
HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Sidney Guerra**

*Lílian Márcia Balmant Emerique***

SUMÁRIO: Introdução. 1. Noções gerais de Hermenêutica Jurídica. 2. A interpretação das normas constitucionais. 3. O intérprete. 4. Os processos hermenêuticos. 5. A interpretação das normas constitucionais de direitos fundamentais. 7. Conclusão.

RESUMO: O presente trabalho procura descrever alguns pontos relevantes da nova hermenêutica, apontando suas contribuições para a interpretação das normas constitucionais que são carregadas de peculiaridades. Como também defende a idéia de que esta abordagem hermenêutica melhor se adequa a interpretação dos direitos fundamentais tão caros as sociedades contemporâneas.

ABSTRACT: The present work seeks to describe some relevant aspects of the new hermeneutica, pointing to its contributions for the interpretation of constitutional norms that are filled with peculiarities. It is also defended the idea that such hermeneutical approach better suits the interpretation of the fundamental rights so expensive to contemporary societies.

* Doutor e Mestre em Direito. Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Professor Titular e Coordenador de Pesquisa Jurídica da UNIGRANRIO. Professor do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito de Campos. Membro da Inter American Bar Association, da Associação Nacional de Direitos Humanos Ensino e Pesquisa e da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. (sidneyguerra@ufrj.br e scguerra@terra.com.br)

** Doutora e mestre em Direito. Professora e pesquisadora da UNIGRANRIO e UNIFLU (FDC).

1. Introdução

Durante muitos anos a hermenêutica constitucional no Brasil esteve pautada nos métodos tradicionais (gramatical, histórico, sistemático e teleológico) e o formalismo tomou conta da atividade interpretativa em quase sua maioria. Poucos ousaram desenvolver considerações e críticas que questionassem o alcance da interpretação promovida pelo único e exclusivo emprego desta metodologia.

Atualmente pode-se perceber a influência da hermenêutica estruturada na Alemanha a partir da década de cinquenta e que vem pondo em discussão um novo método, além de questionar o alcance da atividade interpretativa, inserindo novos atores sociais no quadro daqueles que tomam parte desta atividade com base na teoria democrática.

O presente trabalho procura descrever alguns pontos relevantes da Nova Hermenêutica, apontando suas contribuições para a interpretação das normas constitucionais que são carregadas de peculiaridades. Como também defende a idéia de que esta abordagem hermenêutica melhor se adequa a interpretação dos direitos fundamentais tão caros as sociedades contemporâneas.

Para tanto, primeiramente relacionam-se as particularidades das normas constitucionais que tornam a tarefa de interpretá-las mais dificultosa do que a interpretação dos comandos infraconstitucionais. Em seguida mencionam-se algumas razões que justificam a necessidade de uma nova hermenêutica mais apropriada a interpretação da Constituição, privilegiando na abordagem o emprego do método hermenêutico concretizante.

Como desdobramento dos principais componentes deste método se expõe o pensamento de três autores (Peter Häberle, Konrad Hesse e José Joaquim Gomes Canotilho), fazendo referência ao contributo de suas obras para o desenvolvimento de uma Nova Hermenêutica.

Depois se desenvolve um pouco mais os meandros do método hermenêutico concretizante. Finalizando o estudo com a defesa de tal método como sendo o mais indicado para a interpretação das normas de direitos fundamentais, descrevendo as razões justificadoras desta posição.

2. Noções gerais de Hermenêutica Jurídica

A hermenêutica,¹ segundo Saldanha,² corresponde a “teoria dos fundamentos do interpretar”, ou seja, se exterioriza como sendo o processo coordenador que ampara e fornece os trilhos de atuação da atividade da interpretação técnica, que, por sua vez, consiste na busca prática e investigativa da verdadeira essência de cada texto que lhe é apresentado, de modo que seja possível retirar o correto entendimento, conteúdo e significado da norma analisada. A conclusão em cadeia dos métodos do processo hermenêutico, via interpretação técnica, permite a boa aplicação do resultado final ao fato pertinente, confirmando-o, moldando-o ou negando-lhe validade, ou seja, cada agente interpretador, conforme a sua competência, atribuição ou condição, irá adequar e moldar, aos verdadeiros ditames das respectivas normas jurídicas interpretadas, os fatos concretos a ele subjugados.

Prima a visão didática que relaciona separadamente a hermenêutica da interpretação e da aplicação. Vicente Ráo assevera que: “A hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios

¹ Para melhor entendimento da matéria, recomenda-se a obra de GUERRA, Sidney; MERÇON, Gustavo. *Direito constitucional aplicado à função legislativa*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

² SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 246.

científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para o efeito de sua aplicação; a interpretação, por meio de regras e processos especiais, procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos e assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam.”³

De fato, a hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. (...) A interpretação, como as artes em geral, possui a sua técnica, os meios para chegar aos fins colimados. Foi orientada por princípios e regras que se desenvolveu e aperfeiçoou a medida que envolveu a sociedade e desabrocharam as doutrinas jurídicas. A arte ficou subordinada, em seu desenvolvimento progressivo, a uma ciência geral, o Direito, obediente, por sua vez, aos postulados da Sociologia; e a outra, especial, a Hermenêutica.⁴

Habermas lembra que a hermenêutica jurídica teve o mérito de contrapor ao modelo convencional, que vê a decisão jurídica como uma subsunção do caso sob uma regra correspondente, a idéia aristotélica de que nenhuma regra pode regular sua própria aplicação. (...) A hermenêutica propõe um modelo processual de interpretação.⁵

³ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 456.

⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 1.

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 247

3. A interpretação das normas constitucionais

Primeiramente, cabe conceituar o que vem a ser a atividade de interpretação no âmbito jurídico. A doutrina vem geralmente entendendo que interpretar é atribuir um significado a norma. Contudo, este conceito está longe de apaziguar as tensões que envolvem a atividade do intérprete ou mesmo concluir que tal tarefa destina-se apenas aos casos nos quais não há consenso sobre o significado atribuído a uma norma jurídica.

As questões hermenêuticas suscitam temas ligados ao texto, ao intérprete e a interpretação em si mesma. Um ponto que não pode ser deixado de lado diz respeito ao texto que será objeto da interpretação, até porque é sobre ele que se concentram os esforços para que um significado lhe seja atribuído como resultado da atividade desenvolvida.

Excluindo-se o texto toda a idéia de interpretação fica comprometida, entretanto, não se defende a única e exclusiva relevância do texto, pelo contrário, a interpretação não prescinde dos fatos, ela atribui um significado a norma dentro de uma realidade espacial e temporal. Atualmente a corrente da hermenêutica jurídica que mais impacto apresenta na literatura nacional sustenta que o problema é fundamental para a interpretação da norma.

