

O MODO DE APLICAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO  
CONFORME A CONSTITUIÇÃO:

A (in)capacidade da superação do giro-linguístico na prática  
dos tribunais ao Supremo Tribunal Federal

Vinicius Ferrasso<sup>1</sup>

**RESUMO:** A hermenêutica heideggeriana é um adjetivo, cuja função foi qualificar a fenomenologia e, em sentido mais amplo, a filosofia, concebendo a questão do *ser* para operar a compreensão, ao passo que a hermenêutica filosófica, exurgida a partir da segunda metade do século XX, seria a descoberta de um campo novo de exploração do problema do conhecimento, onde Gadamer opera a compreensão no contexto de um projeto que procura recuperar a historicidade da cultura e do mundo vivido, a totalidade da cultura humana deve ser compreendida como envolvido num acontecer da historicidade de um sentido que nunca recuperamos em sua plenitude. Segundo Ernildo Stein, Gadamer apresenta uma teoria capaz de gerar definitivamente a denominada “consumação hermenêutica”. Destacando uma preocupação de ordem metodológica e não ontológica (sentido *heideggeriano-gadameriano*), a partir da passagem da filosofia-hermenêutica para a hermenêutica-filosófica, demonstra-se a cisão do método (primeiro compreender, depois interpretar), um processo interpretativo puramente reprodutivo (*Auslegung*) para a produção de sentido (*Sinngebung*), em que o intérprete adjudica sentido, a partir de sua própria condição de ser-no-mundo. Analisa-se brevemente a aplicação da interpretação conforme a Constituição nos Tribunais, e ao final, com ênfase na Reclamação Nº 4335-5/AC, identifica-se que o STF não compreendeu plenamente a superação do giro-linguístico apresentado pela hermenêutica filosófica, intendendo que possui poderes para a atribuição livre de sentido no uso do mecanismo de interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Sinngebung*), desse modo, enfraquecendo a força normativa da Constituição.

**Palavras-Chave:** Hermenêutica filosófica. Decisão Judicial. Constituição. Controle de Constitucionalidade.

**ABSTRACT:** The heideggeriana hermeneutics is an adjective, whose function was to qualify phenomenology and, more broadly, the philosophy, the question of being conceived to operate the understanding, whereas the philosophical hermeneutics, exurgida from the second half of the century XX, would be the discovery of a new field of exploration of the problem of knowledge, understanding where Gadamer operates in the context of a project that seeks to recover the historicity of culture and the lived world, the whole of human culture must be understood as involved in happen the historicity of a sense that never recovered to its fullest. According Ernildo Stein, Gadamer presents a theory definitively able to generate so-called "hermeneutic consummation." Highlighting a concern methodological and not ontological (Heidegger's sense-gadameriano), from the passage of hermeneutic philosophy to philosophical hermeneutics, it is shown the split method (first to understand, then to interpret) a purely reproductive interpretive process (*Auslegung*) for the production of meaning (*Sinngebung*), in which the interpreter adjudicates meaning from their condition of being in the world. It analyzes briefly the application of interpretation according to the Constitution in the Courts, and in the end, with an emphasis on Complaint No. 4335-5/AC, it is identified that the Supreme Court did not fully understand overcoming the linguistic turn presented by philosophical hermeneutics, intendendo which has powers to the free attribution of meaning in the use of the interpretation mechanism according to the Constitution (*verfassungskonforme Sinngebung*), thereby weakening the normative force of the Constitution.

**Keywords:** Philosophical Hermeneutics. Judicial Decision. Constitution. Judicial Review.

---

<sup>1</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

## 1 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA EM HANS-GEORG GADAMER

Conforme Stein a hermenêutica por um lado é apenas integrada em posições filosóficas receptivas para o conceito, sem que elas mesmas deixem de manter as suas características predominantes. Por outro lado, a hermenêutica inaugura estilos novos de análise, alguns dos quais se tornam predominantes, quando não excludentes de outras posições. A hermenêutica possui conceitos conhecidos como compreensão, interpretação, círculo hermenêutico, antepredicativo e pré-compreensão. E, desses conceitos, abriu um novo espaço na filosofia que tinha diversos lados que o aproximavam da questão do conhecimento. A crítica principal aos traços modernos da teoria do conhecimento será a partir da procedência da hermenêutica da fenomenologia, direcionada a questão da subjetividade. A hermenêutica, compreendida desde o horizonte da fenomenologia hermenêutica, não era mais simplesmente um método de interpretação ou de compreensão, mas surgia para condições de possibilidades que integravam qualquer tipo de conhecimento com era entendido pela teoria do conhecimento.<sup>2</sup>

Na segunda metade do século XX podemos falar numa mudança na filosofia, vez que podemos denominar de uma descoberta de um campo novo de exploração do problema do conhecimento e, portanto, uma epistemologia hermenêutica, o que significa uma virada hermenêutica na concepção tradicional do conhecimento. Heidegger no começo dos anos vinte foi quem trouxe pela primeira vez o adjetivo “hermenêutico”, como sendo algo totalmente diferente na compreensão da filosofia, mas o autor não traz a hermenêutica adjetivada com o termo filosófica. Todavia, quando Gadamer começa a falar de hermenêutica filosófica, ele realiza uma nova mudança na compreensão da hermenêutica, que produziria um cenário muito diferente daquele que aparece em Heidegger.<sup>3</sup>

Para o filósofo Gadamer, apesar de recuar diante das pretensões da filosofia hermenêutica de Heidegger, ampliou a compreensão da hermenêutica. Como bem salienta Stein, a Filosofia para Gadamer se tornara um adjetivo da hermenêutica, do mesmo modo que já existiam outros adjetivos como, hermenêutica bíblica, jurídica, literária, histórica. A relação dessa nova hermenêutica com as hermenêuticas anteriores terminaria sendo o objetivo principal da obra de Gadamer “*Verdade e Método*”. Pois essa sua denominação dava ao autor dois tipos de liberdades: primeiramente o autor poderia introduzir uma maneira de compreender diferente daquela das ciências do espírito, ao mesmo tempo, se libertaria do uso estrito da hermenêutica,

---

<sup>2</sup> STEIN, Ernildo et al. **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de verdade e método. Organizado por Ernildo Stein e Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 10.

