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

Revista DIREITO E LIBERDADE

HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

CONTEMPORARY HERMENEUTICS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Fabrício Germano Alves*
Yanko Marcius de Alencar Xavier**

RESUMO: Neste estudo, tem-se a finalidade de analisar e elucidar os principais aspectos que marcam a teoria da hermenêutica clássica, bem como as principais características que configuraram o surgimento de uma nova hermenêutica, representada especialmente pelo movimento intitulado neoconstitucionalismo. Com fundamento na doutrina dos principais teóricos sobre o assunto, será explicitado como a hermenêutica contemporânea tem o condão de direcionar a atividade dos intérpretes-aplicadores do Direito, sobretudo em relação aos direitos fundamentais.
Palavras-chave: Hermenêutica. Neoconstitucionalismo. Direitos fundamentais.

ABSTRACT: The present study aims to analyze and elucidate the main aspects that characterize the classical hermeneutics theory, as well as the main characteristics that shaped the emergence of a new hermeneutics, represented especially by the movement called neoconstitutionalism. Based on the leading theorists doctrine on the subject, it will be mentioned how contemporary hermeneutics has the power to direct the activity of the interpreters and law-enforcers, especially in relation to fundamental rights
Keywords: Hermeneutics. Neoconstitutionalism. Fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

Em razão da imensurável importância que os direitos consagrados como fundamentais assumem em um determinado ordenamento jurídico, mostra-se imprescindível o estudo das possibilidades hermenêuticas

* Doutorando e Mestre em Sociedad Democrática, Estado y Derecho pela Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) – Espanha. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Professor de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Advogado. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

** Pós-doutor pelo Instituto de Direito Internacional Privado e Direito Comparado da Universität Osnabrück/Alemanha. Doutor em Direito Civil pela Universität Osnabruck – Alemanha. Professor de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

que podem ser aplicadas na interpretação dos mesmos, uma vez que a concretização/efetivação desses direitos no seio social pode ser influenciada de maneira determinante pelos paradigmas hermenêuticos que são empregados na sua aplicação prática.

No presente trabalho, inicialmente serão analisadas as principais teses hermenêuticas aplicadas na interpretação dos direitos fundamentais. Tratar-se-á das principais características pertinentes a cada teoria (Teoria Positivista, Teoria da Origem de Valores, Teoria Institucional e Teoria Jusnaturalista Crítica), buscando, principalmente, identificar os critérios interpretativos definidos por cada uma delas para servir de parâmetro à atividade dos intérpretes-aplicadores dos direitos fundamentais.

Logo após, examinar-se-ão as formas de atuação possíveis de serem desenvolvidas pelos direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico no qual estão inseridos, e, ao mesmo tempo, se estudará as possíveis limitações que devem ser impostas durante o processo interpretativo dos direitos em questão.

Em seguida, será discutida a suposta contradição existente entre a conceituação dos direitos fundamentais e a segurança jurídica, gerada em virtude do caráter aberto ou multifacetado que caracteriza essa categoria de direitos. Nesse contexto, se buscará encontrar uma conjuntura onde seja possível se chegar a um estado de harmonia entre os dois institutos jurídicos, mesmo diante da posição conflitante que em princípio pode ser observada.

Posteriormente, serão analisados alguns dos pontos mais relevantes da hermenêutica kelseniana, dentre os quais se destacam a distinção entre "norma" e "texto normativo", interpretação "autêntica" e "inautêntica", bem como o conceito hermenêutico de "moldura de significados" da norma. Além disso, será mostrado como as ideias de Kelsen se posicionam no panorama da hermenêutica jurídica contemporânea, mormente, no que tange à interpretação dos direitos fundamentais.

Por fim, chega-se ao cerne do trabalho, onde se discutirá como o movimento neoconstitucionalista influencia a hermenêutica constitucional no contexto atual, principalmente no que diz respeito à interpretação dos direitos fundamentais realizada pelos aplicadores do Direito.

2 PRINCIPAIS TESES HERMENÊUTICAS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Existem, praticamente, quatro teorias principais que determinam critérios de interpretação dos direitos fundamentais, a saber, a Teoria Positivista, a Teoria da Origem de Valores, a Teoria Institucional e a Teoria Jusnaturalista Crítica[1]. Contudo, embora haja uma vasta teorização sobre o assunto em questão, constitui tarefa bastante árdua a determinação de um conteúdo essencial pertinente aos direitos fundamentais mediante a instituição de parâmetros hermenêuticos.

Para a Teoria Positivista, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais se vincula à proteção normativa, por outro lado, para a Teoria da Origem dos Valores, tal conteúdo se identifica com o núcleo objetivo intrínseco de cada direito. Já de acordo a Teoria Institucional, esse conteúdo diz respeito a uma garantia institucional de obediência aos fins estabelecidos pela Constituição Federal, menosprezando conceitos como vontade, interesse ou proteção jurídica, que são os conceitos usados nas duas teorias anteriormente citadas. Por último, conforme a Teoria Jusnaturalista Crítica, o conteúdo essencial que permeia o conceito dos direitos fundamentais seria o que é bastante para a garantia de valores sociais mínimos contra um decisionismo político ameaçador.

