

O PAPEL DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Jussara Seixas Conselvan*¹

RESUMO

A proposta deste trabalho é de uma Hermenêutica Constitucional que concretize os Direitos Fundamentais e viabilize a edificação do Estado Democrático de Direito. Certamente caberá à Hermenêutica Constitucional concretizar os direitos que o fundamentam. É mister, portanto, que se apreenda o significado desse modelo estatal e que há dois pilares em que ele se apóia: a Democracia e os Direitos Fundamentais. Por isso, analisa-se a função da Hermenêutica Constitucional para a concretização dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o juiz, como um dos intérpretes da Constituição, deve estar apto a trabalhar com princípios e com o problema concreto e deixar de ser mero aplicador de leis. Na concretização dos Direitos Fundamentais, devem ser utilizados como critérios os princípios da interpretação constitucional, especialmente os indicados por Konrad Hesse. Postula-se, assim, uma Hermenêutica Constitucional para a concretização dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES

Concretização; direitos; fundamentais.

ABSTRACT

The proposal of this work is a Constitutional Hermeneutics which materializes the Fundamental Rights and makes possible the construction of the Democratic State of Right. Materialize those rights is a task of Constitutional Hermeneutics. It is necessary to understand the meaning of this state model and that it has two pillars: Democracy and Fundamental Rights. Thus, the function of the Constitutional Hermeneutics for the effectiveness of the fundamental rights in the Democratic State is analyzed. Therefore, the judge, as one of the interpreters of the Constitution, must be able to work with principles and the concrete problem and is not a mere applicator of laws. In new hermeneutics, the principles of the constitutional interpretation are used as criteria, especially the ones indicated by Konrad Hesse. It is claimed, finally, a constitutional

¹ Mestranda em Direito Civil na Universidade Estadual de Londrina.

hermeneutics for the materialization of the fundamental rights and construction of the Democratic State of Right.

KEY WORDS

Materialization; fundamental; rights.

1 INTRODUÇÃO

Para discorrer sobre o papel da hermenêutica constitucional para a concretização dos direitos no Brasil, é necessário que se observe a Constituição Federal e o paradigma estatal nela estabelecido, qual seja o Estado Democrático de Direito, que se diferencia dos modelos que o antecederam.

Qualquer análise deve considerar o modelo de Estado em que se está inserido e quais os princípios, fundamentos e pilares que o sustentam, os quais, evidentemente, não são os mesmos dos modelos anteriores.

Nesse sentido, desponta o Estado Democrático de Direito, como superação dos paradigmas anteriores.

Há dois pilares em que se apoia o Estado Democrático de Direito: a Democracia e os Direitos Fundamentais. Assim, é imperativo que sejam considerados os princípios, valores e fundamentos ínsitos ao Estado Democrático de Direito, a fim de se efetivar os direitos fundamentais.

Acrescente-se a isso o fato de que a Constituição é permeada por princípios, que devem ser respeitados no momento de sua interpretação. Uma vez que o paradigma estatal não é o mesmo e a Constituição é principiológica, não há como se ater à velha hermenêutica.

Pelo caráter principiológico e axiológico dos direitos fundamentais, a teoria da concretização é considerada adequada para a interpretação das normas de direitos fundamentais. O seu benefício é tentar estabelecer um meio termo entre as teorias hermenêuticas clássicas e as demais teorias da Nova Hermenêutica, sendo que Konrad Hesse é um representante dos métodos da concretização constitucional.

Diante disso, postula-se uma nova Hermenêutica Constitucional, capaz de concretizar os direitos fundamentais.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O SIGNIFICADO DESTE PARADIGMA ESTATAL

O Estado Democrático de Direito é um paradigma estatal que surge como Superação dos modelos Liberal e Social. Para se compreender a diferença desse modelo, é necessário verificar primeiramente as características daqueles que o antecederam.

Streck e Moraes classificam o Estado Moderno em Absolutista e Liberal, subdividindo o Liberal em Estado Legal e Estado de Direito. Sob o aspecto do conteúdo, o Estado de Direito não é apenas a forma jurídica que caracteriza o Estado, mas a ela são agregados conteúdos. Nesse sentido, dividem-no em Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito (STRECK e MORAIS, 2004, p. 87 e 95).

Bonavides, por sua vez, entende que, no Estado Moderno, há a conversão do Estado Absoluto em Estado Constitucional (em que o poder já não é de pessoas, mas de leis) e que este apresenta três modalidades essenciais: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático-Participativo (BONAVIDES, 2004, p. 41).

No Estado Liberal, segundo Streck e Moraes, o Estado se separou da Sociedade Civil pelo Direito, e este passou a ser um ideal de justiça. As liberdades individuais passaram a ser garantidas e consideradas como direitos do homem mediadores entre indivíduos e Estado. A Democracia surge com o ideário da soberania da nação advindo da Revolução Francesa e implica na aceitação da origem consensual do Estado, sinalizando para a ideia de representação e controle hierárquico da produção legislativa pelo controle de constitucionalidade. O Estado tinha um papel reduzido, denominado Estado Mínimo, e assegurava a liberdade de atuação dos indivíduos (STRECK E MORAIS, 2004, p. 90).

Nesse Estado omissivo, as pessoas não tinham condições mínimas para uma vida digna, pois até mesmo a escravidão era legalizada (GOMES, 2005, p. 78).