<sup>3</sup> Ibid., p. 11.

como aparecia em Heidegger, o que modificaria seu próprio conceito de compreensão. Tem-se uma ampliação da hermenêutica para além de qualquer limite, uma pretensão de universalidade, como sendo uma forma de criar uma disciplina que englobe toda e qualquer atividade do ser humano no campo da interpretação.<sup>4</sup> Em outras palavras, essa nova hermenêutica vem ampliar o espaço de legitimação dos processos cognitivos, o processo interpretativo tem a função de explicitar o compreendido, ou seja, a compreensão vai ocorrer em um nível estruturante, onde o sentido se manifestará de forma antecipada, assentado nos pré-juízos autênticos e inautênticos do intérprete. A entificação minimamente necessária, resultante da explicitação do compreendido, torna-se indispensável no plano da intersubjetividade, para que o interprete consiga se comunicar.<sup>5</sup>

Para Gadamer o processo compreensivo fenomenológico ocorre no campo da análise de questões filosóficas oriundas dos neokantianos, é deles que o autor receberia influências também para o conceito de compreensão do sentido. O pensamento de Gadamer não se propunha a tarefa de acompanhar Heidegger no seu modo de usar a fenomenologia hermenêutica para pensar a compreensão do *ser*. A compreensão em Heidegger chegava ao problema do ser, no nível da transcendentalidade como a compreendia a analítica existencial, já para Gadamer a compreensão foi desenvolvida no contexto de um projeto que procura recuperar a historicidade da cultura e do mundo vivido.<sup>6</sup> Nesse mesmo sentido, Streck assegura que sempre compreendemos para interpretar e não o contrário, a interpretação é a articulação do sentido projetado pela compreensão. Do mesmo modo, sem compreensão, não há interpretação; sem compreensão, não há explicitação.<sup>7</sup>

Conforme Stein a hermenêutica heideggeriana será um adjetivo, cuja função é qualificar a fenomenologia e, em sentido mais amplo, a filosofia, concebendo a questão do ser para operar a compreensão. Já para Gadamer, a tarefa da filosofia, como hermenêutica filosófica consistirá na questão do sentido, como já referido, ligado à compreensão da historicidade do mundo vivido. De modo diverso à Heidegger, a hermenêutica gadameriana desliga-se da questão do sentido do ser. Trata-se de superar o naturalismo, dado a partir do modo

---

<sup>4</sup> STEIN, Ernildo et al. **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de verdade e método. Organizado por Ernildo Stein e Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 12-13.

<sup>5</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed., rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 484.

<sup>6</sup> STEIN, op. cit., p. 14.

<sup>7</sup> STRECK, op. cit., p. 485.

transcendental, como Heidegger entendia a fenomenologia hermenêutica.<sup>8</sup> Uma vez desligada a compreensão do conceito de ser, Gadamer passa da intenção imediata (SER) para intenção reflexiva (SENTIDO). O caminho que Gadamer irá trilhar para superar o imediatismo de Heidegger, isto é, superar o conceito transcendental (Kant) ligado ao problema da compreensão do ser, consistirá num recurso a Hegel.<sup>9</sup>

A referência ao termo “substância” significaria para Gadamer, a história enquanto tradição. Refere-se Stein, que toda a subjetividade existe uma dimensão de historicidade de sentido que deve ser interpretada, mas que não pode ser tornada inteiramente transparente.<sup>10</sup> Convém notar, todo saber de “si” será dado a partir do elemento histórico (substância-tradição), caminho esse que a hermenêutica deverá percorrer, regressando a Fenomenologia do espírito hegeliana, de modo a (re)descobrir toda a subjetividade, integralmente a substancialidade que a determina.

Perseguindo a superação do imediatismo de Heidegger, tal como já referenciado, Gadamer toma a dialética hegeliana na busca da historicidade do sentido, tendo em suas mãos vários recursos hegelianos com intuito de ampliar o alcance de sua hermenêutica filosófica que, possibilitaria a inclusão dos múltiplos horizontes de sentido, que lhe traziam a história e o mundo vivido, abandonando, verdadeiramente a postura transcendental, sem a qual a fenomenologia hermenêutica de Heidegger não faria sentido. Hegel serve de grande inspiração a Gadamer, para garantir sua luta contra o imediatismo e para afirmar a constante presença da mediação no movimento da verdade assim como o autor a compreende. E esse movimento que percorre a hermenêutica filosófica, através da relação entre parte e todo, entre a compreensão e a historicidade, tem algo da circularidade hegeliana.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> “Que, com isso, entretanto se impunha uma tarefa ontológica de pensar o ser, que não era objeto. Isso a consciência filosófica em geral passou a notar apenas através da crítica de Heidegger ao conceito da pura subsistência (*Vorhandenheit*) em *Ser e tempo*”. STEIN, Ernildo et al. **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. Organizado por Ernildo Stein e Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 15.

<sup>9</sup> “Ressalva Stein, que apesar de Gadamer ter realizado uma crítica à autotransparência do pensamento em Hegel, ele servirá do movimento hegeliano para pensar a questão da historicidade”. Aqui podemos destacar que, essa especificidade em Gadamer (historicidade) seria fundamental para a hermenêutica filosófica, buscar explicações mais próximas da origem dos fenômenos. *Ibid.*, p. 16.

<sup>10</sup> “Todo o saber de si emerge a partir do elemento histórico previamente dado que denominamos, com Hegel, substância, porque esse elemento suporta, pré-lineia e delimita toda opinião e todo o comportamento subjetivos, e, com isso, toda a possibilidade de compreender uma tradição em sua alteridade histórica. A partir daí, a tarefa da hermenêutica filosófica pode ser caracterizada da seguinte forma: Ela tem de percorrer de volta o caminho da Fenomenologia do espírito hegeliana, na medida em que se mostra em toda a subjetividade a substancialidade que a determina”. GADAMER, 1972, p. 307 apud STEIN, Ernildo et al. **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. Organizado por Ernildo Stein e Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 16.

<sup>11</sup> STEIN, op. cit., p. 21.

