

HERMENÊUTICA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Simone Rita Zibetti de Souza¹

Resumo: Este estudo explora a hermenêutica que visa o entendimento da lei. A hermenêutica é formada de regras e técnicas próprias, que variam do simples ao complexo, desde a indagação pelo intérprete quanto à vontade legislativa e através dos termos escritos em que é redigida a norma, até às investigações das ciências do espírito em idéias fundamentais diferentes e mediante o emprego de técnicas e processos diversos. O que todos procuram é o entendimento da norma a ser aplicada especialmente na efetivação dos direitos fundamentais, espraiando-se com maior ou menor desenvoltura na pesquisa ou prendendo-se a mais acanhada elaboração mental.

Resumen: Este estudio explora la hermenéutica que visa la comprensión de la ley. La hermenéutica es formada de reglas y técnicas propias, que varían de lo simple a lo complejo, desde la indagación por el intérprete cuanto a la voluntad legislativa y a través de los términos escritos en que la norma es redactada, hasta las investigaciones de las ciencias del espíritu más profundas. Escuelas y métodos de interpretación disputan las preferencias, inspirados en ideas fundamentales distintas y mediante el empleo de técnicas y procesos diferentes. Lo que todos buscan es la comprensión de la norma a ser aplicada especialmente en la efectivación de los derechos fundamentales, expandiéndose con mucho o poco desarrollo en la investigación o prendiéndose a la más simple elaboración mental.

Palavras-chave: hermenêutica, constituição, direitos fundamentais.

Palabras llave: hermenéutica, interpretación, derechos fundamentales.

Sumário: 1. Introdução – 2. Hermenêutica Jurídica – 3. Métodos de Interpretação Jurídica – 4. Interpretação Constitucional – 5. Direitos Fundamentais – 6. Conclusão – 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por finalidade refletir sobre a hermenêutica e a complexidade que se reveste na efetivação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição. Quase 20 anos da promulgação da presente Constituição, e em muito já se melhorou no campo dos direitos fundamentais, mas ainda há muito para se conseguir realmente para cada vez mais efetivar os direitos fundamentais.

E, o objetivo deste trabalho de pesquisa consiste em analisar a interpretação da norma constitucional, especificamente na efetivação dos direitos fundamentais. Entretanto, como toda lei enseja interpretação, assim o processo hermenêutico tem grande relevância, uma vez que é através da interpretação da lei que esta será aplicada e efetivada.

O objetivo primeiro da interpretação deverá ser a criação de condições para que a

¹ Mestranda em Direito no curso de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da UniBrasil/PR e advogada em Curitiba/PR

HERMENÊUTICA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

norma interpretada tenha eficácia sempre no sentido da realização dos princípios e valores constitucionais, e principalmente, sempre, da ideologia constitucionalmente adotada. Ao retomar a noção da hermenêutica se tem em vista a interpretação que constitui um aditamento de sentido, e todo o ato de interpretação constitui um aditamento de sentido ao texto, a signos ou a símbolos, dentro de determinados parâmetros, e considerando que a linguagem normativa não tem significações unívocas.

Na doutrina não há muita distinção entre *hermenêutica* e *interpretação*, sendo que para alguns se tratam de sinônimos. E outros que entendem que a interpretação é inteiramente submissa às normas da hermenêutica, que seria formada apenas pelas normas que regem a atividade interpretativa, mas não pela interpretação em si mesma.

A interpretação é a atividade que procura imprimir uma vontade ao texto a ser interpretado, de modo que esse possa incidir no caso concreto. Para os que não vêem distinção entre hermenêutica e interpretação não haveria duas realidades diversas, pois eles acentuam o caráter artístico da hermenêutica, no sentido de uma manipulação para imprimir o seu conteúdo na lei.

2. HERMENÊUTICA JURÍDICA

Hermenêutica – do grego *hermeneutiké, scilicet téchne*, a arte de interpretar deriva de Hermes, deus grego, filho de Zeus e da ninfa Maia, a quem, dentre suas diversas atribuições, cabia servir de arauto dos olímpicos, intermediário entre homens e deuses, intérprete da vontade divina.

E até o século XVII não se tinha uma teoria autônoma de como entender, de como interpretar; foi empregado pela primeira vez na Teologia como disciplina autônoma e auxiliar, com o objetivo de realizar a correta interpretação da Sagrada Escritura. Surgiu através de um grande debate pelo Protestantismo contra o monopólio interpretativo da Bíblia postulado e exercido pela Igreja Católica, os quais defendiam o acesso livre à interpretação da Bíblia.

Diante da formação tradicional teológica e do impulso do Iluminismo, com suas apologias à universalidade da razão, o conceito foi transportado para vários outros ramos do conhecimento, principalmente para a Filosofia e a Ciência do Direito, com o mesmo objetivo metodológico de interpretação destes conhecimentos.

PEREIRA², em sua obra *Hermenêutica Filosófica*, faz um breve histórico sobre a hermenêutica, e cita como primeiro trabalho de destaque, que surgiu no início do século XIX o de Friedrich D. E. Schleiermacher, em que a Hermenêutica pode transcender os ramos estreitos que atavam às ciências particulares, para alcançar um novo sentido: a disciplina que perguntando pelas condições genéricas da compreensão, deveria estabelecer

² PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. Capítulos I, p. 12 ss.

as regras que permitissem a compreensão objetiva não só de textos setorizados (religiosos, literários, jurídicos etc.), mas de qualquer pensamento posto ao entendimento através de palavras. Considerado como o pai da Hermenêutica moderna, numa visão de disciplina geral com compreensão objetiva criando uma teoria que distinguiria não só contextos, mas métodos científicos para viabilizar o correto entendimento.

