

PENSAMENTO CONSTITUCIONAL NO BRASIL IMPERIAL: UMA REFLEXÃO HERMENÊUTICA SOBRE CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Alexandre Santos Bezerra Sá 
Universidade de Fortaleza 

Mariana Dionísio de Andrade 
Universidade de Fortaleza 

Martônio Mont'Alverne Barreto Lima 
Universidade de Fortaleza 

Contextualização: O constitucionalismo tradicional brasileiro, trabalhado e replicado em seus manuais, consolidou o entendimento de que o controle de constitucionalidade das leis no Brasil surgiu com o advento da República, na Constituição de 1891, o que se define como contexto de pesquisa.

Objetivos: O artigo possui como objetivo investigar se, além das alterações do contexto cultural no século XIX, a hermenêutica enquanto filosofia contribui para a admissão formal do controle de constitucionalidade difuso pelos juízes, formalmente reconhecida apenas na Constituição de 1891.

Métodos: A metodologia é qualitativa, pura quanto aos resultados, descritivo-analítica e se apoia em revisão de literatura, com suporte teórico em Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer e Ronald Dworkin, sobre o processo de compreensão e interpretação humana e suas conexões com a interpretação do Direito.

Resultados: Conclui-se que o fenômeno hermenêutico foi um fator determinante de convergência para o exercício do controle judicial de constitucionalidade no Brasil e que a compreensão, interpretação e aplicação do Direito tornam o controle difuso de constitucionalidade um desdobramento natural da função judicial, embora não exclusivo dessa atividade.

Palavras-chave: Controle Incidental de Constitucionalidade; fenômeno hermenêutico; Brasil Imperial.

EL PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL BRASILEÑO EN EL IMPERIO: UNA REFLEXIÓN HERMENÉUTICA SOBRE EL CONTROL INCIDENTAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Contextualización: El constitucionalismo tradicional brasileño, trabajado y replicado en sus manuales, consolidó la comprensión de que el control de la constitucionalidad de las leyes en Brasil surgió con el advenimiento de la República, en la Constitución de 1891, lo que se define como el contexto de la investigación.

Objetivos: El artículo tiene como objetivo investigar si, además de los cambios en el contexto cultural en el siglo XIX, la hermenéutica como filosofía contribuyó para la admisión formal del control difuso de constitucionalidad por parte de los jueces, formalmente reconocido solo en Constitución de 1891.

Método: La metodología es cualitativa, pura en términos de resultados, descriptiva-analítica y se basa en una revisión de literatura, con soporte teórico de Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer y Ronald Dworkin, sobre el proceso de comprensión e interpretación humana y sus conexiones con la interpretación del Derecho.

Resultados: Se concluye que el fenómeno hermenéutico fue un factor determinante en la convergencia del ejercicio del control judicial de constitucionalidad en Brasil y que la comprensión, interpretación y aplicación del Derecho hacen del control difuso de constitucionalidad un desarrollo natural de la función judicial, aunque no exclusivo de esta actividad.

Palabras clave: Control Incidental de Constitucionalidad; fenómeno hermenéutico; Brasil Imperial.

BRAZILIAN CONSTITUTIONAL THOUGHT IN BRAZIL DURING THE EMPIRE PERIOD: A HERMENEUTIC REFLECTION ON INCIDENTAL CONTROL OF CONSTITUTIONALITY

Contextualization: Traditional Brazilian constitutionalism, as outlined in its manuals, consolidated the understanding that the control of the constitutionality of laws in Brazil emerged with the advent of the Republic, in the Constitution of 1891, what is defined as the research context.

Objectives: The paper aims to investigate whether, in addition to the alterations in the cultural context of the 19th century, hermeneutics as a philosophy contributed to the formal admission of diffuse constitutional control by judges, which was formally recognized only in the Constitution of 1891.

Method: The methodology is qualitative, pure in terms of results, descriptive-analytical and is based on a literature review, with theoretical support from Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer and Ronald Dworkin, on the process of human understanding and interpretation and its connections with the interpretation of Law.

Results: It is concluded that the hermeneutic phenomenon was a determining factor in the convergence of the exercise of judicial control of constitutionality in Brazil, and that the understanding, interpretation and application of the Law make diffuse control of constitutionality a natural development of the judicial function, although not exclusive to this activity.

Keywords: Incidental Control of Constitutionality; Hermeneutic phenomenon; Imperial Brazil.

INTRODUÇÃO

O controle judicial de constitucionalidade no Brasil passou a ter previsão expressa apenas com a Constituição da República, de 1891. Durante o período do Brasil Império, contudo, a análise de compatibilidade formal e material das leis com a Constituição era uma prática que ocorria com certa frequência, ainda que realizada fora do âmbito judicial.