Stein observa que, Gadamer utiliza Hegel para aproveitar um movimento de sua hermenêutica filosófica enquanto “acontecer” (*Geschehen*), aproximando assim a universalidade da ontologia da interpretação como fio condutor de uma teoria universal de “compreender” (*Verstehen*), em que justamente esse seria o acontecer, como (*Geschehen*), que o filósofo utiliza para desenvolver a sua teoria do compreender, a partir do (*Verstehen*) do primeiro Heidegger.<sup>12</sup>

Diante disso, a tradição fenomenológica de Heidegger irá ocupar na história da filosofia um lugar importante, pois trouxera através da analítica existencial, consequências inovadoras para a filosofia no século XX. Mas isso não significa uma nova teoria filosófica como se apresentavam as teorias metafísicas da tradição. Quando se refere à hermenêutica filosófica, se afirma o desenvolvimento de uma ideia que pretende dar conta da historicidade do compreender ligado ao universo da cultura humana e do mundo vivido, isto é, uma nova referência à “substância” de Hegel utilizada por Gadamer para expressar a história enquanto tradição.<sup>13</sup>

De acordo com a hermenêutica filosófica de Gadamer, a totalidade da cultura humana deve ser compreendida como envolvido num acontecer da historicidade de um sentido que nunca recuperamos em sua plenitude, nesse contexto, a filosofia se transforma em explicitação através da hermenêutica universal da existência humana na cultura. A referência conclusiva que o Prof. Ernildo Stein chega, é que Gadamer apresenta uma teoria capaz de gerar definitivamente a denominada “consumação hermenêutica”. Agora, o compreender e interpretar, enquanto um acontecer do sentido, cuja historicidade jamais se esgotam, ou seja, confluem para um vasto painel numa época histórica determinada. Desse modo, poder-se-á ter em mente que todo o saber racional se enraíza numa compreensão que nunca pode ser esgotada. Gadamer fundamentou e tornou produtiva a intuição da analítica existencial de Heidegger, nos instruindo que a hermenêutica, semelhante ao jogo de perguntas e respostas, sempre estão num acontecer, em que ela não pretende ter a última palavra.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> STEIN, Ernildo et al. **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de verdade e método. Organizado por Ernildo Stein e Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 21.

<sup>13</sup> Ibid., p. 23.

<sup>14</sup> Ibid., p. 23-24.

## 2 OS MECANISMOS DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. DO SENTIDO *AUSLEGUNG* PARA *SINNGEBUNG*

Através da crítica à hermenêutica jurídica tradicional, segundo Lenio Streck, ainda baseia-se na metafísica clássica e na filosofia da consciência, a partir da fenomenologia hermenêutica, como visto, pela qual o horizonte do sentido é dado pela compreensão (Heidegger) e ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer), “onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado e interpretação faz surgir o sentido”, faz uma viragem na interpretação no Direito, destacando uma preocupação de ordem metodológica e não ontológica (sentido *heideggeriano-gadameriano*), tendo o mérito de deslocar o *locus* da problemática relacionada a “fundamentação” do processo compreensivo-interpretativo do “procedimento” para o “modo de ser”.<sup>15</sup>

Conforme o autor inicia-se o processo de superação dos paradigmas metafísicos objetivistas (aristotélico-tomista) e subjetivista (filosofia da consciência), os quais, de um modo ou de outro, até hoje tem sustentado, de um lado, as teses exegético-dedutivistas-subsuntivas dominantes naquilo que vem sendo denominado de hermenêutica jurídica, e, de outro, um ingênuo “livre atribuir de sentidos”, produto de uma equivocada interpretação do oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito.

Observa-se que a crise desse modelo liberal-individualista, ainda não foi superada, percebeu-se, todavia, que a inefetividade do Direito não se encontrava apenas no exegetismo (sintático) ainda fortemente presente na doutrina e na jurisprudência, mas também, nas teorias voluntaristas, que, sob o pretexto de superar o “juiz boca da lei”, apostaram na liberdade interpretativa dos juízes e tribunais, resultando no *establishment*, ou seja, passou-se a investir em projetos de vinculação jurisprudencial.<sup>16</sup>

Atualmente, as práticas hermenêuticas interpretativas vigorantes hegemônicas no campo da operacionalidade – incluindo aí doutrina e jurisprudência – ainda estão presas à dicotomia “*sujeito-objeto*”, refratárias à viragem linguística de cunho pragmatista-ontológico ocorrida contemporaneamente, em que a relação passa a ser “*sujeito-sujeito*”, em outras palavras, a linguagem no campo jurídico em *terra brasilis* é uma terceira figura que se interpõe entre o sujeito e o objeto, servindo de condutor de essências e corretas exegeses dos textos legais. De outra banda, com o objetivo de superar as correntes objetivistas, surgem as diversas (neo)teorias

<sup>15</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 19.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 17.

– neoconstitucionalismo/neoprocessualismo – que apostam protagonismo judicial e instrumentalismo processual.<sup>17</sup> Isso, cria o “*pranprincipiologismo*”, uma espécie de fábrica de princípios sem nenhum tipo de normatividade, que contrariamente, não podem ser denominados de princípios, pois para serem princípios precisam ter normatividade, ter força de norma, princípio sem norma é como álibi teórico para o protagonismo judicial. Por isso, a necessidade da crítica à hermenêutica jurídica tradicional tal como o Prof. Lenio refere-se, vez que o que rege o processo de interpretação dos textos legais são suas próprias condições de produção, que aparecerão como se fossem provenientes de um lugar virtual, ou de um lugar fundamental, essa condição de possibilidade parte do pressuposto que as palavras são plurívocas, tanto que esses vários sentidos contidos nas palavras (não-essencialismo) o próprio Kelsen já detectava a muito tempo conforme destaca o autor.<sup>18</sup>

A possibilidade de interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme auslegung*)<sup>19</sup> apresenta-se como um relevante e fundamental mecanismo para a constitucionalização dos textos normativos infraconstitucionais. Desse modo, a interpretação nos termos da constituição, apresenta-se com um princípio imanente do seio da Constituição, isto é, a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela, e sendo um princípio fundamental imanente do próprio dever de zelar pela constituição, deve vincular os juízes e tribunais a reconhecer sua força normativa, sob a pena de negar a própria Constituição.<sup>20</sup> Resulta afirmar que, caso o cidadão no decorrer de uma ação, seja obstado da aplicação do princípio da interpretação conforme a Constituição, já estará apto a interposição do Recurso Extraordinário, diante da presença do prequestionamento. Como observa Streck, “Em sendo a interpretação conforme (*verfassungskonforme auslegung*) um princípio imanente, é direito subjetivo da parte que – em sendo efetivamente hipótese de seu cabimento – o juiz, o tribunal superior ou o Supremo Tribunal aplique o citado princípio”.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 19.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>19</sup> Como denominado na Alemanha, esse princípio constitucional, alicerçado na força normativa constitucional alemã, traz que “uma lei não deve ser declarada nula quando pode ser interpretada em consonância com a Constituição, não sendo admitida apenas quando a lei, sem a consideração de pontos de vista jurídico-constitucionais, admite uma interpretação que é compatível com a Constituição, mas também normas materiais para a determinação do conteúdo das leis ordinárias”. HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

<sup>20</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 443.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 444.