Outro Autor de grande importância citado neste tema foi Wilhelm Dilthey, que apesar de assumir grande parte das teses de Schleiermacher, direcionou seu estudo para a fundamentação epistemológica das denominadas Ciências do Espírito, desejando construir uma teoria autônoma da Ciência da Natureza e considerada científica. Ao distinguir Ciências Naturais das Ciências Humanas, pretendeu-se criar uma disciplina que tivesse como finalidade proporcionar a interpretação válida dos objetos de estudo das Humanidades. E, ainda Dilthey foi um dos primeiros a se interessar por uma perspectiva ao mesmo tempo histórica e epistemológica sobre o status das Ciências do Espírito. Entende a Hermenêutica como disciplina que fundamenta e proporciona o acesso ao conhecimento. Uma de suas principais contribuições foi situar a possibilidade de compreensão, mesmo que limitada das Humanidades, dentro da História e divergindo daqueles que entendiam ser possível importar os métodos das Ciências Naturais, então considerados explicativos, descritivos, e aistóricos.

A partir desses estudos, a Hermenêutica passa a ter um significado de uma fenomenologia da existência, das análises das possibilidades que fornecem um horizonte do tempo. Consiste na terceira fase da interpretação hermenêutica com o “círculo ontológico” ou “existencial”, que apresenta a formulação, metodicamente relevante, de círculo hermenêutico.³

A partir dos ensinamentos de Heidegger surge uma crítica radical ao pensamento científico-espiritual que durou todo o século XIX, realizada por Hans-Georg Gadamer⁴, fazendo da Hermenêutica uma disciplina filosófica que além de seu foco epistemológico presente nas obras de Schleiermacher e Dilthey, passa a investigar o fenômeno da compreensão em si mesmo na operação humana fundamental do compreender. O Autor sustenta que “a formação como elevação à universalidade é, pois, uma tarefa humana. Exige um sacrifício do que é particular em favor do universal”⁵.

Gadamer lança também novas luzes sobre a velha dicotomia entre as Ciências do Espírito/Humanas e as Ciências da Natureza/Exatas, e a Hermenêutica deixa de ser um campo do saber restrito às Humanidades para se estender a todas as atividades em que se realiza o compreender. O problema da Hermenêutica é maior que qualquer discussão acerca de métodos científicos nas Ciências particulares, que tange inclusive à existência humana. Aduz que, “a hermenêutica, é, pois, algo mais que um método das ciências ou o distintivo de um determinado grupo de ciências. Designa, sobretudo, uma capacidade natural do ser

³ BLEICHER, idem, p. 141.

⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 4ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002, p. 40 e ss.

⁵ Idem, p. 51.

humano”⁶

Na obra de Gadamer, o termo Hermenêutica Filosófica atinge seu ponto culminante, que desenvolve o tema a partir da crítica que faz às denominadas tradicionais consciências estéticas e históricas. E afirma ser equivocada qualquer pretensão de considerar a obra de arte uma realidade dissociada do observador, bem como afirmar que o único conhecimento possível nessa relação é a pura satisfação perceptiva das formas. Sustenta também que a obra de arte não pode ser vista em seu isolamento, posto que há uma rede de compreensão compartilhada entre seu horizonte de sentido e o do observador. Enfim, a experiência da arte é um evento transformador daquele que nele participa. Critica a compreensão usual entre os historiadores que partem do pressuposto de que seria possível haver um conhecimento puro, objetivamente válido da História.⁷

E o giro hermenêutico aconteceu quando a disciplina libertou-se da sombra iluminista, que deveria esclarecer, mas ocultava a estrutura da compreensão, na medida em que desvalorizava a História e se confinava na busca maniqueísta e míope da verdade, possuindo como ponto de partida a absolutização do método.⁸

Para o Autor PEREIRA⁹, tais estruturas não são aspectos isolados entre si, pois, sendo momentos constitutivos da compreensão, será impossível não as vermos em sua íntima interconexão, perceptível, pela freqüente remissão a vários conceitos partilhados, como pré-compreensão, fusão, tradição, etc. Sendo que toda forma de compreender é enraizada na situação hermenêutica do sujeito, na espécie de espaço que todos partem consciente ou não, na medida de seu conhecimento. Assim o homem ao interpretar qualquer fenômeno, já possui uma pré-compreensão difusa do mesmo, um pré-conceito, uma antecipação prévia de seu sentido, influenciado pela tradição, pelas experiências, seu modo de vida, sua situação hermenêutica, por isso que toda compreensão absoluta de qualquer fenômeno será fadado ao fracasso¹⁰.

O círculo hermenêutico ocorre no instante em que o sujeito, por meio de sua pré-compreensão, participa na construção do sentido do objeto, ao passo que o próprio objeto no processo pode modificar a compreensão do intérprete, portanto, se fosse literalmente circular, o intérprete sairia do movimento da mesma forma que entrou, isto é, com os mesmos conceitos originais, o que perderia em juízo de validade e ganho de qualidade.