No liberalismo, a atividade estatal, quando ocorre, objetiva a manutenção da ordem e segurança e, portanto, o papel do Estado é negativo, restringindo-se apenas à proteção dos indivíduos. Por isso, denomina-se Estado Mínimo (STRECK E MORAIS, 2004, p. 56-58).

Já o Estado Social é provedor do bem estar social. Tem um caráter intervencionista, inclusive na economia. Confere direitos, coagido pela pressão das massas, tais como: trabalho, previdência, educação. Esse modelo de Estado provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na dependência de seu poderio econômico, político e social. Estende sua influência a quase todos os domínios que pertenciam à iniciativa individual (BONAVIDES apud GOMES, 2005, p. 75).

O Estado Democrático de Direito, por sua vez, é formado por três elementos: o Estado, a Democracia e o Direito.

Segundo Canotilho, no Estado Democrático de Direito há dois princípios constitucionais estruturantes: o Princípio do Estado de Direito e o Princípio Democrático (CANOTILHO apud GUERRA FILHO, 2005, p. 61).

Streck e Moraes ressaltam que não se trata de mera aposição de conceitos, mas que há um conteúdo próprio onde estão presentes as Garantias Jurídico-Legais, as Conquistas Democráticas e um terceiro elemento fundamental, que é a Preocupação Social. Isso significa que quando o Democrático qualifica o Estado, os valores da

democracia são irradiados sobre todos os seus elementos constitutivos e também sobre a ordem jurídica, nos dizeres de José Afonso da Silva. A democracia também implica a solução do problema das condições materiais de existência (STRECK E MORAIS, 2004, p. 92-93).

Streck e Moraes enumeram os Princípios do Estado Democrático de Direito: Constitucionalidade (vinculação a uma Constituição); Organização Democrática da Sociedade; Sistema de Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos; Justiça Social; Igualdade; Separação de Poderes ou de Funções; Legalidade; Segurança e Certezas Jurídicas (STRECK E MORAIS, 2004, p. 93).

Streck indica, por fim, os dois pilares em que se apoia o Estado Democrático de Direito: a Democracia e os Direitos Fundamentais, afirmando que não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais-sociais sem democracia (STRECK, 2004, p. 110).

Após verificar as características de cada modelo estatal, cabe estudar de que forma foram instituídos os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Comparando-se o Estado Democrático de Direito com modelos estatais anteriores, no tocante aos direitos fundamentais, verifica-se que o Estado Liberal era omissivo, não adotava instrumentos para compensar as desigualdades e só reconhecia direitos civis e políticos dos proprietários dos meios de produção. Já no Estado Social, os interesses eram grupais, da classe trabalhadora, não de cada indivíduo, como pessoa humana, e só eram reconhecidos alguns dos direitos sociais (GOMES, 2008, p. 267).

Dessa forma, ambos os paradigmas de Estado foram insuficientes, pois nenhum dos dois mostrou-se adequado à realização dos direitos fundamentais.

O Estado Democrático de Direito surge, então, como Superação dos modelos anteriores. Supera porque cria um conceito novo, incorporando um componente Revolucionário de Transformação do *Status Quo*, ou seja, tem um conteúdo Transformador da Realidade, é um *Plus* Normativo (STRECK E MORAIS, 2004, p. 92-93).

Nesse sentido é o Preâmbulo² da Constituição do Brasil, em que os constituintes declaram que se reuniram para instituir o Estado Democrático de Direito,

² Preâmbulo da Constituição Federal de 1988: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

destinado a assegurar os direitos individuais e sociais, os civis, políticos, econômicos, culturais, coletivos, a democracia, o pluralismo.

Ademais, as Constituições que adotaram a fórmula política do Estado Democrático de Direito, criaram mecanismos para a limitação do poder e positivaram o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, colocando-o como princípio fundamental do ordenamento jurídico. Exemplo disso é a Constituição do Brasil que, em seu artigo 1º, explicitamente consignou o princípio da dignidade humana como fundamento do Estado.

O art. 3º, por sua vez, determina como objetivo fundamental “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, além de trazer a “prevalência dos direitos humanos”, no art. 4º, como princípio que rege suas relações internacionais.

Os direitos e garantias fundamentais são relacionados no Título II da Constituição Federal de 1988, mas há outros espalhados por todo o texto e há a ressalva no § 2º do artigo 5º, que inclui outros decorrentes do regime e dos princípios adotados, bem como dos tratados internacionais firmados pelo Estado brasileiro.

Cabe lembrar que os direitos fundamentais são assim classificados: primeira dimensão (direitos civis e políticos); segunda dimensão (direitos econômicos, sociais e culturais); terceira dimensão (direitos coletivos – fraternidade ou solidariedade - direito à paz, direito ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, direito à solidariedade universal, à comunicação, ao desenvolvimento); quarta dimensão (direito à democracia direta, ao pluralismo e à informação).

Os direitos de primeira dimensão são os direitos da liberdade, isto é, os direitos civis e políticos. Têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, são faculdades ou atributos da pessoa.

Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos pelo Estado Social. São os direitos ao trabalho, à educação, à saúde, à moradia, ao lazer, à assistência e previdência social.