De acordo com a *Teoria Positivista*, os direitos fundamentais seriam categorias técnico-jurídicas destinadas a corroborar em nível de normas positivadas, algumas liberdades individuais consagradas pelo Direito Natural, ou seja, seriam os instrumentos adequados para fazer a transposição de direitos jusnaturais para o plano da positivação[2]. Os direitos fundamentais, segundo essa teoria, funcionam como enunciados positivos (normas que passaram a fazer parte do ordenamento jurídico vigente) de liberdades naturais (direitos que se revelam como existentes mesmo antes

[1] PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003, p. 297.

[2] "Para esta concepción los derechos fundamentales aparecen como categorías técnico-jurídicas dirigidas a reformular en normas positivas las exigencias mantenidas por la teoría de los derechos naturales de afirmar determinadas libertades del individuo frente al poder estatal" (PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003, p. 297).

de ocorrer a sua inserção no conjunto de normas que compõe o sistema jurídico).

Conforme a *Teoria da Origem de Valores*, os direitos fundamentais possuem uma função integradora e sistematizadora do conteúdo axiológico objetivo do ordenamento exigido pela sociedade. Esses direitos seriam o conjunto formado por um "mínimo existencial" socialmente exigido, que se encontra estampado no ordenamento jurídico. Assim, os direitos fundamentais, de acordo com essa teoria, constituem uma espécie de subsistema axiológico considerado imprescindível para o desenvolvimento social, que fundamenta todas as normas e instituições do sistema jurídico ao mesmo tempo em que estabelece diretrizes políticas a serem perseguidas pelo Estado[3].

Segundo a *Teoria Institucional*, no Estado Social de Direito, os direitos fundamentais possuem uma função dúplice, de maneira que constituem garantias da liberdade individual, na medida em que funcionam como instrumentos limitadores da ação estatal, e, ao mesmo tempo, são dotados de um conteúdo institucional, que funciona como instrumento para a consecução dos fins sociais constitucionalmente adotados, tendo para isso um caráter vinculante. Essa Teoria Institucional se subdivide em Teoria Institucional Funcionalista e Teoria Institucional Multifuncional.

A *Teoria Institucional Funcionalista* teve como um dos seus principais expoentes Luhmann, ao criar a sua Teoria dos Sistemas[4]. Conforme essa vertente da Teoria Institucional, os direitos fundamentais são concebidos como um subsistema que faz parte do sistema jurídico geral e possui a

[3] "Los derechos fundamentales cumplen su función integradora al sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento. Al propio tiempo, los derechos fundamentales constituyen un sistema coherente que inspira todas las normas e instituciones del ordenamiento y prescribe las metas políticas a alcanzar". Ibid., p. 298.

[4] Discorrendo sobre a teoria de Luhmann, Perez Luño afirma: "En dicha investigación Luhmann proyecta la teoría de los sistemas (Systemtheorie) y su método funcionalista-estructural al estudio de los derechos fundamentales. En su concepción, tales derechos no deben ser considerados ni como facultados emanadas de la naturaleza humana (iusnaturalisrno), ni como límites a la actuación del poder público (liberalismo), sino como instituciones, esto es, subsistemas encaminados a cumplir unas determinadas funciones que permiten: de un lado, la diferenciación de los roles sociales, y, de otro, garantizan el desarrollo de la actividad estatal" (PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003. p. 301).

função de garantir a estabilidade do sistema social. Trata-se de um sistema *autopoiético*, porém, com traços de *alopoiese*.

Dessa maneira, para a Teoria Institucional Funcionalista, os direitos fundamentais comporiam um subsistema institucional jurídico de faculdades que não decorre do Direito Natural e não é considerado apenas como fator limitante do Poder Público. Segundo essa teoria, os direitos fundamentais seriam instituições com a função de diferenciação dos papéis sociais com o condão de garantir o desenvolvimento social através da imposição vinculante da atuação estatal no sentido de promover a concretização das finalidades constitucionalmente elencadas[5].

A *Teoria Institucional Multifuncional* busca precipuamente uma otimização da eficácia dos direitos fundamentais, baseando-se no seu caráter multifacetado, e tem como principais defensores Helmut Willke e Fritz Ossenbuhl[6]. Essa teoria conduz a uma interpretação dos direitos fundamentais mediante a ponderação de bens, ou seja, uma compatibilização que os faça incidir simultaneamente na ordem social, marcados por uma coexistência pacífica. A Teoria Institucional Multifuncional indica que as finalidades constitucionais, as quais são vinculadas ao Estado por meio dos direitos fundamentais, possuem uma dimensão aberta e plural que decorre da própria natureza de indeterminação e plurissignificação desses direitos. E é justamente esse caráter de abertura desses direitos que funciona como pressuposto de renovação do ordenamento jurídico para acompanhar o progresso social.

Por sua vez, a *Teoria Jusnaturalista Crítica* propõe um método de interpretação dos direitos fundamentais baseado numa concepção intersubjetiva de valores, fundamentada por um consenso sobre as necessidades básicas do ser humano, evitando assim que a determinação dos valores que regem a sociedade ocorra somente através do decisionismo puro e ilimitado. A teoria em questão oferece ao intérprete critérios jusnaturais socialmente aceitos para a aplicação dos valores e princípios que dizem respeito aos direitos fundamentais.