A Hermenêutica Constitucional toma emprestado um dos conceitos centrais de Gadamer, que é o da concretização. A interpretação da lei consiste em sua concretização em cada caso concreto, ou seja, ela se realiza em sua aplicação, o que pressupõe uma atividade produtiva por parte do juiz, uma vez que esse deve adequar a especificidade dos fatos com a generalidade da norma. Sublinhe-se que essa operação não é feita de maneira

⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*. 4ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002, p. 350.

⁷ GADAMER, *Verdade e Método*, (2002), p. 265 ss.

⁸ PEREIRA, Rodolfo Viana (2001), p.19.

⁹ PEREIRA, Rodolfo Viana (2001), p. 26.

¹⁰ PEREIRA, Rodolfo Viana. (2001), p. 28.

arbitrária, mas em função de uma ponderação por referência ao conjunto do ordenamento jurídico.

A compreensão ocorre através da linguagem, posto que tanto o pensamento como a comunicação são realizados linguisticamente, eis que a linguagem abre o mundo. Assim a linguagem não pode ser apenas um mero instrumento cujo objetivo seja ligar uma subjetividade ilhada a uma objetividade isolada. Os conceitos como os preconceitos são transmitidos pela linguagem, assumindo facetas distintas conforme a época, o lugar, as circunstâncias. A linguagem não é um mero conjunto de signos que reúne palavras que designam objetivamente coisas postas ao conhecimento. A Hermenêutica ao tratar dessas questões, tem algo universal, e não pode ser compreendida como disciplina auxiliar de ciências particulares ou mesmo da Ciência do Espírito. Enfim, tudo o que pode ser compreendido pelo homem é também linguagem. A Hermenêutica só seria universal caso a linguagem fosse um espaço isento da dominação. Tentar construir uma teoria através dos avanços da Hermenêutica para se viabilizar uma comunicação livre de dominação, seria o caminho. Repensar o papel e a importância da crítica dentro do processo de compreensão, implica igualmente repensar a função do método em relação ao tema da verdade.

Gadamer, enfrentava um grande dilema, e diante das críticas não conseguia responder uma sem cair na outra, embora não se preocupasse com a construção de métodos que validasse a interpretação e sim com o compreender de modo mais profundo e verdadeiro, além de todo método clássico. Entretanto, o desafio posto pelo Habermas deveria ser enfrentado sob pena de ruir o solo em que se assentava sua conclusão pela universalidade da Hermenêutica. No círculo hermenêutico ficou demonstrado que a antecipação do todo direciona o processo de compreensão, e para Gadamer, tal situação seria uma tarefa constante de pôr à prova as pré-compreensões do intérprete.

Gadamer também faz menção a um domínio explícito em que a hermenêutica se encontra com a Retórica, e não há conclusões que se imponham por si mesmas, mas que são pontos de chegada atingidos pelo diálogo esclarecedor. O conceito de preconceito para ele, é uma mera assunção do que nos chega pela tradição, malgrado o referido desvio em sua teoria, em que em toda atividade de compreensão deve haver uma apropriação crítica dos preconceitos, já que não podem ser compreendidos dogmaticamente. Assume a importância da verdade quando afirma que o entendimento hermenêutico se volta para a coisa, para o tema, que o fenômeno observado nos revela linguisticamente na historicidade.

E, no contexto da Hermenêutica Constitucional, ainda há como indicativo, o conceito de compreensão dialógica a ressaltar em que o sentido adequado pode ser alcançado pelo diálogo onde importa, sempre, o reconhecimento do outro como igual e como participante da construção de sentidos adequados para a sua interpretação.

A hermenêutica jurídica pode representar a reflexão da prática e da experiência do Direito; a análise de construção do pensamento hermenêutico resulta, então, reveladora dos elementos subjacentes ao próprio conhecimento jurídico, considerando que a compreensão é o ponto de convergência de toda a ciência jurídica, partindo da análise das

experiências jurídicas historicamente construídas na modernidade, identificando e compreendendo os condicionamentos do processo de conhecimento quando se tem em vista a pretensão de compreender para agir, aqui, tendo em vista que a hermenêutica jurídica, diversamente de outros campos de conhecimento, possui uma finalidade prática.

3. MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.

Neste tópico será feito uma verificação de determinados autores com o objetivo de avaliar a importância da interpretação e os seus métodos no meio jurídico, para aplicação das leis, principalmente os direitos fundamentais.

Inicia-se com KELSEN e a teoria pura do direito, que é do direito positivo que apesar de não ser uma teoria de uma ordem jurídica especial, fornece uma teoria da interpretação¹¹. Considerando que um ato expressado de forma falada ou escrita pode conter significado jurídico, porém um ato de conduta humana pode levar a uma auto-explicação jurídica. Ao se analisar a norma como elemento de interpretação, se enuncia o sentido de um ato de conduta humana tendo como resultado normativo de um ato jurídico ou anti-jurídico vinculado por uma lei. Significado do acontecer fático coincide com o conteúdo de uma norma que o torna válido.

As normas produzidas pelo costume são estabelecidas por ato da conduta humana, que podem ser normas morais e normas jurídicas, um costume qualificado como fato criador do Direito. Uma norma não precisa ser efetivamente posta, como norma positivada, mas pode estar pressuposta ao pensamento.