Os direitos de terceira dimensão, de solidariedade ou fraternidade, têm por destinatário o gênero humano, ou seja, têm uma titularidade indefinida e indeterminada.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão podem ser reivindicados pelo próprio indivíduo; os de segunda dimensão têm a sua titularidade atribuída às diversas coletividades existentes; os direitos de solidariedade são direitos de alcance difuso, pois não é possível estabelecer objetivamente quem são os seus titulares.

Para Bonavides, os direitos fundamentais de quarta dimensão são o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Desses direitos depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de universalidade (BONAVIDES, 2003, p. 571).

Ressalve-se que há autores que não compartilham com Bonavides e entendem que os direitos de quarta dimensão são, na verdade, novos direitos de terceira dimensão,

já que os direitos fundamentais de solidariedade não são taxativos nem exaustivos, podendo incluir os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Gomes é preciso no sentido de esclarecer qual é o papel dos direitos fundamentais nesse modelo de Estado, ao dizer que o Estado Democrático de Direito é a fórmula política que tem em sua base e razão de ser o Princípio da Dignidade Humana a sustentá-lo e a orientá-lo no exercício do poder. Cabe a este promover a concretização dos Direitos Fundamentais em todas as suas modalidades: civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, ambientais, etc. (GOMES, 2005, p. 96).

Explica, ainda, que somente no âmbito deste, a dignidade merece respeito e conta com o aparato dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais que a estes protegem, tutelando assim a própria pessoa naquilo que tem de mais essencial: seu próprio ser, com todos os atributos que lhe são inerentes (GOMES, 2005, p. 64).

Guerra Filho esclarece que há um compromisso na harmonização de interesses que se situam nas três esferas fundamentais: 1) a esfera pública, onde está o Estado; 2) a esfera privada, ocupada pelo indivíduo; 3) a esfera coletiva, onde se encontram os interesses dos indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais e outros (GUERRA FILHO apud GOMES, 2005, p. 76).

Ao Estado Contemporâneo é atribuída uma função social, a qual pode ser caracterizada, com Pasold, como “ações que – por dever para com a sociedade – o Estado execute, respeitando, valorizando e envolvendo o seu Sujeito, atendendo ao seu Objeto e realizando os seus Objetivos, sempre com a prevalência do social e privilegiando os valores fundamentais do ser humano” (PASOLD apud STRECK E MORAIS, 2004, p. 72).

Nesse paradigma, portanto, o Direito tem Função Transformadora, qual seja, a proteção e implementação dos direitos fundamentais e Tribunais aptos a instrumentalizar e dar guarida à materialidade dos textos constitucionais.

3.1 A Aplicação dos Direitos Fundamentais

A Constituição de 1988 em seu artigo 5º, § 1º, consagra aos direitos fundamentais aplicabilidade imediata.

Com isso, “aponta com firmeza e determinação - pelo menos no que pertine à Constituição brasileira - para a realização dos direitos sociais-fundamentais” (STRECK, 2004, p. 143).

No entanto, alguns entendem, especialmente em relação aos direitos de segunda dimensão, que a responsabilidade do Estado dependeria da existência de recursos no orçamento do Estado, uma vez que a realização de tais direitos implica em implementação de políticas públicas. Tais direitos não seriam auto-executáveis, dependendo da ação do Estado, razão pela qual apresentam um acentuado déficit de exequibilidade e justiciabilidade (GALINDO apud MEDEIROS, 2006, p. 118).

Assim, teriam uma força normativa duvidosa, posto que estabelecidos em normas programáticas, destituídas de eficácia imediata, e simbolizando um compromisso do Estado com a possível realização dos programas sócio-econômicos.

Todavia, justamente para corrigir esse caráter meramente programático dos direitos fundamentais sociais e econômicos, a Constituição Brasileira de 1988 consagrou o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Mesmo assim, são os que mais sofrem da falta de eficácia social, pela dificuldade de concretização no plano formal, pelo modelo de produção do direito inadequado às soluções de disputas interindividuais, e pela dificuldade de aplicação adequada de recursos necessários à plena efetividade dos mesmos. Os direitos de segunda dimensão apresentam uma eficácia social, ou efetividade, reduzida (MEDEIROS, 2006, p. 118).

Some-se a isso o fato de que, segundo a Câmara dos Deputados, sessenta e seis dos duzentos e cinquenta artigos da Constituição Federal precisam de regulamentação, inclusive muitos relativos aos Direitos e Garantias Fundamentais, dentre eles os seguintes artigos e incisos: 5º - VI; XV; XVIII; XXVIII; XXXVIII; XLVI; LI; LXI - 7º - I; XIX; XXI; XXIII; XXVII - 8º, IV; VIII; parágrafo único - 12, II, a (<http://www2.camara.gov.br/legislacao/produtos/regulamentacao/conteudo>).

No entanto, no Estado Democrático de Direito, não basta a mera proclamação dos direitos fundamentais na Constituição. Estes são positivados na Constituição para serem efetivados na realidade social, a fim de que, assim, se concretize uma Democracia Substancial e não apenas Formal (GOMES, 2001, p. 70).

Assim, o intérprete constitucional deve estar compromissado com a efetividade da Constituição, ou seja, entre interpretações aceitáveis, deve escolher aquela que favoreça a atuação da vontade constitucional, evitando se justificar na não auto-aplicabilidade da norma ou na existência de omissão do legislador (BARROSO, 2003, p. 364).