A institucionalização do princípio (*verfassungskonforme auslegung*) no direito brasileiro é dada com a edição da Lei 9.868/99, a partir desse momento tem-se a interpretação conforme a constituição e a declaração parcial de nulidade sem redução de texto institucionalizada, admitindo agora, que a função do Poder Judiciário não estaria restrita somente ao controle de constitucionalidade, mas fundamentalmente, de agir como “legislador negativo”<sup>22</sup>, um modo vinculado do papel do Direito à Constituição para assegurar o Estado Democrático de Direito.

Convém repisar que, dada institucionalização por meio da Lei 9.868/99, mais precisamente no Art. 28, parágrafo único, quando o Tribunal exerce a fiscalização abstrata, ele atua conforme já bem observado, como legislador negativo (atípico), nesse instante é que se consagra o princípio da interpretação reflexa da Constituição, tornando possível a compatibilização da norma de conteúdo abrangente, isto é, admitindo uma múltipla interpretação constitucional, a partir da semântica plurívoca (sentido através da linguagem)<sup>23</sup> das palavras que formam o texto, mas sempre respeitando o limite entre o teto-hermenêutico da relação jurisdição-legislação.

Esse mecanismo assume uma condição privilegiada no plano hermenêutico, pois se trata de um salto paradigmático que rompe com as concepções tradicionais de interpretação constitucional e com a própria concepção de separação de poderes de Estado, que por muitas vezes leva o jurista a renunciar a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de leis, toda vez que ocorre a possibilidade de salvá-la por meio do mecanismo de interpretação conforme a Constituição.

Trata-se, na realidade, de uma técnica que, sem reduzir o conteúdo do texto legal, inibe e exclui interpretações que possam conduzir a uma exegese que se afaste do único sentido autorizado pela Constituição. Portanto, isso resulta afirmar, ainda que a função do Poder Judiciário, no plano do controle de constitucionalidade, não seja mais apenas de legislador negativo, não significa que poderá atuar categoricamente como legislador positivo, entenda-se, no instituto (*verfassungskonforme auslegung*), a interpretação semântica permite a adição ou

---

<sup>22</sup> Como bem observa Streck, isso significa dizer que, com a institucionalização da interpretação conforme a Constituição, o Poder Legislativo brasileiro admite (explicitamente) que o Poder Judiciário possa exercer uma atividade de adaptação e adição/adjudicação de sentido aos textos legislativos. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 445.

<sup>23</sup> Aqui cabe ressaltar o destaque que Lenio Streck realiza com relação ao problema fulcral da dogmática jurídica, que o próprio autor buscar desmitificar ao longo destes anos. “Ora, as palavras as lei não são unívocas; são, sim, plurívocas, questão que o próprio Kelsen já detectara de há muito. Mas isso não significa que o processo hermenêutico admita discricionariedade e decisionismos”. Id. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 19.

redução de sentido, realizando algo que vai além ou aquém do texto da lei, não resultando afirmar que o Tribunal estaria desempenhando o papel democraticamente conquistado do legislador.<sup>24</sup>

A Constituição não deve se prestar como referência para o mero instrumento de subsunção, inerte aguardando uma acoplagem infraconstitucional, assim, seria como resvalar em direção à metafísica, separando o ser do ente (Constituição) do ser dos entes (textos infraconstitucionais). Desse modo, a partir de um círculo hermenêutico, onde o ser é sempre o ser de um ente (diferença ontológica), conclui-se que um texto infraconstitucional nascerá conseqüentemente como norma do sentido da Constituição.

Dessa compreensão prévia do círculo hermenêutico, resulta afirma que a interpretação (*verfassungskonforme auslegung*), e as demais técnicas de adição de sentido - Lei 9.868/99, Art. 28, § único – são produtos do processo aplicativo do processo de síntese hermenêutica. O *modus* de interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto são ambas, resultantes do complexo processo hermenêutico, que por sua vez deve ser analisado filosoficamente, pois não se trata de um método, ou uma simples técnica, tal como pensam aqueles, ainda na ilusão metafísica, que o sentido repousa em sua subjetividade, como paradigma *metafísico-objetificante* da filosofia da consciência (Descartes), ou ainda que o intérprete pode buscar a essência do texto, a partir de uma operação dedutiva.

Todavia, dada a atribuição de sentido à interpretação conforme sob a ótica ontológica fundamental, com base na matriz fenomenológica *heideggeriana-gadameriana*, o termo utilizado originalmente merece uma rediscussão, vez que no Estado Democrático de Direito ocorrera, como se nota pelo até aqui exposto, uma verdadeira ruptura com a concepção liberal que entendia o Poder Judiciário como apenas um legislador negativo. Há de ser considerado, fundamentalmente, que a referenciada matriz fenomenológica, rompe com o método de cisão (primeiro compreender, depois interpretar), um processo interpretativo puramente reprodutivo (*Auslegung*), isto é, o dualismo metafísico é posto ao fim, aniquila-se com a possibilidade de retirar do texto algo que o texto possui-em-si-mesmo, afasta-se qualquer possibilidade de fazer ponderações em etapas, circunstâncias essas, que sempre colocaram a teoria argumentativa atrelada a filosofia da consciência<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 443-445.

<sup>25</sup> Id. **Revista NEJ** – Eletrônica, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010. p. 162.

Agora, avança-se para a produção de sentido *Sinngebung*, em que o intérprete adjudica sentido, a partir de sua própria condição de ser-no-mundo, a hermenêutica filosófica (*gadameriana*) vem para dar um novo horizonte de interpretação no sentido de combater a relação sujeito-objeto até aqui posta, e assim, o compreender passa para uma condição de possibilidades, com uma fusão dos supostos horizontes para si mesmos. Convém resultar que, trata-se de um instituto construído pela tradição jurídica visando à otimização dos textos jurídicos, mediante a “*produção de sentido*”. Conforme Gadamer apud Stein “A hermenêutica filosófica irá percorrer de volta o caminho da Fenomenologia do espírito hegeliana, na medida em que se mostra em toda a subjetividade a substancialidade que a determina”<sup>26</sup>. Como já exaurido, Gadamer quando destaca que todo saber de si emerge a partir do elemento histórico previamente dado que denomina-se substância, está nesse momento, se referindo a Hegel, no aspecto que história enquanto tradição.