Autores contemporâneos, como Marcelo Casseb Constantino¹, ou escritores da época do Império, como Visconde do Uruguay² e Tavares Bastos³, destacaram também em seus trabalhos, além das questões relacionadas ao controle de constitucionalidade propriamente dito, um intenso debate sobre o pensamento constitucional antes da República.

Como não poderia deixar de ser, esses autores clássicos realizaram suas análises à luz do contexto da sociedade Imperial em que viviam. Visconde do Uruguay e Tavares Bastos tinham como foco de suas reflexões a centralização ou a descentralização do Poder, mas seus debates tratavam também sobre o papel do Poder Judiciário, suas mazelas, e quem seria o legitimado a dar a última palavra sobre o Direito. Marcelo Casseb Continentalino, por sua vez, realizou um estudo olhando para o passado, para compreender o presente e pensar o futuro, e demonstrou a riqueza do pensamento constitucional anterior à proclamação da República e sua importância para a construção do controle de constitucionalidade atual.

As contribuições das pesquisas desses autores, contudo, mesmo passando por reflexões sobre o Poder Judiciário, sobre conceitos de interpretação praticados no referido período, deixaram de lado uma pergunta fundamental que precisa ser enfrentada: qual o papel do fenômeno hermenêutico, enquanto filosofia da compreensão, para a evolução do controle judicial de constitucionalidade? Noutras palavras, os estudos, como os dos autores aqui mencionados, demonstram que o fortalecimento do Poder Judiciário brasileiro foi fruto de um contexto histórico, mas, no que se refere especificamente à competência do controle judicial de constitucionalidade das leis, o fenômeno hermenêutico contribuiu de alguma forma?

Parte-se do pressuposto hipotético que a compreensão, a interpretação e a aplicação do Direito constituem etapas indissociáveis da atividade jurisdicional, de modo que, diante da necessidade de preservar a integridade sistêmica do ordenamento jurídico, o controle difuso de constitucionalidade revela-se um desdobramento inerente ao exercício da função judicial, ainda que não seja sua atribuição exclusiva.

¹ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil:** percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891). São Paulo: Almedina, 2015.

² URUGUAY, Visconde do. **Estudos Práticos sobre a Administração das Províncias no Brasil.** Rio de Janeiro: Garnier, 1865, v. 2.

³ BASTOS, Tavares. **A Província:** estudo sobre a descentralização no Brasil. Rio de Janeiro: Garnier, 1870.

Nunca é demais lembrar que exatamente as experiências inspiradoras deste primeiro momento do constitucionalismo brasileiro – ideias britânicas e francesas – excluíram a ideia da *judicial review* de seu arco de institucionalidade. Não passava pelas cabeças formuladoras dos legislativos daqueles países a possibilidade de que controle sobre os artos normativos emanados dos mesmos parlamentos sofressem algum tipo de controle que não aquele dos eleitores ou do próprio parlamento.

São essas as questões enfrentadas na presente pesquisa. O objetivo principal é verificar a relação entre o fenômeno hermenêutico e o controle judicial da constitucionalidade. As reflexões do pensamento constitucional Imperial são importantes porque, como o controle não era realizado pelo Judiciário, pelo menos formalmente, torna-se relevante verificar, dentro da experiência brasileira, os resultados e eventuais dificuldades encontradas na prática jurídica do Império.

Adota-se como metodologia a revisão de literatura, com abordagem qualitativa, tendo como referenciais teóricos principais Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer e Ronald Dworkin. Por intermédio desses autores, estuda-se a concepção de ser, dentro da filosofia heideggeriana, a consolidação da hermenêutica filosófica, em Gadamer, e o Direito como integridade, com Dworkin.

O artigo é dividido em 3 partes. Inicialmente, verifica-se como era o pensamento constitucional no Império, com foco no exercício do controle de constitucionalidade das leis. Na segunda parte, apresentam-se as reflexões advindas da concepção heideggeriana de sujeito, a hermenêutica filosófica e a teoria do Direito como integridade. Finalmente, o estudo é concluído com o enfrentamento da pergunta de pesquisa colocada acima.

A relevância do presente trabalho é contribuir para uma maior reflexão sobre o papel da hermenêutica enquanto filosofia, suas implicações para o campo do controle da constitucionalidade brasileiro e, acima de tudo, fortalecer no campo doutrinário o aprimoramento do Estado Democrático de Direito.

O presente estudo, original e inédito, oferece um importante contributo para o estudo do controle incidental no Brasil, pois, ao analisar suas origens, é possível identificar elementos para compreender sua legitimidade, limites e permanência no atual sistema constitucional, fortalecendo o debate contemporâneo sobre a integridade do Direito e sobre o papel do Judiciário na proteção da Constituição, além de auxiliar na verificação se práticas judiciais do período imperial prefiguraram ou diferiram das concepções atuais de jurisdição constitucional, oferecendo lições para a teoria e para a prática.

