de adequação material.²³⁶ Ou

²³⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Direito Material e Processo. In Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 186-187. Referida passagem tem o escopo de replicar a interpretação de Alvaro de Oliveira acerca da doutrina de Pontes de Miranda. Mais adiante, como se já não pudesse ter sido mais claro: “A categoria, lididamente processual – distante do mundo do ‘ser’ ou do ‘não ser’ –, de uma ação que, embora o autor esteja seguro de possuir e de exercê-la, se tenha transformado, pelo processo, em simples expectativa, não entra em cogitação dos que se gabam de separar os dois planos, imaginando que se tenham desligado do direito material” (*Idem*, p. 187).

²³⁵ “Não se encerra uma contradição, ao entender-se que a lei alberga em abstracto vários sentidos (e soluções) possíveis, mas que, objectivamente, à face do problema decidendo, apenas existe uma adequada. Não se trata de uma impossibilidade lógica do tipo triângulo redondo” (MARTINS, João Zenha. *Interpretação Conforme com a Constituição. In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 903-904).

²³⁶ A interpretação jurídica, mediante a aplicação do direito, constantemente – a cada novo caso ou situação concreta – reivindica a confirmação ou a superação do critério normativo estatuído na bitola reguladora da norma jurídica aplicável. Não é o caso de constringer o pensamento de Gadamer a ponto de infligir-lhe injusta censura, mesmo que concessiva, diante de características não imediatamente encontráveis nos pressupostos tónicos de sua hermenêutica filosófica: Karl Larenz, por exemplo, identifica na concretização prático-normativa do direito proposta por Gadamer a necessidade de impor ao conteúdo da norma um novo e distinto sentido a cada situação concreta, como se houvesse a correspondência necessária de inéditas respostas para cada nova situação concreta (a singularidade ontológica de cada situação particular reivindicaria tratamento jurídico igualmente original, em *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 296). Nem

seja, a presumida identidade ontológica de demandas – casos jurídicos idênticos, casos fáceis, questões de estrito direito ou de conformação factual reiterada – jamais prevenirá a problemática da interpretação jurídica, ao ignorar a iniludível abertura dos textos jurídicos, mas será a íntegra e congruente prática jurisprudencial de concretos casos a lhes convocar, doravante às respostas assumidas como adequadas, critérios de coerente resolução, aquela que poderá permitir obter tendências de judicante responsabilidade decisória.

Esta resposta constitucionalmente adequada demandaria, como sucedâneo demonstrativo de prova, um particular juízo de convencimento (não necessariamente de conformidade²³⁷) adrede ao plano de satisfação dos direitos, no bojo da argumentação, tomado o cenário público do discurso judiciário, através do cumprimento da garantia constitucional de fundamentação. A argumentação tomada aqui como instância fundamentadora de sentidos, naquela indefectível dimensão metodológica de explicitação das razões do julgamento, e não como modelo procedimental discursivo de cujo método – e somente por ele – se almeja alcançar a resposta adequada. De acordo com Lenio Streck, tomando as lições de Gadamer sobre a tarefa da interpretação de explicitar uma possibilidade verdadeira do texto compreendido, “essa explicitação é o espaço ‘epistemológico’ da hermenêutica”, vale dizer, enunciam-se “as condições pelas quais se compreendeu”, para além de fundamentar uma decisão,

é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado”; “a fundamentação (justificação) da decisão, em face do caráter não procedural da hermenêutica e em face da mediação entre o geral e o particular (...) na tomada de decisões práticas (...), faz com que nela – na fundamentação do compreendido – o intérprete (juiz) não possa impor um conteúdo moral atemporal ou ahistórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo.²³⁸

todo o caso concreto demanda uma resposta diversa das anteriores decisões adjudicadas às situações de semelhante perfil fático-jurídico, desde que o critério normativo permaneça, para o caso atual, constitucionalmente adequado (como poderia a filosofia gadameriana se esquivar, em termos epistemologicamente fundantes, de temas jurídicos onde se identificam comuns parâmetros de julgamento, como é o caso dos precedentes judiciais e das ações coletivas, por exemplo?). O caso concreto demandará, isto sim, a indisponível ocasião para confirmar ou superar o alcance de justiça dos critérios precedentes. A aplicação do direito será por si incorreta se tomada unilateralmente, como o previne o próprio Larenz na estrutura dialética por ele proposta para a interpretação jurídica, quer seja na direção de uniforme aplicabilidade das normas (interpretação invariável da bitola), quer seja no rumo de irresponsável atuação do sentido das leis por intermédio de uma arbitrária hermenêutica concretizadora (*Idem*, p. 297).

²³⁷ Diz Ovídio Baptista da Silva: “Das sentenças insuficientemente motivadas, poderia o sucumbente dizer: ‘fui vencido, mas não convencido’, que é o sentimento hoje comum em nossa experiência judiciária” (Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 155).

²³⁸ Decisionismo e Discricionariedade Judicial em Tempos Pós-positivistas: O Solipsismo Hermenêutico e os Obstáculos à Concretização no Brasil. In *O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito*. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 99-100). Também é contundente, e digna de registro, a seguinte posição do autor: “a hermenêutica é modo-de-ser e não um procedimento (entendido como método, cânone ou qualquer teoria da argumentação que

A eficácia de coisa julgada da qual defluiu o convencimento que nos é condecorado pelo Estado-juiz quando da sentença que põe termo ao processo e resolve o mérito da demanda, mesmo no caso de improcedência, assim, consiste em fundamental (constitucional) direito de mérito interpretativo a tal ponto de poder suplantar, desta sua inerente força declaratória, uma lídima expectativa existencial, alheia e anterior ao processo, de existência do direito material nele afirmado. O processo, neste dever de fundamentação de exigibilidade conteudística infungível (a resposta correta), escancara não ter o mero poder de ignorar a ação de direito material, cuja pretensão se exerce em convicção particular de certeza até certo limite de exigibilidade, pela vedação da justiça privada, momento em que a propositura da ação processual se faz necessária, com o advento de instabilidade geral enquanto perdurar o processo, substituindo esta categoria por qualquer decisão. A responsabilidade decisória não resulta desonerada ou escudada em cânones formais de padronização pelo simples fato de o Estado encarnar, primordialmente via Poder Judiciário, o derradeiro tom de administração dos conflitos. A justiça da decisão, neste convencimento ora reclamado, é a medida de troca para a legítima superveniência do comando estatal diante de um direito material que, apesar de não ser reconhecido em última ordem, pôde ter sido afirmado com suporte existencial potencialmente digno de uma sentença de procedência.

Antônio afirma que ingressara com uma ação de despejo contra Paulo. No serviço de distribuição, a demanda fora registrada como sendo uma ação de despejo. O demandado contestou-a e o processo foi regularmente instruído. Acontece que, “em vez de alcançar êxito, com sentença favorável”, Antônio teve a desilusão de deparar-se com uma sentença de improcedência. Pensara ter ação de despejo; e, para recuperar o imóvel locado, valera-se da “ação” processual, dizendo-se titular da ação de direito material (ação como o “ato de despejar”, o “agir” despejando). Como, porém, a sentença fora de improcedência, Antônio resultou convencido pelo Estado (eficácia da coisa julgada) de que sua “ação de direito material” não existia, porque ele não podia exigir (exercer pretensão), porque a ordem jurídica não lhe dava o “direito subjetivo” de que haveriam de nascer a pretensão e a ação. A não ser que me engane, Pontes de Miranda dissera apenas isto, nada que não ocorra milhares de vezes por dia nos pretórios.²³⁹

A ação de direito material e a pretensão de direito material estão ambas suportadas no direito fundamental à resposta correta menos na correspondência, equivalência ou conversibilidade entre as formas de tutela jurisdicional e o agir privado subtraído para a realização do direito pela soberania estatal, e mais, prioritariamente na ótica do direito

pretenda estabelecer regras para a interpretação), sendo antes de tudo, filosofia, ela não se limita, nas palavras de Gadamer, a prestar conta dos procedimentos que a ciência aplica” (*Hermenêutica e applicatio jurídica: a concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísico-objetificante. In Ars Iudicandi. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1122). O próprio Castanheira Neves vai entoar importante distinção entre os modelos de procedimento discursivo no direito em sua *Metodologia Jurídica*, oportunamente a ser vista.

²³⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Direito Material e Processo. In Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 189.

constitucional e na sua indisponibilidade de conformação hermenêutica na resolução concreta dos casos jurídicos, na exigência do direito enquanto função de validade crítica a realizar uma específica ordem normativa “em que o homem se reconhece com uma irreduzível dimensão ética”.²⁴⁰ E, prossegue Castanheira Neves, “à realização do direito corresponde actualmente um sentido problemático-concreto e uma intenção normativa material, só lhe podendo ser assim adequada uma perspectiva metódica que assimile aquele sentido e seja susceptível de cumprir essa intenção”.²⁴¹ Esta intenção normativa material é imbuída do dever de fundamentação de acordo com o ordenamento constitucional²⁴², de modo que o monopólio estatal da jurisdição realize, através do processo, a pretensão contra o destinatário do dever jurídico a favor do respectivo titular, quando a exigibilidade do agir estatal realiza a ação satisfativa do direito, proibida no plano privado, contra o sucumbente, naquela existente, porém proibida, exigibilidade da qual se fundou a instauração do feito judicial.

Na esteira da pena de Ovídio Baptista, os figurantes da relação processual, assumidos como integrantes do pólo ativo ou passivo e como terceiros juridicamente interessados, “devem supor, como ‘idéia regulativa’, que as respectivas pretensões contenham uma única resposta correta”.²⁴³ Disso decorre que nem o autor admitirá, na petição inicial, “que não acredita da existência de seu direito”, ou mesmo “que, embora esteja convencido de ter direito, é perfeitamente admissível que o juiz não o reconheça”, tampouco o seu contendor na igual conjectura relativa aos seus interesses.²⁴⁴ Os direitos que se tornam litigiosos com o advento do processo transformam-se em meras expectativas, fragilizando-se, ao serem controvertidos em juízo, com a perda da sólida certeza de que gozavam em termos de proteção – como direitos materiais dignos de tutela – pelo pacífico assentimento e

²⁴⁰ CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 13.

²⁴¹ *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 14.

²⁴² A fundamentação constitucional essencialmente comporta, como refere Ovídio Baptista da Silva, várias implicações. Vejamos aquelas de relevo impostergável: “Há, portanto, duas exigências impostas ao julgador. A primeira, determinando que ele se ‘persuada’ racionalmente, formando o convencimento a partir dos ‘fatos e circunstâncias’ constantes dos autos; depois, impondo-lhe que explicita seu convencimento, através da análise crítica do conjunto da prova, bem como que justifique também a interpretação do direito aplicável. Mais, tendo em vista a natureza dialógica do processo, é necessário que o julgador assegure o contraditório efetivo a ambas as partes, compreendido nesse princípio o direito, reconhecido a ambos os litigantes, não apenas de alegar e provar suas alegações, mas, fundamentalmente, o direito, reconhecido tanto ao vencedor quanto ao vencido, de obter ‘respostas’ para suas alegações e provas” (*Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 152). E, em complemento indissociável, “o direito ao contraditório não se esgota na faculdade de ser ouvido e produzir alegações e provas, perante o tribunal, mas compreende, antes de mais nada, o direito de ver as alegações e provas produzidas também pelo sucumbente examinadas e, além disso, rejeitadas com argumentos racionalmente convincentes” (*Idem*, pp.153-154).

²⁴³ *Verdade e significado. In Entre Discursos e Culturas Jurídicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 99.

²⁴⁴ *Idem, ibidem*.

conformidade no plano social.²⁴⁵ E as várias possibilidades de solução em princípio admitidas para o juízo, numa primeira leitura do processo, com o tempo se transformam, durante a instrução probatória e o exercício dialético do contraditório e da ampla defesa, numa única decisão defensável, ou, então, numa solução que se impõe com força contundente às demais porventura cogitadas.²⁴⁶

Nada obstante, a pretensão de direito material, bem como o agir para a realização do direito material, de exigibilidade intensa, porém limitada, no plano das relações sociais, tomada também a recalcitrância do alegado destinatário do dever jurídico, presumem, no destino do processo e na conseqüente fluidificação de certezas e convicções, uma posição de legitimidade a partir de condutas divergentes que, embora antagônicas e conducentes a impasse a ser solvido pelo Poder Judiciário, se supõem eticamente fundadas ante as garantias constitucionais consagradas parte a parte. E isto quer dizer que a idéia regulativa de pretensões opostas em vista de obtenção de resposta correta será inevitavelmente convertida em um resultado ineficiente em termos totais, pois não atenderá a integralidade das expectativas consagradas nas alegações de cada integrante. O que torna a responsabilidade da decisão um evidente decidir-se, e não um mero julgamento de revelação oficial do direito posto²⁴⁷, a contar, para efeito de traduzir a resposta constitucionalmente adequada, com fundamentos não apenas nominais de incidências das normas legais, senão de sua correlata apreciação interpretativa, não apenas para se concluir pelo direito aplicável ao caso, mas para fundamentar as razões de convencimento e também as de repúdio diante das alegações insuscetíveis de procedência pelo juízo. De modo que a fiscalização concreta de constitucionalidade, ao enveredar para o regime de filtragem das decisões, não escapa do juízo (e da decisão) jurisdicional, cujo objeto, na sua indefectível dimensão materialmente criadora, alberga uma controvérsia de realização do direito.²⁴⁸

Controvérsia que não tem de significar apenas a dúvida e a discussão sobre a existência ou não existência de um direito (...) ou tão-só um conflito de pretensões, pois abrange ainda tanto a problemática jurídica que exija um juízo sobre uma concreta violação da ordem jurídica objectiva ou do direito objectivo (o que inclui o

²⁴⁵ *Idem*, pp. 100-101.