A vigência da norma pertence à ordem do dever-ser e não à ordem do ser, que se difere da eficácia da norma que trata da efetividade de sua aplicabilidade; porém, entre eficácia e vigência pode existir certa conexão. Uma norma que não é aplicada e respeitada ela não é eficaz e em consequência não é considerada como norma válida; uma lei deve ter pelo menos um mínimo de eficácia para ter vigência.

Uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanecer por certo tempo ineficaz, neste caso a eficácia é condição de vigência. Assim a vigência geral de todas as normas que regulam a conduta humana, das normas jurídicas, é uma vigência espaço-temporal na proporção em que as normas têm por conteúdo processos espaço-temporais que valem em qualquer espaço e em qualquer período de tempo, sendo a sua vigência espacial e temporal.

As normas que conferem competência ao órgão legislativo, como produtor de normas, é caracterizado e interpretado como Constituição, que é a norma fundamental de uma ordem jurídica. A norma fundamental que representa o fundamento de validade de uma ordem jurídica refere-se à Constituição que é à base de uma coerção eficaz.

¹¹KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Capítulo I. p.01.

O Direito quando é aplicado por um órgão jurídico deve ser interpretado, porém também deve ser interpretado por aquele que observa o Direito para compreender o sentido das normas jurídicas.

Das formas de interpretação, segundo KELSEN, distingue-se duas espécies, a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico, mas por uma pessoa privada, designada pela ciência jurídica.

KELSEN sustenta que a relação entre a Constituição e a lei, é uma relação de determinação ou vinculação em que a norma do escalão superior regula a norma do escalão inferior¹², de seu conteúdo, processo e execução dos atos a realizar. No entanto, a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções e em todos os aspectos, deve sempre deixar uma margem de livre apreciação para o aplicador.

A norma de escalão superior é tida como uma moldura de um quadro, dentro do qual existem várias possibilidades de aplicação que preenchem esta moldura com algum sentido possível. Assim sendo, a interpretação de uma lei não deve apresentar uma única solução, mas se possível, diversas soluções em consonância com a lei que será aplicada. A interpretação deveria ter um método que se tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada. A teoria usual da interpretação acredita que a lei, aplicada ao caso concreto, tem apenas uma única solução correta fundada na própria lei jurídico-positiva.

A idéia tradicional da interpretação de uma única escolha é uma auto-ilusão contraditória, que viola o sentido das possibilidades de se interpretar. Dentre as possibilidades que se apresenta, encontrar a mais correta é um problema da política do Direito e não da teoria do Direito. De acordo com a Constituição não se pode através da interpretação concluir que são as únicas leis corretas, ou que são as únicas sentenças corretas.

Para KELSEN, a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica, posto que ela cria o Direito. Esta interpretação somente é autêntica quando assume a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e com caráter de norma geral.

Sustenta NEVES, que o método de interpretação jurídica está passando por mudanças no atual contexto metodológico, e deixa de ser somente interpretação da lei para se pensar como atos da realização do direito¹³. O conceito de interpretação jurídica se altera de interpretação da lei para interpretação do direito. Em que o direito deixou de ser meramente um aplicador de normas legais, mas passa a ter uma ampla atividade normativa constitutiva, em cumprimento das intenções axiológicas e normativas do direito. Segundo o Autor o direito existe para realizar o que são seus parâmetros de vida e verdade.

O ato metodológico de determinação da mediação é a ponte entre a norma e

¹² KELSEN, Hans. (1998). Capítulo VIII, p. 388.

¹³ NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora. 2003. p. 11.

HERMENÊUTICA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

cumprimento do direito; a norma somente é interpretativamente determinada quando ocorre a resolução dos problemas jurídicos e sua fundamentação. A interpretação jurídica está diretamente relacionada com a lógica do resultado e não com fim abstrato.

A partir da tese *in claris*¹⁴, para ser possível a nível lingüístico, deve se verificar três pressupostos: - primeiro que os termos das fontes jurídicas fossem termos de linguagem comum; - segundo que esses termos da linguagem comum tivessem um sentido único e usual; - terceiro que a utilização desses mesmos termos num contexto jurídico deixasse intocado o seu sentido comum. O significado de uma palavra e o seu uso na linguagem depende do contexto, bem como ler sempre é um ato interpretativo.

As expressões legais podem apresentar vagueza e porosidade como conseqüência relativa da ignorância de todos os casos ou fatos possíveis denotáveis por estas expressões, bem como da relativa indeterminação ao nível dos fins, pelo que será possível excluir alterações intencionais em função normativa. Uma das problemáticas do direito é que se exige uma interpretação não obscura das leis para a realização do direito através delas ou por mediação.

O direito se manifesta através da forma interpretativa. Atualmente não se pode mais desprezar a importância da interpretação ou reservá-la ao legislador. Outro problema levantado é o reconhecimento da infalibilidade da interpretação jurídica e não o seu caráter normativo constitutivo e que hoje se tem o direito jurisprudencial com conseqüências teóricas no quadro das fontes do direito e ainda a questão da validade constitucional da criação jurisprudencial do direito. O direito comporta um programa social pela sua função de regulador da ação ou dos comportamentos, nas normas de determinação, valoração, regras de comportamento e critério jurídico. A interpretação jurídica é sempre problematicamente intencionada, sendo que não deixa nunca de pressupor um problema ou controvérsia da prática de uma validade normativo-jurídica. E o tribunal, sendo a sede paradigmática das controvérsias jurídicas, faz-se necessário que seja analisada também a interpretação jurisdicional como o paradigma da interpretação jurídica.