1. AS REFLEXÕES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PÉRÍODO IMPERIAL BRASILEIRO

O sistema brasileiro é o jurisdicional, fruto da Constituição republicana, sob influência das ideias norte-americanas⁴. Outros autores⁵ chegam a tratar brevemente do período Imperial, mas apenas para explicitar a inexistência de sistemas de controle similares aos atuais e sustentar a ausência, ainda que incipiente, de um modelo judicial de controle de constitucionalidade em razão da tese da soberania do Parlamento.

A verdade é que os estudos sobre essa temática, em regra, concentram esforços somente no período do Brasil República, deixando de lado discussões fundamentais para o recorte deste trabalho.

Obras mais clássicas, por outro lado, demonstram o intenso e profundo debate que havia sobre o pensamento constitucional no Império, inclusive, sobre o papel do Poder Judiciário e a competência para o efetivo exercício do controle de constitucionalidade das leis. É o que se verifica, por exemplo, em “A Província”, de Tavares Bastos:

O que ha a lamentar, e elle o lamenta com razão, é a negligencia de presidentes que consentiram, ou não souberam obviar taes excessos; é o descuido com que o governo deixa de promover a revogação da lei unconstitutional. O que dá relevo original ás instituições judiciarias dos Estados Unidos, não é sómente o cuidado com que formou-se ali um poder independente da acção do governo, mas a parte importantissima que na politica e na administração cabe aos juizes. E' o poder judicial incarregado principalmente da defesa da Constituição; é o grande poder moderador da sociedade, preservando a arca da alliança de aggressões, ou venham do governo federal ou dos governos particulares⁶.

Visconde do Uruguay, em seus “Estudos Práticos, inclusive chega a comentar um caso concreto de um julgamento de um juiz municipal, fazendo comparações entre o modelo americano e o brasileiro de controle de constitucionalidade:

Tendo se queixado a Camara Municipal da Cidade du Jaguarão do Juiz Municipal, supplente da mesma cidade, por não ter este permittido que fosse por ella instaurado processo executivo contra um devedor de imposto municipal (...) irregularmente procedêra o juiz Municipal supplente, recusando-se a executar a Lei provincial de que se trata, pela razão que allegou, de exceder esta lei a competencia das Assembléas provincias. [...] Entre nós, coherenlemente com o nosso systema, pertence a interpretação do acto addicional á Assembléa Geral Legislativa⁷.

Ainda que pontuais, alguns trabalhos contemporâneos vêm demonstrando a

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁶ BASTOS, Tavares. **A Província**: estudo sobre a descentralização no Brasil. p. 50.

⁷ URUGUAY, Visconde do. **Estudos Práticos sobre a Administração das Províncias no Brasil**. p. 429.

densidade dos debates sobre a temática ora investigada. A história do controle de constitucionalidade brasileiro é sustentada em três grandes mitos: a própria ideia do *judicial review* americano⁸, o mito do início do controle apenas na República, graças ao gênio de Rui Barbosa e o mito de que no Império não houve controle de constitucionalidade porque, além da presença do Poder Moderador, cabia ao Poder Legislativo dar a interpretação final das leis⁹.

Ao longo da pesquisa, Continentino¹⁰ demonstra as bases frágeis em que esses mitos se sustentam, centrando esforços na análise do pensamento constitucional Imperial. Uma de suas conclusões principais é de que houve sim o pleno exercício do controle de constitucionalidade no Império, principalmente após a aprovação do Ato Adicional decorrente da Lei n° 16, de 12 de agosto de 1834. Com efeito, os presidentes de província, nas recusas de sanção a projeto de lei inconstitucional, e a Assembleia Geral, em eventuais irresignações aos projetos vetados, exerciam um prévio controle de constitucionalidade. Outrossim, a Assembleia Geral também possuía poderes para cassar leis aprovadas pela Assembleia Provincial, de forma repressiva, caso entendesse pela sua inconstitucionalidade formal ou mesmo material. Dessa forma, o autor conclui que “o controle de constitucionalidade foi uma prática sistematizada e existente durante a vigência da Constituição do Império”, não podendo, porém, afirmar o mesmo para o controle judicial da constitucionalidade.

O citado autor explicita ao longo de seu trabalho as razões pelas quais o Poder Judiciário não estaria durante o período Imperial habilitado a esse mister. Destacam-se a ausência de independência judicial, os problemas relacionados aos limites da interpretação dos juízes e uma desigual separação dos poderes, que tornava o Judiciário um verdadeiro apêndice do Poder Executivo.

Sem dúvida, as conclusões da pesquisa acima mencionada são muito relevantes, pois afastam os mitos nos quais as obras modernas de Direito Constitucional se fundam na temática do controle de constitucionalidade e, ademais, demonstram através dos debates da época toda a evolução no campo das ideias que resultaria na assunção da atividade de controle pelo Poder Judiciário, com o advento da República, em 1891.