De fato, a Teoria Jusnaturalista Crítica apregoa a existência de uma espécie de "mínimo existencial axiológico natural" socialmente estabelecido,

5 Ibid., p. 301.
6 Ibid., p. 301.

garantidor dos direitos fundamentais frente à ameaça em potencial emanada pelas decisões eminentemente políticas.

3 ATUAÇÃO FUNCIONAL E LIMITAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais podem ser eminentemente axiológicos, principiológicos, ou, ainda, se manifestarem através de normas. Em todos esses casos, são direitos que definem as diretrizes da atuação estatal, vinculam e ordenam essa atividade, estatuindo fins objetivamente especificados a serem alcançados (deveres fundamentais do Estado). Em alguns casos, como no tocante ao direito à educação, essa vinculação pode se estender também à entidade familiar e, ainda, demandar uma colaboração social para a sua promoção e incentivo[7].

No entanto, para que o papel dos direitos fundamentais alcance sua efetivação, é preciso que seja instituído um ordenamento jurídico que possibilite a concretização desses direitos pelo intérprete-aplicador. Ainda, além da instituição dos direitos, é necessário que haja um sistema de garantias (do processo e de organização) que possibilite ao intérprete-aplicador promover a concretização desses direitos no seio da sociedade.

Dentro do ordenamento jurídico no qual são inseridos, os direitos fundamentais possuem uma atuação funcional de natureza múltipla, ou seja, assumem diversas funções, tanto voltadas para o próprio Estado que os consagra como sujeitos quanto para os quais são consagrados. Segundo Hesse[8], os direitos fundamentais possuem as funções de garantir a liberdade individual; limitar o poder da atuação estatal; influenciar todo o ordenamento

[7] Nesse sentido, foi instituído o artigo 205 da Constituição Federal com a seguinte redação: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

[8] "Los derechos fundamentales actúan legitimando, creando y manteniendo consenso; garantizan la libertad individual y limitan el poder estatal, son importantes para los procesos democráticos y del Estado de Derecho, influyen en todo su alcance sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto y satisfacen una parte decisiva de la función de integración, organización y dirección jurídica de la Constitución". HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. **Manual de derecho constitucional**. Madrid: Marcial, 1996, p. 90.

jurídico; legitimar, criar e manter um consenso de direitos; integralizar, organizar e direcionar a Constituição; e, ainda, são direitos essenciais para a manutenção e o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Diante de tão vasta seara de atuação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, surge o questionamento acerca da possibilidade de limitação de tais direitos. Entretanto, essa discussão deve partir da premissa de que não há direito absoluto, de tal forma, mesmo tratando-se de direitos fundamentais, a conclusão não vai ser diferente. Desse modo, esses direitos também são suscetíveis de limitação mediante uma interpretação relativizadora que diminui o seu alcance, isto é, onde "a área de proteção do direito é restringida de forma permitida"[9].

Inicialmente, pode-se dizer que os direitos fundamentais possuem limites hermenêuticos, que se operacionalizam na própria atividade do intérprete-aplicador ao promover a sua concretização. Essa limitação ocorre quando, na aplicação ao caso concreto de direitos fundamentais que se mostram contraditórios em uma determinada situação, o intérprete realiza um sopesamento ou ponderação, segundo um critério de proporcionalidade em sentido estrito, entre os possíveis direitos aplicáveis, para que se possa encontrar um equilíbrio justo para o caso em questão sem gerar a afastabilidade completa de nenhum desses direitos, sendo eles apenas relativizados.

Ainda, pode-se dizer que os direitos fundamentais são limitados pelas próprias Constituições ou tratados internacionais que os estatui. No plano constitucional, essas limitações podem consistir em reservas legais (simples ou qualificadas), autorizando a limitação pelo legislador, e/ou no chamado *direito constitucional de colisão* (acepção jurídico-objetiva) ou *direito constitucional colidente* (acepção jurídico-subjetiva), quando a limitação ocorre devido a outros direitos fundamentais em razão de uma tentativa de harmonização do sistema constitucional.

Dessa forma, um direito fundamental pode ser limitado por outro direito fundamental e/ou pela legislação ordinária ou complementar de cada Estado, devendo sempre serem essas limitações em caráter excepcional,

[9] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 138.

pois, uma vez que esses direitos também são considerados princípios dentro do ordenamento jurídico, deve ser corroborada a linha de otimização dos princípios desenvolvida por Alexy (2008), no sentido de que os "[...] *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização* [...]"[10].

Assim sendo, quaisquer restrições, contenções ou delimitações dos direitos fundamentais devem ser feitas de forma tímida ou cingida, atendo-se a situações que se mostrarem estritamente necessárias. Tais limites devem ser justificados, previstos em lei, e focados no escopo de sua criação, sempre em observância do critério da proporcionalidade e visando à manutenção dos interesses democráticos[11]. As possibilidades de limitação dos direitos fundamentais constituem verdadeiros limites dos limites, na medida em que esses direitos limitam a atuação do Estado e, ao mesmo tempo, são objetos de outras limitações.

A regra é sempre buscar o máximo de efetivação dos direitos fundamentais por meio de uma interpretação-aplicação mais ampla possível. A limitação a esses direitos sempre deve ocupar o terreno da excepcionalidade.

4 UM PARADIGMA HERMENÊUTICO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS GARANTIDOR DA SEGURANÇA JURÍDICA

Não é difícil constatar que, devido ao caráter de abertura conceitual dos direitos fundamentais, estes podem se encontrar numa posição

[10] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90.