A interpretação revela as lacunas na lei, e em sentido amplo, ela terá como objetivo a abrangência da integração das lacunas, o que resultou apenas num conceito acumulativo. A fronteira entre a interpretação e a integração não é rígida, mas sem solução de continuidade.

O questionamento feito por NEVES¹⁵ sobre a problemática hermenêutica ou normativa é que a primeira engloba a própria palavra que denota o problema, a interpretação, sendo que a teologia e a jurisprudência são ciências hermenêuticas. A interpretação jurídica se esgota numa hermenêutica de compreensão dos textos das normas jurídicas vigentes. Sendo que a intenção da hermenêutica e a função normativa não são idênticas, nem metodologicamente coextensivas, a primeira tem uma natureza cognitiva e a segunda tem uma natureza judicativo-decisória. A interpretação jurídica não tem uma índole propriamente

¹⁴ NEVES, A. Castanheira. (2003), p.16.

¹⁵ NEVES, A. Castanheira. (2003), p. 62.

hermenêutica, mas antes normativa.

Nas decisões dos casos concretos através das jurisprudências em que a interpretação perspectiva o pensamento jurídico como uma ciência prática que superou o tradicional normativismo-positivismo kelseniano, que sustentava a interpretação jurídica como pura hermenêutica. A autonomia hermenêutica dogmática da norma postulada, sustentada pela referida intenção científica e pela intenção teórica da objetividade que o pensamento jurídico normativista se propõe como se a intenção teórica estivesse manifestamente ao serviço de um objetivo prático, mesmo ideológico da dogmática e do legalismo positivista. O direito seria para o pensamento jurídico um complexo de significações e a ciência do direito um operar com um modo pensado de significações, enfim uma pura hermenêutica. E, atualmente o método de interpretação jurídica das leis realizado pelo juiz, resulta que a teoria não pertence à lógica ou à epistemologia jurídica, mas à teoria da argumentação jurídica e do problema da concreta fundamentação normativa, com a realização concreta do direito.

DALLA-ROSA entende o direito como fenômeno, como conhecimento humano que apresenta inúmeras características estudadas por meio dos mais diversos ramos estruturais da ciência e da jurisprudência, que desenvolve e enuncia a essência própria que constitui o fenômeno como um objeto próprio. O fenômeno constitucional se efetua numa descrição dos elementos que indicam a composição de uma teoria do discurso jurídico com os desenvolvimentos possíveis no campo constitucional, sem riscos de lacunas conscientes¹⁶. A aplicação do direito ocorre na reunião das várias formas de interpretação que ora incidem na delimitação do fato, ora na fixação do conteúdo de fundamentação da aplicação.

A instrumentalização do direito somente é possível quando da adequação do resultado pretendido com a premissa inicial, ou ainda, quando da referência correta entre a garantia pretendida e o tipo discursivo utilizado.

Para DALLA-ROSA, o discurso retórico seria em sua vertente tópica, o modelo de argumentação pelo qual se buscaria através de premissas, problematizar as conseqüências, apontando para decisões com aparência de certeza e próxima de um conceito de justiça. Este posicionamento de que a solução dos problemas jurídicos decorre da problematização de seus argumentos, e não da dedução silogística e lógica das premissas, resultou no desenvolvimento da teoria da argumentação. O Autor cita que toda esta estrutura discursiva do Direito sustentada por PERELMAN¹⁷, atribui o nome da lógica jurídica, responsável pelo estudo, identificação e compreensão dos mecanismos discursivos da prática jurídica, em especial na descoberta do fundamento válido para as decisões jurídicas, tendo na nova retórica o momento discursivo que se preocupa com a compreensão da vertente prática do Direito.

¹⁶ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. *Uma teoria do discurso constitucional*. São Paulo: Landy, 2002. Capítulo II, p.76.

¹⁷ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. (2002), p. 212.

HERMENÊUTICA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A retórica jurídica busca em juízos de verossimilhança, a segurança para as decisões que não comportam demonstrações analíticas e não conseguem aproximações reais através de probabilidades, desde que tenham justificativa na aparência de certeza. Por tais razões é que a retórica do Direito não se destina a validar as sentenças judiciais e nem as construções doutrinárias, mas os momentos de discussão de produção normativa, assim como a argumentação que se desenvolve em conselhos leigos, dotados de prerrogativa de livre e íntima convicção. A interpretação jurisprudencial atua como um norte seguro para facilitar raciocínios e indicar soluções possíveis.

O discurso retórico como modelo de argumentação buscaria através de premissas, problematizar as conseqüências, apontando para decisões com aparência de certeza, e próxima de um conceito de justiça. Este posicionamento, de que a solução dos problemas jurídicos decorre da problematização de seus argumentos, e não da dedução silogística e lógica das premissas, resultou no desenvolvimento da teoria da argumentação.