²⁴⁶ SCHAPP, Jan. *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985, p. 107.

²⁴⁷ “A discricionariedade será, necessariamente, o suporte para qualquer espécie de decisão. Quem ignora isto, não comete erro jurídico: o engano decorre de uma equivocada compreensão da psicologia humana. Julgar é atividade de um juiz incumbido de declarar (ato cognitivo) a vontade da lei; decidir (ato volitivo) é a conseqüência da faculdade de julgar e pressupõe o poder de ‘decidir-se’ entre duas ou mais alternativas possíveis, quer dizer, legítimas” (*Do Lógico ao Analógico. In Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 274).

²⁴⁸ CASTANHEIRA NEVES, A. *Da jurisdição no actual Estado-de-Direito. In Ab Vno Ad Omnes. 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 199.

juízo quer sobre a inconstitucionalidade quer sobre a ilegalidade de quaisquer actos estatais ou da função pública...), como a que só possa decidir-se pela constitutiva assunção de um novo fundamento ou critério normativo (novo relativamente ao direito constituído) que haja de referir-se à situação judicialmente problemática como sua solução – o que sempre se verifica quando a decisão jurisdicional se abre a novos princípios e critérios normativo-jurídicos que a especificidade ou novidade da problemática decidenda obrigue a assumir.²⁴⁹

Neste ponto de intersecção entre o direito material e a interpretação jurídica, problematiza-se, inclusive, a competência judicativa dos supremos tribunais no que toca à defesa da Constituição, mormente quando as suas decisões (interpretativas) em sede de fiscalização concreta de constitucionalidade, num domínio doutrinário quase consensual, inevitavelmente não deixam de influenciar a própria interpretação ou sentido da norma jurídica invocada²⁵⁰ e, não raro, para confirmar ou reformar, ainda que mediatamente, o juízo próprio da controvérsia acerca da realização do direito. A justeza da aplicação do direito constitucional implica, certamente, para casos determinados, um juízo de conformidade interpretativa responsável por adentrar no próprio objeto de mérito da lide, nada obstante esta compatibilização seja efetuada pelo tribunal recorrido, ante as limitações de conhecimento e julgamento conferidas pela legislação em prejuízo da competência dos tribunais supremos.²⁵¹

²⁴⁹ *Idem, ibidem*. É digna de ênfase a categoria da especificidade decidenda proporcionada nos escritos de Castanheira Neves, da qual este trecho consiste em apenas mais um exemplo, de maneira a se poder criticar as formulações legislativas que deixam de absorver a indelével nota da juridicidade ou do juízo jurisdicional nos casos concretos decidendos; veja-se, por exemplo, no Brasil, em tendência absolutamente contrária, o requisito de repercussão geral quanto à admissibilidade dos recursos extraordinários (Supremo Tribunal Federal, pela defesa da constitucionalidade) e o critério de seletividade (por amostra) das problemáticas consideradas nos recursos especiais (Superior Tribunal de Justiça, pela defesa da legalidade ordinária).

²⁵⁰ “A intervenção do Tribunal Constitucional nos processos de fiscalização concreta não tem em vista, como tem sido sublinhado, proteger o legislador democrático das investidas dos tribunais em geral. (...) O Tribunal Constitucional é, pois, chamado a controlar, não apenas a lei em si mesma considerada (que nunca é confrontável com a Constituição nem aplicada senão mediante uma interpretação para a qual estão igualmente legitimados todos os tribunais), mas também os resultados da sua interpretação” (MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 775).

²⁵¹ Admitida a possibilidade de a jurisdição constitucional, por intermédio dos tribunais encarregados de proferir a última palavra sobre a Lei Maior, pronunciar-se sobre a constitucionalidade das decisões (ou das interpretações), o que, de fato, é uma evidência diante da legislação reguladora, jurisprudência e da doutrina especializada nesta matéria, não se haverá de afastar a hipótese em que a Corte se incline para a inconstitucionalidade da interpretação procedida pelo tribunal recorrido, de maneira a excetuar a regra geral no sentido da respectiva incompetência para se substituir ao juízo *a quo* “na determinação da norma aplicável ao caso concreto e para controlar a bondade da interpretação adoptada pelo tribunal *a quo*” (MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 784). A questão é que a hipótese de “bondade da interpretação”, em se tratando de interpretação constitucional, ou seja, quanto ao juízo de compatibilidade da decisão em face da Lei Fundamental, está explicitamente prevista na Constituição brasileira, ao afirmar que o recurso extraordinário poderá ser interposto ao Supremo Tribunal Federal no caso de a decisão ser contrária ao texto constitucional (artigo 102, inciso III, alínea “a”). Conquanto não regulada explicitamente a matéria no direito português, não se pode desconsiderar esta situação em variações de sua jurisprudência constitucional, quando “o Tribunal Constitucional considera que, para poder formular o juízo de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, ele não pode deixar de dispor da competência para proceder à interpretação da norma cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade se pretende atribuir ou arredar (...). Enfim, se o Tribunal Constitucional não possui competência para actuar como tribunal de revisão, não podendo julgar directamente factos ou ordenar novas diligências de prova relativamente ao processo principal, isso não significa

2.3 O juízo abstrato de constitucionalidade e seus mitos: primeiros diálogos de além-mar (Brasil e Portugal)

O juízo concreto de constitucionalidade, embora não mais impermeável aos fatos suscitados no processo em causa, ou, então, a despeito de não mais poder ser absolutamente sindicado da interpretação jurídica procedida no caso concreto para a resolução do problema prático decidendo, merece ser dimensionado objetivamente sob a incidência de algumas hipóteses basilares. Isto sem descurar, evidentemente, o caráter multipolar das diversas outras possíveis configurações interpretativas existentes nas quais se deixa de confrontar “uma seca e linear análise de conformidade entre uma norma-parâmetro e uma norma-objecto”.²⁵² Não se trata, apenas, de implicar alguma necessária adaptação temporal evolutiva quanto à relação de significado de uma norma jurídica aplicada a novas circunstâncias de fato e de direito verificadas no problema posto em julgamento, porque assim haver-se-ia de admitir alguma objetiva e determinada interpretação unívoca de acordo com o contexto cronológico das normas envolvidas. Trata-se, isto sim, da reconstrução hermenêutica conatural à própria aplicação judicante, quando a noção da resposta correta ou constitucionalmente adequada, enquanto critério demarcador das decisões corretas e incorretas com lastro na fundamentação dos concernentes argumentos para os casos concretos em cujo mérito se identifica dado juízo de inconstitucionalidade interpretativa, é que atenderá ao apelo da “razoabilidade da decisão recorrida” ou mesmo ao “conjunto de valoração ou qualificações controvertidas que se repercutem no juízo de constitucionalidade”.²⁵³ E reside neste *discrîmen* hermenêutico concreto o devido filtro das corretas interpretações, independentemente se autorizadas, numa antecessora e opaca subsunção, pela fiel estampa gramatical dos códigos normativos ou mesmo pelo renovado consenso de novos tempos, como se a interpretação jurídica apenas se qualificasse na sucessão diacrônica, deixando-se rarear a diferença ontológica pelo desaparecimento da singularidade concomitantemente diversa.

Aquelas hipóteses objetivas aptas a legitimar a competência do Tribunal Constitucional, como estrutura (Portugal) ou função (Brasil)²⁵⁴, para qualificar de forma

que ele não possa valorar dados de facto sempre que essa apreciação seja necessária para a própria formação do seu próprio juízo de constitucionalidade ou de legalidade” (*Idem*, pp. 786-787).

²⁵² BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional. Tomo II. O Contencioso Constitucional Português Entre o Modelo Misto e a Tentação do Sistema de Reenvio*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 578.

²⁵³ *Idem*, p. 581.

²⁵⁴ O Brasil, em virtude da natureza das competências atribuídas aos tribunais de constitucionalidade, se enquadra no sistema de substituição, em que o STF, ao conceder provimento ao recurso extraordinário, profere

diversa as valorações e apreciações jurídicas sobre a matéria de fato²⁵⁵ procedidas pelo juízo recorrido se socorrem, forçosamente, da condicionalidade entre o juízo de constitucionalidade e o processo de aplicação do direito²⁵⁶, mormente quando desestimado o julgamento de mérito realizado pelos tribunais comuns, quando qualificado de diferente maneira o aporte probatório relevado pelas instâncias inferiores²⁵⁷, ou, ainda, quando diversamente formulada a moldura jurídica (conceitual ou legal) subjacente na decisão *a quo*.²⁵⁸ Assinala com maestria Blanco de Moraes que a distinção entre um juízo abstrato de constitucionalidade e outro, concreto ou interpretativo, ambos incidentes na fiscalização difusa operante no processo-pretexto, consiste em importante passo para concluir se houve interpretação conforme, “sendo certo que uma interpretação inconstitucional das referidas normas, feita na decisão recorrida, relevará directamente para o julgamento deste mesmo recurso pelo Tribunal Constitucional”.²⁵⁹ O que implica, por outro lado, que uma correta interpretação, de constitucionalidade insuspeita, embora diferente de outras eventualmente consolidadas em precedentes da Corte Suprema no tocante à incidência de iguais dispositivos normativos, ensejaria a dispensabilidade da subida do recurso constitucional, do que se pode resgatar a inteligência de que a interpretação

um juízo decidendo sobre a questão controvertida que substitui a sentença ou acórdão recorrido, reformando-o no seu conteúdo (como exemplo do juízo substitutivo de provimento, o Recurso Extraordinário n. 598.800, DJ 30.04.2009, Relatora Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha). Veja o teor da lição de Araken de Assis: "O julgamento do recurso extraordinário, seja no sentido do provimento, seja no do desprovimento, substitui o acórdão (ou a sentença) impugnado (...). Há o efeito do art. 512. Transitará em julgado o acórdão do STF." (*Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 765)

²⁵⁵ Entenda-se aqui matéria de fato à maneira como o concebe Blanco de Moraes, vale dizer, como “os eventos naturais ou acidentais externos ao texto normativo (independentemente da circunstância de os mesmos constituírem ‘*causa legis*’ ou efeito da aplicação da referida norma)” (*Idem*, p. 577). Isto quer dizer que a matéria de fato, ao dissociar-se da mera relação normativa de constitucionalidade entre norma parâmetro e norma objeto, entre Constituição e ato normativo, implica o juízo de interpretação jurídica em cujo mérito ressalta-se a constitucionalidade ou inconstitucionalidade decisória, para efeito de se atribuir à decisão a conformidade constitucional que se a espera possuir.

²⁵⁶ O processo de aplicação do direito é também denominado por Blanco de Moraes, nesta relação com o juízo de constitucionalidade, de “realização de operações hermenêuticas incidentes sobre o direito aplicável à questão de mérito julgada no processo principal” (*Idem*, p. 589).

²⁵⁷ Convém registrar a seguinte anotação sob o magistério de Ovídio Baptista da Silva: “Diz-se não caber aos tribunais supremos pronunciarem-se sobre a existência da prova. Esta é considerada uma missão exclusiva das instâncias ordinárias. Mas é legítimo que os tribunais dos recursos extraordinários revisem a ‘qualificação’ da prova, de modo a determinar se, da prova existente – respeitada a sua ‘completude’ –, fora adequada a conclusão extraída pela decisão recorrida. (...) Os recursos extraordinário e especial serão admitidos quando essas instâncias considerem que a prova foi mal apreciada pelo acórdão recorrido, porque o julgamento – atendo-se à prova existente nos autos – qualificou-a equivocadamente” (Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional. In *Jurisdição direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 158). E prossegue: “Em última análise, a missão dos supremos tribunais é, sim, examinar ‘fatos’ ou, se quisermos, vigiar que eles sejam utilizados pelas instâncias ordinárias de modo a assegurar a correta aplicação da lei (...), exigência fundamental tanto da racionalidade do julgamento quando da observância do ‘princípio do contraditório’” (*Idem*, p. 161).

²⁵⁸ *Idem*, p. 587.

²⁵⁹ *Idem*, p. 588.

razoável, embora não seja a única (e não a melhor, em termos de objetiva aplicação²⁶⁰), ao se mostrar de precedente constitucionalidade hermenêutica ao caso examinando, poderá ser convertida em caso julgado material.