Ademais, nem tudo que é citado como “carente de regulamentação” precisa realmente de lei complementar. Muitas vezes, o que é mesmo imprescindível é a vontade política de aplicação. Como exemplo, cite-se a recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre proibição do nepotismo e que começa a ser aplicada pelo país.

Nos outros casos, é preciso a mobilização de toda a sociedade, até mesmo como intérpretes da Constituição, na concepção de Peter Haberle, para cobrar do Congresso Nacional as regulamentações necessárias.

Por fim, “[...] para ‘dar vida à Constituição’ do Estado Democrático de Direito, exige-se uma hermenêutica que combata a morte do ideário democrático” (GOMES, 2006, p. 343).

Passemos, então, a verificar o papel da Hermenêutica Constitucional.

4 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Para que se apreenda o papel da Hermenêutica Constitucional é preciso conferir em que consiste, observar a evolução das suas escolas e traçar as distinções entre a velha e a nova hermenêutica.

Como acena Gomes, o paradigma do Estado Democrático de Direito não está pronto:

Apresenta-se como um processo em construção. Nesse urgente empreendimento há um largo espaço a ser ocupado pela hermenêutica constitucional. O papel desta decorre dos princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito que devem ser interpretados e concretizados na máxima extensão e profundidade possível (otimização) (GOMES, 2008, p. 289 e 290).

Por isso, constata-se a necessidade de desenvolver uma Hermenêutica Constitucional diferenciada da hermenêutica tradicional.

Primeiramente há que se examinar o que se entende por hermenêutica e interpretação constitucionais.

Hermenêutica para Heidegger “é o estudo do compreender. Compreender significa compreender a significação do mundo. (...) Pode-se interpretar o mundo como linguagem, que é o que interessa ao hermeneuta” (HERKENHOFF apud GOMES, 2001, p. 28).

Para Bastos, a hermenêutica “tem por objeto os enunciados, aquelas fórmulas jurídicas que serão utilizadas pelo intérprete”, enquanto a interpretação “tem sempre em vista um caso determinado” (BASTOS, 1999, p. 79).

Com semelhante entendimento, diz Nader: “enquanto que a hermenêutica é teórica e visa estabelecer princípios, critérios, métodos, orientação geral, a interpretação é de cunho prático, aplicando os ensinamentos da hermenêutica” (NADER apud GOMES, 2001, p. 28).

Assim, não há que se falar em hermenêutica desvinculada da interpretação, pois a primeira provê os meios adequados para a realização da segunda, que também não se exaure em si mesma, pois se justifica na efetiva aplicação das normas jurídicas em situações concretas (GOMES, 2001, p. 29).

A interpretação constitucional, por sua vez, é fundamental, pois pelo caráter aberto e amplo da Constituição, os problemas de interpretação surgem com maior frequência que em outros setores do ordenamento cujas normas são mais detalhadas (HESSE, 1983, p. 36).

A interpretação constitucional não ignora a interpretação jurídica geral, mas apresenta algumas particularidades que legitimam um tratamento especial, tais como: caráter inicial da Constituição como fundamento de validade das demais leis; adoção em grande escala de princípios ao invés de regras; caráter aberto das normas; linguajar

sinfético e existêcia de lacunas; jurisdição constitucional e opções políticas na Constituição (BASTOS, 1999, p. 49-63).

Verifica-se, ainda, uma multiplicidade de intérpretes da Constituição devida ao seu nível hierárquico superior, pois todos estão submetidos aos seus mandamentos, especialmente os órgãos públicos responsáveis pela sua aplicação. Portanto, há a Interpretação Político-Legislativa, a Interpretação Jurisdicional (Juizes e Tribunais), a Interpretação pelo Poder Executivo, a Interpretação Doutrinária e Fontes Interpretativas Genéricas - partes e representantes no processo judicial, opinião pública, cidadãos, grupos de interesse, sistema público, etc. (BASTOS, 1999, p. 65-77).

Para Peter Habermas, a interpretação constitucional deve ser um elemento da sociedade aberta, já que nesse processo estão vinculados todos os órgãos estatais, cidadãos e grupos sociais, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado de intérpretes da Constituição. Não é um evento exclusivamente estatal, devendo ser acessível a todas as forças da sociedade. Por exemplo, o cidadão que interpõe um recurso constitucional é intérprete da norma constitucional (BASTOS, 1999, p. 65-77).

Entre as finalidades da interpretação, estão o cumprimento da Constituição e a atualização histórica de conceitos constitucionais. As normas constitucionais são empíricas e abstratas. E encontram plena efetividade mesmo quando não incidem em casos concretos, mas disciplinam, por exemplo, a atividade legiferante como um todo e as competências dos órgãos estatais (BASTOS, 1999, p. 90-91).

Vista a conceituação, sua importância e finalidades, importa conferir as escolas hermenêuticas.

