ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS

CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS AND EFFECTIVE RIGHTS

Ítalo José Rebouças de Oliveira*

RESUMO: A história do estudo da ciência do Direito pode ser resumida na história da busca da efetivação das regras de conduta firmadas no contexto social. Uma das principais ferramentas encarregadas do mister de garantir aplicabilidade concreta às normas jurídicas, é a hermenêutica, que consiste em interpretar a regra, dando-lhe utilidade num determinado caso concreto. Modernamente, com a insuficiência dos modelos clássicos de interpretação, que não garantem, via de regra, efetividade às normas, há um movimento doutrinário e jurisprudencial intenso na busca de re-modelar as técnicas de hermenêutica jurídica, a fim de que sejam efetivamente concretizados os direitos fundamentais garantidos aos cidadãos.
Palavras-chave: Constituição. Sociedade. Hermenêutica. Efetividade.

ABSTRACT: The history of the study of the science of law can be summed up in the history of the pursuit of effective rules of conduct signed in the social context. One of the main tools in charge of the business of ensuring the concrete applicability of the legal norms, is hermeneutics, which interprets the rule, giving it an useful application in a particular case. Nowadays, with the failure of classical models of interpretation that cannot guarantee, as a rule, effective standards, there is a doctrinal and jurisprudential movement in search of intense re-modeling of the techniques of legal interpretation, so that the fundamental rights guaranteed to the citizens are effectively implemented.
Keywords: Constitution. Society. Hermeneutics. Effectiveness.

* Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN); Professor da Faculdade de Direito da Universidade Potiguar (UnP); aluno da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN). *Email*: italoreboucas@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O Direito não é um fenômeno dissociado da realidade social; sua conceituação histórica revela que deve servir como parte integrante de um todo, que é o *contexto social* vivido, sendo, portanto, suas normas produto de intensa mobilização dos vários grupos presentes na sociedade.

Nesta linha, a Constituição, como Lei Maior, aglutina os anseios sociais num ambiente sistêmico, compondo o Estado de acordo com os princípios políticos vigentes, preservando os valores tidos como essenciais pela sociedade, em determinado momento, e guardando coerência com o ambiente sócio-político-econômico, para que deste possa retirar toda a carga de legitimidade.

No Brasil, após experiências sociais vividas, de regime autoritário, engendraram-se ideais democráticos que inspiraram o legislador constituinte de 1988 a desenhar um Estado de cunho eminentemente social, reformador e comprometido com a efetivação (concretização) dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

Nessa missão inexorável de aplicação correta e efetiva do regramento jurídico, valoram-se, de mais a mais, os estudos da (nova) hermenêutica, sobretudo, da hermenêutica constitucional, como elemento decisivo para se garantir utilidade ao direito, instrumento de harmonização social.

Enfatize-se, por ser inevitável, que o estudo dos instrumentos de concretização dos direitos tidos por fundamentais tem por finalidade, apenas, afirmar/realizar a essência do Direito, de modo que não se constitui um *plus*, sobretudo na vivencia de um Estado Democrático de Direito, em que não há, por exemplo, que falar na existência de normas constitucionais programáticas.

2 MODELOS DE HERMENÊUTICA E A RELAÇÃO COM A EFETIVIDADE DOS DIREITOS

Neste sentido, em contraponto às teorias da hermenêutica clássica, segundo as quais, em resumo, a interpretação é o processo de *extração* de

sentido, da lei, de modo a sugerir que o texto legal contenha, em si mesmo, o significado exato da intenção legislativa, e, por conseguinte, demonstre a razão de ser da regra (*ratio legis*), é função do operador do direito, analisar o texto de forma que, se consiga extrair dele o significado, do que surgem as idéias da chamada *nova hermenêutica*, visando, em suma, à criação de um processo interpretativo de atribuição de significado à lei, numa compreensão lógico-política comprometida com a adequação da interpretação legal à realidade social na qual será inserida.

Pela teoria clássica, conforme Carlos Maximiliano:

> 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. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que a mesma contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.

Para Alexandre de Moraes[1], citando Fernando Coelho, a palavra *intérprete*:

> [...] tem origem latina – interpres – que designava aquele que descobria o futuro nas entranhas das vítimas. Tirar das entranhas ou desentranhar era, portanto, o atributo do interpres, de que deriva para a palavra interpretar com o significado específico de desentranhar o próprio sentido das palavras da lei, deixando implícito que a tradução do verdadeiro sentido da lei é algo bem guardado, entranhando, portanto, em sua própria essência.

Segundo essas idéias da hermenêutica, os fatos sociais valorados são estampados nas leis que trazem consigo toda a carga da comoção e todos os anseios sociais que fizeram ser elevados, ao patamar de "lei", os bens da vida.