Como se pôde notar, os problemas de interpretação conforme a Constituição, a nulidade parcial sem redução de texto e os diversos tipos de sentenças interpretativas, redutivas, aditivas, manipulativas, etc., condiciona-se a viragem-linguística, que passa atribuir sentido através da linguagem, rompendo com a metafísica, onde os sentidos estavam nas coisas, assim como, rompe com a filosofia da consciência de René Descartes, apontando para uma indiscutível atribuição de sentido a ser realizada pelo intérprete, além do papel de mutação textual/material exurgente do sentido que um novo texto constitucional confere ao universo dos textos jurídicos.

Esse novo rumo interpretativo, baseado nessa superação do paradigma objetificante-metafísico, com base na matriz clássica da metafísica (aristotélico-tomista) e da matriz moderna (filosofia da consciência) apresentado até aqui, não resulta afirmar que o intérprete poderá construir um novo texto, distante daquilo que se entende como nivelamento decorrente da síntese hermenêutica exurgente da copertença (*Zusammengehören*) Constituição-texto infraconstitucional. Por isso, o limite de interpretação conforme a Constituição estará sempre no limite da tensão da relação legislação-jurisdição.

Diante disso, havendo um dispositivo legal incongruente com a Constituição e não havendo o legislador tomado as devidas providências de adequações, poderá o Tribunal necessariamente realizar a correção, respeitado os limites interpretativos constitucionais, utilizando como meio apropriado para atingir esse objetivo, a hermenêutica filosófica. Como

---

<sup>26</sup> STEIN, Ernildo et al. **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de verdade e método. Organizado por Ernildo Stein e Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 16.

bem assevera o Lenio Streck, a própria norma é resultado do processo de produção/adjudicação de sentido (*Sinngebung*), e não de reprodução de sentido (*Auslegung*), processo esse, que o difere da velha hermenêutica clássica. A nova hermenêutica a ser aplicada está assentada na compreensão da historicidade do mundo vivido, vez que não há um sentido imanente a lei, sob um aspecto de sentido-em-si-mesmo dos textos jurídicos. Com já se ressaltou, o Direito é alográfico e não autográfico, o sentido através da linguagem é atribuído pelo intérprete com base na sua facticidade e temporalidade, como bem destaca Heidegger, a partir de sua condição de ser no mundo.

### **3 APLICAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO NOS TRIBUNAIS**

Nesse sentido, cabe observar o exemplo utilizado por Lenio Streck para demonstrar o limite da tensão legislativa-jurisdição, em que o Acórdão da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, acompanhou o parecer do referido autor no termos que “Agride aos princípios da proporcionalidade e da isonomia o aumento maior da pena ao furto em concurso de agentes do que ao roubo em igual condição”.<sup>27</sup> No caso em comento, o Tribunal se encontrou diante de duas normas penais, do “furto”, em que a qualificadora do concurso de pessoas tem com a exasperação a duplicação da pena nos termos do Art.155, §4º, IV do CP, e do “roubo”, onde a majorante flutua de um a dois terços. Em ambos, destaca-se a majoração de pena, porém, como se nota, no furto o concurso de agentes não coloca em risco a integridade física da vítima, já no roubo a presença de mais uma pessoa na prática delituosa, aumenta sobremaneira os riscos a vítima. Observando desse modo, que o Código Penal, originalmente, optou por valorizar mais a propriedade do que a própria vida. Tornando-se assim, como imprescindível, uma releitura constitucional desses dois tipos penais formados em 1940, vez que a interpretação literal no caso do furto qualificado, trazia dia após dia, prejuízos a dois indivíduos, acusados de subtrair alguns peixes de um açudes (Valor nominal = R\$ 10,00), tiveram suas penas cominadas em 2 anos, obstruindo assim, o benefício da sursis.

O Tribunal optou na releitura através da interpretação conforme a Constituição, através da utilização dos princípios da isonomia e da proporcionalidade, lembrando o autor, que os magistrados olvidaram-se que a duplicação da pena no furto também afrontaria o princípio da razoabilidade. Porém, ainda que de natureza jurídicas totalmente distintas, a norma exurgente

---

<sup>27</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 464.

dessa releitura, foi a aplicação ao furto qualificado pelo concurso de agentes a majorante do concurso de agentes do roubo. Na origem, o legislador entendeu que cometer um furto com dois agentes seria mais gravoso que um roubo nas mesmas circunstâncias, tamanha discrepância, não poderia restar perpetuado no tempo.<sup>28</sup> Convém observar que o Acórdão em tela, na utilização do mecanismo conforme a Constituição utilizou-se da adição ao conteúdo normativo da disposição impugnada uma regularização que faltava para assegurar sua conformidade constitucional, caracterizando como sentença aditiva. Diferentemente, nas sentenças manipulativas, onde ocorre a substituição do texto impugnado.

No Superior Tribunal Federal, encontram-se exemplos de decisões construtivas, aditivas, redutivas e/ou manipulativas, transformadas inclusive em súmulas, que superam o resultado que deve ser alcançado pelo mecanismo da interpretação conforme a Constituição, pois por inúmeras vezes trocam por inteiro o teor da norma originária, e como exemplo, podemos citar a Súmula 554 STF que contraria o dispositivo do Art.16 do Código Penal, quando afirma que “se o pagamento do cheque for efetuado antes do recebimento da denúncia, será causa extintiva da punibilidade”, e a Súmula 521 STF que inobserva o Art.70 do Código de Processo Penal, quanto ao critério de eleição da competência, trazendo que “O foro competente para o processo e julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade da emissão dolosa de cheque sem provisão de fundos, é o local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado”.<sup>29</sup> Do mesmo modo, a Súmula 2 do Superior Tribunal Justiça que impedi a propositura de *habeas data* sem que haja prova de recusa de informações por parte da autoridade administrativa, contrariando o art.5º, LXXII da Constituição Federal, ainda, a Súmula 174 também do STJ, que equiparou a arma de brinquedo (simulacro) a arma de fogo, interpretando o simulacro contrariamente a substância (gadameriana) que descreve a arma de fogo.<sup>30</sup>

Alerta o autor que, os Tribunais de maneira rotineira, constroem normas jurídicas, que sequer teria a necessidade de sua transformação em súmulas, seria simplesmente aplicar e respeitar os limites de interpretação hermenêutica daquela norma discutida, diferentemente de alterarem o ordenamento jurídico, como tudo isso que se vê atualmente. No entanto, não se contesta esse tipo de decisão, pela simples razão de que tal procedimento faz parte do processo de atribuição de sentido do próprio processo hermenêutico, mas trazem perplexidade determinadas decisões interpretativas que se apresentam em descompasso com o sentido

---

<sup>28</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 465.