Essas reflexões sobre o pensamento constitucional Imperial, fruto do empirismo dos autores clássicos aqui citados, ou do olhar sobre o passado, de Continentino, acabam trazendo um viés fortemente histórico, contextual, para o deslocamento do controle de constitucionalidade para o âmbito judicial. Noutras palavras, o controle judicial de

⁸ CORNELL, Drucilla; FRIEDMAN, Nick. **The mandate of dignity:** Ronald Dworkin, revolutionary constitutionalism, and the claims of justice. Nova York: Fordham Univ Press, 2016.

⁹ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil:** percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891).

¹⁰ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil:** percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891). p. 53.

constitucionalidade é trabalhando dentro de um recorte que enaltece os efeitos da história e do contexto social.

Não se verifica, contudo, um debate acerca do fenômeno hermenêutico dentro do controle de constitucionalidade no período Imperial. Com efeito, inexiste uma reflexão sobre a própria teoria de como o processo de decisão, de aplicação do Direito no caso concreto, desenvolve-se.

As discussões se restringem ao campo da teoria de separação dos poderes, aos problemas de funcionamento do Poder Judiciário, sua independência e comparações com outros modelos constitucionais, conforme se pode observar das seguintes reflexões sobre o pensamento constitucional Imperial:

Nos Estados Unidos há um tribunal, a corte suprema, que preserva a inviolabilidade da constituição, já impedindo que as assembleias dos estados transponham a sua esfera, já oppondo-se às invasões do congresso. Mas a corte suprema oferece as garantias de um poder independente; o nosso conselho de estado, porém, criatura do princípio, dedicou-se à missão de agitar as instituições livres ao molde do imperialismo¹¹.

A nossa Constituição começou dizendo que havia quatro poderes: o Moderador, o Legislativo, o Executivo, e o Judiciário; mas de que forma apresentou o Judiciário? Não representando a nação, e por consequência em uma posição inferior aos outros poderes; começou logo anulando-o, não lhe dando a importância devida¹².

É bem verdade que antes do advento da República havia debates sobre a interpretação das leis, o papel que cabia aos juízes ao aplicar o Direito. As discussões chegavam a teorizar sobre o próprio conceito de interpretação, qual o sistema judicial ideal, se americano ou francês, e as divergências sobre a chamada interpretação autêntica – vedada aos juízes – e a interpretação denominada de doutrinária, possível no caso concreto¹³.

Ocorre que a questão verdadeiramente hermenêutica vai muito além desse tipo de discussão, pois envolve a própria concepção do pensamento humano, e a possibilidade e limites entre a compreensão, a interpretação e a aplicação do Direito.

A problemática central deste estudo consiste em verificar se houve, e em que medida, a influência da hermenêutica, sob o ponto de vista epistemológico, na assunção do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário em sua modalidade incidental. Pergunta-se: seria possível que uma decisão judicial, em um caso concreto, realize a interpretação do Direito sem necessariamente estabelecer um cotejo de natureza

¹¹ BASTOS, Tavares. **A Província**: estudo sobre a descentralização no Brasil. p. 88.

¹² ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Pronunciamento parlamentares (1871-1873)**. Brasília: Senado Federal, 1982, v. 1., p. 101.

¹³ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil**: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891).

constitucional entre o dispositivo legal e a Constituição vigente? E, nesse cenário, tal possibilidade se sustenta do ponto de vista epistemológico?

Naturalmente, para as respostas dessas indagações, torna-se imprescindível a compreensão sobre o que se entende por fenômeno hermenêutico, sua evolução doutrinária e consolidação com a chamada hermenêutica filosófica. Além disso, para a solução dessas questões também é imprescindível uma explicitação, ainda que breve, sobre qual é a concepção de Direito compatível com o posicionamento hermenêutico defendido.

2. A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA COMO CONCEPÇÃO EPISTEMOLÓGICA E A INTEGRIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO

A chamada hermenêutica filosófica teve seu ápice no que se refere à consolidação de suas ideias com a obra “Verdade e Método”, de Hans-Georg Gadamer. Contudo, é impossível falar de Gadamer sem antes tratar de sua influência intelectual maior, que foi Martin Heidegger.

Heidegger¹⁴, em sua obra “Ser e tempo”, trouxe para o campo da filosofia uma nova ideia de sujeito: o *Dasein*, que é a explicitação do ser humano - do existente - como um ente que apenas adquire seus contornos e definições a partir, e somente, das suas relações com o mundo, com todos os outros entes. Por isso o *Dasein*, o “ser aí”, tem como seu correlato o “ser no mundo”. É o ser de possibilidades que somente se sabe quando é; quando imerso no mundo com os demais entes, naquele instante de tempo e espaço.