O texto necessariamente está relacionado com a linguagem, com a teoria da comunicação. Por meio da linguagem se trava a comunicação. A linguagem designa, mas também é fonte de incertezas em função da ambigüidade, do caráter vago e da textura aberta. Contudo, não se pode negar que ela é uma forma de expressão rica e cheia de complexidade.

Cada vez mais a linguagem desperta o interesse dos estudiosos, especialmente no campo da semiótica, de onde surgem discussões de interesse para o Direito, dando origem a um segmento preocupado com a semiótica jurídica inquieta com as relações entre direito,

lógica e linguagem, buscando estabelecer uma triangular conexão entre sintaxe, semântica e pragmática.

A hermenêutica também deve dedicar-se ao estudo daquele que desenvolverá a atividade interpretativa, pois interpretar consiste em dotar de significado e nesta tarefa o intérprete é uma espécie de mediador que comunica aos demais o significado que se atribui as coisas, aos signos ou aos acontecimentos.

O sujeito interpreta um mundo já compreendido, ou seja, sua tarefa é executada em meio a pré-compreensões que poderão ou não influenciá-lo. Daí a importância do auto-conhecimento por parte do intérprete para que o mesmo não caia em armadilhas criadas por suas pré-compreensões ao interpretar uma norma e, principalmente, ao decidir um caso.

A hermenêutica igualmente dedica-se ao debate sobre a própria interpretação, os métodos a serem utilizados, seus aspectos positivos e negativos, as dificuldades inerentes à atividade interpretativa etc. A importância da interpretação decorre, dentre outros fatores, da constatação de que ela é sempre necessária, mesmo quando não provoque maiores divergências quanto ao significado atribuído à norma.

Por outro lado, é preciso tomar em consideração que a própria linguagem normativa, freqüentemente, não possui um único sentido. Muitos são os termos empregados com múltiplos significados ou obscuros, havendo situações, inclusive, nas quais são detectados erros de ordem gramatical, lógica ou sintática na construção da norma.

Todas essas referências ganham maior relevância quando o texto a ser interpretado é uma norma constitucional, isto porque a Constituição é o documento normativo mais importante de um Estado. Todo o ordenamento jurídico deverá nela buscar sua validade, pois ocupa o topo da pirâmide normativa (Kelsen), sendo reconhecido pela doutrina, de um modo geral, a

supremacia das normas constitucionais, ensejando, inclusive, o controle de constitucionalidade das leis, cujo objetivo é impedir a permanência dentro do ordenamento jurídico de leis e atos normativos que não estejam em harmonia com os seus dispositivos.

Em face desta peculiar condição das normas Constitucionais dentro do ordenamento jurídico do Estado conclui-se sobre a relevância da interpretação das normas constitucionais, posto se tratar de criar as diretrizes para a compreensão de toda a ordem jurídica, podendo, até mesmo, conforme seja interpretada uma norma constitucional, concluir-se pela inconstitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo.

Logo, a interpretação da Constituição não é tarefa das mais fáceis, pois apresenta certas dimensões que a diferenciam da interpretação das demais leis e devido ao caráter singular pelo qual é criada uma Constituição e o que ela representa para um Estado, encontram-se dados que tornarão a atividade ainda mais necessária e criteriosa para chegar a um bom termo dentro da ordem social.

Dentre as peculiaridades que ensejam um tratamento diferenciado para uma atividade interpretativa da Constituição, indica-se a posição destacada das normas constitucionais, visto que inauguram o ordenamento jurídico estatal, na sua formação emprega-se normalmente uma linguagem mais sintética, marcada pela presença abundante de princípios em lugar de regras, além de dar margem a uma jurisdição constitucional.⁶

Outro dado importante é que a Constituição contém normas de caráter aberto que permitem a sua atualização e são capazes de renovar constantemente a ordem jurídica para comportar dentro dos limites por ela traçados às mudanças operadas na sociedade, isto é, o caráter aberto

⁶ Cf. o assunto de acordo com a abordagem exposta por BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Ed.; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997. p. 49-63.

permite que seja arejada toda a ordem constitucional, acompanhando dentro dos padrões que ela ditou as transformações sociais.

A linguagem utilizada na Constituição é mais uma peculiaridade, pois não visa tratar de todas as necessidades de um determinado povo em um determinado espaço, mas tão somente abordar os assuntos considerados relevantes por seus elaboradores no momento em que a criaram. Resta ainda mencionar a amplitude dos termos empregados, incluindo palavras de significação imprecisa ou de conceitos que escapam do âmbito meramente jurídico, merecendo, por esta razão, a presença de princípios destinados à resolução de problemas de interpretação.

Por fim, há ainda o fato de que na Constituição estão consubstanciadas as opções políticas de um Estado, o que certamente acabará por influenciar a aplicação da norma, permitindo-se caminhar para uma informal mutação normativa. De tudo que foi exposto até o momento fica evidente a importância de uma hermenêutica constitucional ajustada e coerente com uma Teoria da Constituição.

Os métodos hermenêuticos tradicionais desde algum tempo vêm mostrando insuficiência no atendimento das necessidades impostas pelas mudanças ocorridas com o desenvolvimento da sociedade e do Direito Constitucional. No Brasil, as abordagens interpretativas mais tradicionais foram disseminadas amplamente pela doutrina, sendo certo que um nome que se destacou na sua divulgação foi Carlos Maximiliano.⁷ Inúmeras são as edições de seu trabalho que foi durante anos bem aceito pelos operadores jurídicos.

⁷ Um clássico na doutrina brasileira sobre interpretação, de sua autoria, consiste na obra *Hermenêutica e aplicação do Direito*, com mais de dezessete edições publicadas.

Contudo, conforme já referido anteriormente, a Constituição apresenta peculiaridades na interpretação que as demais leis do ordenamento jurídico não possuem e tudo isto contribui para uma visão própria, um estudo direcionado para suas particularidades e um método mais adequado de interpretação que não se fixe apenas numa abordagem gramatical, histórica, sistemática e teleológica.

A concepção tradicional, cujo objeto de estudo consiste apenas nas técnicas de interpretação das leis, em linhas gerais privilegia a vontade objetiva da lei. A vontade subjetiva do autor da lei, ou seja, de quem lhe deu origem, ainda que um corpo colegiado ceda lugar à vontade da lei, presente no momento de sua aplicação, quando é chamada a produzir os seus efeitos.⁸

A constatação das limitações da linha hermenêutica tradicional impulsionada pelas críticas, resultou, entre os autores alemães, numa nova abordagem em relação aos métodos hermenêuticos, construindo uma nova hermenêutica direcionada a dar resposta a aspectos da realidade social que não foram devidamente contemplados pela ótica clássica.