As decisões no direito passam forçosa e inevitavelmente pela demarcação institucional de autoridade ou poder, de maneira a agregar-lhe definitividade e segurança, por intermédio de tradicionais regramentos a partir dos quais se prevêem os recursos (as medidas jurídicas de inconformidade) disponíveis até escala de última instância ou mesmo aqueles pronunciamentos insuscetíveis de oponibilidade. Não é pelo fato de a decisão jurídica reinar incondicionalmente mediante a imponência estatal, a flagrar a vontade de imposição como elemento intrínseco a toda o pronunciamento resolutivo que se baste como decisão *stricto sensu*, que se vai reduzi-la sob a perspectiva de uma vontade obrigatoriamente a todos imposta. Se o ato decisório se confirmasse apenas pela força de seu comando, justificado à proporção de sua coercitividade, alheio à dimensão de legitimidade conteudística, isto é, independentemente da via de procedimento (regras e consenso) e da perspectiva material (valores constitucionais) assentadas, seriam protocolares ou meramente contingenciais as conquistas do Estado Democrático de Direito²⁶¹ e, com este despreço, o problemático objeto intencional da metodologia jurídica – e, pois, da interpretação jurídica como sua expoente matriz prática de concretização –, o juízo de decisão, seria vertido ao ocaso do esquecimento ou da mais escancarada subjugação.

O juízo jurídico de decisão não descansa ou se subordina à evidência de que o ato decisório traz consigo, mesmo na contemporaneidade arraigada de direitos e garantias constitucionais, um irresoluto pressuposto de plena e definitiva resolução dos impasses por ele consagrados. Não é à toa que o controle de constitucionalidade e as decisões interpretativas – duas contundentes facetas da conformidade decisória (legal e interpretativa) frente ao ordenamento constitucional – assumem com cada vez mais emblemático rigor o direito fundamental às decisões adequadas ou materialmente corretas no direito

²⁶⁰ A Súmula 400 do Supremo Tribunal Federal apenas merece reparos no adjetivo “melhor”, porque com este termo se poderia entender que o STF, ao rejeitar o recurso extraordinário, estaria preterindo, em prol da interpretação razoável (e, no que toca à razoabilidade, o verbete restava muito bem-vindo), a melhor (e, pois, abstrata) interpretação.

²⁶¹ Enfatiza-se aqui a caracterização do Estado Democrático de Direito nos moldes cogitados por Jorge Reis Novais, quando, sob a sua égide e mediante suas qualidades, referida feição estatal, cujo berço também inclui o adjetivo social (embora refira o autor que na contemporaneidade, ao longo do século XX, não se pode pensar no Estado de Direito como não sendo democrático e social), “não esgota nem consome o trabalho do intérprete, antes o remetendo, inevitavelmente, para a necessidade de esclarecer o sentido que nesse Estado cobram a intenção de socialidade e a dignidade da pessoa humana. Mas, ao contrário, são exactamente os atributos de polissemia, sentido polémico e abertura (...) que têm estimulado a revitalização do conceito ao longo de um trajecto de mais de cem anos e lhe garantem uma renovada actualidade” (*Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 217-218).

contemporâneo, em face do judicativo problema de concretude apurável e de exigibilidade particular, tanto contextual (abrangente, ao nível do ato normativo) quanto situacional (atomístico, ao nível da interpretação concreta). É possível dizer, destarte, que a interpretação conforme realiza uma função constitucional sincrética, ao concretizar um parâmetro de garantia da Constituição, no tocante ao relacionamento hermenêutico com a fiscalização judicial de constitucionalidade, e ao também contemplar evidente garantia constitucional de alcance substancialmente subjetivo aos cidadãos, de maneira a guarnecê-los, quando do acesso à jurisdição, através do princípio fundamental da fundamentação das decisões de acordo com a Constituição, no protocolo hermenêutico em defesa de uma resposta constitucionalmente adequada.²⁶²

Entender, portanto, a exata observância das leis à luz de vigoroso referencial firmado na correta interpretação das normas jurídicas per se consideradas, ou seja, abstratamente condecoradas em unívoca expressão, supõe abraçar a primazia metodológica da hermenêutica, destinada a definir o significado próprio dos textos normativos. Isto porque a hermenêutica metodológica almeja extrair o sentido como se esse fosse seu objeto exclusivo, desvinculando o procedimento interpretativo da *applicatio*, como se o selo da validade – tão merecidamente caro ao filtro do sistema jurídico – fosse assegurado por uma pretensa postura de neutralidade, calcada nesta perseguida estrita e exata observância dos preceitos legais. Em outros termos, metodologicamente preponderada, “a hermenêutica reduz sua atividade e validade ao nível do *logos apofântico*, em detrimento do ainda-não-dito”.²⁶³ O apofântico (*logos apofantikos*) no direito identifica texto e norma, lei e interpretação, de acordo com o moderno paradigma da uniformidade necessária da lógica, cujo “objeto de análise e o fundamento da conclusão lógica é apenas o que ela própria revela pelo seu dizer”.²⁶⁴ Então, a mera conformidade

²⁶² Sobre a diferença entre garantias da Constituição e garantias constitucionais, *vide* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 888.

²⁶³ ROHDEN, Luiz. *Interfaces da hermenêutica*. Caxias do Sul: EDUCS, 2008, p. 42. O autor responde com peculiar acuidade e insofismável fundamento às provocações de Manfredo Araújo de Oliveira, o prefaciador de respectiva publicação, para quem o penhor da verdade recai sobremaneira na relação lógica da fundamentação, cuja figuração e procedência ocorre no interior de si mesma (a lógica pressupõe lógica e somente lógica), não se focando em pressupostos arbitrários (supostamente tolerados pela predominância, na hermenêutica filosófica, da constituição de sentido, e não tanto da validade do sentido constituído). Segundo Rohden, dirigindo palavra ao seu interlocutor, não teria ele incorrido numa contradição performativa ao aceitar, por um lado, o diálogo infinito para debater com seu texto e, ao tentar impor, por outro, a objetividade da lógica imune ao diálogo: “Manfredo paradoxalmente a recoloca [a lógica] no seu devido lugar histórico e contingente, corroborando a perspectiva que eu e Gadamer defendemos” (*Idem*, p. 28).

²⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Semântica e hermenêutica*. In *Verdade e Método II. Complementos e índice*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 227. Ao explicar a palavra grega *apofansis*, Gadamer afirma que aquilo que “constitui a essência da metodologia científica é que seus enunciados sejam uma espécie de tesouraria de verdades garantidas pelo método”. Porém, e aqui ressalta uma conclusão digna de acento, também a tesouraria da ciência (e, pois, do positivismo jurídico cientificista) “tem uma provisão para uso discricionário” (*Idem, ibidem*), entenda-se, arbitrário.

procedimental não se coarctam tão plenamente ao reclamo normativo e propriamente hermenêutico da interpretação jurídica, embora a bitola do juízo formal agregue consigo uma predisposta – porém insuficientemente material – intencionalidade de nele reduzir e conclamar, superestimando, o ideário de segurança jurídica no bojo do Estado de Direito, tentativa que certamente ultrapassa a *autorictas* do juízo decisório, mas que muito facilmente, sob os auspícios do procedimento, consegue camuflar a carga autoritária dos respectivos pronunciamentos.

O juízo jurídico, para Castanheira Neves, tem a fundamental missão de transformar a decisão necessária, decorrente de sua inevitável carga de poder impositivo, em uma decisão assentada em exigível fundamentação de racionalidade (*ratio*) com o intuito de institucionalizar a sua legitimidade e os respectivos mecanismos de controle mediante organizada ordem jurídico-normativa. E o paradoxo desta pretendida dimensão de racionalidade no domínio inevitável da autoridade decisória está nesta co-implicação necessária entre uma e outra, pela necessidade de esta última regular a termo a solução definitiva e vinculante que a primeira aspiraria invariavelmente discutir. Desta feita, outro paradoxo está posto, qual seja, nesta exigibilidade da razão fundamentante, a carga da qual a decisão concreta poderia ter sido enunciada de outra maneira, numa admissão não de todo impossível (eis que tributária exatamente da opção decisória ínsita a qualquer exigência de índole hermenêutica), principalmente no plano abstrato da futura convocação interpretativa de arremate judicativo, incorrerá, no exato momento de sua enunciação prescritiva, o concreto sentido prático-normativo capaz de suscitar, pela implicada fundamentação racionalmente aduzida, a adequação específica do caso judicativo, o que nos permite consagrar a viabilidade da resposta ou decisão correta ou constitucionalmente adequada.²⁶⁵

Ovídio Baptista da Silva assevera ponto de incomensurável valia quando entrelaça coerentemente a abertura interpretativa necessária para a devida aplicação do direito às não menos importantes barreiras combatentes de um descuidado ou exacerbado voluntarismo judicial.²⁶⁶ O processualista gaúcho relata em uma de suas últimas obras a suposta contradição

²⁶⁵ *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp. 32-33. O que a controvérsia jurídica manifesta “é a concorrência de pontos de vista divergentes, no quadro e como potenciais determinações de um mesmo contexto intencional de validade normativa, e destinadas, por sua vez, a serem superadas dialéctico-argumentativamente pela solução que autoritariamente se imponha como a determinação jurisdicional, final e decisiva, **dessa validade no caso concreto** (grifo nosso)” (CASTANHEIRA NEVES, A. Da jurisdição no actual Estado-de-Direito. In *Ab Vno Ad Omnes. 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 200). Acentua-se na passagem a imposição da definitividade decisória menos pela autoridade, senão através da validade que se lhe demanda enquanto decisão adequada ao caso concreto.

²⁶⁶ *Ações e Sentenças Executivas*. In *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 221.

– havida e alegada com esteio em uma compreensão superficial – de quem reconhece a função criadora da jurisprudência e, ao mesmo tempo, a sua submissão ao direito material. Não se trata, assim, de uma ambivalência contraditória conducente a um ou outro extremo: ou se admite a função criadora como emanada ontologicamente (e, portanto, indiferentemente) da jurisdição, ou se submete a parâmetros apriorísticos de uma justiça apenas reveladora ou declaratória de uma vontade preexistente. O reconhecimento da função criadora da jurisprudência, de se sublinhar, não se coaduna a ser limitada por freios metafísicos de abstração dissonante ao caso decidendo (como a literalidade dos dispositivos legais, o engessamento dos precedentes *tout court*, a insurreição de métodos teleológicos e gramaticais de interpretação), senão numa transitividade (condicionalidade) ao direito material para efeito de se alcançar a resposta correta ou constitucionalmente adequada.

O conceito de direito material é reputado, sobretudo, no aspecto desta particular conformação decisória, sem considerar a igualmente importante realização do agir, do verbo, sonogado ao particular por força da instituição estatal, vislumbrado explicitamente nesta instância concretizadora através dos princípios, quando estes, fundamentadamente utilizados, otimizam uma resposta mais adequada ao reclamo (alegação) da parte vencedora, nada obstante propiciarem muitas vezes uma construção aditiva em vista das fontes legais de nosso sistema romano-germânico. Dito em linhas curtas, a categoria do direito material pode ser reputada genuinamente hermenêutica ao enlaçar a força criativa da jurisprudência com a legitimidade decisória de uma fundamentação que, vista apenas na repercussão do caso concreto (e jamais antes, ou em tese), não se limita a revelar a vontade da lei, mas a genuinamente decidir. Porquanto, quando se apenas consagra o momento da opção oriunda da liberdade de agir ou de interpretar, naquela reconhecida abertura de sentidos a que os dispositivos poderão se sujeitar antes da sua efetiva realização judicativa, eis que a norma jurídica apenas se complementa enquanto interpretada problemáticamente, as decisões discricionárias arraigam pressuposta qualidade arbitrária, nesta equivalência provocada (e não suposta), de indiferentemente decidir mediante a convicção de simetria axiológica dentre as decisões possíveis, absorvidas que são por uma anterior justificativa de conveniência e oportunidade de estirpe executivo-administrativa.²⁶⁷

A vinculação aos textos jurídicos, conforme a hipótese interpretativa suposta no sistema processual de modo a assegurar a uniformidade de jurisprudência, pode tanto ser hermética, ao pressupor sempre existente e vinculante uma interpretação exata e

²⁶⁷ CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 63.

objetivamente revelada da norma jurídica, quanto hermenêutica (em sentido materialmente concretizador, e não metodológico em princípio), de modo a privilegiar a aplicação da lei ao caso concreto, suscetível de controle *ex post* ao estilo da revisão judicial. Numa concepção a interpretação correta é prévia e abstratamente considerada; noutra, a segunda, ela é construída mediante *applicatio*, ao consentir determinada interpretação adequada ao caso concreto. Nesta a uniformidade é possível mediante diálogo entre os precedentes e os julgamentos novos, porque a correta interpretação da lei depende de sua aplicação ao caso decidendo; por outro lado, a vertente hermética obtém dita homogeneidade com força autoritária, tolhendo outras possíveis interpretações da mesma norma jurídica. E daqui se poderá falar numa dupla conformidade, intimamente relacional, à Constituição, seja para balizar novos critérios de normatividade diante de uma inconstitucionalidade que se apresenta concreta ou interpretativa no entrave à futura realização do direito material a qual se espera do juízo, seja para singularmente atender à satisfação daquele direito, mormente se em aderência a um direito fundamental de insofismável indisponibilidade.