É importante trazer Heidegger ao debate, por ter rompido com a hermenêutica tradicional, voldata eminentemente à interpretação de textos, para transformá-la em ontologia fundamental, compreendendo o modo de ser do *Dasein*, sem interpretação “neutra” ou puramente técnica; uma vez que todo compreender está sempre situado em um horizonte prévio de sentido. O pensamento de Heidegger fundamenta a hermenêutica filosófica como concepção epistemológica, a qual, aplicada ao Direito, sustenta a ideia de integridade como resultado de uma prática interpretativa que reconhece a historicidade, a linguagem e a necessidade de coerência no sistema jurídico.

O sujeito heideggeriano é um sujeito não solipsista, que por sua própria natureza carrega consigo, no ato de existir, as suas indissociáveis relações com o mundo, com os outros seres e com os demais entes. Essa nova concepção de sujeito surge na linguagem e pela linguagem e quem desaparece não é o sujeito da relação de objetos, mas a subjetividade

¹⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo** - parte 1. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2018.

"assujeitadora"¹⁵.

Heidegger fomenta a ideia de um sujeito com características filosóficas diversas das idealizadas por Descartes. O *Dasein* é um sujeito que ao interpretar sempre o faz imerso em sua tradição, em seu contexto histórico, dentro um de um processo de compreensão que carrega consigo uma subjetividade não pejorativa, porque é subjetiva, mas ao mesmo tempo agrega influências dos demais seres e do próprio objeto interpretado naquele instante.

No sentido tradicional, o sujeito é um eu inicialmente encapsulado em si mesmo e cindido de todos os outros entes, um eu que se comporta de maneira bastante autoefervescente no interior da cápsula. Denominamos essa concepção do mero sujeito a má subjetividade; má porque ela não toca absolutamente a essência do sujeito¹⁶.

A interpretação do sujeito heideggeriano sempre se concretiza dentro de uma totalidade já compreendida, fundada em uma visão prévia de recorte. Ou seja, aquilo que é compreendido a partir de uma posição prévia explicita-se na interpretação¹⁷.

É dentro desse contexto de ideias, do *Dasein* heideggeriano, que Gadamer consolidou a chamada hermenêutica filosófica. Utilizando-se do caráter paradigmático da arte para a interpretação, Gadamer diferencia a pré-compreensão, a compreensão e a interpretação propriamente ditas, como fases hipotéticas de um processo único das condições de possibilidade do pensamento humano. Assim, "compreender é sempre interpretar e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão"¹⁸.

Sobre o tema: "essa dimensão pré-compreensiva, forjada no mundo prático, não é um elemento formal, traduzível por regras de argumentação, por exemplo, como se fosse um caminho para algo"¹⁹.

O círculo hermenêutico gadameriano joga luzes sobre o processo circular existente entre sujeito e objeto. Nesse sentido, o horizonte histórico do intérprete se funde ao horizonte do próprio objeto em um movimento circular que se renova a cada tomada de decisão.

Toda decisão judicial é um fenômeno interpretativo e se realiza dentro do círculo hermenêutico de forma inexorável. Contudo, esse círculo hermenêutico não é meramente

¹⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. 2 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

¹⁶ HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 20.

¹⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo** - parte 1.

¹⁸ Arrematando, Gadamer estabelece: "a aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação." GADAMER, Hans-Georg. Estética e Hermenêutica. In: GRONDIN, Jean (org.). **O Pensamento de Gadamer**. São Paulo: Paulus, p. 211-223, 2012. p. 407.

¹⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. p. 125.

formal. Sujeito e objeto, e a interação entre eles, aqui é fragmentada apenas para efeitos elucidativos, pois na prática há apenas um só horizonte resultante da fusão dos demais horizontes históricos.

O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como o jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Mas em nossa relação com a tradição essa comunhão é concebida como um processo em contínua formação. [...] O círculo da compreensão não é portanto, de modo algum, um círculo “metodológico”; ele descreve antes um momento estrutural ontológico da compreensão²⁰.

Essa forma de compreender o sujeito, não como alguém que é capaz de racionalizar de forma segmentada do objeto, sem suas influências, mas como um ser que sofre inexoravelmente as influências dos entes e dos demais seres, somado ao caráter essencialmente aplicativo e contextual do círculo hermenêutico gadameriano, torna indispensável, no campo jurídico, uma concepção de Direito que seja compatível com essa nova concepção epistemológica. E é exatamente neste ponto que a teoria do Direito como integridade, de Ronald Dworkin, torna-se imprescindível.²¹

Para entender a dimensão teórica de Dworkin, um inevitável desafio consiste na compreensão de que valores podem entrar em conflito e que o Direito possui valores verdadeiros²². O Direito como integridade baseia-se na adoção de uma interpretação da melhor prática jurídica possível em contínua construção e atualização. Noutras palavras, com o foco na interpretação construtiva, no processo de aplicação hermenêutica, com os dados da realidade cotidiana, a decisão deve representar uma continuidade da construção do edifício histórico do Direito, respeitando o passado, sem perder de vista as perspectivas de futuro.

