

Turma e Ano: Turma Regular – Master A

Matéria / Aula: Direito Constitucional – Aula 04

Professor: Marcelo Leonardo Tavares

Monitora: Beatriz Moreira Souza

Aula 04 de direito constitucional - Início do segundo módulo de estudos.

1. Hermenêutica constitucional ou interpretação e aplicação de normas constitucionais:

1.1 A hermenêutica do positivismo jurídico – (Noberto Bobbio):

Noberto Bobbio define hermenêutica como o conjunto sistemático de normas dotada de unidade e completude. O ordenamento jurídico para Bobbio, nessa visão positivista social, possui 3 (três) características principais: É um *sistema*, é *único* e *completo*.

Sistema

Único

Completo

1.1.1. Sistema: Para o autor italiano, o ordenamento é um sistema perfeito. Portanto, os conflitos normativos são aparentes. Havendo um conflito entre normas, Bobbio sugere a aplicação sequencial de três métodos:

- (i) **Hierarquia:** método pressuposto do controle de legalidade (Controle de legalidade do ato administrativo e de constitucionalidade da lei).
- (ii) **Especialidade:** o método da hierarquia não é suficiente para solucionar o conflito de normas da mesma estatura no ordenamento jurídico. Logo, não sendo possível resolver o conflito aparente entre normas pelo primeiro método, parte-se para o critério da especialidade.
- (iii) **Novidade:** Se as normas estão no mesmo patamar e não há relação entre especialidade e generalidade entre elas, deve ser aplicado o método da novidade. Aplica-se a norma mais nova em detrimento da anterior a qual será considerada revogada.

1.1.1.1 Consequências dos métodos de Bobbio:

Qual a consequência do método da hierarquia? Este método atua na validade. Existe uma consequência clara e genérica. Se uma norma é superior a outra (inferior) será sempre (inválida).

O método da especialidade não é em tese. É um método de solução específico para aquele conflito. Se a norma é especial, aplica-se o método e as normas continuam a conviver. Ambas eficazes, válidas genericamente no ordenamento.

No método da novidade há uma **consequência em tese** no âmbito da vigência que é a **revogação tácita**.

1.1.2. Único: O sistema jurídico é único. Essa característica é um reflexo da soberania.

- 1.1.3. Completo: Não há lacunas no ordenamento jurídico. Todo fato pode receber um tratamento normativo. Bobbio admite que possa haver lacunas na lei escrita, mas não no ordenamento. Essa característica trás consequências para o Código de Processo Civil. O CC versa que o juiz não pode se negar a julgar alegando que não existe norma jurídica acerca do caso. O juiz não pode pronunciar o *non liquet*. O magistrado *tem que julgar*. Havendo lacuna na lei escrita deve ser aplicado o método de integração. Porém, não existe lacuna no ordenamento.

1.2. A hermenêutica do positivismo jurídico - Hans Kelsen:

Afirma que as normas não se estabelecem em um único plano. Com isso ele cria um estrato hierárquico de normas. Afirma, também, que a norma inferior encontra fundamento de validade na norma imediatamente superior.

Ele coloca a constituição no ápice do ordenamento jurídico. Acima da constituição ele afirma que existe uma norma hipotética (que não está no plano do fundamento jurídico). Esta norma não seria positivada.

Na concepção de Kelsen, o Estado é norma. O autor tem um conceito de Estado apenas sob o prisma jurídico, expurgando do Estado qualquer natureza política.

1.3 Características do pensamento positivista:

- Intérprete neutro / juiz neutro.
- Pouca preocupação com as consequências da interpretação.
- As normas se resumem as regras. Os princípios são pouco valorizados.
- O método hermenêutico é estanque. Primeiro você conhece e interpreta a norma em abstrato e depois você aplica em um método de subsunção.
- Na visão positivista o método hermenêutico é feito em fases. A interpretação ocorre de maneira linear. Primeiro, interpreta-se a norma em tese e depois ela é aplicada ao caso concreto, ou seja, a interpretação é uma coisa e aplicação é outra.

1.4. Características do pensamento pós-positivista:

- Quebra de paradigmas. O interprete não é mais visto como uma pessoa neutra. Ele carrega sua história e isso influencia o julgamento, porém deve quedar-se imparcial. Analisar as provas com a mesma seriedade para ambas as partes.
- Valorização dos princípios: Eles assume uma carga valorativa. O positivismo sustenta que os princípios não são normas e eles diferem das regras pelo grau de abstração. Já no pós-positivismo a afirmação é: princípios também são normas e não são diferentes as regras, apenas pela abstração, **mas pela qualidade normativa**.

Existem critérios qualitativos de diferenciação entre os princípios e regras. Exemplo: quanto ao valor protegido – os princípios protegem o valor da justiça e as regras o valor da segurança.

- **Quanto ao modo de aplicação:** Os princípios são determinações para alcançar um fim ideal. Eles são mandados de otimização (ordens de buscar o ótimo), enquanto as regras são mandados de cumprimento.

Princípios – mandados de otimização.

Regras – Mandados de cumprimento.