[11] "Nunca é demais deixar esclarecido que as limitações ou restrições permissíveis ao exercício dos direitos consagrados, ademais de deverem ser interpretadas restritivamente e em favor desses últimos, devem necessariamente cumprir certos requisitos, a saber: ser previstas em lei, ser justificadas pelo Estado, limitar-se a situações em que sejam absolutamente necessárias e ao propósito para o qual foram prescritas, ser aplicadas no interesse geral da coletividade (ordre public) coadunando-se com as exigências de uma "sociedade democrática", respeitar o princípio da proporcionalidade, não ser aplicadas de modo arbitrário ou discriminatório, sujeitar-se a controle por órgãos independentes (como a previsão de recursos para os casos de abusos), e ser compatíveis como o objeto e propósito dos tratados de direitos humanos". TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, v. 1, p. 419.

conflitante em relação à segurança jurídica. Isso ocorre em decorrência da incerteza gerada pela falta de uma definição clara e específica a respeito dos direitos fundamentais. No entanto, a saída para a resolução desse entrave se encontra no próprio texto normativo que enuncia tais direitos, que funciona como fonte direcionante da atividade do intérprete para a definição da norma.

A hermenêutica utilizada na interpretação dos direitos fundamentais deve buscar uma compreensão dos verdadeiros limites do texto normativo, uma vez que este funciona como veículo do conteúdo da norma, para, dessa maneira, solucionar o conflito entre a segurança jurídica que se espera do texto positivado e a necessidade de atualização das normas de convívio social que estão em constante mudança. Dessa forma, o intérprete-aplicador deve ter um profundo conhecimento da norma ao aplicá-la a uma situação concreta, e esse conhecimento somente pode ser obtido partindo-se do texto normativo como vetor principal.

Em decorrência disso é que os direitos fundamentais logram instituir um paradigma hermenêutico capaz de garantir que o direcionamento dado na interpretação-aplicação da norma não se distancie da essência enunciada pelo texto normativo, o que tem como consequência a criação de uma esfera de segurança jurídica ao redor desse texto.

Assim sendo, a exacerbação da axiologia, da moralidade, das pré-compreensões, crenças e convicções pessoais que podem resultar do processo interpretativo, principalmente quando se trata da interpretação atualizadora da Constituição, que consiste na chamada *mutação constitucional*, estariam limitadas às diretrizes apontadas pelo texto normativo que enuncia os direitos fundamentais.

Há que se compreender a norma como o contexto complexo em que está inserido o texto normativo. O intérprete-aplicador, ao buscar a concretização da norma, não pode se deixar escravizar por uma ditadura semântica do texto normativo engessado sem entender, verdadeiramente, o sentido da norma em relação ao caso concreto ao qual está sendo aplicada. Contudo, esse mesmo texto não pode deixar de funcionar como vetor interpretativo na aplicação da norma.

Dessa forma, a ideia de segurança jurídica deve estar mais ligada a uma compreensão verdadeira dos valores constitucionalmente positivados como

direitos fundamentais, em detrimento da observância formal do texto escrito em que esses direitos são enunciados. Todavia, não se pode olvidar que o texto normativo constitui o principal limite para a concretização da norma.

5 A HERMENÊUTICA KELSENIANA NA CONTEMPORANEIDADE

A hermenêutica kelseniana prega que a atividade interpretativa deve determinar o sentido das normas jurídicas, acompanhando a aplicação, observância ou o estudo do Direito. Desde já, é importante ressaltar que na doutrina kelseniana já era possível encontrar uma diferenciação entre "norma" e "texto normativo", sendo a primeira um produto do segundo. Essa dicotomia é absolutamente adotada pela hermenêutica contemporânea, principalmente em virtude dos ditames do movimento neoconstitucionalista.

Kelsen (1998) distingue interpretação *autêntica* e *inautêntica*. A primeira seria a interpretação criadora de direitos, feita pelas autoridades com competência jurídica para legislar, julgar ou administrar. A segunda seria a interpretação que não cria direitos, que é realizada pelos cidadãos e pelos cientistas do Direito. Dessa forma, a interpretação *autêntica* produziria a norma jurídica propriamente dita a partir do texto normativo, enquanto que a interpretação *inautêntica* apenas determinaria uma proposição jurídica, de natureza eminentemente descritiva, no sentido de reprodução do conteúdo da norma explicitado a partir do texto normativo.

De acordo com a teoria kelseniana, ao interpretar o Direito, o cientista jurídico apresenta um rol descritivo das possíveis opções ou alternativas interpretativas existentes a partir de um determinado texto normativo; entretanto, não se posiciona em defesa de nenhuma dessas possibilidades, sua atividade possui um caráter puramente objetivo e descritivo. Desse modo, a escolha da vertente interpretativa a ser seguida pertence ao campo da política, e é mitigada pela moral, axiologia, ideologia, interesses e convicções pessoais[12].

