



G7 JURÍDICO

BLOCO DOS APROVADOS

# Método hermenêutico concretizador (Conrad Hesse)

## Direito Constitucional

Prof. Marcelo Novelino

Direito Constitucional

Aula na íntegra · 22:39

## Método hermenêutico concretizador (Conrad Hesse)

---

Nós vamos analisar agora o método hermenêutico-concretizador, que, como o próprio nome diz, também é um método concretista, assim como o anterior, o tópico-problemático. É o método que foi desenvolvido por Konrad Hesse, aquele autor do famoso livro A Força Normativa da Constituição.

Konrad Hesse é um dos responsáveis pelo catálogo de princípios utilizados na interpretação da Constituição. Esse catálogo, que teve a participação dele, no que se refere aos princípios que ele menciona, foi composto de princípios inspirados na obra de Viehweg, que a gente acabou de ver, do método tópico-problemático, e do sociólogo Niklas Luhmann, da famosa teoria dos sistemas, que vocês talvez já tenham estudado. Então, a obra de Viehweg e a de Luhmann foram as obras que inspiraram a criação desses princípios por Konrad Hesse.

Konrad Hesse sustenta que interpretação e aplicação constituem um processo unitário. O que significa isso? Significa que, como este é um método concretista, que parte da necessidade de existência de um problema concreto, você só pode interpretar a Constituição se for para aplicar a sua norma a um caso concreto, ao mesmo tempo em que você só pode aplicar uma norma a um caso concreto se antes você a interpretar. Então, não existe, na visão dele, dentro dessa concepção do método hermenêutico-concretizador, interpretação sem aplicação nem aplicação sem interpretação, porque você só interpreta se estiver diante de um problema concreto a ser resolvido com a aplicação daquela norma, e você só tem como aplicar se interpretar a norma.

## Método hermenêutico concretizador (Conrad Hesse) (cont.)

Este método possui três elementos básicos. O primeiro deles é a norma, que é um elemento que não é necessário no tópico-problemático, como nós vimos, mas aqui, não: aqui é um elemento indispensável. Ou seja, você só tem como utilizar o método hermenêutico-concretizador se houver um dispositivo do qual você vai extrair uma norma a ser aplicada. Sem este dispositivo a ser interpretado para a criação da norma, não tem como utilizar o método hermenêutico-concretizador.

Segundo elemento básico: a compreensão prévia. Assim como no método anterior, o intérprete tem que ter uma compreensão prévia tanto do problema a ser resolvido quanto da Constituição. Então, o indivíduo que não tem uma compreensão prévia, seja do problema, seja da Constituição, não tem como utilizar o método hermenêutico-concretizador, o que vai de encontro à ideia de Peter Häberle, que nós vamos ver aqui no método concretista da Constituição aberta, em que, para ele, qualquer um que vive a Constituição é seu legítimo intérprete. Aqui, não: somente aqueles que têm essa compreensão prévia é que podem fazer a interpretação constitucional, pelo menos por meio deste método.

E, por fim, como é um método concretista, qual é o terceiro elemento básico? Vamos ver se vocês pegaram a ideia aí. É o problema concreto a ser resolvido. Sem esses três elementos — a norma, a compreensão prévia e o problema concreto a ser resolvido —, não tem como utilizar o método hermenêutico-concretizador.

## Método hermenêutico concretizador (Conrad Hesse) (cont.)

---

Embora esse método utilize a teoria de Theodor Viehweg, do método tópico-problemático, ele faz o caminho oposto. Para Konrad Hesse, deve haver uma primazia da norma sobre o problema, e não uma primazia do problema sobre a norma, como preconiza Viehweg. Tanto que a norma, aqui, é um elemento indispensável. Então, Konrad Hesse tenta superar as críticas que são feitas ao método tópico-problemático, nesse sentido de que deve haver uma primazia da norma sobre o problema, ou seja, o intérprete deve partir da norma para a solução do problema, e não do problema para encontrar a norma que vai justificar a decisão.