2.4 A interpretação conforme enquanto applicatio: as particularidades hermenêutico-normativas que a imunizam de expedientes (metafísicos) generalizantes

O problema está nas fronteiras – e nas potencialidades – demarcatórias desta interpretação de acordo em vista da interpretação conforme. Existem estudiosos no tema em comento – a interpretação conforme – que não a segregam qualitativamente em termos de aplicação (conferindo-lhe, então, uma outra alcunha, como a interpretação de acordo, para tomar como exemplo a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni), preferindo modificar os critérios das decisões (sentenças) intermediárias segundo a ótica de sua vinculatoriedade (criação pelo Poder Judiciário de norma de caráter geral e vinculante), convertendo o tradicional critério de sentença normativa – de José Adércio Leite Sampaio²⁶⁸ – para sentença interpretativa, tendo em vista a ausência de efeito vinculante e geral para a interpretação conforme realizada seja no controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, característica esta típica das decisões tidas por normativas pelo quadro de Sampaio.²⁶⁹

Apesar de autores filiares-se à tese de Lenio Streck – com a qual concordamos – no sentido de que a interpretação conforme poderá ser utilizada no controle difuso (embora aqui

²⁶⁸ *A Constituição Reinventada pelos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

²⁶⁹ MEYER, Emílio Peluso Neder. *A Decisão no Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Método, 2008, pp. 37-69.

se entenda o controle difuso como desmembramento atomístico ou microscópico do controle objetivo de constitucionalidade) e não restar sujeita ao incidente de inconstitucionalidade e, pois, de uniformização de jurisprudência (tendo em vista a ausência de efeito vinculante), a justificativa alegada revela-se insuficientemente apta a consagrar a interpretação conforme no modo autônomo de aplicação judicial, isto porque restam consideradas razões anexas ou meramente formais, a uma, quando o autor pondera que, pelo fato de a interpretação conforme empreender um sentido positivo de atribuição de significado em consonância com o Texto Maior, não se estaria diante de uma inconstitucionalidade a consagrar, portanto, aquele incidente do artigo 97 da Constituição e, a duas, porque no exemplo mencionado está-se diante do desempenho de controle difuso, quando o julgador do caso concreto tomou como inconstitucional o efeito pretendido pela Lei dos Crimes Hediondos no sentido de incondicionalmente obstar a progressão de regime para os respectivos apenados.²⁷⁰

Esta insuficiência bem se mostra quando o autor diverge de Streck quanto à necessidade de invocar a regra constitucional da reserva de plenário na situação de nulidade parcial sem redução de texto²⁷¹, eis que esta, segundo ele, ao flagrantemente aduzir, repudiando, as interpretações inconstitucionais, alcança, então, o pressuposto da inconstitucionalidade previsto no artigo 97 da Constituição Federal.²⁷² Contudo, também na interpretação conforme isto se verifica²⁷³, mesmo que de uma forma dogmática e, pois,

²⁷⁰ MEYER, Emílio Peluso Neder. *A Decisão no Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Método, 2008, pp. 39-40.

²⁷¹ Não é outra a posição de José Levi Mello do Amaral Júnior em específico estudo a respeito do controle difuso de constitucionalidade: “É essencial demarcar a fronteira havida entre a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, dado que, a rigor, apenas a segunda requer, no âmbito dos tribunais, a observância da regra do *full bench*” (*Incidente de arguição de inconstitucionalidade. Comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 101).

²⁷² *A Decisão no Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 61. A propósito, cabe salientar a posição isolada de Virgílio Afonso da Silva, o qual, na diferenciação entre a nulidade parcial sem redução de texto e a interpretação conforme, aduz para aquela o âmbito de aplicação distintiva ao caso concreto, enquanto para esta apõe mera técnica de conformidade interpretativa ao Texto Maior no âmbito da norma jurídica abstrata, posição combatida na nossa abordagem oportunamente (*A presunção de constitucionalidade das leis, a interpretação conforme e o dogma da legislação negativa*. In *Revista O Direito, Faculdade de Direito de Lisboa, Ano 138, 2006, I*, pp 39-60; o mesmo texto está intitulado de outra forma noutra publicação, a saber, *Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial*. Revista Direito GV, Vol. 2, n. 1, jan.-jun., 2006, 191-210).

²⁷³ Maria Lúcia Luz Leiria, em estudo específico sobre as decisões em sede de fiscalização concreta de constitucionalidade, manifesta voz isolada sobre a necessidade de a reserva de plenário recair para os dois expedientes interpretativos: “Assim, ante o estudo do princípio da reserva de plenário, apresenta-se questão interessante saber se, ao se utilizar uma dessas técnicas, incide o artigo 97 da Constituição Federal. Ora, no caso da interpretação conforme, é técnica que declara a inconstitucionalidade, desvela no texto o sentido da Constituição, portanto, também o afasta em outros sentidos. Há se falar em necessidade de reserva de plenário, já que tal princípio diz com a declaração de inconstitucionalidade. De outro lado, quando se faz necessária a redução de texto por declaração parcial de inconstitucionalidade, também incide o princípio da reserva de plenário, pois se está a afastar para determinadas situações a incidência do texto examinado” (*Jurisdição Constitucional e Democracia: Uma análise fenomenológica de manifestações decisórias em sede de controle*

equívoca, quando, por intermédio dela a Suprema Corte afere a única interpretação de acordo com o Texto Maior para efeito de não declarar a sua inconstitucionalidade. Seja nesta absoluta – e vinculante – vocação do expediente interpretativo, na esteira do preconizado no parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.868/99, seja na sua conformação condicionada à abertura, isto é, de modo a não esgotar outras interpretações porventura constitucionais (como, aliás, defende Meyer), ao expressarem ambas particular repercussão de sentido compatível ao ordenamento constitucional, deduzem-se, por isso mesmo, razões ou entendimentos contrários (dissonantes) iluminados por invencível inconstitucionalidade. Logo, ao se dizer que esta interpretação é a constitucional, seja no sentido forte ou fraco da acepção, diz-se que, em respectivo, todas as demais são inconstitucionais ou aquelas refratárias ao entendimento predicado no julgamento e, por conseguinte, na interpretação conforme concorre, à sombra, uma dada declaração, mesmo implícita, de inconstitucionalidade, a consagrar, no critério de Meyer, a aplicação do incidente. De se registrar, portanto, que para ambas as situações – nulidade parcial sem redução de texto e interpretação conforme à Constituição – o incidente de inconstitucionalidade é despropositado enquanto exigência institucional²⁷⁴, eis que o texto normativo permanece íntegro²⁷⁵, enquanto, em realidade, são os respectivos sentidos de aplicação jurisdicional, de acordo com a ordem suprema (do Texto Maior) em viabilidade interpretativa para o almejo da resposta adequada ao caso concreto, os que resultam problematizados sob o manto da tutela da constitucionalidade decisória.²⁷⁶

Em verdade, e aqui estaria o critério qualitativo da dispensa do incidente, a interpretação conforme não pressupõe a inconstitucionalidade do dispositivo legal; ao contrário, sua manutenção está resguardada na exata possibilidade de compatibilizá-lo em vista do texto constitucional. A inconstitucionalidade, para a interpretação conforme, consiste no

difuso de constitucionalidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, pp. 193-194); mais adiante, reprisa o argumento, ao afirmar que “também a interpretação conforme é instrumento de declaração de inconstitucionalidade e, em assim sendo, incidente o princípio da reserva de plenário, postura que se entende necessária, tanto na interpretação conforme, como na inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, subespécies da declaração de inconstitucionalidade, onde também se afasta o texto contrário ao texto constitucional (*Idem*, p. 202).

²⁷⁴ Este entendimento, entretanto, é atualmente elevado à condição de súmula vinculante (nº. 10 do Supremo Tribunal Federal).

²⁷⁵ “De observar que não é o fato de a nulidade parcial sem redução de texto ser uma técnica de controle de constitucionalidade que terá o condão de obrigar a suscitação do incidente de inconstitucionalidade, até porque a interpretação conforme também é um mecanismo de controle e não se há de falar em suscitar incidente para tal. Na verdade, a característica de sentenças interpretativas é que torna dispensável o incidente. Apenas um dos sentidos da lei (portanto, repita-se, o texto permanece) é que afrontará a Constituição. O texto, do mesmo modo como ocorre com a interpretação conforme a Constituição, foi otimizado. Em síntese, a suscitação do incidente somente tem fundamento quando um texto é expungido do sistema” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 670).

²⁷⁶ Conforme STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 360.

efeito a combater, ora no plano do controle de constitucionalidade, ora no âmbito de aplicação das leis. Bem se compreende por que, à primeira vista, as relações entre interpretação conforme e decisão de inconstitucionalidade podem suscitar perplexidade.²⁷⁷ O fundamento de aplicação da regra constitucional de reserva de plenário e, por conseguinte, de toda a ideológica tentativa de confundir texto e norma, como se a norma jurídica carregasse consigo certa capa de sentido cujo descumprimento seria tomado como mácula (inconstitucionalidade) suscetível de pronto reajuste conforme determinada interpretação tida por autêntica²⁷⁸, consiste no mais preclaro normativismo e legalismo de pensamento²⁷⁹, em dizer que os textos normativos esgotam o direito na sua expressão lingüística de prévia determinação resolutiva dos conflitos (cindida interpretação) ou na sua compostura relacional abstrata – de fundamentação ou justificação – de encontrar a norma (o texto) adequada ao caso concreto, para antecipada e autonomamente regrar a realidade da sua posterior aplicação, a qual se torna mero encaixe subsuntivo.

Interessante notar que alguns estudiosos que menoscabam a função hermenêutica concreta da interpretação conforme depois reclamam do seu “indevido” uso por uma espécie de aprisionamento e centralização de sentido por órgão judicial, exatamente em função da viabilidade proclamada teoricamente por sua própria doutrina e curiosamente não percebida. Senão vejamos, Virgílio Afonso da Silva, no final de sua abordagem sobre a interpretação conforme, patrocina a contrariedade, neste aspecto particular com inteira razão, ou seja, sem considerar a sistemática de seu raciocínio ao longo da análise realizada, quanto a esquemas de juridicidade e recursividade constitucional tendentes à univocidade interpretativa, ou seja, de

²⁷⁷ “A decisão de inconstitucionalidade da lei (ou de um preceito legal) pressupõe a impossibilidade do recurso à interpretação conforme à Constituição, pelo que, nos casos em que seja possível uma decisão interpretativa, não se afigura em rigor legítimo falar em inconstitucionalidade da lei” (MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 298). E mesmo quando a interpretação conforme se relaciona com o conceito de inconstitucionalidade, em casos extremos, é para repudiar uma certa interpretação da lei, tida por inconstitucional, o que faz vincular não aquela interpretação como sendo a única exclusivamente admissível, senão a interpretação ignorada por ser incompatível com a Carta Maior.

²⁷⁸ E este nefasto fundamento positivista é assumido com força pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente quando aprovou a décima súmula vinculante, segundo a qual se presume ser declaratória de inconstitucionalidade toda a decisão que não aplica a norma jurídica, afastando a sua incidência ou atribuindo-lhe sentido dissonante ao dito “intrínseco” da norma ou mesmo daquele autorizado pelo Tribunal de Cúpula como a única decisão possível daquele dispositivo em termos interpretativos. Por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu editar no dia 18 de junho de 2008 o verbete sumular em questão. A súmula impede que órgãos fracionários que não têm a maioria absoluta dos integrantes de um tribunal afastem a incidência, total ou em parte, de lei ou ato normativo do Poder Público. Isso é vedado mesmo que a decisão do órgão fracionário não declare a inconstitucionalidade da norma, mas somente afaste a sua incidência em um caso concreto.

²⁷⁹ NEVES, A. Castanheira. *Matéria de Facto – Matéria de Direito*. In *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Volume 3º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 323-324.

intestinal incompatibilidade e imediata cassação de interpretações divergentes.²⁸⁰ Contudo, como ele mesmo atrofia a interpretação conforme a um limite inaceitavelmente divorciado da aplicação judicial, canalizando-a nos aspectos textuais concebidos na abstração (pressuposta) de discursos de fundamentação legislativos, é exatamente nesta ficta e anterior ambiência, tomando a título de argumento a sua cindibilidade e autonomia em termos judicantes, que se poderia proclamar um único sentido possível decretado pela Suprema Corte. Isto é, em termos conceituais o autor rechaça a potencialidade interpretativa (de aplicação) desta mera “técnica” para, depois, em particular, exigir uma dimensão de especificidade hermenêutica obstada pelo exercício da interpretação conforme nos estritos moldes da sua doutrina, sublinhe-se, impossibilitando interpretações divergentes ainda que afirmadoras da constitucionalidade do dispositivo legal, porque o juízo de constitucionalidade, nesta preliminar de significado do texto normativo, é que inviabiliza alguma porventura dissonância, ainda que no outro plano de aplicação.²⁸¹

Ao dirigir críticas contra o instituto da interpretação conforme à Constituição, Virgílio Afonso da Silva estabelece duas interessantes, porquanto problematizáveis a título de fundado confronto dialético, conclusões, assim delimitadas: o cânone interpretativo que constanja o juiz a tentar salvar uma lei da inconstitucionalidade tende a tornar essa possibilidade de atrito

²⁸⁰ *Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial*. Revista Direito GV, Vol. 2, n. 1, jan.-jun., 2006, p. 205.