<sup>29</sup> Ibid., p. 470-471.

<sup>30</sup> Ibid., p. 471-472.

comum teórico, ou seja, ultrapassam o teto hermenêutico preestabelecido pela dogmática jurídica referido e destacado anteriormente.

Nesse ínterim, convém notar que, a nulidade parcial sem redução de texto e a interpretação conforme a Constituição também pode ser aplicada pelo juízo singular e pelos Tribunais, não sendo prerrogativa exclusiva do Supremo Tribunal Federal, pois entender o contrário seria admitir que juízes e tribunais (excluído o STF) estivessem obrigados a declarar inconstitucionais os dispositivos que pudessem, no mínimo em parte, ser salvaguardados no sistema, mediante a aplicação das técnicas de interpretação conforme a Constituição. Como se pôde observar, a Lei 9.868/99, mais precisamente no Art. 28, parágrafo único, ao estabelecer o efeito vinculante às decisões decorrente do controle abstrato de constitucionalidade, equiparou a declaração de inconstitucionalidade *stricto sensu* à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto até mesmo à interpretação conforme a Constituição, significando afirmar com isso, que qualquer tribunal poderá além de declarar a inconstitucionalidade de uma lei, entender, que esta é somente parcialmente inconstitucional, permanecendo o dispositivo em sua literalidade. Ainda mais, a possibilidade de os tribunais e até mesmo o juiz singular fazer uso dos citados mecanismos fundamentam-se no controle difuso de constitucionalidade. Assim, se entre as várias formas de controlar a constitucionalidade se inserem mecanismos como o da interpretação conforme e o da nulidade parcial sem redução de texto, é plausível sustentar que tais mecanismos também possam ser utilizados no âmbito do controle *incidenter tantum*.

#### **4 A EQUIVOCADA UTILIZAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO NA RECLAMAÇÃO 4335-5/AC. A (IN)CAPACIDADE DA SUPERAÇÃO DO GIRO-LINGUÍSTICO**

O instrumento de interpretação conforme a Constituição, a nulidade parcial sem redução de texto, como se viu, não são mecanismos exclusivos da Corte Suprema, também podem ser aplicados pelo juízo singular como meio de zelar pela Constituição. Conseqüentemente, as cortes constitucionais possuem o dever de vinculação à Constituição, e o fazem por meio das distintas formas de controle da constitucionalidade. Todavia, diferentemente como ocorre na utilização dos mecanismos de nulidade parcial sem redução de texto e interpretação conforme a Constituição também aplicada pelo juízo singular e pelos Tribunais, como destacado no Capítulo anterior, nos casos de controle concentrado, qualquer tribunal constitucional somente agirá se comprovado que a eventual violação da constituição é atual e efetiva.

Assim, nos termos do art. 103, III, a, b, c, d, da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário, julga as causas decididas em única ou última instância, ou seja, julga a aplicação dada à Constituição em situações jurídicas concretas, e não meras teses sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis e de atos normativos. Convém notar, que a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade nunca será o julgamento de uma tese, vez que dessa atuação resulta uma decisão, que por sua vez trata da constitucionalidade como preliminar de mérito para tratar do caso concreto, que logo a seguir, será devolvido a ele por meio de recurso, resguardado o direito constitucional do art. 5º, XXXV e LV da Constituição da República.<sup>31</sup>

Resulta afirmar, que os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade em sede de recurso extraordinário feita pelo STF, a eficácia é *inter partes*; vinculante frente aos Tribunais; e *erga omnes*. Nota-se que a eficácia *inter partes* é o primeiro e mais direto que a decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade pode dispor às partes, a extensão dessa eficácia será *ex tunc*, regressando a data de edição daquele ato legislativo declarado inconstitucional pelo STF. Alerta-se, todavia, para a especificidade que em determinadas situações, em caráter de exceção para assegurar a prevalência da ordem pública, o efeito será *ex nunc*, pois caso fosse assegurado o efeito *ex tunc*, isso poderia trazer um dano imensurável a segurança jurídica. Os efeitos vinculantes da decisão de inconstitucionalidade em sede de controle difuso devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, dando sintonia constitucional às decisões do STF. O art. 97 da CF admite que os Tribunais, por meio da maioria absoluta de seus membros do seu órgão especial ou do Pleno, declararem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, porém, o STF já declarou que tal prerrogativa descrita no art. 97 da CF caberá ao órgão fracionário em aplicar a decisão tomada pelo Supremo de modo a evitar a burocratização dos atos judiciais. E, a eficácia na origem *inter partes*, agora poderá ser de caráter *erga omnes* em sede de controle difuso de constitucionalidade, observado o art. 52, X da CF.<sup>32</sup>

Em virtude dessas considerações, conclui-se que a alegação de que é cabível reclamação contra as “teses” - não contra julgados – tal como o ocorrido na Reclamação 4335-5<sup>33</sup>, é uma

<sup>31</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10253>>. Acesso em: 26 jul. 2014. p. 3.

<sup>32</sup> CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 55-58.

<sup>33</sup> Na Reclamação (RCL) 4335, a Defensoria Pública da União (DPU) questionou decisão do juízo da Vara de Execuções Penais de Rio Branco (AC) que negou a dez condenados por crimes hediondos o direito à

nítida manifestação de que o Supremo Tribunal Federal não compreendeu corretamente o giro-linguístico da interpretação conforme a Constituição na aplicabilidade do instituto da mutação constitucional, pois o Supremo Tribunal Federal não pode equivocadamente substituir o poder constituinte, ultrapassando o limite da tensão da relação legislação-jurisdição. Isto é, onde se lê na Constituição Federal no Art. 52 - Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; leia-se agora, a regra constitucional que remete ao Senado a suspensão da execução de dispositivo legal ou de toda lei declarada inconstitucional pelo STF passa a ter mero efeito de publicidade, pois as decisões da Corte sobre a inconstitucionalidade de leis têm eficácia normativa, mesmo que tomadas em ações de controle difuso.