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que

²⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2017. p. 388-389.

²¹ SÁ, Alexandre Santos Bezerra. **A aplicação dos precedentes judiciais no Brasil e o novo paradigma epistemológico das ciências:** um estudo a partir da experiência no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

²² HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Entendendo Dworkin: a unidade do valor e o direito como um ramo da moralidade política. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 27, n. 2, p. 407-428, 2022. DOI: 10.14210/nej.v27n2.p407-428.

só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.²³

A teoria do Direito como integridade sustenta que o intérprete, com a luz do presente e esse olhar para o passado e o futuro institucional, deve equilibrar princípios ou virtudes fundamentais: equidade, justiça e devido processo legal adjetivo²⁴.

Dworkin defende que o Direito deveria ser concretizado como uma espécie de “romance em cadeia”²⁵, ou seja, como um livro romanceado em série, escrito por um grupo de escritores: “cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante”²⁶.

O *Dasein* heideggeriano, a hermenêutica filosófica de Gadamer e o Direito como integridade permitem uma reflexão mais aprofundada do fenômeno hermenêutico no âmbito do Direito, e, para os fins específicos deste trabalho, auxiliam na solução do problema de pesquisa colocado para análise.

3. O FENÔMENO HERMENÊUTICO E SUAS IMPLICAÇÕES NO CAMPO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No primeiro tópico deste artigo foram identificadas as controvérsias relacionadas ao controle de constitucionalidade durante o período Imperial brasileiro, a ênfase histórica e contextual que os estudos aqui examinados realizaram sobre a ausência de um controle judicial de constitucionalidade no Brasil Império e sua posterior assunção pelo Poder Judiciário na República.

Após o questionamento acerca dos efeitos eminentemente históricos para essa mudança de competência no controle de constitucionalidade, apresentou-se o fenômeno

²³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2014. p. 271.

²⁴ “A justiça, como dissemos, diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens oportunidades e outros recursos. A equidade é uma questão da estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada. O devido processo legal adjetivo é uma questão dos procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu. A supremacia legislativa, que obriga Hércules a aplicar às leis, mesmo quando produz uma incoerência substantiva, é uma questão de equidade porque protege o poder da maioria de fazer o direito que quer. As doutrinas rigorosas do precedente, as práticas da história legislativa e a prioridade local são em grande parte, embora de maneira distintas, questões de devido processo legal adjetivo, porque estimulam os cidadãos a confiar em suposições e pronunciamentos doutrinários que seria errado trair ao julgá-los depois do fato”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 483.

²⁵ DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy 1. In: **Constitutionalism and Democracy**. London: Routledge, p. 03-12, 2017.

²⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p 276.

hermenêutico também como um possível fator favorável ao controle por parte do Judiciário, examinando-se consequentemente as bases da hermenêutica filosófica e da concepção do Direito como integridade.

É chegado o momento de investigar a hipótese aqui suscitada, ou seja, de que o fenômeno hermenêutico é um fator de convergência para o exercício do controle incidental de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. A pergunta que se apresenta para análise desta questão é a seguinte: seria possível, do ponto de vista hermenêutico, excluir uma análise constitucional em uma dada interpretação de uma lei, no caso concreto, pelo Poder Judiciário? As reflexões expendidas sobre a hermenêutica filosófica e o Direito como integridade impõem uma resposta negativa a esta indagação.

Com efeito, a hermenêutica enquanto fenômeno epistemológico atinge todos os processos da compreensão humana, sem exceção, pois é inerente ao Dasein heideggeriano. Um pesquisador, advogado ou professor, interpretando o Direito, ainda que em um caso hipotético, sempre o farão por intermédio de um processo de aplicação. Aplicarão para tornar possível a interpretação, iluminando a solução com as luzes do círculo hermenêutico, dentro de um determinado contexto constitucional.

Da mesma forma atuará um magistrado na solução de uma lide no caso concreto, dizendo o Direito por intermédio do processo hermenêutico. O magistrado estará obrigado a buscar a resposta adequada, dentro da integridade dworkiana. Consequentemente, o matiz de cada dispositivo legal interpretado terá a tonalidade ditada pela Constituição de regência, pois assim deve ocorrer o processo de aplicação do Direito em um Estado Democrático de Direito.