[12] "Para Kelsen, a interpretação científica seria aquela que descreve, com a máxima objetividade possível, o campo de possibilidades semânticas de uma norma. O papel da ciência consiste justamente neste descrever. A escolha não cabe ao cientista, mas sim ao político. Escolher seria o equivalente a valorar, o que nos remete

Para Kelsen, a proposição jurídica seria um ato de conhecimento, ao passo que a norma jurídica constituiria um ato de vontade[13]. Assim sendo, a proposição jurídica resultante da interpretação inautêntica é decorrente de uma atividade cognitiva, que consiste em uma análise objetiva das possibilidades interpretativas geradas pelo texto normativo, ao passo que a norma jurídica, que é produto da interpretação autêntica, decorre de uma atividade ideológico-volitiva (voluntarismo).

Trata-se de uma ação onde ocorre a incidência de fatores "externos" ao texto normativo, como as pré-compreensões do intérprete, por exemplo. Nessa última, a interpretação diz respeito a um ato decisório, representado principalmente pela norma-decisão como seu produto (decisionismo). Essa é uma interpretação que resulta da vontade ou do querer do intérprete em relação ao caminho interpretativo que ele deseja seguir dentre os que foram propostos pela atividade cognitiva[14].

Ainda, de acordo com a hermenêutica kelseniana, cada norma jurídica possui uma "moldura de significados" e sentidos (sendo todos equidistantes da norma numa abordagem puramente objetiva) a serem estudados pelos cientistas do Direito, para que sejam apresentados como alternativas interpretativas aos seus aplicadores (sempre dentro de significações possíveis após o confronto com outras normas da lei ou da ordem jurídica)[15]. Dessa forma, os intérpretes autênticos ou inautênticos do Direito estariam limitados à moldura de significados estabelecida pela norma, e, em razão disso, seria garantida uma maior segurança jurídica.

Essa hermenêutica kelseniana ainda se mostra muito atual como parâmetro interpretativo dos direitos fundamentais, considerando que, de acordo com a hermenêutica neoconstitucionalista, a norma jurídica

ao campo das preferências pessoais, da emotividade, da ideologia". SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A teoria da interpretação em Hans Kelsen. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 66, p. 59, 2009.

13 COELHO, Fábio Ulhoa . Hermenêutica kelseniana. CAMPILONGO, Celso; DI GIORGI, Beatriz; PIOVESAN, Flávia (Org.). **Direito, cidadania e justiça**. São Paulo: RT, 1995, p. 48.

14 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 394.

15 "[...] o Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível". KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390.

que institui essa categoria de direitos deve ser construída pelo intérprete-aplicador a partir de um ato volitivo ou decisório, mas que obedeça aos paradigmas estabelecidos pelo texto normativo, o que, de certo modo, se identifica com a "moldura de significados" de que tratava Kelsen. Essa atualidade da doutrina kelseniana se deve ao fato de que a hermenêutica contemporânea direcionada à efetivação dos direitos fundamentais toma o texto normativo apenas como um norte interpretativo, ou seja, uma diretriz interpretativa que deve indicar ao intérprete-aplicador o caminho a ser seguido na construção da norma (interpretação construtivista), constituindo a norma final desse processo interpretativo o resultado de uma construção dotada de caráter axiológico e decisório.

6 HERMENÊUTICA NEOCONSTITUCIONALISTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em sua obra, Montesquieu afirmava ser essencial que as palavras das leis despertassem em todos os homens as mesmas ideias[16]. No entanto, que seria isso além da negação da própria hermenêutica?

A instituição de uma interpretação singular, com um resultado invariável da análise epistemológica do texto normativo, implicaria em uma interpretação engessada que não se prestaria a cumprir o papel de fazer justiça ao caso concreto. Essa forma de interpretação única atenta contra a equidade, assim como impossibilita o atendimento da necessidade que a normatização possui de acompanhar a mutabilidade social para que seja efetiva.

Desse modo, a hermenêutica contemporânea caminha no sentido de oferecer oposição ao referido entendimento e pugnar pela existência de tantas interpretações quantos forem os intérpretes-aplicadores da norma, mormente pelo fato de os textos normativos serem compostos por diversos conceitos jurídicos indeterminados e/ou termos plurissignificativos, o que lhes proporciona um caráter de abertura e indeterminação bastante amplo.

16 "Il est essentiel que les paroles des lois réveillent chez tous lès hommes les mêmes idées". MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **De l'esprit des lois**. 496. ed. Paris: Éditions Garnier Frères, 1956. Tome second, p. 290.

Essa indeterminabilidade deve possibilitar a adequação da norma por meio da interpretação-aplicação ao caso concreto com suas peculiaridades e, ainda, deve funcionar como pressuposto de renovação normativa, possibilitando que a interpretação evolua em conjunto com a sociedade, variando de acordo com um critério temporal, no escopo de se conseguir a manutenção da atualidade das regras e princípios em relação à sociedade em que são aplicados. Especificamente em relação aos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, essa mudança no sentido interpretativo é denominada *mutação constitucional*.

A hermenêutica clássica, baseada principalmente no Positivismo Jurídico, encabeçada de forma determinante pelas ideias iniciais de Kelsen – buscando uma ciência pura da normatividade do Direito – e no Jusnaturalismo – pregando a ideia de um direito preexistente e suprapositivo –, não é capaz de solucionar os problemas jurídicos que se apresentam na sociedade contemporânea, sobretudo no que diz respeito à concretização dos direitos fundamentais.