1 MORAES, p. 42.

Por isso, a lição de Vicente Ráo[2], de que a interpretação atravessa, via de regra, cinco fases, a saber: a primeira delas seria o diagnóstico do fato; seguindo-se a qualificação deste perante o direito (diagnóstico jurídico); passando-se à crítica formal e à crítica substancial da norma aplicável; até que se possa proceder à interpretação e à aplicação/adaptação ao caso concreto.

Nesta esteira de pensamento, conclui Ráo[3]:

> Interpretação é a operação lógica que, obedecendo aos princípios e leis científicos ditados pela hermenêutica e visando integrar o conteúdo orgânico do direito, apura o sentido e os fins das normas jurídicas, ou apura novos preceitos normativos, para o efeito de sua aplicação às situações de fato incidentes na esfera do direito.

Adepto das clássicas lições da hermenêutica, Paulino Jacques[4] escreve que "a interpretação da lei, também denominada hermenêutica ou exegese jurídica, é a determinação do verdadeiro sentido e alcance da lei, ou mais claramente do fim da norma jurídica e do seu campo de incidência." É exatamente esta a corrente de pensamento dos seguidores das lições clássicas da hermenêutica, em que, repita-se, se entende que o significado da norma está contido no texto legal, sendo papel do intérprete proceder à extração desse sentido para aplicar a regra.

Por isso, conforme Jacques, "o verdadeiro objeto da interpretação é revelar a *mens legis* (o espírito da lei) e não, a *intentio legislatoris* (a vontade do legislador)." Explica-se que tal raciocínio tem uma razão simples, qual seja, a de que "uma vez promulgada a norma, passa a ter vontade própria, ínsita no seu próprio espírito, encarnado no conteúdo da lei"[5].

A Constituição, ainda que considerada sob o prisma de Norma Maior, (é)era, igualmente, interpretada sob esse foco. Não distinguia a interpretação infraconstitucional da interpretação da Constituição. A norma (constitucional ou não) carrega sentido, cumprindo ao intérprete extraí-lo.

2 RAÓ, p. 464.
3 Op. cit., 464.
4 JACKES, p. 129.
5 Op. cit., p. 129.

Porém, o Direito constitucional moderno atravessa uma fase de reconstrução do modelo interpretativo clássico, por considerar insuficiente a idéia de que a norma carrega consigo o seu sentido lógico-formal, uma vez que, não raro, as leis perduram por muito tempo, não havendo, portanto como se lhe *extrair* o sentindo anterior, em épocas distintas.

Em verdade, há que considerar que as alterações do contexto social devem implicar (implicam), necessariamente, mudança de aplicabilidade das normas, sem as quais não é possível atribuir vigência a uma determinada lei. Não se trata, destaque-se, de evitar que algumas leis caiam em *desuso*, mas, sobretudo, de buscar atribuir/dar sentido diferente à lei, após levar-se-lhe em conta a sua utilidade no atual contexto social.

Importa mencionar, neste ponto, que a busca de um trabalho hermético que garanta utilidade à norma, faz parte de um processo incessante de alcance da essência do conceito de *"direito"* enquanto unidade sistêmica.

Irrefutável, neste aspecto, a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris[6], ao anotar que:

> A hipótese fundamental de toda a Ciência é a de que uma estrutura racional, acessível ao pensamento, domine o mundo material e espiritual. Por conseqüência, também a metodologia jurídica parte, nos seus postulados, da existência fundamental da unidade do Direito. Ela fá-lo, por exemplo, com a regra da interpretação sistemática ou através da pesquisa de princípios gerais de Direito, no campo da chamada analogia de Direito, colocando-se, com isso, em consonância com as doutrinas da hermenêutica geral; de facto, pertence a estas o chamado cânon da unidade ou da globalidade, segundo o qual o intérprete deve pressupor e entender o seu objeto como um todo em si significativo, de existência assegurada.

Em comentários a respeito da ineficiência do modelo tradicional de interpretação, Bonavides[7] assevera que:

> Os métodos clássicos de interpretação exerceram um influxo mínimo com respeito ao alargamento material da Constitui-

6 CANARIS, Claus Wilhem. **Pensamento Sistemático e Conceito de sistema na ciência do Direito**. 3. ed. p. 14-15.
7 BONAVIDES, Op. cit., p. 466.

> ção, por se prenderem de preferência aos quadros fechados da norma jurídica, sem um salto mais ousado para o sistema, cujos fins, na época do liberalismo, se compadeciam valorativamente, ou seja, ideologicamente, com esse conhecimento restrito da norma, vista por seu exclusivo teor jurídico.