²⁸¹ “Basta que o Supremo Tribunal Federal dê o nome de interpretação conforme a constituição a qualquer esclarecimento de significado de qualquer termo de qualquer dispositivo legal (...) para que qualquer interpretação divergente, ainda que seja também no sentido de manter a constitucionalidade de uma lei, se torne impossível. Com isso, o Supremo Tribunal Federal não somente desempenha sua função de guardião da constituição de forma cada vez mais centralizada, como passa a ter a possibilidade quase que ilimitada de excluir qualquer ‘desobediência’ interpretativa por parte de quase todos os órgãos judicantes” (*A presunção de constitucionalidade das leis, a interpretação conforme e o dogma da legislação negativa*. In *Revista O Direito, Faculdade de Direito de Lisboa, Ano 138, 2006, I*, p. 60). A desobediência interpretativa de que se está a tratar neste trecho é a do âmbito da aplicação, no bojo da adjudicação de sentido concreta para se obter a resposta constitucionalmente adequada ao caso, âmbito este que é rechaçado pelo autor no trato da interpretação conforme; aqui o esclarecimento dos termos é de imperial importância e, por isso, sua manifestação crítica acerca da sugestão de Lenio Streck na tradução brasileira da expressão alemã da interpretação conforme à Constituição resulta improcedente, exatamente em face do constitucionalista gaúcho reivindicar à interpretação conforme sua inerência de *applicatio* gadameriana, distinta, destarte, da interpretação tida por Afonso da Silva, exatamente porque o distinto professor da Universidade de São Paulo não compreende a interpretação como aplicação, dissociando uma da outra (*Idem*, pp. 58-59). Então, a interpretação, diferentemente do que é dito, não equivale à atribuição de sentido no aspecto tido por Virgílio, que é o da significação textual prévia à aplicação, e Streck propositadamente assim professa a substituição dos termos – de interpretação para “atribuição de sentido conforme à Constituição” – porque a interpretação poderia descambar, como, aliás, o próprio Afonso da Silva o faz, na estrita descoberta (revelação, extração da “capa de sentido”) e revelação do significado das leis. Ademais, a pacífica tradução dos termos concernentes à interpretação tida por ele não resulta assim numa correspondência de palavras intercambiável. Como ilustrativo disto, Marco Antônio Casanova, ao traduzir a importante obra de Günter Figal sobre o elemento hermenêutico na filosofia, assim se pronuncia sobre a problemática destas expressões: tentando descer à especificidade de cada um na concepção argumentativa do traduzido, afirma ele que o autor “emprega distintivamente três termos que são normalmente traduzidos como sinônimos: *Interpretation, Auslegung e Deutung*” (*Oposicionalidade. O elemento hermenêutico e a filosofia*. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 106).

ainda maior²⁸²; a interpretação conforme, ao pretender dar um significado ao texto legal que seja compatível com a Constituição, localiza-se no âmbito da interpretação da lei, enquanto que a nulidade parcial sem modificação de texto localiza-se na esfera da aplicação, pois intenta excluir alguns casos específicos da aplicação da lei.²⁸³ Exemplifica com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1521-MC, quando o Supremo Tribunal Federal restringiu a aplicação do dispositivo legal, em abstrato declarado compatível com a Constituição, para não ser vedada a prática de nepotismo na esfera pública quanto aos casos de pessoas que tivessem sido, anteriormente à vigência do ato normativo, aprovadas em concurso público. Afonso da Silva, então, afirma que o significado unívoco da norma impugnada, cuja inteireza de significado, tal qual o texto, permanece incólume e intacto, ao sofrer algum tipo de redução ou exclusão quando resulta aplicado a casos concretos determinados, resulta da atuação da nulidade parcial sem redução de texto, e não da interpretação conforme.²⁸⁴

Isso implicaria, segundo ele, “que a declaração de nulidade não pretende salvar a lei mudando seu significado, mas excluindo sua aplicação para determinados casos ou determinados destinatários”.²⁸⁵ Como se pode perceber, o autor proclama a cindibilidade metodológica entre aplicar e interpretar, na medida em que, como supõe, a interpretação consiste na atribuição de significado à norma jurídica num plano ainda anterior, de textualidade ou conformação semântico-litera, ao da posterior aplicação. Indiretamente ou daquilo que se pode inferir da sua proposta, portanto, o constitucionalista de São Paulo concorda com a tese da qual defluem, dentre outras, as seguintes conseqüências normativas: a uma, prefere-se a declaração de inconstitucionalidade ao desempenho da interpretação conforme e, a duas, quando esta é em último caso utilizada como técnica cuja finalidade, decorrente de sua incidência, reclama unívoca atribuição de sentido ao texto legal, de modo a conceber neste exclusivo juízo interpretativo a condição indispensável de correspondente constitucionalidade.

A questão a ser indagada consiste em saber, fundamentalmente, num primeiro plano teórico, se é razoável antepor a interpretação conforme ao plano preliminar – pressuposta a segmentação entre interpretar e aplicar – de adjudicação de sentido aos textos normativos,

²⁸² A presunção de constitucionalidade das leis, a interpretação conforme e o dogma da legislação negativa..., *op. cit.*, p. 42.

²⁸³ A presunção de constitucionalidade das leis, a interpretação conforme e o dogma da legislação negativa..., *op. cit.*, p. 54.

²⁸⁴ A presunção de constitucionalidade das leis, a interpretação conforme e o dogma da legislação negativa..., *op. cit.*, p. 55.

²⁸⁵ *Idem, ibidem.*

tidos neste primeiro panorama como enunciados textuais divorciados da concretização hermenêutica para a qual serão chamados a atuar.²⁸⁶ Como desdobramento desta premissa, verifica-se que apenas depois de ultimada a certeza ou convicção quanto ao juízo de univocidade gramatical do texto jurídico, de maneira a se poder qualificá-lo como incontestado e estremo de dúvidas de modo a preservar o respectivo significado, cujo conteúdo se mantém intacto ou incólume, é que se poderá contemplar alguma (e tão-só) exclusão de abrangência no bojo das situações ali previstas em tese; esta doravante aplicação, uma vez firmadas as bases fixas do preceito normativo invocado, ao excluir parcial universo dos destinatários, seria fruto da competência apenas da nulidade parcial sem redução de texto. Conjectura que nos remete a um segundo momento tormentoso: a interpretação, uma vez realizada para umbilicalmente aplicar a norma jurídica (indissociabilidade hermenêutica em aglutinar aplicação e interpretação em núcleo unitário), na ínsita exigência de uma incontida conformidade concreta ao Texto Maior (interpretação conforme), poderá ser assim reduzida às hipóteses de nulidade parcial, para apenas excluir casos suportados abstratamente pelo suporte fático da norma? É possível identificar o plano da aplicação judicial tão-somente com a reprimenda concreta de conseqüências inconstitucionais ao caso concreto? É preciso dizer, para lhe fazer justiça, o próprio Afonso da Silva dá indícios de adotar um posicionamento eclético, embora incoerente, ao tema da interpretação conforme, porque ao mesmo tempo em que passa a fixar-lhe fronteiras no primeiro plano da interpretação, como técnica interpretativa assim entendida por ele ao relacionamento do texto infraconstitucional com a Constituição, entende ser possível alterar por meio desta “técnica” o sentido da lei, inclusive corrigindo e ampliando os estritos limites dados pelo legislador.²⁸⁷ Não se consegue conceber como esta acertada competência da interpretação conforme em adequar o texto legal aos ditames constitucionais possa se pretender alheia ao concreto e prático contexto, de índole problemático-judicativa, da aplicação, adstringida que foi pelo autor, no comparativo com a nulidade parcial sem modificação de texto – porque ambas mantêm íntegra a norma jurídica –, ao plano da interpretação.

²⁸⁶ Castanheira Neves refere que a decisão ou o juízo jurisdicional serão reduzidos à mera decisão política (administrativa ou de tecnologia social) quando apenas comportados ao (insuficiente) reclamo da teleologia político-social; exemplo desta deficitária carga de juridicidade encontra-se no relevo dos efeitos (ou intenções) político-sociais nas concretas decisões judiciais, quando, no tocante ao mérito do conteúdo decidendo, aportam metodologias de cisão hermenêutica, como a ruptura entre interpretação e concretização, além do exame do retrógrado fator de discricionariedade nas situações juridicamente indeterminadas (Da jurisdição no actual Estado-de-Direito. In *Ab Vno Ad Omnes. 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 212-213).

²⁸⁷ A presunção de constitucionalidade das leis, a interpretação conforme e o dogma da legislação negativa..., *op. cit.*, p. 58.

Exemplos práticos são capazes de arrebatar a racionalidade abstrata quanto à firme dissociação entre a nulidade parcial sem redução de texto e a interpretação conforme à Constituição, quando as duas modalidades resultam impermeavelmente distinguidas quanto às respectivas qualidades no processo interpretativo (quando este resulta segmentado por momentos parciais de autônoma consideração), ou mediante atribuições diversas consoante a implicação positiva de sentido ou a exclusão de significado por meio da filtragem constitucional.²⁸⁸ É de se questionar se ambas não seriam, em vez de separadas pelo momento de interpretação (interpretação conforme) e aplicação (nulidade parcial) ou mesmo em virtude de uma disjuntiva faceta na própria aplicação das normas jurídicas, seja em prol do sentido compatível com o Texto Maior (interpretação conforme), seja em detrimento de uma interpretação inconstitucional (nulidade parcial), melhor consideradas como expoentes relacionados de ambivalência hermenêutica decorrentes do próprio espectro interpretativo, vale dizer, da prática jurisprudencial. Interpretar conforme significa, no caso concreto, interpretar de tal modo que não se perpetre específica inconstitucionalidade ou inconstitucionalidade por decorrência, ou seja, mediante uma indevida aplicação, eis que a inconstitucionalidade possui um duplo grau de possibilidade a ser evitada, tanto uma interpretação que por si mesma é incompatível com o ordenamento máximo, quanto uma hipótese de uma interpretação incorreta, porque esta não se revela constitucionalmente adequada à situação irrepetível, singular, sob exame em julgamento.²⁸⁹ Por outro lado, excluir dada incidência da norma legal ou repudiar dela alguma conseqüência concreta responsável por trazer inquestionável inconstitucionalidade implica, no contrafluxo hermenêutico da interpretação jurídica, interpretar o dispositivo conforme para que não se realize maculada discrepância naquela aplicação. Tanto se afirma algo de uma exclusão de significado, quanto se excluem sentidos de uma positiva afirmação.

²⁸⁸ Em parecer exarado pelo Ministério Público na apelação-crime n. 70.023.406.796 (19 de maio de 2008), Lenio Streck, Procurador de Justiça, opinou pelo provimento parcial do recurso, para que o réu fosse absolvido, aplicada ao caso concreto a nulidade parcial sem redução de texto nos seguintes termos: “no caso dos autos, o artigo 16, parágrafo único, IV, da Lei n.º 10.826/06 será inconstitucional se aplicável à hipótese do simples ‘possuir’, ‘deter’, ‘adquirir’ ou ‘transportar’ arma de fogo, sem que essa conduta coloque em risco qualquer bem jurídico, sob pena de estarmos incorrendo na responsabilidade penal objetiva”. A seguir, ressalta que “o perigo concreto passa a ser condição de possibilidade para a aferição da incidência do tipo penal”, a demonstrar a inerente interpretação conforme procedida nos termos da aferição de inconstitucionalidade sem modificação textual: referidos verbos nucleares do tipo penal somente implicarão ilicitude ou antijuridicidade uma vez atrelados a perigo concreto, efetivamente demonstrado nos autos, sem o que não restam subsídios para a condenação, em face de o cidadão poder “exercer o direito penal-constitucional de defesa”.

²⁸⁹ “Há condições de fazer afirmações corretas, mormente se considerarmos o antirrelativismo e anticeticismo da hermenêutica filosófica. Da mesma maneira, há condutas corretas e outras incorretas; mais do que isso, em face da especificidade do direito, em que cada texto jurídico deve estar conformado a um outro que lhe é superior (a Constituição), uma interpretação será constitucional (portanto, correta) e outra inconstitucional (portanto, incorreta)” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso...*, *op. cit.*, p. 302).

Os discursos de fundamentação (justificação) e de aplicação (adequação) não escamoteiam a premissa de que esta diferenciação está sedimentada na impossibilidade de a norma jurídica, como critério prévio aprovado pelo procedimento legislativo, conter todos os resultados possíveis de sua ulterior concretização judicial. Pelo que o pressuposto das lições de Klaus Günther, e por esta razão são elas assumidas por Jürgen Habermas²⁹⁰, para efeito de resolver o caso concreto de solução controversa ou não passível de enquadramento direto pelas normas jurídicas, passa pela verificação da norma adequada no bojo sistemático daquelas existentes no ordenamento jurídico²⁹¹, não quedando enfrentar a própria insuficiência de justiça – inconformidade constitucional – de padrões legais existentes confrontados, pelo surgimento de uma situação não regulada ou mesmo de uma situação especificada de vindoura repercussão não prevista, com o Texto Maior. Em não se admitindo isto, esta linhagem ainda positivista, ou seja, ao reconhecer que esta distinção efetivamente se socorre, por exemplo, dos princípios constitucionais para efeito de alcançar a norma adequada ao caso concreto, incorre-se numa espécie de esclarecimento da doutrina de Günther quase que, ou senão, contraditória, pelo menos indiscernível, aos postulados (procedimentalistas) iniciais pretendidos, quando se afirmava que os discursos de aplicação não substituem os de justificação.²⁹² Para dar um exemplo disto, veja-se que Meyer, defensor de referida postura,

²⁹⁰ *Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 270-276.