O que se percebe por nova hermenêutica consiste na visão produzida na Alemanha, que foi construída a partir da tópica e que levou mais adiante a formulação do método concretizante.⁹

4. O intérprete

Vencido o intróito conceitual, neste momento, o que se clama indagar é exatamente: a quem cabe fazer o

⁸ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 5.

⁹ Existem autores que também estudam o impacto da Nova Retórica de Chãim Perelman sobre a interpretação. Embora consideremos relevante a abordagem proposta por Perelman, no presente trabalho não o tomará como referência de estudo, priorizando trabalhar com a idéia de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição e com o método concretizante.

procedimento interpretativo? Quem pode exercer a atividade de interpretação técnica de normas jurídicas diante dos fatos envolvidos?

A resposta a tais perguntas é essencial para autorizar ou reconhecer o trabalho daqueles que visam interpretar as normas jurídicas e as aplicarem aos fatos.

Prepondera na doutrina uma grave restrição de ingresso no grupo daqueles autorizados a realizar a interpretação de normas jurídicas. Nesse sentido restritivo, observa-se a corrente doutrinária¹⁰ indicando que somente serão autorizados a proceder à interpretação os seguintes agentes: os *experts* doutrinários (interpretação particular), os juízes (interpretação judicial) e os legisladores (interpretação legislativa, legal ou autêntica). Por outro lado, há a corrente que exclui desse rol o último mencionado; e, ainda, é possível encontrar uma terceira corrente doutrinária, de cunho mais restritivo, que defende serem os *experts* doutrinários os únicos com permissão verdadeira e própria para promover à interpretação.

Peter Häberle,¹¹ ao discorrer acerca da visão restritiva, vale-se da expressão proferida por Ehmkeé, que a denominou de “sociedade fechada”. Entretanto, Häberle não coaduna com essa limitação de competência para a interpretação; defende ser interpretação toda aquela realizada pelos que vivem a norma (“sociedade aberta”), independente de serem estes capazes de levar a cabo a uma análise interpretativa sem paixões ou tendências e com observância de todos os preceitos e processos hermenêuticos e, ainda, se são legitimados ou não para aplicá-la ao fato. Denomina essa categoria de “intérpretes

¹⁰ As variantes doutrinárias estão expostas com maestria na obra de RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 468-9.

¹¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. p. 12.

constitucionais em sentido lato”, e define as suas atuações como de, pelo menos, “pré-intérpretes” (Vorinterpreteten).

Dessa forma, quanto ao processo de interpretação constitucional, observa-se o posicionamento do supra citado autor: “Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ (zünftmässige Interpreteten) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (... weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.”¹²

Häberle reafirma ainda a amplitude do elenco de intérpretes constitucionais: “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.”¹³

¹² Ibid., p. 13.

¹³ Ibid., p. 15.

Em especial nos Estados democráticos, não deve existir vedação à *práxis* de interpretação exercida por qualquer cidadão. O cuidado que se deve ter é com o resultado dessas interpretações “leigas”, ou seja, a conclusão de interpretação de norma jurídica eivada de paixões e tendências ou realizada fora dos bons métodos hermenêuticos não poderá prevalecer em detrimento da conclusão técnica, oriunda da imparcialidade e realizada conforme os processos hermenêuticos. A doutrina dominante defende a restrição do número daqueles autorizados a interpretar as normas jurídicas, para, destarte, garantir uma aplicabilidade mais justa, técnica e harmônica das interpretações aos fatos, resultando proteção tanto ao ordenamento jurídico quanto à ordem social.

De toda sorte, o agente interpretador, quanto aos procedimentos hermenêuticos, deverá atentar para as cinco fases da interpretação conforme o fim por ele pretendido. Tomando por base o ensinamento de Ráo,¹⁴ as fases consistem nas seguintes:

- 1) Diagnóstico do Fato;
- 2) Diagnóstico Jurídico ou Qualificação Jurídica;
- 3) Críticas Formal e Substancial;
- 4) Processos Hermenêuticos; e
- 5) Aplicação Teórica e/ou Prática da Conclusão ao Fato.

O Diagnóstico do Fato objetiva definir e descrever o fato em estudo, reduzindo-o a termo, conforme a linguagem e os significados comuns ou gramaticais. Nessa fase, levam-se em consideração todos os elementos instrutórios e probantes relacionados ao caso.

Após, inicia-se a segunda fase, denominada Diagnóstico Jurídico ou Qualificação Jurídica, que tem por

¹⁴ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 457-63.

fim a pesquisa e a identificação das normas jurídicas regulamentadoras do fato posto a termo na fase anterior.

Em seguida, a terceira fase se impõe, partindo para as Críticas Formal e Substancial. A primeira consiste em investigação para apurar a autenticidade e fidelidade do conteúdo e dos processos respectivos de cada norma jurídica envolvida. A segunda crítica busca certificar-se da validade, vigência e eficácia das normas jurídicas coletadas.

Com o atendimento das fases anteriores, recebem os agentes hermenêuticos autorização para iniciar os Processos Hermenêuticos, de modo a realizar a interpretação metódica e formal das normas jurídicas.

Com a conclusão final e única das interpretações oriundas dos diversos processos hermenêuticos, cabe ao agente, por fim, a Aplicação Teórica e/ou Prática da Conclusão ao Fato, que equivale declarar ou impor à situação decorrente do fato, o resultado extraído dos trabalhos hermenêuticos.

5. Os processos hermenêuticos

Conforme anteriormente esclarecido todas as normas jurídicas estão sujeitas a interpretação, inclusive aquelas de clareza reconhecida, mesmo porque a própria característica de ser “clara” carrega relatividade diante dos fins pretendidos pela norma, pois dúvidas podem ser descobertas ou suscitadas pela evolução das relações sociais envolvidas. Não obstante, muitas das vezes o labor do intérprete enfrentará textos imprecisos, contraditórios e obscuros, e a interpretação será o meio adequado para sanear esses percalços e, assim, chegar ao bom entendimento do preceito e, conseqüentemente, à boa solução do caso enfrentado. Na própria definição de interpretação apresentada por Paulo Bonavides, vem a

indicação de ser a interpretação o *remédio* para as *enfermidades* dos textos das normas jurídicas: “Interpretação é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição de sentido ao texto viciado ou obscuro. Trata-se evidentemente de operação lógica, de caráter técnico mediante a qual se investiga o significado exato de uma norma jurídica, nem sempre clara ou precisa.”¹⁵

Como é sabido todas as normas jurídicas são passíveis de interpretação e aplicação, devido ao seu efeito jurídico. Não obstante, ressalta-se que não correspondem exceção a essa regra os comandos constitucionais formais, pois, ao serem instituídos e emanados, tornam-se jurídicos e serão, a rigor e com as devidas ressalvas, objeto do mesmo processo de interpretação técnica das demais normas infraconstitucionais. Tal ocorre com a Constituição, apesar de sua origem ser política e, não, jurídica, ou seja, sua vigência reside nela própria e o grau de sua eficácia correlaciona-se com a realidade vivida pelo Estado e pelos “fatores reais de poder”. Igualmente, é imprescindível que em um diploma constitucional todas as normas, nele contidas, produzam algum efeito jurídico, dispondo, assim, de juridicidade suficiente para ser objeto de interpretação e aplicação.

Entretanto, urge ser cuidadoso o intérprete de norma constitucional formal no sentido, também, de não considerar com extremo o fator jurídico dessa norma, sob pena de extirpar a sua natureza política em tal grau que inviabilizará sua fonte de axiologia principiológica diretora, emanada das ideologias acolhidas, que guardam e propulsionam o ordenamento jurídico. A boa interpretação constitucional não pode descartar da norma superior o fator político e nem o fator jurídico. Destarte, cabe ao agente interpretador ponderar e equilibrar o seu trabalho nesses dois campos.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 398.

Além da compreensão do conteúdo normativo, o aplicador do direito deve ter o escopo de delinear tanto o seu alcance quanto a sua coercitividade.

Com efeito, aquele que fará a análise do texto constitucional deverá manter-se dentro do vínculo da finalidade regulamentadora objetivada por cada dispositivo e, em especial, pelo seu conjunto. A visão da Constituição como uma reunião de normas superiores que proferem um sentido único e global advém do método integrativo de Rudolf Smend, que dinamiza e atribui grau de legitimidade distinto para os “fatores” constitucionais envolvidos. Nesse sentido, Paulo Bonavides: “A modernidade do novo método interpretativo – também conhecido pela designação de método científico-espiritual – começa portanto com essa visão de conjunto, essa premissa fundamental de que a Constituição há de ser interpretada sempre como um todo, com percepção global ou captação de sentido. Sentido sempre geral e de totalidade, que coloca tudo mais *sub specie* do mesmo conjunto, ao contrário pois da modalidade de interpretação empregada pelo método usual dos positivistas e formalistas como Laband, o constitucionalista da era bismarckiana, a quem Smend repreende o ignorar a realidade e o conteúdo da norma.”¹⁶

Tarefa precípua em qualquer processo hermenêutico é realizar a análise dos dispositivos das normas jurídicas que versarem acerca de dado caso concreto, de maneira que será necessário o auxílio de vários métodos de interpretação para que se atinja o verdadeiro ideal normativo. Esses métodos não são excludentes, isto é, a utilização de um não implicará a desconsideração dos demais; muito pelo contrário. Têm o intuito de se complementarem e produzirem uma única interpretação (conclusão única), proporcionando uma aplicação coerente e justa dos preceitos.

¹⁶ Ibid., p. 436.

Não obstante, independentemente da pretensão a ser alcançada por cada agente interpretador (cientista jurídico, estudiosos do direito, cidadão comum, legislador infraconstitucional, julgador etc.), o exercício da interpretação à Constituição formal deverá ser, preferencialmente, teleológico e, ainda, não poderá se afastar do valor hierárquico (axiologia das normas constitucionais) que possui em relação às normas infraconstitucionais, sujeitando-se a alguns ditames concernentes aos processos hermenêuticos e, também, aos cânones interpretativos (regras de interpretação).

Os processos hermenêuticos correspondem a métodos científicos de interpretação de normas jurídicas, sendo que cada um deles produz o seu próprio resultado interpretativo. Porém, a doutrina dominante informa que tais resultados não devem ser utilizados insuladamente, mas, sim, de forma complementar, ou seja, cada qual completa ou aprimora o resultado interpretativo obtido pelo outro.

Basicamente, os processos mais importantes são três: processo filológico, lógico e histórico. Nota-se que cada técnica hermenêutica remete à outra que irá aprimorá-la.

Assim, o método filológico é suporte inicial para o intérprete técnico alcançar o suporte da interpretação lógica que, por sua vez, lança-o ao da interpretação histórica. Considerando tais correlações, tem-se que o somatório de todos resulta na boa técnica de interpretação constitucional. Uma observação importante, quanto aos processos hermenêuticos, refere-se ao fato de que entre os doutrinadores as denominações supra mencionadas não são unânimes, podendo, inclusive, ocorrer fusões, desmembramentos ou mistura dos elementos de pesquisa de cada investigação. Como ilustração, destacamos a interpretação sistemática, pois há quem entenda ser esse método uma categoria autônoma; todavia, outros, incluindo os nossos entendimentos, contemplam-na como sendo parte integrante do processo lógico.

Os “cânones interpretativos”, por seu turno, incidirão nos processos hermenêuticos, com a finalidade de delimitar as ações e opções do agente interpretador. Sem embargo, verifica-se que nem todos os cânones têm efeito genérico, pois haverá modalidades deles que só recairão em processos hermenêuticos específicos. Os principais são seis: influência sociológica, efeitos dos resultados dos processos hermenêuticos, leitura dogmática, método voluntarista da Teoria Pura do Direito, observância dos preceitos implícitos e o princípio da proporcionalidade.

Não é imprópria a nossa extrema cautela em alertar o leitor de que tanto os processos hermenêuticos quanto os cânones interpretativos são tratados pela doutrina de forma não unânime e não é incomum a divergência. Citam-se alguns pontos controversos: a) podem ser considerados como espécies diferentes ou, em oposição, como espécies iguais (tratando-se da mesma figura hermenêutica); b) podem ter suas modalidades ampliadas ou restringidas (em comparação ao exposto por essa obra); c) pode ocorrer cânone figurando como processo hermenêutico (exemplo, Ráo¹⁷ considera o cânone sociológico como processo hermenêutico) ou processo hermenêutico figurando como cânone etc. Uníssono a afirmação e indo além, Robert Alexy¹⁸ ensina que: “Os cânones de interpretação têm sido tema de discussão ampla desde a época de Savigny. Mesmo atualmente ainda não há acordo quanto ao seu número, sua formulação precisa, sua ordem hierárquica e seu valor.”

Segundo Konrad Hesse na interpretação é fundamental o processo de realização através do qual as normas constitucionais adquirem efetiva vigência. Este

¹⁷ RÁO, Vicente, *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 494.

¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. traduzida por Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 227.

processo de atualização e concretização se encontra subordinado as condições de realização da Constituição, entre as quais destaca a vontade da Constituição.¹⁹

A interpretação constitucional proposta por Konrad Hesse, parte da necessidade de prescindir do dogma da vontade. O propósito da interpretação é o de achar o resultado constitucionalmente “correto”, através de um procedimento racional e controlável, fundamentar este resultado de modo igualmente racional e controlável, criando deste modo certeza e previsibilidade jurídica e não o acaso, ou a decisão pela decisão.

Os métodos ou regras tradicionais de interpretação (gramatical, histórico, sistemático e teleológico) não são inválidos, mas são insuficientes para enfrentar a interpretação das normas abertas. Para o autor, a interpretação é concretização. Precisamente o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da realidade de cuja ordenação se trata. Para cumprir esta tarefa é necessário previamente compreender ou haver compreendido o conteúdo da norma a concretizar.

Contudo, o intérprete não encara a norma com a mente completamente vazia, mas o faz a partir de uma pré-compreensão que o permitirá abordar o preceito e a realidade desde uma visão de conjunto já formada, mais ou menos coerente, integrada por uma série de expectativas. O qual não implica que o intérprete se limite a executar diretamente as antecipações de sua própria pré-compreensão; pelo contrário, esta deve ser posta a prova e retificada em cada operação interpretativa.

A operação da concretização hermenêutica da Constituição é feita através do emprego do método “tópico”, embora com reservas, pois é orientada e limitada

¹⁹ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 25-29.

pela norma, ou seja, vinculada a norma, onde haverão de encontrar-se e provar-se pontos de vista que, procurados por via da *inventio*, sejam submetidos ao jogo das opiniões favoráveis e contrárias e fundamentar a decisão de maneira mais clarificadora e convincente possível (topoi).

Konrad Hesse incorpora a concepção de F. Müller da norma constitucional na que se integram por igual, em uma relação de mútua influência, o programa normativo (o mandato contido basicamente no texto da norma) e o âmbito normativo (setor concreto da realidade presente na norma, sobre o qual o programa normativo pretende incidir).²⁰ Tanto o programa normativo como o âmbito normativo devem ser submetidos a um esforço de concretização: as regras tradicionais de interpretação encontraram sua função na interpretação do programa normativo; normalmente, ainda que não se exclua o contrário, a concretização do texto deverá ser completada pela do âmbito normativo.

O processo de concretização das normas constitucionais não pode desconsiderar sua dependência da interpretação da norma de cuja concretização se trata levando em conta a pré-compreensão do intérprete e o respeito do problema concreto que, em cada caso, se trata de resolver. O que supõe não haver um método de interpretação autônomo, desvinculado desses fatores, ou seja, o processo de interpretação deve vir determinado pelo objeto da interpretação - a Constituição - e pelo problema em questão. Posto que o programa normativo se ache contido basicamente no texto da norma a concretizar, deverá ser apreendido mediante a interpretação do dito texto no que se refere a suas significações vinculante para a solução do problema.

²⁰ Ver MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 51-112; onde o autor desenvolve considerações sob o método por ele mesmo desenvolvido.

Porém, normalmente a mera interpretação do texto não proporciona uma concretização suficientemente exata do mesmo. É preciso recorrer aos dados contidos no âmbito normativo em relação ao problema em questão. Visto que as normas constitucionais buscam a ordenação da realidade das situações concretas de vida, terá que apreender dita realidade nos termos marcados no programa normativo, em sua forma e caráter materialmente determinados. Esta forma de atuar traz elementos adicionais de concretização e uma fundamentação racional e controlável, além de garantir em boa parte a adequada solução do problema. Possibilita uma solução sobre a base da coordenação objetiva das relações ou âmbitos vitais e uma exposição dos pontos de vista objetivos que a sustentam; neste sentido possui um caráter sistemático que vai mais além da orientação sistemática relativa à interpretação do texto da norma, embora mantenha relação direta com o mesmo.

Assim, a concretização do conteúdo de uma norma constitucional, bem como sua realização, só é possível incorporando as circunstâncias da realidade que essa norma procura regular. As singularidades destas circunstâncias compõem o âmbito normativo, o qual, a partir do conjunto dos dados sociais afetados por um preceito, e através do comando contido sobre todo o texto da norma, o programa normativo é elevado à condição de parte integrante do conteúdo normativo. Posto que estas singularidades, e com elas o âmbito normativo, se acham submetidas a mudanças históricas, os resultados da concretização da norma podem mudar, apesar de que o texto da norma, e com ele, o programa normativo, continua sendo idêntico. De todo isso resulta uma mutação constitucional constante, mais ou menos notável, que não é fácil de captar e que raramente se manifesta com nitidez.

A interpretação tópica orienta-se e limita-se pela norma, mas, apesar disso, conta com a presença de certos princípios diretores da interpretação suscetíveis de

adicionar a esta uma dose de racionalidade e previsibilidade, os princípios de interpretação constitucional: primeiramente o princípio da unidade da Constituição, seguido dos princípios da concordância prática, da correção funcional, do efeito integrador e da força normativa da Constituição.

O autor não se ilude a respeito das possibilidades do método proposto: a racionalidade total não é completamente possível no direito constitucional; o que não implica que se deva renunciar a ela, mas anelar a racionalidade possível.

O texto da Constituição constitui o limite da interpretação: qualquer imposição do intérprete em relação à Constituição gera a sua modificação ou quebra. As possibilidades de compreensão do texto delimitam o campo de suas possibilidades tópicas.

No método interpretativo proposto por Konrad Hesse, há um esforço de recuperação da normatividade que se acha perdida no método tópico, especialmente quando este é levado as suas últimas conseqüências. Este esforço se centraria em dois pontos firmes já mencionados: a função orientadora dos princípios da interpretação constitucional e a posição assumida pelo texto como seu limite.²¹

Também a Constituição contém a metodologia para resolver os conflitos dentro da comunidade. Regula a organização e o procedimento de formação da unidade política e a atuação estatal. Cria as bases e estabelece os princípios da ordem jurídica em seu conjunto. Em tudo a Constituição é um plano estrutural básico, orientado a determinados princípios para a conformação jurídica de uma comunidade. A Constituição engloba a ordenação da vida estatal e a ordenação da vida não estatal. Daí a importância da interpretação constitucional como meio para

²¹ CRUZ VILLALON, Pedro. *Escritos de Derecho Constitucional*. p. 20.

concretizar a Constituição e realizar seus objetivos na comunidade, compondo os conflitos que dela emergem.