4.1 Escolas Hermenêuticas

Herkenhoff classifica as Escolas Hermenêuticas tendo como critério o maior ou menor aprisionamento do intérprete ou aplicador do Direito à lei e as divide em três grupos (HERKENHOFF, 2004, p. 33):

Escolas de estrito legalismo ou dogmatismo: refletem o positivismo jurídico na hermenêutica e, como o próprio nome indica, são presas a um estrito legalismo ou dogmatismo. São três, surgidas na França, Alemanha e Inglaterra, respectivamente: Escola da Exegese (Demolombe, Zachariae), Escola dos Pandectistas (Windscheid, Gluck, Brinz), Escola Analítica de Jurisprudência (John Austin).

Escolas de reação ao estrito legalismo ou dogmatismo. São três: Escola Histórico-Dogmática (Savigny, Hugo); Escola Histórico-Evolutiva (Kohler, Saleilles); Escola Teleológica (Ihering).

Escolas que se abrem a uma interpretação mais livre. São sete: 1) Escola da Livre Pesquisa Científica (Gény); 2) Escola do Direito Livre (Stammler, Kantorowicz, Magnaud); 3) Escola Sociológica Americana (Pound, Holmes, Cardozo); 4) Escola da Jurisprudência de Interesses (Heck, Rumelin, Stampe); 5) Escola Realista Americana

(Frank, Llewellyn); 6) Escola Ecológica (Carlos Cossio); 7) Escola Vitalista do Direito (Luis Recaséns Siches).

Para Vigo, a teoria jurídica predominante em matéria de interpretação é o modelo dogmático, constituído pelas escolas exegetica, histórica, o primeiro período de Ihering, a jurisprudência dos conceitos, sendo notável a influência de Kelsen (VIGO, 2005, p. 36).

Diante das posturas assumidas pelas diferentes escolas, a doutrina aponta a existência de uma “Nova Hermenêutica” em contraposição à “Velha Hermenêutica”. Para os autores que fazem essa distinção, é relevante a teoria dos princípios, que será esclarecida na sequência.

4.2 Teoria dos Princípios

Para diferenciar a Velha e a Nova Hermenêutica, é imprescindível destacar a relevância da Teoria dos Princípios.

A juridicidade dos princípios passou por três fases: jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo. O pós-positivismo corresponde às Constituições promulgadas no final do século XX, que acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, que são a base de todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais (BONAVIDES, 2003, p. 264).

Calsamiglia prefere denominar “pós-positivistas” as teorias contemporâneas que acentuam os problemas da indeterminação do direito e a relação entre direito, moral e política. Mais que a superação do positivismo, há um deslocamento da agenda de problemas que interessam e, em alguns casos, certo distanciamento de algumas teses que eram sustentadas de forma majoritária pelas teorias positivistas (CALSAMIGLIA, 2007, p. 209-210).

Camargo denomina pós-positivismo as correntes que consideram a aplicação do direito como atividade criadora e se opõem ao positivismo Kelseniano e ao modelo lógico-dedutivo (CAMARGO, 2001, p. 140).

No pós-positivismo há o progresso, portanto, da Nova Hermenêutica, em que os valores são considerados na fundamentação do ordenamento jurídico, conjugando, em bases axiológicas, a Lei com o Direito (BONAVIDES, 2003, p. 266).

Com isso, entende-se que os valores e princípios são características distintivas dessa Nova Hermenêutica, o que será visto mais detalhadamente a seguir.

4.3 Distinções entre a velha e a nova hermenêutica

Na Velha Hermenêutica, os princípios carecem de normatividade, tendo caráter meramente programático. A sua crise refere-se à normatividade dos princípios. Como exemplo, pode ser citado Emílio Betti, mestre clássico da Velha Hermenêutica, que, de forma absoluta, antagoniza a normatividade dos princípios (BONAVIDES, 2003, p. 258, 268, 269).

A velha hermenêutica é impregnada da concepção dogmática, que vê na lei escrita a expressão racional da vontade do legislador. A lei contém a solução certa para as soluções de conflito que se apresentam (COELHO, 2007, p. 150).

O velho Direito Constitucional do positivismo alega uma neutralidade normativista. O juiz é mero aplicador de leis que, ao sentenciar, apenas deduz e subsume (BONAVIDES, 2001, p. 22). Na Velha Hermenêutica as regras são extremamente importantes (BARROSO, 2003, p. 332).

Nas tradicionais regras de interpretação, é feita a abstração do problema concreto a ser decidido, deve haver a subsunção do fato para se chegar à conclusão silogística. Para esse objetivo, são utilizadas as interpretações gramatical (texto), sistemática (conexão), teleológica (finalidade) e histórica (processo de criação), que se complementam (HESSE, 1983, p. 38-39).

Na forma tradicional surgem dificuldades, pois os métodos de interpretação são insuficientes. Também não é clara a relação dos métodos entre si. É preciso decidir qual deve ser seguido em cada caso, quando conduzem a resultados diferentes. Por isso, restringir-se a regras tradicionais supõe desconhecer a finalidade da interpretação, sua estrutura interna e condicionamentos do processo interpretativo, porque só se resolve de forma imperfeita a tarefa de interpretar segundo princípios seguros (HESSE, 1983, p. 39-42).

No modelo dogmático há uma visão unidimensional da matéria, sobre a qual se projeta e se constrói a interpretação. Essa visão unidimensional constitui um problema, uma vez que é possível descobrir até cinco dimensões na interpretação jurídica: a propriamente jurídica ou reguladora; a fática; a axiológica; a linguística ou semiótica; a lógica. O juiz cumpre uma função meramente cognitiva, declarando o sentido outorgado pelo legislador à lei (VIGO, 2005, p. 40 - 62).