²⁹¹ Ilustrativos desta perspectiva são os seguintes apanhados de autores que se debruçam amiúde na proposta deste filósofo: “o jurista alemão reconstrói e apresenta, por meio de uma separação lógica, uma distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação. No primeiro, tratar-se-ia de perquirir sobre a validade das normas que seriam, posteriormente, aplicáveis *prima facie*, utilizando-se, para tanto, de um teste de universalização – a partir do princípio do discurso. No outro, pretender-se-ia considerar aquelas normas válidas e, então, diante de um caso concreto específico, buscar encontrar a norma adequada” (PEDRON, Flávio Quinaud. *A distinção entre jurisdição e legislação no pensamento de Klaus Günther*. Revista CEJ, Brasília, Ano XII, n. 41, p. 59-66, abr./jun. 2008, p. 60); “[...] logo ao tomarmos conhecimento de um fato, podemos tomar as normas como somente *prima facie* aplicáveis. Todo o Direito nos surge como sendo, em princípio, aplicável em sua totalidade de princípios válidos. Todavia, o juízo de adequabilidade perante essas normas válidas é que permitirá aos envolvidos alcançar, com retidão, aquela norma não meramente aplicável *prima facie*. Da consideração das ‘normas candidatas’ (*prima facie* aplicáveis) à norma adequada entremeia o discurso que envolve, necessariamente, a reconstrução completa da situação de fato. Disso concluímos que não basta uma descrição ‘completa’ do fático: esta tem que se relacionar com todas as normas aplicáveis, ainda que de maneira virtual – o que leva, também, a uma reconstrução interpretativa e realizativa do Direito” (CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. “*Tertium non datur*”: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado democrático de Direito. In OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 114).

²⁹² A dicotomia entre a racionalidade procedimental (formal) e substancial (material) é muito bem acentuada por Castanheira Neves: na racionalidade procedimental, o essencial consiste no modo de obtenção do conteúdo, ou seja, a validade se dá pelo processo, de modo a se admitir de antemão soluções entre si indiferentes ou fungíveis; para a racionalidade substancial, o elementar é o conteúdo, pois a decisão prática é tomada por válida tendo em vista a racionalidade sustentada ou justificada por algo materialmente pressuposto e manifestado no próprio conteúdo da atitude posta em concreto. O filósofo lusitano enquadra na racionalidade formal a teoria do discurso, da verdade e da justiça (Habermas), a tópica na sua dimensão argumentativa e a teoria da racionalidade prática como argumentação (Alexy), as teorias sistêmicas (Luhmann), dentre outras (*Metodologia Jurídica. Problemas*

assevera em dado momento, ao comentar determinada decisão, que em nome da integridade poder-se-á dar à lei uma abrangência que o legislador não dera”²⁹³, teoricamente justificando, com Günther, estar a legitimidade dos provimentos jurisdicionais que aplicam as normas jurídicas sedimentada “no resgate interpretativo de princípios que possam atender ao pluralismo de situações diversas”.²⁹⁴ Ora, se assim o é, como justificar a reconhecida insurgência habermasiana contra as potencialidades do desempenho da justiça constitucional?

A envergadura do expediente é que se mostra de delicada resolução ou sistematização, ao se tomar em conta o espectro de eventual especificação ou correção do critério normativo dado pelo legislador democrático, em modalidades respectivas, ao concretamente absorver exceções cuja aplicação judicial fundamentada implique atendimento a direito fundamental ou norma constitucional em detrimento da regra fixada (literalidade ou critério) e ao abstratamente condecorar compatibilização hermenêutica para que não seja declarada a inconstitucionalidade do ato normativo.²⁹⁵ No entanto, como se verá oportunamente, o benefício da dúvida recai na possibilidade de o dissenso institucional ser calibrado no Tribunal Supremo, vale dizer, estimulando a viabilidade de o questionamento jurídico ocorrer de acordo com a filtragem constitucional, da sua argüição, seja no controle concentrado, seja

Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 43). Considera como parte integrante da racionalidade material a hermenêutica contemporânea, afinada com a juridicidade (Gadamer, Kaufmann, Esser e Dworkin, sem contar nomes diversos), embora, coerentemente ao modelo global por ele proposto, a racionalidade material do direito, na sua iniludível normatividade, não se esgota na dimensão hermenêutica (*Idem*, p. 76).

²⁹³ *A Decisão no Controle de Constitucionalidade (...)*, *op. cit.*, p. 75.

²⁹⁴ *Op. cit.*, p. 341

²⁹⁵ Tanto é assim que preferimos não incorrer em padronizações classificatórias sobre as decisões judiciais no que toca ao seu comportamento prudente ou médio para evitar a decretação de inconstitucionalidade. Assim, não se ignora a tipologia dos tipos de sentenças intermediárias, aquelas, como anteriormente dito, que se opõem à inelutável decretação de constitucionalidade ou inconstitucionalidade pela capacidade de a jurisdição invocar razões ou fundamentos capazes de aprimorar ou compatibilizar os textos legais consoante os preceitos da Constituição. Contudo, aqui não se vai adotar dito quadro para efeito de enquadrar, delimitando, se uma dada interpretação conforme, em vez de normativa ou interpretativa, seja, em verdade, uma decisão aditiva. Contentamo-nos em acatar a classificação do ponto de vista pedagógico-dogmático, vale dizer, nos limites da teoria, a ponto de fixar as bases de orientação em prol de uma função judicial que não se inibe a declarar a validade do direito, mas, de igual modo, de adjudicar-lhe significado e efetividade em homenagem à Constituição. Isto porque a própria doutrina, com arrimo em precedentes do Supremo Tribunal Federal, diverge sobre a correta qualificação de certo tipo de sentença ou acórdão (vide, por exemplo, MEYER, Emílio Peluso Neder. *A Decisão no Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Método, 2008, pp. 73-75). Sem contar o fato de que a tipologia forte destas decisões, uma vez firmada fixamente no plano abstrato, pode conduzir a discrepâncias ou controvérsias no âmbito de sua concreta realização judicativa. Rui Medeiros, por exemplo, ao distinguir a decisão integrativa de conteúdo aditivo de uma decisão modificativa, afirma não se poder comparar duas situações respectivamente exemplificadoras de cada modelo normativo: o alargamento do âmbito de aplicação de uma lei que concede benefícios a certas categorias de pessoas por via da analogia seria uma decisão *praeter legem*, enquanto a decisão que afasta do âmbito de aplicação do preceito legal, pela pronúncia de inconstitucionalidade, determinadas categorias de pessoas que se encontram numa situação essencialmente igual seria um exemplo de sentença contrária ao ordenamento jurídico (*contra legem*). Esta última iria de encontro à “solução inicialmente acolhida pelo legislador” (*A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 316).

no difuso, desde que a última palavra seja dada pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário.²⁹⁶ Sem falar na outra modalidade, a interpretação conforme aplicada (de acordo), a qual, no caso concreto, protagoniza uma resolução em atendimento, a afastar obstáculos ou gravames injustificados naquela específica situação concreta, ao direito fundamental (constitucional) do jurisdicionado – entendido eficaz, com meios executivos adequados e necessários – na realização do direito material em causa alcançado pela sentença de procedência.

Em ambas as modalidades não se responde, por exemplo, se a interpretação conforme poderá, em vez de deixar de aplicar o critério da lei questionada em vista da Lei Magna, sequer cogitar da sua inconstitucionalidade, pela assunção fundamentada de uma excepcionalidade alternativa àquela que, interpretada no caso de padrões gerais, agride a Constituição ou, ainda, se a interpretação conforme poderá se insurgir contra o efeito vinculante de uma declaração de constitucionalidade em caráter concentrado, esta sim assumida com os efeitos constitucionais de generalidade e vinculação.²⁹⁷ Sublinhe-se que o próprio Lenio Streck perfaz esta distintiva e importantíssima ressalva, ao dizer que o controle difuso presume a inconstitucionalidade da lei e a interpretação conforme, ao adjudicar sentido em conformidade ao Texto Maior, deixa intacto o texto legal.²⁹⁸ Uma coisa é, portanto, interpretar conforme para resguardar um sentido (para uns, único, para outros, aberto) de

²⁹⁶ Consoante Marcelo Neves, “a plurivocidade da linguagem constitucional possibilita que várias interpretações inovadoras e improváveis sejam admissíveis como corretas” (*Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 211). Prossegue ele, dizendo que se podem discriminar pragmaticamente as interpretações corretas das incorretas através de filtros hermenêuticos, como a noção da estranheza ou da absurdidade, cujo sentido aponta para a existência de “condições para que a proposição pretensamente interpretativa seja partilhada como expressão de segundo grau de uma regra do jogo já revestida lingüisticamente em primeiro grau pelo texto constitucional” (*Idem, ibidem*). Para tanto, isto dependerá “do contexto de sentidos construídos, ou melhor, dos usos do texto na esfera pública”, a serem “intermediados seletivamente pelos usos dos participantes em sentido estrito do procedimento interpretativo (os intérpretes oficiais ou paraoficiais)” (*Idem, ibidem*).

²⁹⁷ Virgílio Afonso da Silva responderia, presume-se de suas linhas, negativamente às duas questões, porque entende que apenas a nulidade parcial sem redução de texto, por situar-se no plano da aplicação das leis em resolução aos casos concretos, é que poderia referendar alguma exceção no suporte fática empreendido em abstrato no preceito legal invocado. Tendo em vista a sua posição de constranger a interpretação conforme numa redoma de textualidade semântica prévia à aplicação propriamente dita, denominada por ele de “interpretação”, onde cabalmente se pode pretender, segundo ele, a constitucionalidade de uma única interpretação dada pela Suprema Corte, esta técnica não mereceria as profundas discussões de que se reveste na doutrina e jurisprudência brasileira, tendo em conta a restrita competência de sua eficaz e real pertinência (A presunção de constitucionalidade das leis, a interpretação conforme e o dogma da legislação negativa. In *Revista O Direito, Faculdade de Direito de Lisboa, Ano 138, 2006, I*, pp. 54-55).

²⁹⁸ O Poder Judiciário somente poderia, segundo o autor, deixar de aplicar ato normativo ou dispositivo de lei nas hipóteses (dentre outras), distintas, de desempenho do controle difuso de constitucionalidade, quando a lei for inconstitucional e de exercício da interpretação conforme, “ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido (...) para que haja plena conformidade da norma à Constituição”, tratando-se, neste último caso, de “aplicação hermenêutica de diferença (ontológica) entre texto e norma” (Hermenêutica jurídica nos 20 anos da Constituição: condições e possibilidades para a obtenção de respostas corretas. In *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Anuário 2008*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 33).

constitucionalidade ao texto normativo de modo a salvaguardar-lhe sobrevida na ordem jurídica e outra, bem diversa, nos termos da aqui autonomia de aplicação jurisdicional, é adjudicar resposta constitucionalmente adequada, ou de acordo, ou orientada pela Constituição.

A despeito de Luiz Guilherme Marinoni reconhecer a existência da interpretação de acordo, para bem a dissociar – operando uma distinção digna de interferências recíprocas, infensa a qualquer esboço de estancamento mútuo – da interpretação conforme como expediente de controle de constitucionalidade, há algumas discrepâncias, senão ao menos controvérsias, que merecem detido foco em seu pensamento. Marinoni esclarece em dado ponto existirem limites para a aplicação desta salvaguarda²⁹⁹, não podendo a norma jurídica ser interpretada de acordo com a Constituição em toda e qualquer hipótese.³⁰⁰ Apesar de o processualista não vislumbrar exemplos na amostragem dessa demarcação, é possível dizer que adota semelhante advertência propalada por Juarez Freitas³⁰¹, quando este afirma ser

²⁹⁹ Sobre a natureza jurídica da interpretação conforme, existe uma clara divisão na doutrina, quer apontando para um princípio de interpretação constitucional, quer conferindo-lhe raízes de cunho hermenêutico. De qualquer modo, adotamos um posicionamento propositadamente eclético de maneira a fazer eclodir a intensidade das críticas no momento prático da interpretação conforme, na incidência de sua realização concreta judicativa, e não num plano preliminar de mero assentamento conceitual. Portanto, é forçoso o reconhecimento de que a Constituição não pode ser refletida de forma isolada, como se a sua eficácia operativa ocorresse de maneira estanque, pois “é no relacionamento com o ordenamento jurídico e com a concretização do texto constitucional, quase sempre através da mediação de normas ordinárias, que a norma constitucional é construída” (MARTINS, João Zenha. *Interpretação Conforme com a Constituição*. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 835).

³⁰⁰ Segundo o autor, exerce-se o controle de constitucionalidade quando a norma ordinária não puder ser interpretada de acordo com a Constituição, tendo a sua aferição objetiva posta em relação aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais (*Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 94).