Tal incapacidade se deve ao fato de que o intérprete clássico apenas exercita uma atividade de reprodução, a explicitar o conteúdo enunciado pelo texto normativo, principalmente mediante silogismos e subsunções. Esse intérprete não se adéqua às funções de buscar a melhor norma-decisão apropriada à situação prática e ainda acompanhar as vicissitudes sociais, por isso, essa hermenêutica clássica de pura reprodução do conteúdo do texto normativo pelo intérprete já foi bastante criticada pela doutrina[17].

Assim sendo, devido à insuficiência da hermenêutica clássica para a promoção da concretização dos direitos fundamentais, surge a necessidade de uma mudança de paradigma hermenêutico, no sentido de buscar uma nova metodologia de interpretação que possa trazer meios reais de efetivação dos direitos, sobretudo dos direitos fundamentais. Essa nova hermenêutica

17 "O método tradicional, observa-se, pretende chegar ao conhecimento do direito por meio de deduções lógicas e de silogismos, por meio, isto é, de pura força dialética: silogismos e construções são as suas armas, com que ambiciona resolver todas as questões que surjam, mesmo aquelas em que o legislador não pensou. Ora este método é exageradamente sistemático, geométrico, formal; transcura o momento da finalidade do direito, a natureza real das relações, os interesses em jogo; reduz o juiz a simples máquina lógica. Por esse caminho não se podem colmar lacunas, e nem ao menos se pode penetrar o sentido da lei". FERRARA, Francisco. **Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis**. Tradução de Manuel A. Domingues de Andrade. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1978, p. 164.

deve ser capaz de promover um destino útil da aplicação do Direito, marcado pela ideia da *derrotabilidade*, cujo intérprete-aplicador vai além do elemento textual-normativo para realizar a construção/concretização da norma.

Aqui, a função do intérprete-aplicador ultrapassa a mera reprodução da norma – explicitação de seu conteúdo – para desempenhar um papel de renovação da mesma, propiciando evolução e adaptação dentro de um contexto onde impera o multiculturalismo.

Tal modificação da sistemática hermenêutica implica em um aumento da liberdade do intérprete-aplicador, que passa a possuir uma função mais ampla, integradora, capaz de completar o sentido do texto normativo, incorporando-o a uma dada realidade em busca de encontrar decisões para problemas práticos, utilizando-se de fatores, *a priori* "externos", como os interesses envolvidos, regras morais e/ou sua própria subjetividade. Essa consiste na verdadeira atividade interpretativa, que possui uma natureza criacionista, cujo intérprete-aplicador produz a norma como resultado desse complexo processo guiado pelo texto normativo[18].

Nesse contexto, destaca-se a doutrina hermenêutica do *neoconstitucionalismo*, também chamado de constitucionalismo pós-moderno, se propondo a concretizar os direitos fundamentais através de uma abertura conceitual constitucional (conceitos jurídicos indeterminados ou plurissignificativos), que possui fulcro numa interpretação-aplicação axiológica do Direito, voltada para a realidade (concretização axiológica da Constituição) e influenciada diretamente pela moral.

De tal forma, a interpretação do Direito deixa de ser uma operação lógico-dedutiva (sistema abstrato-conceitual) de mera subsunção do caso concreto ao texto normativo para se tornar um processo mais complexo que, além dos fatores eminentemente jurídicos, passa a considerar fatores

18 "A defrontar a orientação clássica, que define em estreitos limites os poderes do intérprete na aplicação e desenvolvimento do direito positivo, sempre obedecendo à lei, fez-se valer, recentemente, e em diversos países, uma nova orientação doutrinal, umas vezes arrojada e outras, mesmo, revolucionária, com a qual se vai sustentando que, visto ser a lei defeituosa e insuficiente, toca ao juiz corrigi-la e completá-la, e que nesta função integradora ele pode guiar-se por momentos subjectivos, por apreciações de interesses, pelo seu próprio sentimento, criando no posto e ao lado do direito positivo um direito livre judiciário". FERRARA, Francisco. **Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis**. Tradução de Manuel A. Domingues de Andrade. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1978, p. 164.

extrajurídicos ou metajurídicos, como fatores sociais, morais e de conteúdo axiológico, na interpretação-aplicação que enseja a criação da norma, dando-lhe uma significação própria[19].

Pode-se dizer que o texto normativo enunciador de direitos necessita da atividade do intérprete-aplicador (produzindo uma nova forma de expressão) para se completar. Diz-se que o intérprete "produz a norma" (que antes se encontrava em estado de potência) a partir do texto normativo em conjunto com a análise fática do caso concreto influenciado por suas pré-compreensões. Sendo assim, é possível resultar diferentes normas jurídicas a partir da interpretação do mesmo texto normativo, e que, na verdade, serão tantas normas quantos forem os intérpretes.

De acordo com essa nova hermenêutica, a aplicação do Direito se consubstancia com o processo de interpretação. O intérprete-aplicador se utiliza dos elementos deônticos do texto normativo (dever ser), juntamente com os elementos fáticos do caso (ser) que esse texto pretende regular, para realizar produção da norma, sempre influenciado por suas pré-compreensões. A interpretação diz respeito a uma ação constitutiva e não declaratória. Norma e texto normativo se diferenciam, constituindo aquela uma interpretação deste[20], como já apontava anteriormente a hermenêutica kelseniana.