Quinto método. Esse é o mais cobrado de todos os que nós vimos até agora. Foi cobrado na prova do TJ do Distrito Federal e Territórios em 2014, no MP de Minas em 2017 e no TJ da Bahia em 2019. É o método normativo-estruturante, de Friedrich Müller. Segundo Müller, nós devemos falar em concretização da norma, e não em interpretação da norma, porque a interpretação é apenas uma das etapas da concretização, ainda que seja uma das etapas mais importantes; mas ela não é a única. Ela é uma das etapas, como a gente vai ver aqui, é um dos elementos para a concretização da norma.

Por que se chama método normativo-estruturante? Para vocês guardarem, vocês podem fazer a seguinte associação: Müller estabelece uma estrutura para a concretização da norma. Por isso, normativo-estruturante: ele estabelece uma estrutura para a concretização da norma. Ele estabelece quais são os elementos que devem ser utilizados nesta concretização.

## Método hermenêutico concretizador (Conrad Hesse) (cont.)

---

Antes de a gente ver quais são esses elementos, é importante trazer uma distinção que ele faz, que é muito utilizada pela doutrina, entre programa normativo e domínio normativo. O programa normativo é o texto da norma, é aquilo que está escrito. Então, quando você pega a Constituição, lá no artigo 5º, quando ela diz: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", e nos termos seguintes, aquilo dali não é uma norma, aquilo dali é um texto. A partir da interpretação desse texto é que nós vamos extrair uma norma, ou seja, um comando vinculante, obrigatório. Então, quando ele fala em programa normativo, ele está se referindo ao texto da Constituição. Já o domínio normativo é a realidade social tratada por aquele texto, é a realidade social subjacente à norma.

Então, ele faz uma distinção entre texto e norma, que é uma distinção que nós vamos utilizar aqui, que eu já falei para vocês algumas vezes. Uma distinção extremamente importante, por exemplo, quando a gente vai tratar de mutação constitucional. A ideia de mutação constitucional só é possível porque texto e norma não se confundem. Texto é uma coisa, norma é outra. Então, mesmo permanecendo inalterado o texto da Constituição, pode haver uma mutação constitucional, porque a interpretação dada àquele texto pode ser diferente.

## Método hermenêutico concretizador (Conrad Hesse) (cont.)

---

Qual é a diferença do texto para a norma? Texto é o que está escrito ali na lei, na Constituição. Norma é o resultado da interpretação do texto, é o produto da interpretação. Então, quando você interpreta um texto legal ou um texto constitucional, o resultado desta interpretação é a norma, que pode ser uma norma do tipo princípio — e aí você ainda vai precisar ponderá-la com princípios diversos — ou pode ser uma norma do tipo regra, e aí você vai fazer a subsunção lógica. Então, o resultado da interpretação do texto é a norma, ou norma-regra, ou norma-princípio.

Quais são os elementos utilizados por Friedrich Müller na concretização da norma? Ele fala em vários elementos. Ele tem um livro que trata desse método. Eu estou aqui resumindo em poucos minutos, mas ele tem um livro sobre o método normativo-estruturante, e ele trata de vários elementos. Eu não vou falar aqui de todos, porque eu acho que não é necessário. A gente vai ver apenas aqueles principais, aqueles que vão te ajudar a entender esse método.

## Método hermenêutico concretizador (Conrad Hesse) (cont.)

O primeiro elemento na concretização da norma é o que ele chama de elementos metodológicos. O que seriam esses elementos? São aqueles elementos clássicos de interpretação desenvolvidos por Savigny: elemento gramatical ou literal, elemento lógico, elemento histórico, elemento sistemático, além de outros elementos — não só os de Savigny, mas elemento comparativo, elemento teleológico. Então, esses elementos tradicionais de interpretação fazem parte dos elementos metodológicos. Além deles, os princípios instrumentais, ou seja, aqueles princípios específicos utilizados na interpretação da Constituição. E aí, depois que a gente vir os métodos, a gente vai falar desses princípios, esse catálogo que é feito tanto por Konrad Hesse quanto por Friedrich Müller: princípio da unidade da Constituição, do efeito integrador, princípio da concordância prática, princípio da força normativa. Todos esses princípios nós vamos analisar aqui. Então, o primeiro elemento é esse, o elemento metodológico: elementos clássicos de interpretação e princípios instrumentais. Por isso ele fala que a interpretação é apenas uma das etapas na concretização da norma. É um dos elementos, ainda que seja dos mais importantes.