³⁰¹ Afirma Humberto Ávila que uma regra, mesmo deixando de ser aplicada, é paradoxalmente aplicada ao funcionar como base axiológica para lhe contrapor o sentido aparente, concorrendo para a construção de novas possibilidades interpretativas (*Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 56). Posição diversa é a de Juarez Freitas, para quem “a decisão *contra legem* representa um equívoco estratégico, porque perante determinada lei injusta e aberrante não se deve decidir contrariando-a, mas suprimi-la pela declaração de sua inconstitucionalidade, na exata medida em que agride o sistema” (*A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 200). Na mesma esteira, Virgílio Afonso da Silva, ao dizer que “o cânone interpretativo que constranja o juiz a tentar salvar uma lei da inconstitucionalidade tende a tornar essa possibilidade de atrito ainda maior” (*A presunção de constitucionalidade das leis, a interpretação conforme e o dogma da legislação negativa*. In *Revista O Direito, Faculdade de Direito de Lisboa, Ano 138, 2006, I*, p. 42). Em uma de suas últimas obras, Humberto Ávila adere a uma matriz ordenadora, dita procedimentalizada em consonância ao paradigma acatado pela Constituição da República de 1988, para com o fito de guarnecer o Estado Democrático de Direito das decisões destemperadas, mormente agressoras do princípio da igualdade; dentre o princípio da igualdade geral e a igualdade individual, esta sugerindo a consideração de elementos particulares para o afastamento do padrão legal, aquela preconizando a adoção da regra matriz da generalidade dos casos, propugna um “modelo moderado de igualdade particular procedimentalizada: “o modelo particularista não é abandonado, mas permanece como contraponto para a generalização, na medida em que os padrões legais utilizados, além de deverem ser compatíveis com a maioria dos fatos efetivamente praticados, devem possuir cláusulas de retorno ao modelo particularista, desde que a decisão individualizada não prejudique nem o alcance da finalidade substancial do padrão, nem a segurança jurídica que suporta a sua utilização, em virtude da pouca probabilidade de reaparecimento freqüente de situação

preferível o reconhecimento da inconstitucionalidade em comparativo a uma interpretação que alcance à norma jurídica sentido de que ela não dispõe.

2.5 A tese dos limites textuais ou semânticos quanto ao manejo da interpretação conforme: repercussões quanto ao (censurável) significado da única possibilidade abstrata de interpretação da lei

Afigurando-se pressupor ou intuir qual seria, teoricamente, dito limite, diríamos que o alcance literal dos dispositivos legais é normalmente invocado como tal, a obstaculizar a viabilidade do instituto da interpretação conforme diante da contundência seja do texto, ou mesmo, como supõem alguns, da teleologia legislativa incrustada e perceptível mediante critério no preceito sob análise. Contudo, Marinoni, mais adiante, assevera a encruzilhada decisória de duas possibilidades para o magistrado que se vê diante de uma lei inconstitucional ou cuja aplicação literal conduza a juízo de inconstitucionalidade.³⁰² Ora, ao admitir o processualista que tanto poderá o juiz deixar de aplicar a lei (controle difuso), como proceder à interpretação conforme, neste caso emitindo a única interpretação que não obrigue à declaração de invalidade constitucional, desaparece toda e qualquer amostra daquele anterior alegado limite, tendo em vista que nesta alternativa (da interpretação conforme) concorrem os seus dois aspectos mais extremados, a saber, a própria inconstitucionalidade da lei ou a sua disposição literal que convoque a inconstitucionalidade.³⁰³

Quando, em alternativa ao controle difuso de constitucionalidade (deixar de aplicar a lei), Marinoni tolera o cânone da interpretação conforme, está se referindo ao instrumento também tido por ele como pertencente à fiscalização de constitucionalidade, ou seja, a interpretação conforme (e não a interpretação de acordo), na medida em que, uma vez utilizado, conduz à unívoca interpretação do ato normativo. O autor, para efeito de distinguir uma da outra, propõe o critério, discutível, da contenção preliminar de significados, seja o excesso ou a carência interpretativa para a norma jurídica invocada, isto é, uma ou outra será pertinente consoante a maior ou menor (neste caso, exclusiva) carga de sentido em conformidade ao Texto Maior. Assim, a interpretação conforme, consistindo no expediente

similar por dificuldade de ocorrência ou de comprovação” (*Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85).

³⁰² *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 95.

³⁰³ É bem de se notar que, em termos de epistemologia e metodologia aqui traçadas, não há diferença entre lei inconstitucional ou cuja aplicação (literal ou não) leve à inconstitucionalidade, porquanto o sentido ou a interpretação (com sede em Gadamer, nesta homogênea tríade compreender-interpretar-aplicar) da lei não podem ser cindidos ao estilo desta suposição, como se houvesse uma inconstitucionalidade numênica ou “em si”, diversa de outra inconstitucionalidade decorrente do sentido da norma jurídica.

último (de tensão máxima entre legislação e jurisdição) em detrimento da decretação de inconstitucionalidade da lei (não aplicação), somente poderá propor o único resultado que ainda sobrevive (há, portanto, uma carência significativa) à luz do ordenamento constitucional. Por seu turno, a interpretação de acordo pressuporia a viabilidade de duas ou mais interpretações segundo os métodos clássicos de interpretação (excesso de significados).³⁰⁴

Esta metafísica condicionante abriga dois problemas, de antemão: confirma o efeito vinculante expedido na interpretação conforme, de modo a impedir qualquer outra interpretação compatível com a Constituição e faz confundir, na interpretação de acordo, embora a louvável iniciativa de referendá-la em termos conceituais, o vetor positivo de efetiva tutela do direito em consonância à Carta Maior com o vetor negativo de alguma análise autorizadora anterior (*a priori*) de acordo com os cânones tradicionais da hermenêutica jurídica em virtude da especulação meramente semântica do texto normativo, de modo a se trazerem dificuldades para a sua reclamada faceta em benefício da efetividade constitucional do processo (a teoria da ação adequada à tutela do direito material e ao caso concreto a partir da Constituição).³⁰⁵ Diante da totalidade eficaz que se espera (e exige) da resposta constitucionalmente adequada para fazer valer a Constituição em normas de aplicação (adjudicação de sentido) aos casos concretos³⁰⁶, ela tanto poderá deixar de aplicar textos jurídicos cuja filtragem não se mostra possível para salvaguardá-los em validade normativa (controle de constitucionalidade), quanto poderá, mediante recursos hermenêuticos, como as sentenças interpretativas, compatibilizar ditos textos (ou normas em padrão interpretativo), deficitárias na situação sob exame do ponto de vista de sua constitucionalidade aplicativa, em decisões adequadas ao Texto Maior.

Ademais, não se consegue compreender a diferença de tratamento entre a interpretação conforme e a interpretação de acordo, mormente naquele critério antecipado de “única” interpretação ou “variadas” interpretações para uma e outra, respectivamente. Por exemplo, por que Marinoni aquiesce, diante de lei inconstitucional, apenas com a interpretação conforme, e não com a interpretação de acordo, que também seria apta a erradicar uma inconstitucionalidade, conferindo uma interpretação constitucional ao dispositivo maculado ou cuja aplicação literal perpetre uma inconstitucionalidade aplicada?³⁰⁷ Por que equiparar a situação de lei inconstitucional com a hipótese de lei cuja aplicação literal conduza a um juízo

³⁰⁴ *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 115.

³⁰⁵ *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 227-303.

³⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 268.

³⁰⁷ *Teoria Geral do Processo... op. cit.*, pp. 94-95.

de inconstitucionalidade, sendo ambas autorizadas da interpretação conforme, repita-se, expediente de controle de constitucionalidade, se o próprio autor critica o pensamento dominante do Estado Liberal, segundo o qual a norma se confunde com o seu texto, e a jurisdição, portanto, encarna função subalterna de revelação das palavras do legislador?³⁰⁸ Supõe-se que postura assim defendida (e com razão) não erradicaria a interpretação de acordo diante de uma inconstitucionalidade “literal”, tida como equivalente à inconstitucionalidade da lei “em si”, eis que, nas palavras dele próprio, “o juiz não é mais um funcionário público que objetiva solucionar os casos conflitivos mediante a afirmação do texto de lei, mas sim um agente do poder que, através da adequada interpretação da lei e do controle da sua constitucionalidade, tem o dever de definir os litígios fazendo valer os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais”.³⁰⁹

Qual é o limite entre declarar a inconstitucionalidade da lei e conferir-lhe interpretação em conformidade à Constituição? Marinoni apregoa que, no controle difuso, “todos os juízes têm o dever de verificar se a lei, invocada pelo autor ou pelo réu ou apenas necessária à resolução do litígio, é constitucional ou não, possuindo, assim, a incumbência de apreciar a questão constitucional de forma incidental no caso concreto”.³¹⁰ E, ao externar este dever de ofício do magistrado típico de sistemas de ou com fiscalização concreta, prossegue no raciocínio, o juiz confere a sua interpretação, analisando-a como questão incidental, ou aplica a lei, por admitir a sua constitucionalidade.³¹¹ E, nesta última circunstância, o que significa “aplicar”, em qual extensão construtiva este importante verbo deve ser vislumbrado no Estado Constitucional e Democrático de Direito? Para Marinoni, tal dever implica, retomando aquela distinção enunciada em *Teoria Geral do Processo*, em realizar o controle de constitucionalidade no caso concreto ou interpretar a lei de acordo com a Constituição.³¹² A interpretação conforme seria a extrema salvaguarda hermenêutica no controle de constitucionalidade, de manutenção do preceito legal para que não seja o dispositivo, como questão incidental, afastado pela sua inconstitucionalidade.

Por outro lado, para bem diferenciar o Estado de Direito Democrático do Estado Legislativo, em que a decisão se limitava a declarar ou a aplicar a lei de forma subalterna, Marinoni explicita a sua concepção acerca da interpretação de acordo, quando o *decisum* passa a constituir a norma jurídica do caso concreto, “fruto do dever judicial de interpretar a

³⁰⁸ *Teoria Geral do Processo... op. cit.*, pp. 23-39.

³⁰⁹ *Teoria Geral do Processo... op. cit.*, p. 93.

³¹⁰ *Coisa Julgada Inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 18-19.

³¹¹ *Coisa Julgada Inconstitucional... op. cit.*, p. 20.

³¹² *Coisa Julgada Inconstitucional... op. cit.*, p. 29.

lei de acordo com os direitos fundamentais e de realizar o controle de constitucionalidade na via incidental”.³¹³ Note-se que, nesta última parte, a realização do controle de constitucionalidade na via incidental implica ou deixar de aplicar a lei ou atribuir-lhe interpretação conforme com único resultado, possibilidade mútua que leva em consideração a virtual inconstitucionalidade da norma jurídica, característica que não se verifica na interpretação de acordo, cujo pressuposto leva em conta a interpretação constitucionalmente adequada do preceito ao caso concreto, independentemente do juízo abstrato de sua conformidade ao Texto Maior. E esta interpretação de acordo, enquanto decisão judicial concreta, de aplicação da lei, não se pode confundir com o juízo acerca da constitucionalidade da lei, quando a sua controvérsia implicará, se for o caso, num outro tipo de decisão interpretativa não incidente sobre a repercussão concreta, senão sobre o juízo de validade do ato normativo. E o juízo da constitucionalidade da lei poderá acarretar uma interpretação conforme, embora despida de caráter vinculante sem razões de subordinação negativa (somente serão vinculantes as razões de chancela inconstitucional em sentido contrário ao julgamento desta conformidade pelo STF, seja no controle concentrado, direto, seja no difuso, por via recursal).³¹⁴

A interpretação de acordo, portanto, seria uma dada modalidade de argumentação em prol da técnica processual adequada ao direito fundamental à tutela jurisdicional, em atendimento “de uma interpretação que, sendo capaz de atender às necessidades de direito material, confira a devida efetividade ao direito fundamental à tutela jurisdicional”.³¹⁵ Ao logo definir a interpretação conforme também neste plano argumentativo, não se consegue com clareza identificar a proposta de diferenciação para com a interpretação de acordo, especialmente quando Marinoni traz à baila outra modalidade em benefício da técnica

³¹³ *Coisa Julgada Inconstitucional... op. cit.*, pp. 39 e 63.

³¹⁴ E aqui merece ser endossada sem reparos a tese nuclear de Luiz Guilherme Marinoni: “Exatamente porque a decisão judicial não se confunde com a lei, a declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal não tem o efeito de invalidar a decisão do juiz ordinário” (*Coisa Julgada Inconstitucional... op. cit.*, p. 81). Contudo, a procedência da tese fica nebulosa diante de qualificativos usados nesta obra, a ponto de pretender o seu autor, por eventual apego a conceitos abstratos tão tacanhos quanto ao “sentido literal” por ele criticado em homenagem à coisa julgada constitucional nesta sua digna preservação da constitucionalidade interpretativa em vista de ulterior decretação de inconstitucionalidade da lei, deixar margem arbitrária (desmesurada) para a retroatividade de julgamento do STF que declarou lei “flagrantemente inconstitucional” como contrária ao Texto Maior em controle concentrado. O que seria esta flagrante inconstitucionalidade de que fala o processualista? Por que motivos acreditar que a preservação da coisa julgada constitucional, preconizada por Marinoni, apenas lidaria com dispositivos cujo enunciado não seria flagrantemente inconstitucional? O que aconteceria se o Supremo Tribunal, na exposição dos seus motivos para a decretação abstrata de inconstitucionalidade, aduzisse que o objeto em causa revelava-se “flagrantemente inconstitucional”? A tese ora exposta cairia por terra através de argumentos por ela própria expostos (*Coisa Julgada Inconstitucional... op. cit.*, p. 41).