Nesta referida Reclamação, o Supremo Tribunal Federal demonstrou um equilíbrio entre os Poderes da República, igualando-se ao poder constituinte exclusivamente conferido ao poder legislativo, dando uma nova abrangência ao controle de constitucionalidade, equiparando os efeitos do controle difuso aos do controle concentrado, a partir daquilo que se denominou de “*mutação constitucional*”, contrariando, o mecanismo de interpretação conforme a Constituição (*Sinnggebung*), ocorrendo faticamente a substituição de um texto por outro texto<sup>34</sup>, além disso, nessa Reclamação a atribuição de efeito *erga omnes* e vinculante às decisões oriundas do controle difuso, dispensando a participação constitucional do Senado Federal nos termos do Art.52, X da CF/88, usurpa frontalmente a competência exclusiva do poder legislativo.

---

progressão de regime prisional. No dia 20 de março de 2014, Os ministros Sepúlveda Pertence (aposentado), Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio julgavam inviável a Reclamação (não conheciam), mas, de ofício, concediam habeas corpus para que os dez condenados tivessem seus pedidos de progressão do regime analisados, individualmente, pelo juiz da Vara de Execuções Criminais. Os votos dos ministros Gilmar Mendes (relator) e Eros Grau (aposentado) somaram-se aos proferidos em sessão posterior, no sentido da procedência da reclamação. Para ambos, a regra constitucional que remete ao Senado a suspensão da execução de dispositivo legal ou de toda lei declarada inconstitucional pelo STF tem efeito de publicidade, pois as decisões da Corte sobre a inconstitucionalidade de leis têm eficácia normativa, mesmo que tomadas em ações de controle difuso.

<sup>34</sup> Trecho do voto do Min. Eros Grau: “passamos em verdade de um texto [pelo qual] compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, a outro texto: “compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo”.

Cabe observar, que a Constituição é precisa na diferenciação entre o controle concentrado<sup>35</sup> e o controle difuso<sup>36</sup>, não há extensão automática dos efeitos do controle concentrado ao controle difuso. No controle difuso de constitucionalidade, nos termos do art. 52, X da CF/88, ao suspender a eficácia, no todo ou em parte, de norma jurídica declarada inconstitucional em sede de controle difuso pelo STF, o Senado Federal não está revogando a norma em questão, mas sim reconhecendo que ela nunca esteve em condições de surtir efeitos, ou seja, a lei está suspensa (revogada) aguardando a retirada de sua eficácia, ao passo que retirada a sua eficácia a lei torna-se nula, por isso, a invalidação *ab initio* é justificada.<sup>37</sup>

Desse modo destaca-se, a diferença entre o que seja a retirada da eficácia da lei, em sede de controle concentrado, e o que significa a suspensão que o Senado faz de uma lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso, vez que suspender a execução da lei (tal como revogar) não deve significar retirar a eficácia da lei. Em outras palavras, com a suspensão da execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional somente poderá gerar o já referido efeito *ex nunc*, em razão da lei/ato estar suspenso, aguardando a retirada de sua eficácia, exsurge daí a diferença entre a suspensão e a retirada de eficácia. Logo, as decisões oriundas do controle difuso não possuem autonomia, pois dependem da opinião final do legislativo para adquirir a eficácia *erga omnes* de efeitos *ex nunc* (revogação), a revogação de uma norma garante os efeitos por ela produzidos ao longo da sua vigência.

Conclui-se que, não é qualquer decisão que pode ser vinculante, pois o Senado ao editar a resolução que suspende a execução da lei, não atua no plano da eficácia da lei em sede de controle concentrado, mas no plano da vigência da lei, podendo gerar um efeito *ex tunc*; já no controle difuso, o efeito somente poderá ser *ex tunc* para aquele caso concreto (entre as partes)

<sup>35</sup> O controle concentrado recebe, igualmente, outras denominações: controle abstrato, pela via principal ou controle direto. Neste caso, a análise da inconstitucionalidade não se limita a um caso concreto, abrangendo, em verdade, todas as situações que possam surgir em decorrência da norma. Assim, procede-se à verificação de compatibilidade com a Constituição da norma como um todo. Compete ao STF o controle da adequação do ordenamento jurídico à Constituição Federal, que pode ocorrer por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) genérica, Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e ADI interventiva.

<sup>36</sup> O controle difuso é também conhecido por outras denominações: controle aberto, incidental, *incidenter tantum*, por via de exceção ou via de defesa. Independentemente do *nomen juris*, o controle difuso se opera diante do caso concreto, que quer dizer que o indivíduo, que verificou prejuízo ao seu patrimônio jurídico em decorrência de norma que considera inconstitucional, ingressa com ação no primeiro grau de jurisdição, perante qualquer juiz (a depender, obviamente, das regras de atribuição de competências), tendo como preliminar de mérito a própria inconstitucionalidade da norma. Esta ação deve respeitar a cláusula de reserva de plenário, e pode chegar, em grau de recurso extraordinário, a ser apreciada pelo Supremo, que dará a palavra final a respeito da constitucionalidade da norma diante daquele caso concreto, gerando, a decisão, efeitos *inter partis*.

<sup>37</sup> CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 57.

e somente *ex nunc* (erga omnes) após a suspensão privativa do Senado nos termos do art.52, X da CF/88, respeitando desse modo, os limites semânticos do texto constitucional.

Contrariando todo o dito até aqui, o eminente Ministro Gilmar Mendes, relator da Reclamação 4335-5/AC, se manifesta nos seguintes termos, vejamos:

Isto posto, cumpre ponderarmos o que propõe, em seu voto, o eminente Relator, Ministro Gilmar Mendes. S. Excia. **extrai o seguinte sentido do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição, no quadro de uma autêntica mutação constitucional:** ao Senado Federal está atribuída competência privativa para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. **A própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.** Note-se bem que S. Excia. não se limita a interpretar um texto, a partir dele produzindo a norma que lhe corresponde, porém avança até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro. Por isso aqui mencionamos a mutação da Constituição.