O segundo elemento ele chama de elementos dogmáticos. Os elementos dogmáticos seriam a doutrina e a jurisprudência. Então, aquilo que os autores falam sobre aquela matéria, aquilo que os tribunais decidiram a respeito daquele tema, são os elementos dogmáticos a serem utilizados na concretização da norma constitucional. Então, além dos elementos de interpretação, você tem ainda a doutrina e a jurisprudência utilizadas nessa concretização.

## Método hermenêutico concretizador (Conrad Hesse) (cont.)

---

O terceiro elemento são os elementos teóricos, os elementos de teoria da Constituição. Então, por exemplo, o poder constituinte, a compreensão da diferença entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado, a questão da compreensão da diferença entre poder legislativo e poder constituinte, a questão da eficácia das normas constitucionais, a compreensão de que nem toda norma constitucional tem a mesma eficácia. Tudo isso é imprescindível para que você possa concretizar a Constituição.

## Método hermenêutico concretizador (Conrad Hesse) (cont.)

---

E, por fim, um último elemento — lembrando que existem outros além desses — são os elementos de política constitucional, como, por exemplo, a chamada reserva do possível. A política está muito ligada ao direito constitucional, não tem como separar as duas coisas; está muito ligada ao direito em geral, mas ainda mais fortemente ligada ao direito constitucional. E questões políticas muitas vezes têm que ser levadas em consideração, mesmo no âmbito dos tribunais, como, por exemplo, a reserva do possível. Se o Estado não tem recursos orçamentários para atender àquela demanda, por mais desejável que seja que o Estado forneça aquela prestação, você não pode exigir do Estado o impossível. Foi o que aconteceu na Alemanha, por exemplo, com a ação em que se pedia que o Estado custeasse universidade para todos que desejassem fazer um curso superior. Foi quando surgiu a ideia de reserva do possível na Alemanha, numa decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão. O Tribunal disse: "Olha, tudo bem. A Constituição assegura liberdade de escolha profissional, e essa liberdade de escolha profissional pressupõe que a pessoa tenha acesso à universidade quando a profissão escolhida exige um curso superior, como, por exemplo, advogar, ou, como por exemplo, ser médico, ser dentista, ou ser um juiz, um promotor. Só que, embora seja desejável que o Estado forneça universidade gratuita para todos que desejem ter uma profissão com curso superior, não se pode exigir do Estado algo impossível". O Estado não tem como custear isso. E aí surge a ideia de reserva do possível. Então, a reserva do possível é um elemento de política constitucional.

## Método hermenêutico concretizador (Conrad Hesse) (cont.)

---

Por fim, o último desses métodos, que, como eu já disse, não é um método de como a Constituição deve ser interpretada, mas sim um método que diz quem deve interpretar a Constituição, é o chamado método concretista da Constituição aberta, que é desenvolvido por Peter Häberle. Este método foi cobrado na prova do TJ do Paraná em 2017. O que Häberle propõe nada mais é do que um alargamento do círculo de intérpretes da Constituição. Ou seja, segundo ele, os intérpretes da Constituição não são apenas aqueles versados no direito — juízes, tribunais, doutrinadores, advogados. Segundo ele, todo aquele que vive a Constituição deve ser considerado um legítimo intérprete, ainda que seja um cointérprete, porque você não tem como obedecer aos comandos constitucionais se não interpretar os seus dispositivos. A norma é o resultado da interpretação do texto. Então, como é que eu vou obedecer a uma norma constitucional se eu não interpretar aquele texto? Por isso, ele diz: "Todo aquele que vive a Constituição é um legítimo intérprete da Constituição", ainda que ele reconheça que a palavra definitiva sobre como a Constituição deve ser interpretada é da Corte Constitucional. Então, embora todo mundo possa interpretar a Constituição, quem vai, no final das contas, definir a interpretação que vai ser válida é a Corte Constitucional. No caso do Brasil, é o Supremo. É ele que vai dar a palavra final. Mas isso não significa que apenas ele seja um legítimo intérprete da Constituição. Todos nós, mesmo que não sejamos do direito, mesmo que seja, por exemplo, uma organização social, mesmo que seja a Igreja, mesmo que seja o sindicato, um grupo social, todos são legítimos intérpretes. Todos vão contribuir para a interpretação da Constituição. Por quê? Porque nós vivemos a Constituição.