Quanto aos limites da interpretação constitucional, cumpre dizer que a interpretação se encontra vinculada a algo estabelecido. Por isso, os limites da interpretação se situam ali de onde não há algo estabelecido de forma vinculante pela Constituição, de onde encerram as possibilidades de uma compreensão lógica do texto da norma ou de onde uma determinada solução encontra-se em clara contradição com o texto da norma. A existência deste limite é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder que lhe corresponde a Constituição. Dita função admite a possibilidade de uma mudança constitucional por meio da interpretação; mas exclui o seu quebrantamento - desviar do texto em um caso concreto - e a reforma da Constituição por meio da interpretação. Nas situações onde o intérprete se impõe a Constituição deixa de interpretá-la para mudá-la ou quebrantá-la. Quaisquer das condutas lhe estão vedadas pelo direito vigente. Inclusive quando o problema não pode resolver-se adequadamente por meio da concretização, o juiz, que se encontra submetido à Constituição, não pode eleger livremente os topois.

Para uma interpretação constitucional que parte da primazia do texto este constitui o limite de sua atuação. As probabilidades de compreensão do texto delimitam o campo de suas possibilidades tópicas. Conclui-se que o método concretizante não se fixa apenas nos parâmetros oferecidos pelos métodos tradicionais de interpretação, vai mais além, inserindo outros elementos tais como a pré-compreensão e o âmbito normativo, mas não despreza o texto normativo, antes o tem como limite para a interpretação.

O método concretizante é incorporado por José Joaquim Gomes Canotilho, que explicitará com diligência e mais clareza elementos referidos por Müller e Hesse. Tal método para o autor tem um alcance mais amplo para

suprir as necessidades do constitucionalismo contemporâneo, visto sua referência à Constituição dirigente, que procura estender a dimensão do alcance das normas constitucionais, especialmente pela referência de que as mesmas são de duas espécies, a saber: regras e princípios; dando especial atenção ao papel dos princípios na ordem constitucional.

Numa Constituição escrita, considerada como ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, pressupõe-se como ponto de partida normativo da tarefa de concretização-aplicação das normas constitucionais: a consideração de norma como elemento primário do processo interpretativo; a mediação (captação, obtenção) do conteúdo (significado, sentido, intenção) semântico do texto da Constituição, como tarefa primeira da hermenêutica jurídico-constitucional; e independentemente do sentido que se der ao elemento literal, o processo concretizador da norma constitucional começa com a atribuição de um significado aos enunciados lingüísticos do texto constitucional.

Embora sendo o texto constitucional o primeiro elemento do processo de interpretação-concretização constitucional, ele não contém já a decisão do problema a resolver. É necessário tomar em conta que a letra da lei não dispensa a averiguação do seu conteúdo semântico e que a norma constitucional não se identifica com o texto, bem como a delimitação do âmbito normativo, feita através da atribuição de um significado à norma, deve ter em atenção elementos de concretização relacionados com o problema a ser solucionado.

Interessa tornar mais claras as várias dimensões da norma, a saber: programa normativo, isto é, o componente lingüístico da norma que é resultado de um processo parcial de concretização pautado, sobretudo, na interpretação do texto normativo; e o domínio ou setor normativo, ou seja, o componente real, empírico, fático da norma que resulta de um segundo processo parcial de

concretização baseado na análise dos elementos empíricos (dados da realidade recortados pela norma). A norma é a junção do programa normativo com o domínio normativo, é um modelo de ordenação orientado para uma concretização material, constituído por um limite de ordenação, expresso através de enunciados lingüísticos e por um “campo” de dados reais (fatos jurídicos, fatos materiais etc.). A normatividade é o efeito global da norma num determinado processo de concretização.

O programa normativo não é apenas a soma dos dados lingüísticos relevantes do texto, captados a nível semântico. Outros elementos a considerar são: a sistemática do texto normativo, o que corresponde à exigência de recurso ao elemento sistemático; a genética do texto; a história do texto; a teleologia do texto que aponta para a insuficiência de semântica do texto: o texto normativo quer dizer alguma coisa a alguém e daí o recurso à pragmática.

Relevante para o processo de concretização não é apenas a delimitação do âmbito normativo a partir do texto de uma norma. O significado do texto aponta para um referencial, para um universo material, cuja análise é fundamental num processo de concretização que aspira uma racionalidade formal e material. Compreende-se que é preciso delimitar um domínio ou setor de norma constituído por uma quantidade de determinados elementos de fato (dados reais) que são de diferente natureza (jurídico, econômico, social, psicológico, sociológico) e a análise do domínio da norma será tanto mais necessária quanto mais uma norma faça menção a elementos não-jurídicos e o resultado de concretização da norma dependa, em larga medida, da análise do domínio de norma; e quanto mais uma norma for aberta, carecendo de concretização posterior, através dos órgãos legislativos.

A análise dos dados lingüísticos (programa normativo) e a análise dos dados reais (domínio

normativo) não são dois processos parciais, separados entre si, dentro do processo de concretização. A articulação dos dois processos é necessária desde logo, porque o programa normativo tem uma função de filtro do domínio normativo: como limite negativo e como determinante positiva do domínio normativo, isto significa que é ele que separa os fatos com efeitos normativos dos fatos que, por extravasarem desse programa, não pertencem ao setor ou domínio normativo (função positiva do programa normativo), por sua vez o efeito de limite negativo do texto da norma, significa a prevalência dos elementos de concretização referidos ao texto (gramaticais, sistemáticos) no caso de conflito dos vários elementos de interpretação. Assim, o âmbito de liberdade de interpretação do aplicador-concretizador das normas constitucionais tem o texto da norma como limite. O programa normativo é também o elemento fundamental do espaço de seleção de fatos constitutivos do domínio normativo.

O processo de concretização conduz a uma primeira idéia de norma jurídico-constitucional: modelo de ordenação material prescrito pela ordem jurídica como vinculativo e constituído por: uma medida de ordenação lingüísticamente formulada e um conjunto de dados reais selecionados pelo programa normativo (domínio normativo). Para a norma jurídica passar da normatividade concreta é preciso que ela se revista do carácter de norma de decisão.

A verdadeira normatividade é aferida em uma norma jurídica quando com a “medida de ordenação” se decide um caso jurídico quando o processo de concretização se completa através de sua aplicação ao caso jurídico a decidir através da criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa); de uma sentença judicial (concretização judicial); prática de atos individuais pelas autoridades (concretização administrativa). A norma jurídica ganha uma

normatividade atual e imediata através da sua passagem à norma de decisão.