- **Quanto à estrutura:** As regras têm uma estrutura binária. Fazer ou não fazer. Tudo ou nada. Já os princípios possuem dimensão de peso ou volume. A regra incide ou não. O principio pode incidir mais ou menos.

-**Quanto ao conteúdo:** os princípios são axiológicos(procuram valores). As regras, por sua vez, tem caráter deontológico (procuram comportamento).

2. Classificação de José Afonso da Silva sobre as normas constitucionais:

- 2.1. Normas de organização: Versam acerca da organização do Estado.
- 2.2. Normas limitativas: Protegem os direitos individuais. Limitam a atuação Estado.
- 2.3. Normas sócio-ideológicas: São normas de proteção dos direitos individuais e de intervenção do estado na ordem econômica. Elas são *características das constituições sociais*. Concedem um caráter dirigente as constituições sociais.
- 2.4. Normas de estabilidade: As normas de estabilização procuram proteger as instituições. São normas de controle de constitucionalidade, sobre intervenção federal, estado de sítio e defesa, por exemplo.
- 2.5. Normas de aplicação constitucional: Tratam da vigência, por exemplo, art. 34 do ADCT – *vacatio legis* do CTN.

Dentro dessa classificação faz-se necessário localizar o preâmbulo. Ele não coage condutas humanas, mas possui uma qualidade hermenêutica. Ele pode servir para apoiar a fundamentação de uma norma do corpo principal da constituição. Pode ser usado como reforço argumentativo.

3. Métodos de interpretação:

O positivismo faz alusão aos seguintes métodos: literal ou gramatical; finalístico ou teleológico (intenção da lei); sistemático (harmoniza os dispositivos do ordenamento); histórico (procura regredir ao momento da edição da lei e verificar o sentido daquilo para sociedade e verificar se aquele sentindo possui alguma consequência hoje) O pós-positivismo trouxe outros métodos mais elaborados. Frisa-se que ele reuniu todos os métodos os positivismo em um único método – **o método hermenêutico clássico.**

Método hermenêutico concretizador: se preocupa, ainda dentro da interpretação, com o fato. O fato já é considerado na norma.

Método hermenêutico tópico-problemático: O interprete parte do fato para interpretar a norma.

Método hermenêutico de harmonização institucional: é parecido com o sistemático, mas o sistemático procura harmonizar normas e instituições.

Exemplo: Princípio da independência e harmonia entre poderes.

Método hermenêutico comparativo: Existem várias possibilidade, dentre elas, a comparação histórica dos institutos (direito civil, direito penal, etc) ou comparação entre ordenamentos (comparação com um instituto do direito civil alemão, exemplo).

Método hermenêutico científico-espiritual: A constituição traduz o espírito da sociedade. Esse método não deixa a constituição se desconectar com a realidade fática da sociedade. A CF deve ser sempre dinâmica para absorver o espírito da sociedade.

No positivismo jurídico, como já mencionado, o raciocínio é linear e estanque. Primeiro ocorre a interpretação da norma para depois ocorre de aplicação da premissa maior na premissa menor (método de subsunção) no fato / caso concreto.

Já no pós-positivismo, há uma visão de que não há diferença rígida entre interpretar e aplicar. Nota-se que isso fica muito claro no método hermenêutico concretizador e no tópico-problemático. O fato deve ser considerado desde momento em que se analisa a norma. Não pode desconsiderar o fato ou colocá-lo em um momento posterior. Para os pós-positivistas o intérprete deve olhar a norma considerando os fatos. Esse fenômeno gera uma figura denominada espiral ou ciclo hermenêutico (Carl Lawrence). A interpretação ocorre junto com a aplicação. Esta é a percepção de que o método intelectual não é estanque. Não é feito em

fases determinadas. O fato já é considerado desde início e se passa pelo fato e volta para norma, por diversas vezes.

4. Teoria dos princípios:

No pós-positivismo, os princípios têm a sua normatividade reconhecida e sua capacidade de coagir condutas humanas. Além disso, são identificados, na diferença com as regras, pela qualidade normativa e não apenas pelo grau de abstração.

Humberto Ávila argumenta que na realidade não existe diferença categórica entre regras e princípios. Uma norma pode ao mesmo tempo ser regra e princípio, ou seja, nada é categoricamente uma norma ou um princípio. Os dispositivos possuem uma aptidão imediata para serem regras e mediata para serem princípios ou imediata para princípios e mediata para regras. Portanto, ele defende que é possível ponderar regras e princípios.

3.1. Definição de Humberto Ávila:

3.1.1. Princípios

Princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade para cuja aplicação demanda uma correlação entre o Estado de coisa a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida necessária de sua promoção.

3.1.2. Regras

Regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Obs.: Para concursos públicos a visão do Barroso e da Ana Paula de Barcellos é mais clássica do que a do Humberto Ávila.

Exemplo: Anterioridade do direito tributário. O professor afirma que também é uma regra, pois é uma ordem para o Estado não cobrar tributos durante um período. Mas também é um princípio da não surpresa. Esse caráter de princípio que a anterioridade também tem é muito útil para o contribuinte.