Cumpre, pois, interpretar as leis de forma que se possa considerar efetiva a aplicação do texto legal, e, sobretudo, da norma. Contudo, é imperioso afirmar que a norma é o produto da interpretação do texto, pelo que não se confunde com este.

Portanto, um mesmo texto legal pode induzir, após o (novo) trabalho hermético do aplicador do Direito, a normas diversas, segundo atualizada orientação de Friedrich Müller.

Müller, citado por Bonavides, compreende a norma jurídica como algo mais que o texto de uma regra normativa. De sorte que a interpretação ou a concretização de uma norma transcende a interpretação do texto, ao contrário, portanto, do que acontece com os processos hermenêuticos tradicionais, no campo jurídico.[8]

Nas palavras do Professor cearense:

> Redundou assim na busca do sentido mais profundo das Constituições como instrumento destinados a estabelecer a adequação rigorosa do Direito como a Sociedade; do Estado com a legitimidade que lhe serve de fundamento; da ordem governativa com os valores, as exigências, as necessidades do meio social, onde essa ordem atua dinamicamente, num processo de mútua reciprocidade e constantes prestações e contraprestações, características de todo sistema político com base o equilíbrio governantes e governados.
>
> [...]
>
> Descortina-se assim um campo de imprevisível extensão para o florescimento de distintas posições interpretativas no domínio da hermenêutica constitucional. Perde, porém essa hermenêutica a firmeza do modelo clássico, que se assentava

8 Op. cit., p. 499.

> numa lógica confiante, sólida, imbatível. Sua plasticidade é fraqueza. A manipulação dos fins e do sentido faz deveras fácil o tráfego a soluções de conveniência, a conclusões preconcebidas, a subjetivismos, em que o aspecto jurídico sacrificado cede complacente a solicitações do aspecto político, avassalador da norma e produtor exuberante de perplexidades e incertezas inibidoras.[9]

Inaugura-se, assim, por condução do constitucionalista alemão, a redefinição da atividade hermética. Streck e Feldens aduzem, inspirados nas idéias de Müller, que cada norma jurídica tem o seu texto da norma – a consuetudinária, um texto mutante, a escrita, um texto autenticamente fixado –, porque nenhuma norma do direito positivo representa apenas a si mesma, mas ao menos se relaciona com todo o ordenamento jurídico: Finalmente, cada norma pode ser questionada com vistas ao seu "sentido" e à finalidade[10].

E, adiante, acrescentam os mesmos juristas:

> Ou seja, os mesmos textos produzem normas distintas. Por isto, a partir da superação da hermenêutica clássica, que trabalha(va) com a idéia de que interpretar é extrair do texto o seu sentido (auslegung), pela hermenêutica de cunho filosófico, passou-se a entender que o processo interpretativo não é reprodutivo, mas sim, produtivo. Interpretar é, pois, dar/atribuir sentido (Sinngebung). Com isto, deixa de existir equivalência entre texto e norma e entre vigência e validade, em face do que se denomina na fenomenologia hermenêutica de diferença ontológica.[11]

Interpretar é, portanto, a atividade prática que consiste em revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto.[12] Porém, não basta considerar as alterações de foco da interpretação, variando entre o *extrair* sentido e *atribuir/dar* sig-

9 Op. cit., p. 476-477.
10 Op. cit., p. 64.
11 Op. cit., 67.
12 BARROSO, p. 103.

nificado à norma. É de mister que se insira, em tais conceitos renovadores, a noção construtiva do direito, ou, até mesmo, a noção de concretização dos direitos previstos, numa alusão ao conhecido dirigismo constitucional.

Merece destaque o pensamento de Barroso[13], ao manifestar que:

> Toda norma jurídica, e, ipso facto, toda norma constitucional, precisa ser interpretada. Interpretam-se todas as leis, sejam claras ou obscuras, pois não se deve confundir a interpretação com a dificuldade de interpretação. [...] Embora haja recuperado algum prestígio após décadas de rejeição, a máxima in claris cessat interpretatio há de ter, tão somente, o sentido de reconhecimento de que a zona de clareza existente na lei enfraquece a atividade do intérprete, mas não o condena a uma acrítica interpretação literal.

Ou, ainda, como afirma Barroso[14], mais adiante:

> O Direito constitucional vive um momento virtuoso. Do ponto de vista de sua elaboração científica e da prática jurisprudencial, duas mudanças de paradigma deram-lhe nova dimensão: a) o compromisso com a efetivação de suas normas; b) o desenvolvimento de uma dogmática de interpretação constitucional. Passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, superada a fase em que era tratada como um conjunto de aspirações políticas e uma convocação à atuação dos Poderes Públicos. De outra parte, embora se insira no âmbito da interpretação jurídica, a especificidade das normas constitucionais, com seu conteúdo próprio, sua abertura e superioridade jurídica, exigiu o desenvolvimento de novos métodos hermenêuticos e de princípios específicos de interpretação constitucional.