## Método hermenêutico concretizador (Conrad Hesse) (cont.)

---

Então, todo aquele que vive a Constituição, todo aquele que tem que obedecer aos seus comandos, deve ser considerado um intérprete legítimo do texto constitucional.

A grande sacada de Peter Häberle, quando ele diz que a interpretação deve ser um processo aberto e público, é que ele traz a ideia de democracia para um momento posterior ao da criação da lei. Porque, quando a gente fala em democracia, a gente fala: "Ah, os representantes do povo elaboraram aquelas leis, elaboraram a Constituição". Só que o que está na lei, na Constituição, é só o texto. O mandamento, o comando, é o resultado da interpretação daquele texto, e não o texto em si. Não é o que está escrito na Constituição que te obriga, é o que o Supremo diz que está escrito na Constituição. É a interpretação que o Supremo dá àquele dispositivo. Então, o que preconiza Peter Häberle? A democracia deve estar presente não só naquele momento anterior, em que a lei é elaborada, em que a Constituição é elaborada, porque ali é só o texto, mas ela deve estar presente também no momento posterior, que é o momento da interpretação, porque é ali que surge a norma, é ali que surge o verdadeiro comando vinculante, obrigatório. Então, essa é a grande sacada da teoria dele. Ele traz a democracia para um momento que não era falado, que não era discutido, que é exatamente o momento mais importante, que é quando surge a norma, quando surge o mandamento, quando surge aquele comando.

## Método hermenêutico concretizador (Conrad Hesse) (cont.)

---

"Ah, Novelino, na prática, como é que funciona isso? Isso é só teoria, muito bonito e tal, mas, na prática, tem alguma função?" Tem. Se nós pegarmos as leis que tratam do controle abstrato no Brasil, nós vamos ver pelo menos dois institutos ali consagrados na Lei 9.868 e na Lei 9.882, que tratam da ADI, da ADC, da ADPF e da ADO; dois institutos que refletem exatamente essa visão de Peter Häberle de que a interpretação deve ser um processo aberto e público. Você saberia me dizer quais são esses dois institutos?

Primeiro, a realização de audiências públicas. Quando o Supremo realiza uma audiência pública, como foi, por exemplo, no caso das pesquisas com células-tronco embrionárias, em que o Supremo reuniu vários especialistas favoráveis e contrários àquelas pesquisas para que eles trouxessem o seu conhecimento, ali você tem pessoas que vão contribuir com seu conhecimento específico para a interpretação constitucional, já que a interpretação a ser dada pelo Supremo, em tese, pelo menos, vai levar em consideração aqueles argumentos trazidos por aquelas pessoas.

## Método hermenêutico concretizador (Conrad Hesse) (cont.)

---

Além da audiência pública, a figura do *amicus curiae*, um amigo do tribunal, amigo da corte, também faz parte dessa ideia. O que é o amigo do tribunal? É alguém que tem uma relevância na sociedade e que, com o seu conhecimento, pode contribuir para a decisão do tribunal sobre aquela matéria. Então, por exemplo, quando o Supremo discutiu se o antissemitismo era um crime de racismo ou não — o preconceito contra judeu, se seria racismo e, portanto, imprescritível —, o Supremo convidou Celso Lafer, que é uma das maiores autoridades do mundo sobre direitos humanos, para que ele atuasse como *amicus curiae*. Por quê? Porque, com o conhecimento que ele tem sobre o tema, ele poderia contribuir para aquela decisão do tribunal. Isso não foi no controle abstrato, foi no *habeas corpus*; mas, no controle abstrato, nós temos aí vários exemplos de participação de *amicus curiae*. Então, essas duas figuras concretizam, na prática, esse pensamento abstrato de Peter Häberle.

Aqui, nós fechamos os métodos da dogmática alemã. No próximo bloco, nós vamos começar a falar dos princípios de interpretação constitucional. Até lá.

FECHAMENTO

# ÍNTEGRA TRANSMITIDA NA AULA.

Material com a fala do professor na íntegra, revisada em português, sem acréscimo de conteúdo externo.

Fonte: transcrição integral — Prof. Marcelo Novelino, G7 Jurídico · Método hermenêutico concretizador (Conrad Hesse)



G7 JURÍDICO