³¹⁵ *Teoria Geral do Processo... op. cit.*, p. 128.

processual adequada à tutela jurisdicional, qual seja, a concretização de norma geral aberta.³¹⁶ A interpretação conforme, pelo conceito dado, em sendo um procedimento “de ajuste” para não ser a lei julgada inconstitucional, também levaria em consideração as necessidades do caso concreto, porém, diferentemente da interpretação de acordo, pode-se concluir desta forma, não resultaria capaz de atender às necessidades de direito material, por afetar o plano de validade da norma jurídica enquanto critério geral, antes, portanto, de sua incidência particular a exigir acomodações hermenêuticas de outra ordem. A importância desta obscuridade está em atribuir a importância destes expedientes na realização das tutelas reivindicadas pelo direito material, núcleo prático ínsito ao que se supõe consistir a tutela jurisdicional efetiva.³¹⁷

Como a tutela jurisdicional somente se aperfeiçoa com a atividade executiva, não mais se contentando com a mera prolação sentencial, salvo nas hipóteses em que a decisão já consagra e atende o direito material pretendido, encontrar a técnica processual idônea à proteção deste direito material apenas se pode encontrar na interpretação de acordo, na qual também incide, como uma das formas de sua operacionalidade, aquele outro instrumento de concretização de normas gerais abertas. Isto porque a interpretação conforme à Constituição como mecanismo estrito de controle de constitucionalidade apenas contribui na salvaguarda do preceito normativo com o fito exclusivo de preservá-lo do juízo extremo de inconstitucionalidade, como consectário do direito à ação adequada à tutela do direito garantido pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, direito este garantido a todos e, assim, não dependente da existência (juízo de procedência) do direito material postulado no processo.³¹⁸

Todos têm o direito de, ao ingressarem em juízo, serem preservados da aplicação de normas jurídicas inconstitucionais e, como mecanismo de garantia hermenêutica promovida pelo juízo, de serem contemplados com a correção normativa de uma dada interpretação

³¹⁶ *Idem, ibidem.*

³¹⁷ Castanheira Neves assinala, prestando referência a Ihering, que o direito somente adquire autêntica existência através da sua realização: “a realização do direito não se esgota na simples aplicação das prévias e positivas normas jurídicas (v. g., as normas legais), já que a problemático-judicativa decisão jurídica concreta só é possível mediante específicas dimensões normativas e constitutivas que essa mera aplicação não considera – dimensões que manifestam assim na realização problemático-judicativa uma mediação normativa juridicamente constitutiva entre a norma (a normatividade positivamente pressuposta) e a decisão concreta, e obrigam a distinguir entre ‘realização do direito’ e a mera ‘aplicação de normas’ (jurídicas)” (*Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 26).

³¹⁸ *Teoria Geral do Processo... op. cit.*, p. 295. Aqui Marinoni diferencia o direito à tutela jurisdicional do direito do direito à ação adequada à tutela do direito. A tutela jurisdicional do direito corresponde à ação concreta, isto, é “da ação que depende de uma sentença favorável” (*Idem*, p. 289). Já o direito à ação adequada à tutela do direito consiste na ação adequada ao plano do direito material, ou seja, “uma ação que seja estruturada de forma tecnicamente capaz de permitir a tutela do direito material”, ainda que a sentença seja de improcedência (*Idem, ibidem*).

conforme o ordenamento constitucional. Somente a interpretação de acordo, assim, atende, como um *plus*, à tutela jurisdicional do direito decorrente do direito material postulado e de sua exigível realização através dos meios executivos adequados, cujo reclamo hermenêutico independe, para efeito de concretização do direito material, do grau de abertura das normas jurídicas envolvidas.³¹⁹ A interpretação conforme à Constituição, por conseguinte, ao se encontrar à disposição de qualquer operador jurídico como mecanismo hermenêutico de filtragem constitucional, não se deixa sufragar mediante a instituição sistemática, estrito senso, da jurisdição constitucional, porquanto sua instância de validade está umbilicalmente associada à aplicação do direito, inclusive a ponto de se defender uma “correção interpretativa do conteúdo das normas, através do apelo à Constituição”.³²⁰

No que concerne à vinculação aos direitos fundamentais, há que ressaltar a particular relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, mas que exercem, para além disso, (e em função disso) o controle da constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais, de tal sorte que os tribunais dispõem (...) simultaneamente do poder e do dever de não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade. É neste contexto que se têm sustentado que são os próprios tribunais, de modo especial a Jurisdição Constitucional por intermédio de seu órgão máximo, que definem, para si mesmos e para os demais órgãos estatais, o conteúdo e sentido “correto” dos direitos fundamentais. Paralelamente a esta dimensão negativa da vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, J. Miranda, ilustre mestre de Lisboa, aponta a existência de uma faceta positiva, no sentido de que os juizes e tribunais estão obrigados, por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico.

³¹⁹ Tome-se aqui o direito material como pressuposto ou fundamento da interpretação conforme e da interpretação de acordo, exigência análoga ao inarredável postulado de instrumentalidade do processo como veículo, de modo a não se figurar em conceitos processuais o esteio existencial da satisfação de direitos. Valemo-nos do registro de Ovídio Baptista da Silva sobre o limite fático de novas terminologias para instrumentos cuja função sempre apontou para o direito material, sendo o plano da efetividade intocável em aprimoramentos segundo o mero combate ou ajuste gramatical: “Que faria o advogado, sem essa ação inibitória? A resposta é singela: o advogado faria e sempre o fará o que lhe permite o direito material. O processo, ontologicamente, é instrumento de realização do direito material. É veículo, que haverá de transportar algo, alguma substância (alguma matéria, algo ‘material’). Esta é uma conclusão lógica determinada pela redação do art. 461 (*‘Na ação que tenha por objeto o cumprimento de uma obrigação . . .’*). Quem, senão o direito material, dará ao juiz essa ‘obrigação’? Se não for o direito material, se couber ao juiz a ‘criação’ de uma ‘ação para o caso’, então teríamos, sem mexer no sistema, instituído a figura de um Pretor romano entre nós, o magistrado que, exercendo as funções hoje conferidas ao Poder Legislativo, ‘criava direito para o caso’, assim como nós, desajeitadamente, contra a natureza das coisas criamos ‘normas para o caso’” (*O novo processo cautelar*. Revista Forense. Rio de Janeiro, Forense, v. 398, jul./ago., 2009, p. 168). Portanto, a adequação judicativa (decisória) que se supõe consagrar no caso concreto, tanto em termos de interpretação conforme em prol de um constitucional critério de resolução prático-jurídica da situação sob exame, quanto em termos de oferecer meios idôneos, mediante interpretação de acordo, para a tutela do direito afligido, não resulta parida do mundo dos conceitos, ou criada mediante jurisdição declaratória, senão desempenhada em função dos próprios contornos do direito material envolvido.

³²⁰ BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional. Tomo II. O Contencioso Constitucional Português Entre o Modelo Misto e a Tentação do Sistema de Reenvio*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 330, ponto em que faz referência à doutrina de Castanheira Neves.

Ainda no âmbito destas funções positiva e negativa da eficácia vinculante dos direitos fundamentais, é de destacar-se o dever de os tribunais interpretarem e aplicarem as leis em conformidade com os direitos fundamentais, assim como o dever de colmatação de eventuais lacunas à luz das normas de direitos fundamentais (...). Neste contexto, constata-se que os direitos fundamentais constituem, ao mesmo tempo, parâmetros materiais e limites para o desenvolvimento judicial do Direito. Por outro lado, a condição peculiar do Poder Judiciário, na medida em que, sendo simultaneamente vinculado à Constituição (e aos direitos fundamentais) e às leis, possui o poder-dever de não aplicar as normas inconstitucionais, revela que eventual conflito entre os princípios da legalidade e da constitucionalidade (isto é, entre lei e Constituição) acaba por resolver-se em favor do último.³²¹

Tomando-se o exemplo usado por Marinoni e para bem diferenciar as duas hipóteses de interpretação conforme, uma específica ao direito material invocado (de acordo), outra geral para prestigiar a ação adequada ao plano hipotético (virtual, em termos de condições de possibilidade) do direito material, ambas independentes do controle difuso em que se colima a inconstitucionalidade da lei aplicanda, cabe referir a tutela antecipatória prevista em nosso ordenamento processual, no artigo 273 do Código de Processo Civil.³²² A interpretação conforme, assim, evitaria a decretação de inconstitucionalidade do preceito que afirma que a antecipação de tutela não pode ser concedida quando puder causar efeitos irreversíveis ao réu, porque não se justifica a preterição abstrata deste critério em virtude de cogitáveis – e inconstitucionais – interpretações que obstaculizariam, a não mais poder, em condições invencíveis, a concessão de tutela antecipada, ainda que o direito do autor se mostre provável e ameaçado de lesão. Até mesmo porque, em sendo o critério normativo o fator de realce e adequação propiciado pela interpretação conforme, a partir do qual a aplicação concreta será efetuada na conformidade decisória com o Texto Maior, o receio de abusos na aplicação, como é o caso, além de deslocar o impasse para a interpretação de acordo, por conclusão lógica, absolve o critério legal adotado, pois não resulta ele em confronto com a Lei Maior, mas as suas supervenientes interpretações aos futuros casos.

O fato é que da constitucionalidade deste critério normativo em virtude de sua compatibilidade material com a Constituição no tocante ao princípio do acesso à justiça e do devido processo legal, a possibilitar meios de ação adequada capazes de permitir a efetiva tutela do direito material, decorrem as variantes de interpretação de acordo com o caso concreto e com as matizes do direito material envolvido, de maneira a se possibilitarem respostas constitucionalmente adequadas (de acordo) em específico com a situação sob exame do Poder Judiciário, com o que, por exemplo, poderá ser demonstrada a inviabilidade prática da tutela antecipada pelo valor do direito do demandado, mais provável do que o do autor, não

³²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 395-397.

³²² *Teoria Geral do Processo... op. cit.*, p. 115.

justificando o risco da irreversibilidade.³²³ Portanto, a indevida concessão da tutela antecipada será combatida não através de uma prévia interpretação conforme, como sugere Marinoni, mecanismo que atribuiria reservas ao dispositivo processual em comento na hipotética consideração do caso concreto para não ser declarada a sua inconstitucionalidade, senão mediante uma concreta aplicação de acordo que investirá na adequada decisão de tutela ao direito material conforme os pressupostos previstos naquele preceito. Assim sendo, em vez de o juiz concluir que o texto legal apenas proíbe a concessão da tutela antecipada quando o valor do direito do demandado, diante do caso concreto, não justificar tal risco de irreversibilidade, numa pretensa salvaguarda de inconstitucionalidade daquela regra jurídica diante de uma possível arbitrariedade a ser cometida não por ela, mas pela sua equívoca interpretação, o juiz, isto sim, interpretará esta lei de acordo com a Constituição, para alcançar o exercício do direito a quem efetivamente atender aos requisitos previstos em lei.

Até mesmo porque a prudência recomendada pelos termos indeterminados ou factíveis de concretização utilizados na norma jurídica não assegura, por si, a adequada aplicação que dela se espera com aporte no texto constitucional. Mesmo que se possa criticar referida cautela no manejo de expedientes interpretativos tópicos, como o princípio da razoabilidade, pela sua alegada inocuidade de não poder emprestar de antemão limites ou restrições quanto à admissibilidade da interpretação conforme, tampouco se consegue, em alternativa, oferecer uma fórmula algébrica de modo a preencher o vazio ou a lacuna alvo daquela crítica, a incorrer no mesmo patamar qualitativo de dependência da situação específica sob julgamento, em que, malgrado a intencionalidade de se intentar oferecer diretrizes genéricas, parece ser predisposta na interpretação conforme “uma ponderação dos diferentes elementos da interpretação em face das circunstâncias concretas de cada caso”.³²⁴

³²³ Também em relação à tutela antecipatória, Luiz Guilherme Marinoni afirma não existir violação ao núcleo elementar do direito fundamental de defesa quando o fundamento daquele mecanismo processual de efetividade se funda em perigo e verossimilhança da alegação pelo autor (*Teoria Geral do Processo... op. cit.*, p. 443). Mais uma vez, o critério normativo, com razão, não merece ser questionado na sua inconstitucionalidade global (total, com o fito de sua expunção do ordenamento jurídico) pela hipotética usurpação arbitrária destes pressupostos valorativos em detrimento do autor ou do réu, pois serão tais condicionantes aferidos, e eventualmente coibidos na sua indevida análise ponderativa, na aplicação decisória (razão prática constitucionalmente adequada em concreto).

³²⁴ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 308. O que não significa desabonar o recurso à prudência na prática legislativa por alguma suposta imprestabilidade em virtude da necessária e indispensável complementaridade hermenêutica de *applicatio*, porque nem mesmo a mais inequívoca redação asseguraria o fiel propósito de estrito cumprimento unívoco das normas, expectativa unicamente contemplada em matrizes normativistas de pensamento. Evidência deste porte está na indevida crítica atribuída à elaboração das súmulas vinculantes que se utilizam de expressões transitivas, de exigível repercussão concreta, como, por exemplo, o verbete de número 11, o qual sugere a razoabilidade no uso das algemas (“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade