

hermenêutica

*CONS  
TITU  
C I O  
N A L*

Bruno Pinheiro



editora  
D'PLÁCIDO

hermenêutica

*C O N S*

*T I T U*

*C I O*

*N A L*



hermenêutica

*CONS*

*TITU*

*CIO*

*NAL*

Bruno Pinheiro

Copyright © 2019, D'Plácido Editora.  
Copyright © 2019, Bruno Pinheiro.

**Editor Chefe**  
*Plácido Arraes*

**Editor**  
*Tales Leon de Marco*

**Produtora Editorial**  
*Bárbara Rodrigues*

**Capa, projeto gráfico**  
*Leticia Robini*

**Diagramação**  
*Enzo Zaqueu*

**Editora D'Plácido**  
Av. Brasil, 1843, Savassi  
Belo Horizonte – MG  
Tel.: 31 3261 2801  
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.  
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,  
por quaisquer meios, sem a autorização prévia  
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)  
Ficha catalográfica

PINHEIRO, Bruno.

Hermenêutica Constitucional-- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.  
240 p.

ISBN: 978-65-80444-61-8

1. Direito. 2. Direito Constitucional. I. Título.

CDD341.2

CDU342

GRUPO  
D'PLÁCIDO



\*  
Rodapé



# AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar aos meus alunos, graduação, pós-graduação e cursos preparatórios para concurso público de todo Brasil.

Em especial aos alunos da Amperj (Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro) e Femperj (Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro).

Aos alunos da pós-graduação Imadec/MA.

Aos alunos da pós-graduação IGD/GO.

Aos alunos de todas as demais instituições em que ministramos aulas.

Aos alunos CERS pós-graduação on line.

Aos amigos,

Professora Flávia Bahia, pela constante troca de ideias e confiança em me convidar para participar das turmas sob sua coordenação.

Professor André Nicolitt, pelo empenho na publicação do livro.

Ao Plácido e à editora D'Plácido, pela acolhida e trabalho impecável.

Aos familiares,

Para Vó Rosa (*in memoriam*), que se foi esse ano deixando muitas saudades, obrigado pela lição de como viver, verdadeiramente, uma vida plena.

Para minha mãe, Nilda, sem ela nada seria possível, obrigado por me mostrar como lutar e nunca desistir.

Para meu pai, Laerte, pelo apoio incondicional em todas as horas, sempre.

Para Cristiane, minha irmã, meu exemplo de garra e trabalho.

Para Bruna, minha primogênita, meu amor primeiro, que só me deu orgulho nessa vida, exemplo de dedicação e vontade de evoluir sempre, mulher inteligente e independente, sucesso!

Para Gael(zinho), meu caçula (2018), que chegou apressado e assustando a todos, veio para renovar minhas esperanças, mostrar que as dificuldades existem para serem superadas, me dar serenidade, me fazer acreditar que nada é em vão, você tem toda uma vida pela frente Pequeno!

Para Rebeca, mulher guerreira, forte, que nunca se dá por vencida, dedicada e inteligente, profissional de alta competência, grande professora e advogada, mas acima de tudo, a mulher que me deu o Gaelzinho, e que não me surpreendeu por ser essa mãe incrível que você é, era algo óbvio, parabéns e obrigado.

Amo vocês.

# SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	13
APRESENTAÇÃO.....	17
1. INTRODUÇÃO.....	19
2. A HERMENÊUTICA UNIVERSAL DE SCHLEIERMACHER.....	21
3. A HERMENÊUTICA HISTÓRICA DE WILHELM DILTHEY.....	25
4. A ONTOLOGIA HERMENÊUTICA DE MARTIN HEIDEGGER.....	27
5. FILOSOFIA ANALÍTICA E OS JOGOS DE LINGUAGEM DE WITTGENSTEIN.....	39
5.1. (1º) Primeiro Wittgenstein.....	40
5.2. (2º) Segundo Wittgenstein.....	43
6. HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE GADAMER.....	49
7. HERMENÊUTICA E IDEOLOGIAS DE RICOEUR.....	59
8. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	69
8.1. Introdução.....	69



8.1.1. Interpretativistas (interpretivists): (W. Rehnquist; R. Bork; A. Scalia; K. E. Whittington).....	70
8.1.1.1. <i>Originalismo (originalism)</i> .....	70
8.1.1.2. <i>Textualismo (textualism)</i> .....	74
8.1.2. Não interpretativistas (noninterpretivists) .....	78
8.2. Para além do binômio interpretativismo/não interpretativismo.....	78
8.2.1. Linha formalista/procedimentalista: (Ely; Sustain; Vermeule; Tushnet; Waldron).....	79
8.2.1.1. <i>Procedimentalismo democrático de John Hart Ely (procedural democracy)</i> .....	79
8.2.1.2. <i>Minimalismo Judicial (judicial minimalista) de Cass R. Sunstein</i> .....	80
8.2.1.3. <i>Formalismo Institucional de Adrian Vermeule</i> .....	82
8.2.1.4. <i>Populist Constitutional Law/ Constitucionalismo Popular de Mark Tushnet</i> .....	88
8.2.1.5. <i>Procedimentalismo Crítico de Jeremy Waldron</i> .....	89
8.2.2. Teoria da Justiça (Liberalismo Igualitário) de John Rawls.....	90
8.2.3. Comunitarismo (MacIntyre; Taylor; Walzer; Sandel).....	92
8.2.4. Teoria da Razão (Ação) Comunicativa e Teoria Discursiva de Jürgen Habermas.....	94
8.2.5. Método Argumentativo/reflexivo (Canotilho).....	101
8.2.6. Teoria da Integridade (Ronald Dworkin).....	102
8.2.7. Substancialismo (Lawrence Tribe).....	107
8.2.8. AED (Análise Econômica do Direito) Law's Economy (neo pragmatism).....	108
8.2.9. Moralismo (Real Moralism).....	109
8.2.10. Naturalismo (natural law) de John Mitchell Finnis:.....	110
8.2.11. Evolucionismo (evolutionism).....	111
8.2.12. Positivismo Jurídico.....	112
8.2.12.1. <i>Positivismo Jurídico Brando ou Includente - Soft Positivism (H.L.A.Hart; W.J. Waluchow)</i> .....	112
8.2.12.2. <i>Positivismo Jurídico Excludente-Hard Positivism (J. Raz; S. Shapiro; A. Marmor)</i> .....	115
8.2.13. Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lenio Streck.....	115
8.2.14. Teoria do Realismo Jurídico (Legal Realism).....	120
8.2.14.1. <i>Realismo Jurídico Americano</i> .....	121
8.2.14.2. <i>Realismo Jurídico Escandinavo</i> .....	122

8.2.14.2.1. O Realismo Psicológico.....	123
8.2.14.2.2. O Realismo Conductista ( <i>behaviourism</i> ).....	123
8.3. Discussão no direito alemão (teorética alemã) quanto aos métodos de interpretação constitucional (MÉTODOS de INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL).....	124
8.3.1. Métodos de interpretação constitucional.....	125
8.3.1.1. Método jurídico ( <i>Ernst Forsthoff</i> ).....	125
8.3.1.1.1. Quanto à origem.....	125
8.3.1.1.2. Quanto ao meio.....	126
8.3.1.1.3. Quanto ao resultado ou à finalidade.....	129
8.3.1.2. Método jurídico-científico ( <i>Kelsen</i> ).....	129
8.3.2. Método científico-espíritual ( <i>Smend</i> ).....	131
8.3.3. Método tópico-problemático ( <i>Viehweg</i> ).....	132
8.3.4. Método hermenêutico-concretizador ( <i>Hesse</i> ).....	134
8.3.5. Método normativo-estruturante ( <i>Müller</i> ):.....	135
8.3.6. método comparativo ( <i>Häberle</i> ).....	138
8.3.7. Método culturalista ( <i>Häberle</i> ).....	139
8.3.8. Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição ( <i>Häberle</i> ).....	139

## 9. PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....

9.1. Princípio da supremacia da Constituição.....	141
9.2. Princípio da unidade da Constituição.....	143
9.3. Princípio do efeito integrador.....	144
9.4. Princípio da força normativa da Constituição.....	145
9.5. Princípio da máxima efetividade ou eficiência.....	146
9.6. Princípio da justeza ou conformidade funcional (ou exatidão).....	147
9.7. Princípio da concordância prática ou harmonização.....	147
9.8. Princípio (regra ou postulado) da proporcionalidade ( <i>verhältnismässigkeit</i> ).....	151
9.8.1. Estrutura do princípio (regra ou postulado) da proporcionalidade.....	152
9.8.1.1. Estrutura tripartite.....	153
9.8.1.2. Estrutura quinquipartite.....	154
9.8.1.3. Quadro comparativo entre os critérios tripartite e quinquipartite.....	155

9.8.1.4. <i>Âmbito de aplicação do critério da proporcionalidade (Proibição do Excesso/Übermassverbot e Proibição de Insuficiência/Untermassverbot)</i> .....	155
9.9. Princípio da razoabilidade.....	156
9.10. Princípio da presunção de constitucionalidade.....	159
9.11. Princípio da interpretação conforme a Constituição:.....	161
9.11.1. Interpretação da constituição conforme as leis (gesetzeskonform Verfassungsinterpretation).....	162
<b>10. LACUNAS CONSTITUCIONAIS E FORMAS DE INTEGRAÇÃO</b> .....	<b>165</b>
10.1. Espécies de omissões (ou lacunas) na Constituição.....	166
10.1.1. Lacuna descoberta ou voluntária.....	166
10.1.2. Lacuna encoberta ou involuntária.....	177
10.1.3. Silêncio eloquente.....	178
10.2. Formas de integração.....	182
10.2.1. O costume constitucional e a constituição formal, codificada e escrita.....	184
10.2.1.1. <i>Constituição formal</i> .....	184
10.2.1.2. <i>Constituição codificada</i> .....	185
10.2.1.3. <i>Constituição escrita</i> .....	185
<b>II. PROCEDIMENTO FORMAL DE REFORMA E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL (VERFASSUNGSWANDLUNG)</b> .....	<b>187</b>
11.1. Procedimento Formal de Reforma.....	187
11.1.1. Limites à reforma constitucional.....	187
11.1.2. Quadro das limitações constitucionais ao Poder de Reforma da CRFB/1988.....	194
11.2. Mutação Constitucional.....	194
11.2.1. Conceito e natureza jurídica.....	196
11.2.2. Limites.....	196
11.2.2.1. <i>Limites Semânticos/normativos (coerência semântica)</i> .....	196
11.2.2.2. <i>Limites Sistêmicos Internos (coerência interna: sistêmica e teleológica)</i> .....	196
11.2.2.3. <i>Limites Axiológicos (coerência axiológica)</i> .....	197

11.2.2.4. <i>Limites Institucionais (coerência institucional)</i> .....	197
11.2.2.5. <i>Limites Externos (coerência externa)</i> .....	197
11.2.3. <i>Espécies</i> .....	202
11.2.3.1. <i>Mutação por interpretação</i> .....	202
11.2.3.2. <i>Mutação por atuação do legislador</i> .....	202
11.2.3.3. <i>Mutação por prática constitucional</i> .....	202
11.2.3.4. <i>Mutação Constitucional para suprir lacuna constitucional</i> .....	202
<b>12. ATIVISMO CONGRESSUAL</b> .....	<b>203</b>
12.1. <i>Efeito Backlash (backlash effect)</i> .....	208
<b>13. TEORIA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL</b> .....	<b>215</b>
13.1. <i>Diálogos Institucionais na doutrina americana</i> .....	216
<b>14. CONCLUSÃO</b> .....	<b>221</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>227</b>



## PREFÁCIO

Durante um dos frequentes encontros nos cursos preparatórios, Bruno Pinheiro (ia chamá-lo de jovem promissor, mas de há muito já se efetivou com um brilhante estudioso e jurista) me pediu para fazer o prefácio do seu livro. Aceitei com orgulho, mas depois me vi com a mesma responsabilidade daquele que foi ou será escolhido para ser padrinho do Gael, seu pequeno e grande guerreirinho.

Ao ler sua obra quase aconselhei Bruno a procurar outro prefaciador, pois não me sentia ao nível dela, mas, ainda que de forma temerária, resolvi aceitar o desafio e apelei para o método de interpretação divinatório que, segundo o autor, seria aquele em que o intérprete se “transformaria” na própria pessoa como forma de compreender o aspecto subjetivo de forma mais direta.

Deste modo, para se conhecer o Bruno não bastaria ler seu extenso currículo de autor, professor, palestrante e conferencista, afinal, um homem se conhece mais pelo seu fazer cotidiano. Para mim, como professor, seria fácil me “transformar” no Bruno para melhor interpretá-lo. Foi o que tentei fazer.

Neste sentido, cabe destacar as palavras de uma aluna nossa, hoje uma profissional bem sucedida na área pública, recém-aprovada em difícilíssimo concurso, sobre um episódio que diz muito mais sobre o autor do que sua já densa vida acadêmica.

Eis o seu depoimento informal:

Ele deu aula pra gente no sábado anterior ao início das orais (que foi segunda) e arrumou uma sala no Recreio, com a professora Sylvia, pra quem quisesse ir. Chamou o professor Walberto, que foi junto ministrar aula de processo penal, eles passaram o dia todo lá com a gente treinando. A gente sorteava um ponto e eles faziam simulado como se fosse a oral mesmo, por 15 minutos, exatamente igual a prova. Éramos em torno de 20 a 25 alunos e desses, só uma

foi reprovada, os outros todos passaram. Foi muito legal porque um mês antes, mais ou menos, pra prova específica, a gente teve aula cancelada com ele na AMPERJ, a mulher dele teve pré-eclampsia e deu à luz ao filho com 28 semanas. E foi lá passar o dia com a gente quando o filho tinha acabado de ir pra casa após mais quase dois meses na uti. E durante a específica, ele deu aula no sábado, véspera da prova, pra compensar a que tinha sido cancelada, com a mulher e o filho internados

E tudo isso, posso completar, de graça, unicamente pela vontade de ajudar aqueles estudantes a alcançar o sucesso. Empatia, talvez seja esta a palavra síntese.

Podia parar por aqui e já conseguiria definir o Bruno. Faltaria apenas dizer que é um botafoguense ilustre, mas aí já beiraria a bajulação.

Não, não vou deixar de falar do livro.

Aproveitei uma viagem a trabalho para lê-lo com atenção e me deparei com uma obra atual e vibrante, além de didática e bem sistematizada. Nela vislumbrei de forma pedagógica e sem preocupações ideológicas e sectárias, as discussões que permeiam os dias atuais sobre o papel do STF e dos magistrados na construção permanente de nossa democracia, no que concerne à interpretação do texto constitucional.

Vi também um denso estudo sobre hermenêutica, desde de suas origens até o estágio contemporâneo de discussão, com uma análise dos principais filósofos que tratam (ou trataram) do tema, Schleiermacher; Dilthey; Heidegger; Wittgenstein; Gadamer; Ricoeur; Dworkin; Habermas; Hart; Raz; Finnis; Posner; Vermeule e muitos outros; discorre sobre a legitimidade do *judicial review*, sobre o ativismo judicial e seus limites, efeito *backlash* (ativismo congressional), teoria do diálogo institucional, evolucionismo (mutação constitucional), populismo constitucional e a vontade da maioria, proporcionalidade e razoabilidade, e tantos outros temas que Bruno desenvolve, com profundidade, sempre com a preocupação de situá-los no panorama político e jurídico brasileiro, se valendo principalmente dos debates sobre o conceito de família, de presunção de inocência, descriminalização do aborto e das drogas, direito das minorias, limites ao foro por prerrogativa de função e imunidades parlamentares, dentre outros temas, desenvolvidos com forte e sólida base doutrinária e à luz das decisões judiciais e de eventuais reações legislativas.