Os estudos do pensamento constitucional no período do Império são importantes para esta reflexão sobre o controle judicial de constitucionalidade, porque naquele período da história brasileira não havia um procedimento formal de controle difuso de competência do Poder Judiciário. Os autores aqui citados centraram seus esforços na evolução do contexto histórico que resultou na formalização do controle difuso judicial na República. Contudo, o que se busca demonstrar neste artigo é que o próprio fenômeno hermenêutico representou - e continua representando - também um forte elemento para o controle judicial de constitucionalidade em sua modalidade incidental.

Um magistrado em um caso concreto, ao interpretar qualquer lei, será instado pelo fenômeno hermenêutico e, por obrigação ao dever de integridade, deverá dizer o Direito em conformidade com a interpretação da própria Constituição vigente, dando sequência ao “romance em cadeia”, à escrita história do Direito de uma determinada sociedade.

São processos indissociáveis: ao interpretar a lei, deverá fazê-lo com o matiz constitucional, o qual também decorre de um processo de compreensão e interpretação. A

interpretação da lei exige também a interpretação da Constituição. Inclusive, a questão da chamada técnica de interpretação conforme a Constituição, no que tange pelo menos ao controle difuso da constitucionalidade, não passa de uma redundância.

Todo o tribunal e, em geral, todo o operador jurídico fazem interpretação conforme com a Constituição. Quer dizer: acolhem, entre vários sentidos a priori configuráveis da norma infraconstitucional, aquele que lhe seja conforme ou mais conforme; e, no limite, por um princípio de economia jurídica, procuram um sentido que [...] evite a inconstitucionalidade da lei²⁷.

Novamente as análises do período imperial fortalecem a hipótese aqui defendida. Continentino²⁸ cita expressamente o caso real de um juiz de Direito que foi punido com a pena de advertência, porque discordou da constitucionalidade de um ato normativo, remetendo ofício ao Ministério da Justiça. Em outro momento, o autor comenta o Aviso de 07 de fevereiro de 1856, que determinava aos juízes que suspendessem o abuso de deixar de julgar as causas quando houvesse dúvida na interpretação.

A hipótese de que o fenômeno hermenêutico é um fator de convergência para o exercício do controle difuso de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, contudo, não pode resultar na afirmação de que este Poder é o único – ou o mais – legitimado a dar a última palavra em termos interpretativos do Direito.

Ou seja, o círculo hermenêutico e a observância da integridade constitucional ocorrem em qualquer aplicação do Direito no caso concreto, mas a definição da instituição legitimada constitucionalmente a dar a última palavra sobre a interpretação cabível não necessariamente precisa recair no Poder Judiciário, tratando-se, portanto, de uma escolha política do Poder Constituinte. Ressalte-se, mais uma vez, que mesmo nesta hipótese o fenômeno hermenêutico – com os deveres da integridade – voltará a operar no intérprete-aplicador.

Dessa forma, a hipótese aqui defendida não impossibilita que a palavra final sobre a interpretação constitucional seja dada pelo Poder Legislativo, como inclusive defendem diversos projetos em tramitação no Congresso Nacional²⁹, mas o que a experiência histórica do Brasil Imperial ajuda a compreender é que, do ponto de vista epistemológico, o fenômeno hermenêutico se apresenta como um forte vetor favorável ao exercício do controle difuso de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, consagrado formalmente na Constituição brasileira de 1891.

²⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 73.

²⁸ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)**.

²⁹ Por exemplo, a PEC 03, de 10 de fevereiro de 2011 e a PEC 33, de 25 de maio de 2011.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição de 1824 e a própria cultura jurídica do Brasil Império foram marcadas pelas influências francesas e portuguesas. Assim, o Poder Judiciário era ainda concebido e visto como um Poder inferior, fortemente ligado ao Poder Executivo. A magistratura era exercida por juízes que acumulavam também outras funções no Governo, não havendo uma efetiva independência funcional.

Essa visão da magistratura foi se alterando ao longo do século XIX. Passou-se a reivindicar um Poder Judiciário independente, com juízes dedicados à atividade jurisdicional propriamente dita, com maior margem interpretativa e uma efetiva separação de Poderes.

A alteração do próprio entendimento do que era ou deveria ser o Poder Judiciário resultou na inovação constitucional de um controle de constitucionalidade judicial, com previsão normativa expressa, a partir da Constituição Republicana de 1891. Estudos como os apresentados neste artigo comprovaram que houve a prática de controle de constitucionalidade no Brasil Império, mas formalmente exercido pela Assembleia Geral e pelos presidentes de Províncias.

Sem dúvida, as evoluções históricas e contextuais da sociedade brasileira durante o Império foram importantes para que a Constituição de 1891 atribuisse competência ao Poder Judiciário para o controle difuso de constitucionalidade. É possível concluir, por outro lado, que a ausência de uma atribuição formal na Constituição de 1824 trouxe problemas e debates de quais eram os limites interpretativos dos magistrados durante o Império, se poderiam deixar de aplicar uma Lei inconstitucional no caso concreto ou se deveriam deixar os processos sobrestados, aguardando uma solução futura pela Assembleia Geral ou outra autoridade com expressa autorização normativa para o exercício do controle de constitucionalidade.