Já a dogmática moderna enquadra as normas em duas categorias diversas: princípios (maior abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações) e regras (conteúdo mais objetivo), e o estado jurídico ideal se consubstancia numa distribuição equilibrada de regras e princípios, para alcançar a segurança jurídica e a realização da justiça (BARROSO, 2003, p. 337).

As cláusulas constitucionais possuem conteúdo aberto, principiológico e dependente da realidade. Na Nova Hermenêutica, o sentido da norma será determinado pelos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados, buscando a solução adequada para o problema a ser resolvido (BARROSO, 2003, p. 332).

No neoconstitucionalismo há uma forte carga valorativa, axiológica, que reforça um conceito não positivista do Direito, em que o sistema jurídico está vinculado conceitualmente à moral. O aspecto material da constitucionalização do ordenamento consiste, assim, na recepção no sistema jurídico de certas exigências da moral sob a forma de direitos fundamentais (FIGUEROA, 2003, p. 165).

A nova interpretação constitucional não significa abandono do antigo método clássico (fundado na aplicação das regras), nem dos elementos tradicionais da

hermenêutica (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), pois desempenham papel fundamental na busca do sentido das normas e na solução dos casos concretos. Mas o método clássico não é suficiente, donde a necessidade de se agregar novas ideias (BARROSO, 2003, p. 377).

A Hermenêutica Contemporânea inicia na esteira da filosofia hermenêutica pela revisão do próprio conceito de Constituição, que deve incluir as transformações do mundo atual, considerando que “esse entendimento é resultado de um processo dialético: é interpretando a Constituição que se a define, e é definindo-a que se estabelece sua metodologia” (COELHO, 2007, p. 161).

Na Nova Hermenêutica, o juiz intérprete, ao estabelecer a norma, é legislador: legisla entre as partes, e o direito vivo, norteado em princípios, prevalece sobre a regra (BONAVIDES, 2001, p. 22).

Diante das regras e princípios existentes na Constituição, que têm uma natureza diferenciada, é imperioso desenvolver uma Hermenêutica Constitucional também diferenciada da hermenêutica tradicional, a qual requer o emprego dos princípios da interpretação constitucional (GUERRA FILHO, 2005, p. 76).

É imprescindível, portanto, um novo juiz no Estado Democrático de Direito, que, “em razão de sua Constituição principiológica, necessita de uma hermenêutica constitucional capaz de trabalhar não apenas com regras, mas também com princípios. Trata-se, portanto, de uma nova hermenêutica” (GOMES, 2006, p. 391).

Tendo em vista que os princípios constituem objeto de máximo relevo nessa nova hermenêutica, passa-se ao estudo de parâmetros para essa interpretação.

5 UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para Bonavides, pelo caráter principiológico e axiológico dos direitos fundamentais, os de segunda, terceira e quarta dimensões não se interpretam, mas concretizam-se (BONAVIDES, 2003, p. 572).

A teoria da concretização é considerada adequada para a interpretação das normas de direitos fundamentais, sendo que a sua virtude é tentar estabelecer um meio termo entre as teorias hermenêuticas clássicas e as demais teorias da Nova Hermenêutica.

Assim, a jurisdição constitucional tem a missão de concretizar os direitos fundamentais. A concretização constitucional é um método e um processo. Método porque estabelece diversos parâmetros hermenêuticos para a interpretação da constituição e processo quando estabelece a utilização prática do método proposto (GALINDO apud MEDEIROS, 2006, p. 194).

Os métodos concretistas de interpretação constitucional têm contribuído para uma aproximação da Constituição com a realidade social, à luz dos elementos axiológicos e teleológicos e dos direitos fundamentais.

Konrad Hesse é um dos representantes dos métodos da concretização constitucional e contribuiu para a Nova Hermenêutica.

Hesse formulou uma teoria da concretização constitucional partindo do pressuposto de que a Constituição não é somente um pedaço de papel, como afirma Lassalle, mas uma Constituição jurídica possuidora de efetiva força normativa, que é a aquela “força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado” (HESSE, 1991, p. 9-11).

Para Hesse, a interpretação constitucional é concretização, ou seja, o conteúdo da Constituição deve ser determinado mediante a incorporação da realidade a ser ordenada. Nesse sentido tem caráter criativo: o conteúdo da norma interpretada só fica completo com sua interpretação, mas a atividade interpretativa fica vinculada à norma. Há duas condições da interpretação constitucional. A primeira pressupõe compreensão do conteúdo da norma a concretizar e não deve se desvincular nem da pré-compreensão do intérprete nem do processo concreto a resolver. A segunda condição é que só é possível compreender e concretizar em relação a um problema concreto. Trata-se de um procedimento tópico vinculado, em coerência com o caráter da Constituição, ao problema concreto, mas sempre guiado e orientado pela norma, que possibilita chegar a resultados sólidos, racionalmente explicáveis e controláveis (HESSE, 1983, p. 42-47).