Bruno faz ainda um exame minucioso e técnico das principais discussões que estão ocorrendo no mundo, com menção especial ao debate no direito americano e alemão que tanto influenciam o direito brasileiro, sempre com um viés crítico e sem se furtar a emitir suas opiniões de maneira muito bem fundamentada e inovadora.

Traz de forma extremamente didática e sem perda de profundidade os métodos e os princípios de interpretação, examina as chamadas *lacunas constitucionais* e as formas de integração.

Cuida-se, pois, de uma obra consistente, sólida, que vai muito além de sua finalidade de transmitir conhecimento e que certamente se transformará numa valiosa fonte de consulta para os profissionais dos mais diversos ramos do Direito, que precisam entender as constantes (ou inconstantes?) mudanças na interpretação de nossa tão sofrida Lei Maior e suas repercussões no mundo jurídico e fora dele.

Indispensável para os concursandos, acadêmicos (graduação, pós-graduação e mestrado) e todos operadores do Direito!

Saudações alvinegras.

Rio de Janeiro, maio de 2019.

*Ricardo Ribeiro Martins*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado Rio de Janeiro





# APRESENTAÇÃO

O livro que tenho a honra de apresentar ao público é fruto de uma profunda pesquisa e madura reflexão do autor ao longo de muito tempo no magistério do Direito Constitucional.

Por isso, foi com muita alegria que recebemos o convite do professor Bruno Pinheiro para fazer a apresentação desta obra que vem ao público brasileiro no momento mais oportuno do ponto de vista da ciência constitucional e da necessidade de profunda revisão da forma de interpretação das normas jurídicas. Entra em cena, portanto, no palco jurídico, sob todos os holofotes, uma obra com o título **Hermenêutica**, que traz com uma impressionante densidade e inegável profundidade o tratamento do tema proposto.

Se, de um lado, a criação reflete a criatura (como eu sempre costumo dizer), de outro lado, o livro reflete o seu autor. E isso não é menos verdade na presente obra. O professor Bruno Pinheiro é um dos professores mais competentes e mais brilhantes que eu já conheci no Direito, com vasta e profunda capacidade de raciocínio e argumentação, sempre calcado nas bases científicas do Direito. Obstinado pela correta interpretação das normas jurídicas, traz ao público agora um poderoso instrumento de aprendizado: um livro com o título **Hermenêutica**, que fará com que o leitor tenha outra visão das normas que compõem o Ordenamento Jurídico, enxergando-as com lentes mais aguçadas e mais sólidas, à luz das várias formas de interpretação.

O autor fez um passeio pelo mundo para escrever a presente obra, desde Ludwig Wittgenstein até autores mais modernos, como Ronald Dworkin, o que confere à obra absoluta densidade, extensão e profundidade.

Após uma exposição inicial na hermenêutica, o autor entra na hermenêutica constitucional, fazendo uma profícua incursão no tema, que vai desde o interpretativismo, do originalismo e do textualismo, passando, passando por diversas teorias, como a teoria da justiça, a teoria da razão, a teoria da integridade, e finalizando com a discussão no Direito Alemão sobre os métodos de interpretação. Sempre da forma mais didática possível, cumprindo com maestria a difícil tarefa de abordar temas altamente complexos de forma fácil, sem perder a cientificidade. Tarefa para poucos.

Na sequência, o autor aborda os princípios de interpretação constitucional, trazendo ao leitor temas pouco trabalhados no Brasil, garantido ao público um conhecimento mais extenso e profundo de temas.

No capítulo seguinte o autor trata das lacunas constitucionais e formas de integração, tema (a propósito do título do capítulo) altamente lacunoso no Direito Constitucional brasileiro. O autor traz discussões muito interessantes, como a necessidade de se identificar a natureza da lacuna, ou seja, se se trata de questão constitucional passível ou não de integração ou se se trata de questão infraconstitucional, não sendo o caso de uma lacuna constitucional propriamente dita.

Encaminhando para o encerramento da obra, Bruno Pinheiro traz ao nosso conhecimento um capítulo sobre o procedimento formal de reforma e a mutação constitucional, tema que a todo o momento é debatido pelos constitucionalistas e sempre atual, onde o autor aborda as limitações, em suas várias vertentes, à reforma constitucional, bem como o conceito, os limites e as espécies de mutação constitucional.

No penúltimo capítulo o leitor encontra uma exposição acerca do ativismo congressual, onde o autor trata do *Backlash effect* e suas bases, que, nas palavras do autor, “reflete reações político/sociais contrárias à atuação judicial, George Marmelstein Lima diz que o efeito backlash do ativismo judicial, é uma espécie de efeito colateral das decisões judiciais em questões polêmicas, decorrente de uma reação do poder político contra a pretensão do poder jurídico de controlá-lo.”

Por fim, Bruno Pinheiro encerra a obra com o tratamento da teoria do diálogo institucional, com menção concreta do tema abordado no STF, na ADI 5105/DF, julgada em 2015, ou seja, tema bastante atual e que merece amadurecimento no Direito Constitucional Brasileiro.

Se eu pudesse resumir em uma frase a presente obra, eu diria: a profundidade impressiona.

*Gabriel Habib<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Penal. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

# INTRODUÇÃO

Ao iniciarmos o estudo referente à hermenêutica nos parece importante definirmos os contornos do termo que iremos empregar em nosso trabalho.

O termo hermenêutica (*ἐρμηνευτική*), nos valendo de Heidegger, vem do verbo grego *ἐρμηνεύειν*, que se refere ao substantivo *ἐρμηνεύς* que deriva do nome do deus grego Hermes.

Hermes é o mensageiro dos deuses, aquele que traz a mensagem do destino; o verbo grego *ἐρμηνεύειν* (do comunicar, interpretar) é a exposição que dá a notícia, à medida que consegue escutar uma mensagem, essa explanação torna-se interpretação daquilo que já foi dito. Assim, para Heidegger, hermenêutico não significa *'interpretar'*, mas trazer a mensagem e dar a notícia.<sup>1</sup>

Para Paul Ricoeur a hermenêutica “é a teoria das operações da compreensão em sua relação com a interpretação de textos”<sup>2</sup>.

Gadamer por sua vez define hermenêutica como a “teoria filosófica do conhecimento que afirma que todos os casos de compreensão envolvem necessariamente tanto interpretação como aplicação”.

---

<sup>1</sup> HEIDEGGER. A Caminho da Linguagem. p.96/97.

<sup>2</sup> RICOEUR, PAUL. Hermenêutica e Ideologias. p.23.



Se, de um lado, a criação reflete a criação (como eu sempre costumo dizer), de outro lado, o livro reflete o seu autor. E isso não é menos verdade na presente obra. O professor Bruno Pinheiro é um dos professores mais competentes e mais brilhantes que eu já conheci no Direito, com vasta e profunda capacidade de raciocínio e argumentação, sempre calcado nas bases científicas do Direito. Obstinado pela correta interpretação das normas jurídicas, traz ao público agora um poderoso instrumento de aprendizado: um livro com o título *Hermenêutica*, que fará com que o leitor tenha outra visão das normas que compõem o Ordenamento Jurídico, enxergando-as com lentes mais aguçadas e mais sólidas, à luz das várias formas de interpretação.

O autor fez um passeio pelo mundo para escrever a presente obra, desde Ludwig Wittgenstein até autores mais modernos, como Ronald Dworkin, o que confere à obra absoluta densidade, extensão e profundidade.



**GABRIEL HABIB**