Desse modo, o intérprete funciona como um porta-voz direcionado e direcionante dos enunciados, disposições e textos normativos. É direcionado à medida que deve seguir os parâmetros indicados pelo texto normativo na consecução da norma, e é direcionante quando faz incidir fatores externos sobre esses parâmetros, principalmente suas convicções pessoais, para atingir um resultado interpretativo marcado por um caráter volitivo.

---

19 "El problema nodal de la interpretación de los derechos fundamentales reside en que se trata de una labor dirigida a precisar el alcance de valores, principios y disposiciones que, aun en el caso de que hayan sido expresamente enunciados en el texto constitucional, hacen necesario un esfuerzo de clarificación concreción y determinación". LUÑO, Antonio Henrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003. p. 308-309.

20 "O que na verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos - disposições, preceitos, enunciados - em normas". GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 27.

O intérprete-aplicador parte do texto normativo (preceito jurídico), juntamente com os fatos e suas pré-compreensões, para a construção da norma jurídica que consiste na concretização do Direito (solução do caso concreto). A ideia contemporânea neoconstitucional de interpretação e aplicação do Direito está necessariamente ligada à ideia de concretização da norma.

No contexto jurídico hermenêutico atual, interpretar é concretizar o direito por meio da incorporação do texto normativo (lei) ao caso concreto (fato), utilizando-se de um saber prático (prudência) que segue uma lógica de preferência (decisão) por parte do próprio intérprete. Assim, a norma jurídica não é demonstrada, mas sim justificada, segundo critérios de aceitabilidade. É descabida a análise dos conceitos de verdadeiro e falso, por isso, não há que se falar em única resposta correta para cada caso, mesmo em se tratando de casos difíceis[21].

As pré-compreensões do intérprete incidem sobre o texto normativo para compor o chamado *círculo hermenêutico*, de onde sairá a norma jurídica como produto final. Para isso, é essencial que o intérprete, mesmo com alguns resultados predeterminados, se paute em uma interpretação una do Direito, na sua finalidade e nos seus princípios (explícitos e implícitos) e regras. Destarte, a interpretação do Direito não deve ser feita em retalhos, mas deve sempre ser sistêmica.

Essa nova hermenêutica neoconstitucional procura conciliar o universo prático e teórico da realidade social na busca pela efetivação dos direitos, principalmente os fundamentais. Assim sendo, o direito passa a ser estudado como um instrumento idôneo à realização de mudanças sociais, dotado de uma força normativa capaz de influenciar a realidade social de forma determinante, cuja Constituição deixa de ser considerada apenas como sendo conformada por fatores sociais, reais e efetivos de poder, tal como era o entendimento de Lassale[22].

---

21 Dworkin, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1977, p. 13.

22 "Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis ai os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar". LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Tradução de Walter Stöner. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 40.

De acordo com essa nova conjuntura, a Constituição passa a ser detentora também de uma força ativa, no sentido de exercer influência na sociedade por ela regulada, ocupando uma função determinante em relação ao universo político-social[23].

Hesse, contrariando o pensamento de Lassalle, apregoa em sua teoria que a Constituição não é simplesmente uma obra de resultado, não constitui apenas um produto dos fatores reais de poder que atuam em uma determinada sociedade. Ele defende que a Constituição, como Lei Fundamental da Nação, possui uma força que se mostra ativa no sentido de alterar a realidade social, ou seja, atua como um fator determinante para que as coisas estejam tal como se apresentam e não apenas como um documento determinado pelo universo fático[24].

É importante observar que todas essas considerações a respeito da força normativa da Constituição se aplicam consequentemente aos direitos fundamentais nela instituídos. Há de se considerar o caráter político da normatização de direitos fundamentais, quando ultrapassam o universo eminentemente jurídico para exercer influência sobre o Poder Público e sobre as relações privadas.

Considerando o que foi exposto acerca dessa nova hermenêutica constitucional, percebe-se que ela não se prende a um caráter tecnicista puro de interpretação, e sim da aceitação da interferência de valores humanos nos intérpretes-aplicadores do Direito, quando realizam a concretização da norma incorporando o texto normativo ao fenômeno jurídico concreto, tendo sempre como um vetor-guia a influência direta dos princípios jurídicos[25].

---

23 "A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ele significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela". HESSE, Konrad. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 15.

24 "A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. [...] Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. [...] Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)". Ibid., p. 24.

25 "Deve-se, pois, à Nova Hermenêutica o haver libertado o Direito Constitucional da esterilidade formalista em que se mantinha encarcerado; por obra dela fez-se a transformação dos princípios, doravante alçados a

Destarte, essa hermenêutica constitucional, principalmente no que tange aos direitos fundamentais, deve ser dotada de um caráter multidisciplinar, conjugando conceitos de diversos ramos do conhecimento para que seja possível uma melhor compreensão da situação jurídica de forma geral, sempre tomando como vetor principal um ideal de Justiça em conjunto com as diretrizes eminentemente normativas.

7 CONCLUSÃO

Existem, basicamente, quatro teorias hermenêuticas destinadas a direcionar a interpretação dos direitos fundamentais. Segundo a Teoria Positivista, os direitos fundamentais dizem respeito a normas consubstanciadas no ordenamento jurídico para confirmação de direitos jusnaturais preexistentes. De acordo com a Teoria da Origem de Valores, os direitos fundamentais são normas axiológicas objetivas socialmente postuladas, que formam um subsistema que se irradia por todo o sistema jurídico.