No entanto, a maior dificuldade na interpretação-concretização dos direitos fundamentais é a definição do que seja uma concretização adequada dos direitos fundamentais. Para Galindo, a interpretação constitucional adequada é aquela que promova a denominada eficácia ótima da norma constitucional, tendo em vista a força normativa da constituição (GALINDO apud MEDEIROS, 2006, p. 202-203).

Para Gomes, a melhor interpretação, no âmbito do Estado Democrático de Direito,

*É aquela que dignifica a pessoa humana, vista como fundamento maior do referido paradigma estatal, instituído para compor um modo de vida coerente com a **natureza, necessidades e condição** do ser humano. Por isso, há de se compreender que os objetivos da República, positivados no art. 3º da Constituição, configuram uma teleologia que tem por meta final a salvaguarda da **dignidade** reconhecida em cada indivíduo, o qual, no âmbito da democracia é visto como pessoa. É isso que justifica a defesa e a concretização dos **direitos fundamentais** em todas as suas dimensões. E é esta também a razão maior para a existência do próprio Estado (GOMES, 2008, p. 315).*

Para isso, além dos conhecimentos técnico-jurídicos, é necessária uma postura ética e uma interdisciplinaridade com a ciência política, a sociologia e a filosofia e demais ciências relacionadas ao processo de concretização da Constituição.

Como orientação, Hesse apresenta princípios da interpretação constitucional, que serão analisados no próximo tópico.

5.1 Princípios da interpretação constitucional

Diante de uma constituição principiológica e do fato de que os princípios se encontram em estado latente de colisão uns com os outros, são imprescindíveis critérios ou princípios da interpretação constitucional, de acordo com as lições de Konrad Hesse.

Esses critérios orientam e canalizam o processo de relação, coordenação e valorização dos pontos de vista que devem levar à solução do problema (HESSE, 1983, p. 47).

Em primeiro lugar, encontra-se o Princípio da Unidade da Constituição. A relação e interdependência entre elementos da Constituição obrigam a contemplar não só a norma isolada, mas também o conjunto em que deve ser situada, para que se evitem contradições (HESSE, 1983, p. 48).

Intimamente relacionado ao anterior, está o Princípio da Concordância Prática. Os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados para que na solução do problema todos conservem seu valor. Onde houver colisões, não se deve através de uma precipitada ponderação de bens ou abstrata ponderação de valores, realizar um à custa do outro. O princípio da unidade exige um trabalho de otimização: é preciso estabelecer os limites de ambos os bens para que ambos alcancem uma ótima efetividade. A fixação deve responder em cada caso concreto ao Princípio da Proporcionalidade, que significa que em uma relação entre duas grandezas variáveis, deve prevalecer concretamente aquela que melhor responda à tarefa de otimização (HESSE, 1983, p. 48-49).

Outro Critério que deve ser observado é o da Correção Funcional. Se a Constituição regula as tarefas dos agentes das funções estatais, o órgão de interpretação deve respeitar o limite das funções a ele determinadas; não deverá modificar a distribuição das funções através do modo e do resultado da interpretação. Este critério deve ser observado nas relações entre legislador e tribunal constitucional (HESSE, 1983, p. 49-50).

Pelo Critério de Eficácia Integradora, entende-se que, se a Constituição se propõe a criar e a manter a unidade política, os pontos de vista que promovam e mantenham a unidade devem ter preferência na solução dos problemas. Esta tarefa não terá sido cumprida corretamente quando só possa ser alcançada por vias não constitucionais, pois com isso os limites da interpretação constitucional seriam ultrapassados (HESSE, 1983, p. 50).

Considerando-se o Critério da Força Normativa da Constituição, dá-se preferência a pontos de vista que ajudem as normas da Constituição a terem eficácia máxima sob as circunstâncias de cada caso (HESSE, 1983, p. 50-51). Esse princípio é importante diante da evolução social, que requer, “se não uma modificação do texto constitucional, pelo menos alterações no modo de compreendê-lo” (GUERRA FILHO, 2005, p. 79).

O Princípio da Interpretação Conforme a Constituição repele interpretações contrárias a alguma norma constitucional, mesmo que privilegie outras. Esse princípio também estabelece a conservação de uma norma inconstitucional quando seus fins possam ser harmonizados com preceitos constitucionais. Fixa, ainda, como limite à interpretação constitucional as regras infraconstitucionais, para que não haja uma interpretação *contra legem* (GUERRA FILHO, 2005, p. 80).

Os direitos fundamentais, objeto deste estudo, têm uma força especial caracterizada pela combinação do caráter hierarquicamente superior das normas jusfundamentais com a sua aplicabilidade imediata. Dessa forma, a atividade hermenêutica do juiz deve se submeter ao Princípio da Interpretação Conforme a Constituição, o que tem dois significados: a lei infraconstitucional deve ser sempre interpretada tornando-a compatível com a Constituição e os resultados concretos devem ser adequados ao que determinam os direitos fundamentais (LIMA GUERRA apud GUERRA FILHO, 2005, p. 75).

Para a interpretação das normas que consagram os direitos fundamentais, é de fundamental importância o PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE ou PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA OU DA INTERPRETAÇÃO EFETIVA, indicado por Guerra Filho e Canotilho, pelo qual se deve conferir à norma o sentido com maior eficácia, não sendo admissíveis normas na Constituição como simples exortações morais ou declarações de princípios e promessas para o futuro (GUERRA FILHO, 2005, p. 79).