A conclusão fundamental deste trabalho vai no sentido de apresentar o fenômeno hermenêutico como um outro fator de extrema importância para a atribuição do controle difuso de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, estabelecido formalmente com a Constituição da República, em 1891.

Confirma-se a hipótese de que as etapas indissociáveis da jurisdição, que consistem em compreender, interpretar e aplicar o Direito, tornam o controle difuso de constitucionalidade um desdobramento natural da função judicial, embora não exclusivo dessa atividade.

A filosofia de Heidegger e o seu “novo sujeito”, sempre imerso no mundo, com uma concepção de verdade que somente pode ser constatada no instante em que o ser se manifesta, somada a contribuição do círculo hermenêutico gadameriano, evidenciam um

paradigma epistemológico em que o sujeito e o objeto não são elementos estanques.

A transposição desta filosofia para o Direito, alinhando-se a teoria do Direito como integridade, de Ronald Dworkin, ajudam a compreender que qualquer processo de interpretação humana, seja na época do Brasil Império, seja na contemporaneidade, ocorre sempre no âmbito da hermenêutica enquanto filosofia, e que juízes não interpretam para aplicar, mas aplicam para interpretar à luz de uma Constituição de regência, que também é fruto de interpretação.

Noutras palavras, a interpretação de um ato normativo passa necessariamente pelo contexto do caso analisado e será feito com o matiz da Constituição de uma determinada sociedade. O fenômeno hermenêutico é um fator de convergência para o exercício do controle incidental de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Esta conclusão, por outro lado, não impede que a decisão política do Poder Constituinte outorgue a outro Poder a competência e legitimidade de dizer o Direito em última instância, renovando-se o indissociável ciclo hermenêutico.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Pronunciamento parlamentares (1871-1873)**. Brasília: Senado Federal, 1982, v. 1.

BASTOS, Tavares. **A Província**: estudo sobre a descentralização no Brasil. Rio de Janeiro: Garnier, 1870.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil**: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891). São Paulo: Almedina, 2015.

CORNELL, Drucilla; FRIEDMAN, Nick. **The mandate of dignity**: Ronald Dworkin, revolutionary constitutionalism, and the claims of justice. Nova York: Fordham Univ Press, 2016.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy 1. In: **Constitutionalism and Democracy**. London: Routledge, p. 03-12, 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2017.

GADAMER, Hans-Georg. Estética e Hermenêutica. In: GRONDIN, Jean (org.). **O Pensamento de Gadamer**. São Paulo: Paulus, p. 211-223, 2012.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo** - parte 1. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2018.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Entendendo Dworkin: a unidade do valor e o direito como um ramo da moralidade política. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 27, n. 2, p. 407–428, 2022. DOI: 10.14210/nej.v27n2.p407-428.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inicêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SÁ, Alexandre Santos Bezerra. **A aplicação dos precedentes judiciais no Brasil e o novo paradigma epistemológico das ciências: um estudo a partir da experiência no tribunal de justiça do estado do ceará**. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

URUGUAY, Visconde do. **Estudos Práticos sobre a Administração das Províncias no Brasil**. Rio de Janeiro: Garnier, 1865, v. 2.

INFORMAÇÕES DOS AUTORES

Alexandre Santos Bezerra Sá

Doutor em Direito Constitucional - Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito Constitucional - Universidade de Fortaleza (Unifor). Juiz de Direito no Estado do Ceará. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7620-8615>. Endereço eletrônico: alexandresantosbsa@gmail.com.

Mariana Dionísio de Andrade

Doutora em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Professora visitante do Programa de Doutorado Acadêmico em Políticas Públicas da UECE. Professora do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual Civil na UNIFOR e UNI7. Professora do Curso de Graduação em Direito na UNIFOR. Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-8698-9371>. Endereço eletrônico: mariana.dionisio@unifor.br

Martônio Mont'Alverne Barreto Lima

Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Johann-Wolfgang-Goethe Universität zu Frankfurt am Main, Alemanha. Professor Titular da Universidade de Fortaleza. Procurador do Município de Fortaleza. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0052-2901>. Endereço eletrônico: barreto@unifor.br

COMO CITAR

BEZERRA SÁ, Alexandre Santos; ANDRADE, Mariana Dinísio de; BARRETO LIMA, Martônio Mont'Alverne. Pensamento constitucional no Brasil Imperial: uma reflexão hermenêutica sobre Controle Incidental de Constitucionalidade. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 30, n. 2, p. 335-351, 2025. DOI: 10.14210/nej.v30n2.p.335-351.

Recebido em: 01 de jun. de 2025.

Aprovado em: 25 de ago. de 2025.