O trabalho metódico de concretização é normativamente orientado, com os seguintes corolários: o jurista concretizador deve trabalhar a partir do texto da norma e a norma de decisão deve reconduzir-se à norma geral.

A distinção positiva das funções concretizadoras destes vários agentes depende da própria Constituição em que acontecem convergências concretizadoras de várias instâncias: nível primário de concretização: princípios gerais e especiais, normas que densificam outros princípios; nível político-legislativo: a partir do texto os órgãos legiferantes concretizam, através de “decisões políticas com densidade normativa - os atos legislativos”, os preceitos da constituição; e nível executivo-jurisdicional: com base no texto e das subseqüentes concretizações desta no campo legislativo, desenvolve-se o trabalho concretizador, de forma a obter uma norma de decisão solucionadora dos problemas concretos.²²

O autor ainda faz menção aos princípios de interpretação da Constituição: princípio da unidade da Constituição, princípio do efeito integrador, princípio da máxima efetividade, princípio da “justeza” ou da conformidade funcional, princípio da concordância prática ou da harmonização e princípio da força normativa da Constituição. Também expõe alguns limites da interpretação.

5. A interpretação das normas constitucionais de direitos fundamentais

As normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais demandam ainda mais atenção por parte

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1230.

do intérprete, tendo em vista que elas consubstanciam um núcleo de direitos que ocupam um lugar privilegiado dentro de nossa ordenação.

Na doutrina, várias expressões são utilizadas para designar direitos fundamentais, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

A classificação adotada pela Constituição de 1988, estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos. A doutrina, por sua vez, classifica os direitos fundamentais em gerações, baseando-se na ordem histórica cronológica que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.

A exposição, até este instante, dedicou-se a apresentar a Nova Hermenêutica, também denominada de concretização. Neste contexto, interpretar significa concretizar. Desde agora será tratada algumas de suas implicações em relação aos direitos fundamentais.

Para Peter Häberle, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição tem repercussões diretas sobre os direitos fundamentais, em função disto é preciso indagar sobre como os direitos fundamentais não de ser interpretados de modo específico. Em um sentido mais amplo, defende que se poderia introduzir uma interpretação orientada pela realidade da moderna democracia partidária, a doutrina da formação profissional, a adoção de um conceito ampliado de liberdade de imprensa ou de atividade pública ou da interpretação da liberdade de coalizão, desde que considerada a concepção de coalizão. A relevância dessa concepção e da atuação de indivíduos ou grupos, bem como dos órgãos estatais configuram uma forma produtiva de vinculação da interpretação constitucional em sentido lato ou estrito, servindo,

inclusive, como um elemento objetivo dos direitos fundamentais.²³

Esta ampliação da participação dos intérpretes não fica adstrita às regiões em que ela se acha institucionalizada como nos órgãos da Justiça do Trabalho, mas estendem-se as pessoas interessadas da sociedade pluralista. O que significa que não apenas o processo de formação, como também o desenvolvimento posterior, revela-se pluralista: a Teoria da Democracia, a Teoria da Constituição e da hermenêutica permitem aqui uma mediação entre Estado e sociedade.

A questão da legitimação sob uma perspectiva democrática é recorrente no modelo de Estado constitucional-democrático. Numa sociedade aberta, tal legitimação se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente através da realização dos direitos fundamentais.

O povo é também um elemento pluralista para interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional. A sua competência objetiva para a interpretação é uma extensão do direito da cidadania. De modo que, os direitos fundamentais fazem parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes.

No Estado constitucional-democrático, o cidadão é intérprete da Constituição. Por isso, tornam-se relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir a liberdade: a política de garantia dos direitos fundamentais de caráter positivo, a liberdade de opinião, a constitucionalização da sociedade. A democracia do cidadão aproxima-se mais da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir

²³ HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 16-17.

da concepção segundo a qual o povo soberano limita-se a assumir o lugar do monarca. Para Peter Häberle, a liberdade fundamental (pluralismo) e não o povo converte-se em ponto de referência para a Constituição democrática.²⁴

Enfim, a conseqüência de um modelo hermenêutico baseado numa sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, incide sobre os direitos fundamentais tanto pela ampliação democrática que proporciona à medida que todos são admitidos como intérpretes prováveis, bem como pelos possíveis resultados advindos dessa interpretação promovida para além das esferas judiciais.

Deste modo, os direitos fundamentais são tratados dentro de uma ótica interpretativa que permeia a leitura de toda a Constituição. Há uma relação de reflexos e influxos entre direitos fundamentais e a instituição. Vista pelo ângulo institucional, a liberdade, debaixo desta teoria, comunica a tais direitos concretude existencial, conteúdo, efetividade, segurança, proteção, limitação e fim; os espaços de liberdade ficam mais amplos.

Além destas considerações ligadas aos direitos fundamentais, baseadas no pensamento de Peter Häberle, que postula a ampliação, com base nos direitos do cidadão, do círculo de intérpretes da Constituição; faz-se menção ao impacto do método concretizante sobre as questões dos direitos fundamentais, principalmente quando ressalta-se o papel exercido pela pré-compreensão e pelo âmbito normativo dentro deste método.

Cumprir lembrar que os direitos fundamentais, normalmente, não se esgotam numa mera interpretação, mas sim, numa concretização. Daí a impossibilidade da hermenêutica tradicional, isoladamente, contribuir para uma efetivação destes direitos. Por isso, importa utilizar os métodos tradicionais e os novos, sem esquecer que

²⁴ Ibid., p. 36-38.

interpretar a Constituição é concretizá-la, e esta atividade funda-se em princípios interpretativos, dentre os quais se destaca o princípio da unidade da Constituição, pois preserva o espírito constitucional, especialmente quando relacionados aos direitos fundamentais, colocando-os numa condição de prestígio e autoridade, visto que tem por objetivo atribuir um significado a norma capaz de eliminar contradições e afiançar a unidade do sistema.

A nova hermenêutica visa concretizar o preceito constitucional, de tal maneira que concretizar é algo mais do que interpretar, é aperfeiçoar e conferir sentido à norma, ou seja, é interpretar com criatividade, seguindo princípios que direcionam a atividade e preconizam a ponderação nas situações conflituosas, inclusive aquelas que envolvem problemas relativos aos direitos fundamentais. Os princípios que pela ponderação não são utilizados em plena força na solução do caso não são expurgados do sistema normativo, ao contrário, nele permanecem podendo ser utilizados em situações futuras de conflito.²⁵

A interpretação mobiliza com frequência certos componentes fundamentais: a) as pré-compreensões que conformam e projetam o “mundo”; b) a tradição ou configuração histórico-cultural objeto da interpretação, que participa do diálogo resistindo às projeções do sujeito; c) instrumentos metodológicos; d) a imaginação produtiva, sem a qual a projeção de pré-compreensões resultaria em simples reiteração.²⁶ Assim, estabelecer contato com as pré-compreensões, identificando-as e reconhecendo sua influência, retira a imagem da interpretação como uma atividade mecânica, despersonalizada e abre espaço para a criatividade dentro das possibilidades oferecidas pelo texto normativo, indo além da reiteração dos julgados existentes. Esta abertura é ainda mais significativa quando

²⁵ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 585.