É importante ressaltar que esses princípios servem de parâmetros para o intérprete, uma vez que são orientações para a solução do problema. Tendo parâmetros ou critérios, evita-se, inclusive, a arbitrariedade e é possível o desenvolvimento de uma hermenêutica eficiente, como se infere a seguir.

6 CONCLUSÕES

O Estado Democrático de Direito é um novo paradigma estatal em que o intérprete constitucional deve estar compromissado com a concretização da Constituição, não utilizando como óbice para isso a justificativa da não auto-aplicabilidade da norma ou da existência de omissão do legislador. Pelo contrário, deve ser conjugado o caráter superior das normas fundamentais com a sua aplicabilidade imediata.

O Estado Democrático de Direito supera os modelos anteriores, pois visa a assegurar os direitos fundamentais. Ademais, positivou o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, colocando-o como princípio do ordenamento jurídico, determinando como objetivo “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, além de trazer a “prevalência dos direitos humanos”, como princípio que rege suas relações internacionais.

O Sistema de Direitos Fundamentais é um Princípio do Estado Democrático de Direito e é um dos seus dois pilares, juntamente com a democracia, sendo que ambos são indissociáveis.

Portanto, cabe ao Estado Democrático de Direito promover a concretização dos Direitos Fundamentais em todas as suas modalidades. A dignidade humana é amparada justamente pelos direitos fundamentais e pelas garantias constitucionais.

Portanto, não basta a mera positivação dos direitos fundamentais na Constituição. Eles têm que ser efetivados na realidade social, especialmente através da Hermenêutica Constitucional.

Para que os direitos fundamentais sejam concretizados, postula-se uma nova hermenêutica.

Diante de uma Constituição principiológica e das diferenças entre regras e princípios, é necessária uma Hermenêutica Constitucional diferenciada da hermenêutica tradicional, com a utilização dos princípios da interpretação constitucional. É imprescindível, conseqüentemente, um novo juiz capaz de trabalhar não apenas com regras, mas também com princípios.

A teoria jurídica predominante em matéria de interpretação ainda é o modelo dogmático, em que os princípios carecem de normatividade, as regras são extremamente importantes, o juiz é mero aplicador de leis, que apenas deduz e subsume.

Na Nova Hermenêutica, o sentido da norma será estabelecido pelos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem efetivados. Não se defende o abandono do método clássico, nem dos elementos tradicionais da hermenêutica, mas são apontadas as suas insuficiências.

Pelo caráter principiológico e axiológico dos direitos fundamentais, os de segunda, terceira e quarta dimensões não se interpretam, mas concretizam-se. A teoria da concretização é considerada adequada para a interpretação das normas de direitos fundamentais. A sua virtude é tentar estabelecer um meio termo entre as teorias hermenêuticas clássicas e as demais teorias da Nova Hermenêutica, sendo que Konrad Hesse é um dos representantes dos métodos da concretização constitucional.

Diante de uma constituição principiológica e do fato de que os princípios se encontram em estado latente de colisão uns com os outros, Hesse indica princípios da interpretação constitucional, que deverão ser observados nessa nova Hermenêutica Constitucional, tais como o Princípio da Unidade da Constituição, o Princípio da Concordância Prática, o Princípio da Proporcionalidade, o Critério da Correção Funcional, o Critério de Eficácia Integradora, o Critério da Força Normativa da Constituição, o Princípio da Interpretação Conforme a Constituição.

O Princípio da Máxima Efetividade ou Princípio da Eficiência ou da Interpretação Efetiva desponta como de fundamental importância para a interpretação das normas que estabelecem os direitos fundamentais, pois através dele se deve conceder o sentido com maior eficácia à norma, não sendo admissíveis simples exortações morais ou declarações de princípios e promessas na Constituição.

Dessa forma, a nova Hermenêutica Constitucional cumprirá o seu papel para a Concretização dos Direitos no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. In: BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL, Constituição Federal de 1988.
- CALSAMIGLIA, Albert. **Postpositivismo**. Revista Eletrônica Doxa, Alicante, n. 21. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/index.htm>. Acesso em 01/08/2007.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- COELHO, Luiz Fernando. **Direito Constitucional e Filosofia da Constituição**. Curitiba: Juruá: 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes: 2002
- FIGUEROA, Alfonso García. **La Teoría del Derecho em Tiempos de Constitucionalismo**. In: CARBONEL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- GOMES, Sergio Alves Gomes. **Hermenêutica e Constituição no Estado de Direito Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro, 2001.
- GOMES, Sergio Alves Gomes. O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Fundamental à Educação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n. 51, 2005.
- GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica Constitucional: Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.
- HERKENHOFF, João Baptista. **Como Aplicar o Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.
- HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- MEDEIROS, Vera Maria Alécio Brasil. **Da Jurisdição Constitucional: Uma Análise da Concretização dos Direitos Fundamentais à luz da Hermenêutica Constitucional**. Dissertação de Mestrado. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2006.
- PORTAL da Câmara dos Deputados, disponível em <<http://www2.camara.gov.br/legislacao/produutos/regulamentacao/conteudo>>. Acesso em: 26 set. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica: Do Modelo Juspositivista-Legalista do Século XIX às Novas Perspectivas**. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.