Com críticas em torno da Hermenêutica STRECK, aduz que há um hiato (hermenêutico) entre a concepção de Direito vigorante no modelo de Estado Liberal e no *welfare state*, e a crise de paradigma de dupla face (crise do paradigma liberal-individualista-normativista e crise do paradigma epistemológico da filosofia da consciência); retratam a incapacidade histórica da dogmática jurídica em lidar com os problemas decorrentes de uma sociedade díspar e excludente como a brasileira. A este fenômeno o Autor determina como “*fetichização do discurso jurídico*”, o que, através da dogmática, a lei passa a ser compreendida como sendo *uma-lei-em-sí*, abstraída das suas condições e como se fosse uma propriedade “natural”. Para o Autor o discurso dogmático transforma-se em uma imagem, na tentativa (ilusória) de expressar a *realidade-social-de-forma-imediata*, ou seja, um “texto sem sujeito”.¹⁸

O Autor sustenta que o processo interpretativo hermenêutico deveria ter um caráter produtivo, e não meramente reprodutivo, visto que o que rege o processo de interpretação dos textos legais são as suas condições de produção, as quais, mesmo difusas e ocultadas, surgem no âmbito do discurso jurídico dogmático permeado pelo respectivo *campo jurídico*, como se fossem provenientes de um “lugar virtual”, ou de um “lugar fundamental”¹⁹. Critica que os juristas no processo interpretativo não reproduzem ou descobrem o verdadeiro sentido da lei, mas criam sentidos que lhes mais coadunam com os seus interesses teóricos e políticos.

4. INTEPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Este tópico visa avaliar a teoria da interpretação constitucional que por muito tempo esteve vinculada a um modelo de interpretação fechada, reduzida em seu âmbito de

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 94 e 95.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. (2005), p. 95 e 96.

investigação, em que se concentra na interpretação constitucional dos juizes e nos procedimentos formalizados, para uma sociedade aberta. Em uma interpretação constitucional deve ser levado em consideração a sua realidade voltada ao interesse público e do *bem estar geral*,²⁰ considerando que em uma sociedade aberta e pluralista, faz parte da Constituição todas as potências públicas, participantes do processo social e nelas envolvidas, podendo ser um elemento formador ou constituinte desta sociedade.

Para HÄBERLE quem vive a norma acaba por interpretá-la através da atuação de qualquer indivíduo como uma interpretação constitucional antecipada, o que se pode indicar como interpretação, somente a atividade que de forma consciente e intencional, se dirige à compreensão e à sua aplicação. Sendo que para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional pode ser aceito um conceito mais amplo da hermenêutica, tendo num sentido lato e como pré-intérpretes: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública. O que para o Autor se trata de uma teoria da interpretação sob a influencia da teoria democrática, sendo impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e as potências públicas.

Em relação aos direitos fundamentais indaga que deverão ser interpretados em sentido específico, e em um sentido mais amplo; atribui a introdução de uma interpretação orientada pela realidade da moderna democracia partidária, da doutrina e da formação profissional, adoção de um conceito amplo de liberdade de imprensa ou da interpretação da chamada liberdade de coalizão.

Com efeito, a conformação da realidade da Constituição também faz parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes à realidade. E o poder de conformação de que possui o legislador, enquanto intérprete da Constituição se diferencia do espaço que é assegurado ao juiz constitucional na interpretação, sendo que tal espaço é limitado de maneira diversa, tendo como base argumento de índole técnica²¹.

Quanto mais ampla for à interpretação constitucional, tanto do ponto de vista objetivo como metodológico, mais será o círculo dos que delas devam participar. Do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional, resultam como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição, tendo como modo indireto a integração da *res publica*, que é a consequência da orientação constitucional aberta no campo de tensão do possível, do real e do necessário.

Em relação à história constitucional brasileira no campo da interpretação, registram-se avanços e recuos no campo dos princípios informativos e ordenadores dos direitos e garantias fundamentais.

LEAL, em relação “a hermenêutica Constitucional brasileira, aduz criticamente que todo o fenômeno social e, portanto, o direito, deve ser lido e compreendido a partir de

²⁰ HÄBERLE, Peter, *Zeit und Verfassung*, ZfP 21 (1974), p. 111 (121s). Trad. MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional*. Editor Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2002. p. 12.

²¹ HÄBERLE, Peter (2002), p. 26.

HERMENÊUTICA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

seus aspectos ideológicos e relacionando-o com a questão do poder, tema este que deve estar constantemente introduzido nas considerações pertinentes ao discurso e prática jurídica, principalmente para se evitar possíveis desvios para concepções reducionistas da matéria.²²

No contexto da crítica do Autor, o saber jurídico deve ser analisado como parte da própria estrutura coercitiva do Direito, e o poder das significações da lei emanaria de um saber que se tornaria senso comum entre os juristas. Diante da forma como o homem vive atualmente se faz necessário uma ruptura que permita pensar o fenômeno jurídico a partir de outro prisma que não o discurso oficial da ideologia positivista e suas novas faces, neo-positivismo e neoliberalismo.

A interpretação constitucional deve se basear no plano jurídico de um lado, e de outro num plano político, garantindo o equilíbrio, posto que na análise da interpretação da norma constitucional se espera dos órgãos constitucionais o ajuste do interesse público que exprima o sentimento da coletividade.