²⁶ SOARES, Luiz Eduardo. *O rigor da indisciplina*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. p. 13.

o objeto da interpretação recai sobre direitos fundamentais, que em função da dinâmica social constituem uma textura aberta e inacabada, construída historicamente e em constante processo de mudança e expansão.

Em relação ao lugar de destaque com que é tratado o papel do âmbito normativo para a concretização, cumpre lembrar que as determinações referentes a direitos fundamentais, como a liberdade de domicílio e a liberdade de ir e vir ou a liberdade de crença, estão abstraídas em graus diferentemente elevados na linguagem. Isso não se deve a maiores ou menores graus de determinação das formulações lingüísticas (programa normativo), porém às diferenças entre as matérias garantidas, à diferença dos âmbitos das normas. Os direitos fundamentais estão especialmente reforçados nos seus âmbitos de normas. Em virtude da sua aplicabilidade imediata eles carecem de critérios materiais de aferição que podem ser tornados plausíveis a partir do seu próprio teor normativo, sem viver à mercê das leis ordinárias.²⁷

Um método de interpretação que não toca a questão do âmbito normativo para interpretar normas de direitos fundamentais corre o risco de produzir uma interpretação afastada de uma noção de retidão ligada à realidade social, tendo em vista que o âmbito normativo pode ter sido ou não gerado pelo direito e representa o recorte desta realidade na sua estrutura básica, que o programa normativo escolheu para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação.

7. Conclusão

A interpretação das normas constitucionais não é tarefa das mais fáceis devido às particularidades inerentes à ordem constitucional, tais como o caráter inicial das

²⁷ MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 74-78.

normas constitucionais; a sua abertura que permite e requer atualizações; a linguagem sintética e algumas vezes lacunosa; a amplitude dos termos empregados e a presença de princípios; além das opções de ordem políticas nela arrolada.

Todas estas peculiaridades ensejam uma hermenêutica constitucional fundadas em técnicas que não desprezem o seu efeito sobre a sociedade e tornem a interpretação de uma norma constitucional uma mera interpretação legal sem maiores repercussões. Neste ponto, cabe dizer que a hermenêutica tradicional não constitui o melhor instrumento para promover uma interpretação dinâmica do texto constitucional, capaz de se adequar a uma teoria constitucional cada vez mais relevante num contexto de Estado Democrático de Direito.

A necessidade de uma nova hermenêutica voltada para a realidade social e menos mecânica e formalista, torna-se cada vez mais clara diante das deficiências do emprego isolado dos métodos tradicionais. Esta nova hermenêutica tem por objetivo a concretização da norma. O pensamento de Peter Häberle, a respeito da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, bem como as diretrizes do método hermenêutico concretizante que ganham força em Konrad Hesse e José Joaquim Gomes Canotilho, constituem importante instrumento para fortalecer uma nova compreensão sobre a interpretação, alicerçada em conceitos de possível ampliação do rol de intérpretes, além da união dos métodos tradicionais com elementos de pré-compreensão e referências ao âmbito normativo.

A concretização e os seus correspondentes momentos, mostram a importância do método concretizante para a configuração de uma Nova Hermenêutica projetada para melhor responder as demandas de uma sociedade plural e complexa, pois não perde de vista a realidade onde se insere. Tal abordagem não preconiza uma ausência total de influências de ordem

subjetiva, como se a interpretação fosse uma atividade mecânica, tendo em vista a alusão a pré-compreensões do intérprete que participam do processo de concretização da norma.

Este método também valoriza a realidade social, sem com isso perder de vista a sua cientificidade, a concretização não se realiza sem a avaliação dos influxos recebidos do ambiente normativo de onde a norma se originou. Assim, com a referência as pré-compreensões e ao âmbito normativo, somadas aos métodos tradicionais, operam-se uma importante mudança na hermenêutica que estará apta a atender de forma mais satisfatória as questões de interpretação dos direitos fundamentais.

Isto porque a Nova Hermenêutica propõe uma ampliação do círculo dos intérpretes da Constituição para incluir outros agentes sociais, até o momento excluídos do processo interpretativo, o que favorece a consolidação de um Estado Democrático de Direito, esteio de uma ordem social preocupada com a garantia dos direitos fundamentais.

Outra significativa contribuição do método concretizante para a interpretação dos direitos fundamentais consiste na identificação das pré-compreensões do intérprete, o que possibilita um desvio de uma visão viciada sobre determinadas demandas e pode, inclusive, abrir espaço para a criatividade interpretativa, fugindo um pouco do esquema de reiteração das decisões, embora não escapando da moldura dada pelo texto legal que lhe serve de limite. Esta abertura criativa do intérprete possibilita inovações que, se bem articuladas, podem provocar arejamento e renovação na interpretação dos direitos fundamentais.

Por fim, a Nova Hermenêutica exerce uma influência positiva para a interpretação dos direitos fundamentais à medida que toma em consideração a realidade social evidenciada pelo âmbito normativo. Tem especial importância para tais direitos esta referência, por que,

dentre outros fatores, o seu rol é aberto, sujeito a modificações e recheado de normas-princípios, o que torna ainda mais necessário o reconhecimento da importância do âmbito normativo para a inclusão da realidade na tarefa de interpretação da norma.

O tema da hermenêutica jurídica foi envolvido por diversas escolas, sendo que o universo de doutrinas contempladas dinamizam e pluralizam as vertentes de conceitos, entendimentos, inversão de objetos e métodos considerados, restando aos intérpretes técnicos a ponderação, bom-senso e cuidado no momento de proceder à interpretação das normas jurídicas. Devido a gama de escolas e teorias desenvolvidas, é impossível esgotar o tema da hermenêutica. Assim, o nosso objetivo é indicar ao leitor os primeiros passos da interpretação técnica e aguçar-lhe o interesse no caminho de uma pesquisa mais profunda e completa.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Ed.; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GUERRA, Sidney; MERÇON, Gustavo. *Direito constitucional aplicado à função legislativa*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SOARES, Luiz Eduardo. *O rigor da indisciplina*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