Destaque-se, sobretudo, que a adoção das idéias da nova hermenêutica não desprestigia o trabalho do legislador, o que viria a impor uma espécie de "ditadura do intérprete", a substituir a expressão legal pelas impressões pes-

13 BARROSO, Op. cit., p. 105-106.
14 BARROSO, Luiz Roberto, Op. cit., p. 338.

soais (carregadas de subjetivismos) do aplicador do Direito. Pelo contrário, e sobremodo, é preciso adequar a dicção legislativa, fruto do labor dos legisladores, aos parâmetros da Carta Constitucional, numa ordenação de preceitos, sem arredar das linhas definidas pelo próprio legislador constitucional.

Poder-se-ia chegar, portanto, em termos conceituais, ao que se poderia chamar de "controle contínuo de constitucionalidade" e, com isso, manter-se o "controle social das leis", e, sobretudo, da Constituição.

O que se valora, neste prisma, sem embargo qualquer, sem que se despreze a parcela de responsabilidade dos demais "atores" da aplicação do Direito, é a atuação do julgador, que, em última análise, fica livre para decidir sobre o modo mais adequado, usando a lei como instrumento de maleabilidade social intensa, não rígida, podendo, portanto, transformar realidades.

Em expressiva lição sobre o tema, frise-se a construção de François Rigaux[15], quando escreveu que:

> Segundo Ronald Dworkin, a atividade jurisprudencial se construiria à maneira de um romance escrito por sucessivos autores, devendo cada um levar em conta divisões precedentes. Como toda imagem, esta é deceptiva. De um lado, a imaginação do poeta mantida em rédeas mais soltas do que as que restringem as escolhas do juiz e, sem negar que a vontade, e não somente a inteligência, governa o raciocínio judiciário, não se podendo reduzir este a uma atividade puramente imaginativa. Do outro, em face das decisões que o precederam, o juiz goza de uma liberdade mais extensa do que a do co-autor de um romance escrito com sucessivas pinceladas. Os fatos de que está encarregado são novos e, em todo caso, únicos. Ele pode se afastar dos precedentes distinguindo-os das situações de que está encarregado, mas também pode reformá-los, notadamente dando-lhes um alcance novo.

Toda essa intensa atividade hermenêutica busca sempre, conforme enfatizado numerosas vezes, concretizar os direitos fundamentais à vivência do homem, e, por conseqüência, do próprio sistema jurídico existente.

Neste sentido, não basta afirmar que a Constituição Brasileira é um ema-

15 RIGAUX, François. **A lei dos Juízes.** São Paulo: Editora Martins Fontes. p. 305-306.

ranhado de sonhos, visto que não é por demais forçoso reconhecer que *cada sonho constitucional está definitivamente ligado a um (ou vários) instrumentos que os torne concretos.* Assim, desnecessária a crítica dirigida diretamente à inaplicabilidade de qualquer regra contida na Constituição, quando, em verdade, não se busca conhecer a existência de um instrumento concreto que torne a norma viável no mundo dos fatos relevantes a serem disciplinados pelo Direito.

3 CONCLUSÃO

A par de todas essas considerações, embora não exaustivas, para conclusões irrefutáveis, pode-se mencionar que:

a) O Direito não é um fenômeno dissociado da realidade social; sua conceituação histórica revela que deve servir como parte integrante de um todo, que é o *contexto social* vivido, sendo suas normas produto de intensa mobilização dos vários grupos presentes na sociedade.
b) O estudo dos instrumentos de concretização dos direitos tidos por fundamentais apenas tem por finalidade afirmar/realizar a essência do Direito, não se constituindo um *plus*, sobretudo na vivencia de um Estado Democrático de Direito, onde não há, por exemplo, que falar na existência de normas constitucionais programáticas.
c) O Direito constitucional moderno atravessa uma fase de reconstrução do modelo interpretativo clássico, por considerar insuficiente a idéia de que a norma carrega consigo o seu sentido lógico-formal, uma vez que, não raro, as leis perduram por muito tempo, não havendo como se lhes *extrair* o sentindo anterior, em épocas distintas.
d) A busca de um trabalho hermético que garanta utilidade à norma faz parte de um processo incessante de alcance da essência do conceito de *"direito"* enquanto unidade sistêmica.
e) O que se valora, neste prisma, sem embargo qualquer, e sem desprezar a parcela de responsabilidade dos demais "atores" da aplicação do Direito, é a atuação do julgador, que, em última análise, fica livre para decidir do modo mais adequado, usando a lei como instrumento de maleabilidade social intensa, não rígida, podendo, portanto, transformar realidades.