Para a Teoria Institucional, os direitos fundamentais funcionam como garantias estabelecidas constitucionalmente para proteger a liberdade individual e os fins constitucionais, garantindo o desenvolvimento social e a efetivação dos próprios direitos fundamentais. A Teoria Jusnaturalista Crítica apresenta os direitos fundamentais como sendo um mínimo axiológico jusnatural, socialmente determinado como garantia contra o decisionismo político puro.

Os direitos fundamentais possuem uma dimensão multifacetada, podem manifestar-se como valores, princípios ou normas, que funcionam como vetores-guia de todo o sistema jurídico e carecem de ser concretizados pelo intérprete-aplicador. Contudo, embora dotados de tal importância para o ordenamento jurídico, não se trata de direitos absolutos ou ilimitados. Os direitos fundamentais devem obedecer, primeiramente, a limitações hermenêuticas, no sentido de serem interpretados e aplicados

uma juridicidade hegemônica, de que deriva ao mesmo passo a garantia da unidade material do sistema, logo convertida em centro de gravidade de toda interpretação constitucional". BONAVIDES, Paulo. **Os poderes desarmados**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 40.

segundo regras de ponderação e sopesamento em relação aos outros direitos fundamentais, e, ainda, encontram limitações nas próprias Constituições dos Estados ou tratados internacionais que os estatui. É importante ressaltar que todas essas limitações devem ser realizadas de forma amena e restrita.

Embora, em um primeiro olhar, os direitos fundamentais se encontrem em uma posição conflitante em relação à segurança jurídica, devido a seu caráter conceitual aberto, multifacetado e com certa indeterminabilidade, esses direitos possuem uma característica em sentido diametralmente oposto, quando funcionam como instrumentos garantidores da própria segurança jurídica. Isso ocorre quando direcionamentos hermenêuticos são ditados pelo texto normativo, limitando a atividade dos intérpretes-aplicadores, no sentido de conter fatores externos como a moralidade e a axiologia que muitas vezes são inseridos no processo interpretativo, vinculando ao mesmo tempo o Estado e os particulares, e, ainda, possibilitando o processo de mutação constitucional, evidenciado por novas interpretações destinadas a acompanhar o desenvolvimento social.

A hermenêutica kelseniana já apontava a existência de uma dicotomia entre "norma" e "texto normativo", mostrando a primeira como sendo um produto do segundo. Desse modo, a norma seria um resultado da atividade interpretativa, desenvolvida dentro de uma "moldura de significados" apresentada pelo próprio texto normativo, funcionando como uma limitação à interpretação. Essa diferenciação kelseniana se mostra amplamente aceita na hermenêutica contemporânea, principalmente ao se tratar de direitos fundamentais, que possuem um caráter aberto de interpretação como uma característica marcante. Por outro lado, a parte da doutrina kelseniana que diz respeito à diferenciação entre intérprete *autêntico* e *inautêntico* não parece ser de muita utilidade em um tempo onde a concretização de direitos se mostra como o cerne das discussões jurídicas.

O movimento conhecido como *neoconstitucionalismo* veio trazer enormes mudanças no campo da hermenêutica jurídica em geral, e, consequentemente, na hermenêutica dos direitos fundamentais de forma mais específica. Através da concepção de conceitos jurídicos indeterminados, de termos jurídicos plurissignificativos ou de abertura conceitual, juntamente com o processo de mutação constitucional, essa

nova hermenêutica pôde ampliar o universo interpretativo, dando maior liberdade e tornando a atividade do intérprete-aplicador mais abrangente e com maior possibilidade de efetivação dos direitos a serem concretizados.

Além disso, ainda existe a aceitação da incidência de fatores determinantes de natureza axiológica e moral no processo interpretativo, cujo intérprete-aplicador, criador da norma, em uma atividade constitutivo-construtivista, passa a considerar fatores extras ou metajurídicos, que virão a completar as suas pré-compreensões para a produção da norma. Essa atividade do intérprete-aplicador deve resultar em uma interpretação multidisciplinar e sistêmica capaz de conciliar prática e teoria, tornando os direitos fundamentais cada vez mais efetivos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Os poderes desarmados**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Organização do texto: Alexandre de Morais. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. Hermenêutica kelseniana. CAMPILONGO, Celso; DI GIORGI, Beatriz; PIOVESAN, Flávia. (Org.). **Direito, cidadania e justiça**. São Paulo: RT, 1995.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. É possível a construção de uma hermenêutica constitucional emancipadora na pós-modernidade? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 53, 2005.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da igualdade no direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1977.

FERRARA, Francisco. **Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis**. Tradução de Manuel A. Domingues de Andrade. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1978.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. **Manual de derecho constitucional**. Madrid: Marcial, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Tradução de Walter Stöner. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **De l'esprit des lois**. 496. ed. Paris: Éditions Garnier Frères, 1956. Tome second.

PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A teoria da interpretação em Hans Kelsen. **Revista de Direito Constitucional e Internacional,** São Paulo, n. 66, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, v. 1.

Correspondência | Correspondence:

Fabrício Germano Alves
Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Campus Universitário, s/n, Lagoa Nova, CEP 59.072-970. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3215-3487.
Email: fabriciogermano@hotmail.co.uk

Recebido: 20/06/2012.
Aprovado: 26/09/2012.