BONAVIDES esclarece que as normas constitucionais “são dotadas de plasticidade”, donde não se pode admitir interpretação mecânica ou silogística; para o Autor este tipo de interpretação “levaria o intérprete a deixar escapar de sua análise o que é mais precioso e essencial na norma; a captação daquilo que confere vida à norma, que dá alma ao Direito e que os faz dinâmico e não estático. O erro do jurista é querer desmembrar a norma constitucional de seu manancial político e ideológico, e do sentido dinâmico e renovador que sempre haverá de acompanhar este tipo de norma”.²³

Entretanto, quem dá efetividade à interpretação é sempre um ser racional e também histórico, que fala e se comunica dentro de uma determinada história com cultura e contextos determinados. Assim o processo de constituição do significado do texto está intimamente marcado pelos elementos discursivos e categoriais construídos pelo tempo daquela história. Por este motivo é que os argumentos são fenômenos abertos com sentidos plurais aos textos e às falas. Considerando, que o ato de interpretação da Constituição, é sem dúvida, caracterizado por sua complexidade temática e operacional compreendendo uma diversidade extremamente grande de variáveis²⁴.

Segundo STRECK, a hermenêutica tem como função deixar o fenômeno Constitucional visível, ou melhor, *des-objetificar* a Constituição, o que somente será possível com a superação do paradigma metafísico que predomina o imaginário dos juristas. E partindo para o Estado Democrático de Direito, com a função social do jurista, o resgate das promessas da modernidade (direitos humanos, sociais e fundamentais), criando uma “clareira”, um espaço livre, que se pode construir a *resistência constitucional*, denunciando

²² LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito. Considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1999, p. 142.

²³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 420.

²⁴ LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêutica dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2000, p.157.

aquilo que foi e é acobertado, entulhado pelo sentido comum da dogmática jurídica²⁵.

Continua o Autor a defender que a baixa constitucionalidade significa baixa compreensão, e conseqüentemente, atribui isso à doutrina e à jurisprudência que continuam se justificando nos postulados da hermenêutica clássica, de cunho reprodutivo. Para aqueles que precisam antes interpretar a Constituição para só depois aplicá-la, é porque ainda estão presos ao método da hermenêutica clássica. Cita que há muito tempo Gadamer já havia ensinado que interpretar é aplicar, é concretizar o que se desenvolve no interior do círculo hermenêutico e que sempre há um sentido antecipado.

Na questão da interpretação Constitucional a hermenêutica-valorativa repercute principalmente na tensão existente entre segurança e justiça, situação esta concentrada no problema da aplicação dos princípios, o que leva ao desafio de conjugar indispensáveis aqueles dois valores. Principalmente no caso concreto quando se privilegia determinados aspectos e elegem-se direções a culminar na escolha do juiz pela melhor decisão. Talvez por isso reste buscar nas regras do diálogo que orientam o processo argumentativo, a segurança que o Direito requer. Logo, procura-se reconhecer uma nova racionalidade jurídica, capaz de lidar com os valores, normativamente corporificados sob a forma de princípios²⁶.

Nos direitos fundamentais o princípio da proporcionalidade tem a orientação básica da hermenêutica jurídica constitucional, observados nas jurisprudências dos tribunais. E que na prática há falta de uma teoria da argumentação consolidada, com o objetivo de conferir racionalidade à decisão jurídica; a dogmática tem se declinado, com exclusividade a outros dois pontos, o da adequação e da necessidade.

5. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com a Constituição de 1988 ocorreu um alargamento significativo na abrangência dos direitos e garantias fundamentais com o objetivo de efetivar e 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. Tendo como grande desafio, a saber, quais são os parâmetros e referenciais e serem utilizados à classificação, efetividade e eficácia de suas disposições.

E o desafio do Estado Social de Direito é garantir a justiça social efetiva aos cidadãos, no sentido de desenvolvimento da pessoa humana, e ao mesmo tempo em que se respeite o ordenamento jurídico, isto significa que este Estado se encontra marcado por preocupações éticas direcionados aos direitos e prerrogativas humanas.

²⁵ STRCK, Lenio Luiz. (2005), p. 320.

²⁶ BOUCAULT, Carlos E. de Abre e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs). *Hermenêutica Plural*. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Eficácia constitucional: uma questão hermenêutica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.383 ss.

HERMENÊUTICA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Efetividade, segundo BARROSO, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social, representando a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.²⁷ Sendo que a efetividade das normas depende, primeiramente, da sua eficácia jurídica, da aptidão formal para incidir e reger as situações da vida; não se trata somente da vigência da regra, mas também, da capacidade do relato de uma norma fornecer condições de atuação, isoladamente ou conjugada com outras normas. Considerando que se o efeito jurídico pretendido pela norma for irrealizável, não há efetividade possível. A efetividade das normas jurídicas resulta de seu cumprimento espontâneo. E cabe ao jurista formular estruturas lógicas e prover mecanismos técnicos aptos a dar efetividade às normas jurídicas.

A Sociedade atual pluralista com múltiplos e diferentes grupos sociais amplia a visão de responsabilidades e possibilidades do governo, da Sociedade e do Estado, no sentido de atender demandas cada vez mais complexas e setoriais. Assim, as garantias e os direitos sociais elevados a normas constitucionais, não podem permanecer em uma conceituação meramente programática.