O uso desenfreado da interpretação, atribuindo sentido além do teto hermenêutico filosófico, supera o limite da tensão da relação legislação-jurisdição, colocando o julgador no lugar do legislador, e desse modo, como exaustivamente alertado, feriu a própria constituição. O voto/interpretação (des)conforme do Ministro Gilmar Mendes, não somente ultrapassa os referidos limites semânticos, como também constrói um novo texto, distante daquilo que se entende como nivelamento decorrente da síntese hermenêutica exsurgente da copertença Constituição-texto infraconstitucional, eis aqui mais uma passagem:

A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. **Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.** Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. **Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.**

O processo histórico não legitima o Judiciário à competência de alterar a Constituição por interpretação/mutação. Analogicamente, a criação de uma Súmula no Supremo Tribunal Federal, requer o quórum mínimo de 8 (oito) votos, podendo dessa forma alterar a Constituição, agora para revogar, caso o Supremo Tribunal não o fizer, precisar-se-á de três quintos dos votos do Congresso Nacional, em votação bicameral, em dois turnos. Agora, paradoxalmente, como uma decisão em sede de controle de constitucionalidade difuso, proferida por seis votos

(Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau, Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello), poderá dar azo a alteração da constituição, ultrapassando nessa Reclamação, que em última análise, apresenta-se como uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes.

Em virtude dessas considerações, constata-se que o giro-linguístico foi verdadeiramente mal compreendido pelo direito brasileiro, fundamentalmente pela nossa Corte Suprema, que através de uma interpretação (des)conforme a Constituição, supera os limites semânticos do texto constitucional, impondo a tese da mutação constitucional, de modo a legitimar o uso da competência legislativa elencada no art.52, X da CF/88. Como já bem referido, a viragem-linguística, que passou a atribuir sentido através da linguagem, rompeu com a metafísica e com a filosofia da consciência de Descartes, apontando para uma indiscutível atribuição de sentido a ser realizada pelo intérprete, mas inevitavelmente, não deve ser compreendida pela atribuição de sentido “livre” como ocorrido na Reclamação 4335-5/AC.

Enfim, uma interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme sinngebung*), ocasião em que se torna necessária uma atribuição (produção) de sentido ao artigo de lei, deve, impreterivelmente, estar em conformidade com a norma constitucional, pois nesse caso, o texto de lei (limites semânticos) permanecerá resguardado pelo intérprete, mudando apenas o sentido, readequando-o por intermédio da interpretação do texto constitucional.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do século XX, momento em que ocorre o giro-linguístico ontológico (*heideggeriano-gadameriano*), o sentido passou a ser dado num contexto fenomenológico hermenêutico para se pensar a compreensão do ser. Nesse contexto, combater o relativismo tornou-se fundamental para a preservação de um grau desejável da autonomia do direito, mas essa autonomia não será alcançada através dessa usurpação dos limites semânticos do texto constitucional (democrático) visto na Reclamação N° 4335-5, mas sim pela observância incondicional aos limites (produção de sentido) contidos na norma sujeita a interpretação.

Verificou-se ainda, que não houve de fato, o processo de superação dos paradigmas metafísicos objetivistas (aristotélico-tomista) e subjetivista (filosofia da consciência), vez que são impostas as teses exegético-dedutivistas-subsuntivas dominantes naquilo que contemporaneamente é denominado de hermenêutica jurídica. Na Reclamação N°4335-5 se observou que a mutação constitucional caracteriza-se pela transformação de sentido do

enunciado na Constituição sem que haja a alteração do próprio texto, uma “livre atribuição de sentidos” operando a transformação do texto em norma.

Constatou que interpretar é dar sentido (*Sinngebung*), diferentemente de reproduzir sentido (*Auslegung*), e que dado o referido giro-linguístico ontológico (*heideggeriano-gadameriano*), não se pode admitir subjetivismos ou decisionismos, oriundos do comportamento do intérprete que aparentar ser o detentor do texto, que a partir de um processo ontológico clássico, o permita extrair uma essência dos textos jurídicos, como se estes carregassem intrinsecamente esse conteúdo já constituído. Ao contrário, como se viu, o processo hermenêutico de interpretação não fornece ao intérprete livres atribuições discricionárias, este processo fornece limites ao intérprete. Com a utilização do mecanismo de interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme sinngebung*), que teria como função colocar um fim ao dualismo metafísico, afastando qualquer possibilidade de fazer ponderações em etapas, apresenta-se na postura do Supremo Tribunal Federal sem surtir qualquer efeito, demonstrando ter sido mal compreendido pela Corte, dado sua postura de desconsideração do teto-hermenêutico do conteúdo semântico da norma descrita no art.52, X da CF/88.

Com a hermenêutica filosófica, como se viu conforme todo o dito, deve ser superado o esquema sujeito-objeto. No direito, isso inevitavelmente fica mais claro quando podemos dizer que a hermenêutica é uma teoria que se inseri entre o objetivismo e o idealismo (subjetivista). Nem o intérprete deve ser o escravo da lei, podendo se valer adequadamente dos mecanismos de interpretação conforme a Constituição, mas concomitantemente não deve ser o dono da lei, inserido num tipo de escola livre do direito, assim como demonstrado nas interpretações dadas pelos seis Ministros na Reclamação 4335-5.

Não se pode admitir que uma pretensa (re)adequação de lei, acabe por substituir (legislar) o próprio direito, pois é nesse aspecto que Robert Alexy resume isso à validade do Direito (norma universal), assim como visto no caso da Reclamação 4335-5 em que foi construído um discurso de validade. Isso acaba por legitimar os defensores de Súmulas Vinculantes e as distorções no seu processo inadequado de aplicação, que parecem encaixar-se na tese de que tudo se resume a discursos de validade, resultando na volta da metafísica. Enfim, a incapacidade da superação do giro-linguística, uma questão tipicamente hermenêutica traz a seguinte (pre)ocupação, decisões do Supremo Tribunal Federal, tal como da Reclamação 4335-5, podem incorrer em equívoco de confundir as tarefas constituídas separadamente dos três poderes, o que poderia resultar, em uma séria inversão de pressupostos da teoria democrática brasileira.

## REFERÊNCIAS

CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 2000.

NEVES, Antonio Castanheira. **O atual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra, 2001.

STEIN, Ernildo et al. **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de verdade e método. Organizado por Ernildo Stein e Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. **Revista NEJ** – Eletrônica, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed., rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10253>>. Acesso em: 26 jul. 2014.