Desta forma, toda e qualquer interpretação da norma jurídica constitucional ou infraconstitucional deve ter, principalmente a criação de condições para que a norma interpretada tenha eficácia no sentido da realização dos princípios e valores constitucionais. A hermenêutica se faz necessária no âmbito da dogmática dos Direitos Humanos e Fundamentais.

Ressalte-se que diante de tantas violações dos Direitos Fundamentais se faz necessário uma hermenêutica democrática com caráter eminentemente crítico, no sentido de denunciar todos os enunciados jurídicos que sejam obstáculos à participação efetiva dos cidadãos na vida política, econômica e cultural da comunidade. Buscar a efetivação dos Direitos Humanos e Fundamentais, significa, formular, implementar e executar programas emancipatórios, em que os valores basilares residam no sentimento de civilidade, através de uma ética solidária ou comunitária.

6. CONCLUSÃO

Dos métodos de interpretação analisados e dos Autores que foram abordados neste breve estudo, como parte de grande contribuição tem a tese kelseniana da moldura do Direito: embora a interpretação das leis permanecesse dentro dos limites da “moldura”, poderia a interpretação de uma lei não necessariamente conduzir a uma única solução como sendo correta.

²⁷ BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Renovar: Rio de Janeiro – São Paulo, 2003, p. 85.

O método de interpretação jurídica está atravessando mudanças no atual contexto metodológico, e desta forma deixa de ser somente interpretação da lei para se pensar como atos da realização do direito, e o direito deixou de ser meramente um aplicador de normas legais, passando a ter uma ampla atividade normativa constitutiva.

A interpretação no direito tem um problema de grande relevância, uma vez que a interpretação das leis não pode ser obscura para a realização do direito, e que atualmente não se pode mais desprezar a importância da interpretação ou reservá-la ao legislador. Outro ponto relevante é o problema do reconhecimento da infalibilidade da interpretação jurídica e não o seu caráter normativo-positivismo constitutivo, tendo nos direitos jurisprudenciais conseqüências teóricas, no quadro das fontes do direito.

DALLA-ROSA, defende o discurso retórico como modelo de argumentação pelo qual se buscaria através de premissas, problematizar as conseqüências, e que a solução dos problemas jurídicos decorreriam da problematização de seus argumentos. D e maneira crítica STRECK aduz que a crise do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, que retratam a incapacidade histórica da dogmática jurídica em lidar com os problemas decorrentes de uma sociedade díspar e excludente como a brasileira; muitas vezes, os juristas no processo interpretativo não reproduzem ou descobrem o verdadeiro sentido da lei, mas criam sentidos que lhes mais coadunam com os seus interesses teóricos e políticos.

Com uma visão mais ampla e aberta HÄBERLE, sustenta que quem vive a norma acaba por interpretá-la através da atuação de qualquer individuo como uma interpretação constitucional antecipada, e para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional pode ser aceito um conceito mais amplo da hermenêutica, tendo num sentido lato e como pré-intérpretes: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública, uma teoria da interpretação sob a influência da teoria democrática.

A Constituição de 1988 alargou significativamente a abrangência dos direitos e garantias fundamentais, para que tenham uma interpretação dos direitos fundamentais baseados por argumentos com fenômenos abertos com sentidos plurais, e com a função social do jurista, o resgate das promessas da modernidade; com o objetivo de efetivar e 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. Assim, as garantias e os direitos sociais elevados a normas constitucionais, não podem permanecer em uma conceituação meramente programática, o que resulta que a efetividade das normas jurídicas tenha seu cumprimento espontâneo.

Conclui-se que se faz necessário uma hermenêutica dos direitos fundamentais com caráter eminentemente crítico no âmbito da dogmática dos Direitos Humanos e Fundamentais, posto que já ocorreram muitas violações dos Direitos Fundamentais; é preciso denunciar todos os enunciados jurídicos que sejam obstáculos à participação efetiva dos cidadãos na vida política, econômica e cultural da comunidade. Buscar a

HERMENÊUTICA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

efetivação dos Direitos Humanos e Fundamentais, significa formular, implementar e executar programas emancipatórios, em que os valores basilares residam no sentimento de civilidade, através de uma ética solidária ou comunitária.

7. BIBLIOGRAFIA

- BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Renovar: Rio de Janeiro – São Paulo, 2003.
- BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea*. Rio de Janeiro: O Saber da Filosofia, edições 70.
- BOUCAULT, Carlos E. de Abre e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs). *Hermenêutica Plural*.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Eficácia constitucional: uma questão hermenêutica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CARVALHO, Olavo de. *Aristóteles em nova perspectiva*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1996.
- CLEVE, Clemérson Merlin, SARLET, Ingo Wolfgang e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coordenadores). *Direitos Humanos e Democracia*. MALISKA, Marcos Augusto. *A Concretização dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito. Reflexões sobre a complexidade do Tema e o Papel da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. *Uma Teoria do Discurso Constitucional*. São Paulo: Landy, 2002. Capítulo II.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 4ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica*. Porto Alegre: L & PM, 1987.
- HÄBERLE, Peter, *Zeit und Verfassung*, ZfP 21 (1974), p. 111 (121s). Trad. MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional*. Editor Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Capítulo I, III e VIII.
- LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito. Considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1999.
- ___; *Perspectivas Hermenêutica dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2000.
- NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora. 2003.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. Capítulos I.
- PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, Segunda Parte, Capítulo I e II.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.