

A hermenêutica constitucional como instrumento de transformação da sociedade

Luiz Juarez Nogueira de Azevedo¹

¹ Mestre em Direito. Procurador do Estado do RS. Professor titular da Universidade de Passo Fundo. Oficial do Registro de Imóveis em Passo Fundo-RS.

Introdução

Uma nova ordem constitucional foi instaurada no Brasil no ano de 1988. Outras, desde a Independência, que instituíram sucessivos ordenamentos político-jurídicos. Cada um a seu turno, dotados de maior ou menor legitimidade, os anteriores instrumentos constitucionais refletiram, como não podia deixar de ser, as respectivas circunstâncias históricas. Assim se passou em 1824, em 1891, em 1934, em 1937, em 1946, em 1967/1969 para, finalmente, desembocar no episódio constitucional de 1988.

Concebida sem um texto básico, a partir de propostas dos representantes e de toda a sociedade civil, a Constituição de 1988 acolheu e adotou *direitos* novos e singulares, em variados sentidos. A sociedade civil, expressando-se no momento da reconstitucionalização, procurou, a partir da ideia primordial do Estado Democrático de Direito, proclamada pelo artigo 1º da nova Carta, definir uma pauta de direitos fundamentais, cujo espírito se revela ao longo de todo o texto.

Apresentando-se como uma constituição social, buscou deixar fixada a responsabilidade do Estado brasileiro pelo atendimento de necessidades sociais imperiosas, como o direito à vida (art. 5º), à propriedade (art. 5º, XXII), à saúde (art. 196), à educação (art. 205), apenas para exemplificar. A par disso, a Constituição atribuiu eminência aos “*direitos sociais*” (art. 6º), garantindo, como o fizera a Constituição norte-americana de 1776 com relação ao *direito à felicidade*, os direitos à saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, direitos dos deficientes físicos (art. 244, 37, VIII, 23, II, 7º, XXXI, 203, V, 227, par. 2º 3 24, XIV) e aqueles das populações indígenas (art. 231 e 232), entre tantos.

Com a enunciação desses direitos sociais de segunda geração, reconhecidos no texto constitucional, se pode facilmente se constatar os avanços que foram contemplados. Não se tratou meramente de uma declaração formal de direitos políticos e sociais. A Constituição buscou avançar e avançou o mais que pode. Como que repelindo de antemão a qualificação de mero programa ou “carta de intenções” que lhe poderia ser atribuída, além de explicitar a auto aplicabilidade dos direitos sociais (art. 6º), cuidou de dotar a cidadania do mandado de injunção (art. 5º, LI) e da ação de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, par. 1º), com os quais, através do Judiciário, tornou possível exigir do legislador (e, por consequência, dos governantes) medidas legislativas para assegurar eficientemente o implemento desses direitos.

Foi uma inquietação e uma preocupação a respeito da (in)efetividade ou efetividade reduzida dos direitos constitucionais, na experiência prática da Constituição, que inspirou o trabalho de pesquisa de que resulta este ensaio.

A partir da indispensável investigação histórica sobre o fenômeno do Estado e da evolução experimentada até alcançar o patamar de Estado de Direito para avançar até sua forma mais aperfeiçoada (o Estado Democrático de Direito), procurar-se-á aqui primeiro identificar a indispensável vinculação teórica entre Estado e Constituição. A partir daí buscar-se-á investigar a questão da efetividade da Constituição e a contribuição que das novas correntes hermenêuticas, transpostas para a Filosofia do Direito e do Estado.

O constitucionalismo e sua evolução histórica

Grécia e Roma

Anteriormente ao movimento constitucionalista moderno, esboçado a partir do século XVIII, que produziu as constituições escritas, toda e qualquer organização humana, desde o período proto-histórico, contou com regras de organização, ainda que rudimentares, raramente escritas, observadas em consonância com usos imemoriais.²

Nas antigas cidades gregas, segundo o pensamento aristotélico, “constituição” (*politeia*) era o próprio modo de ser da *polis*, abrangendo a totalidade da estrutura social da comunidade.

Ao evocar Aristóteles, para quem “a constituição do Estado tem por objecto a organização das magistraturas, a distribuição dos poderes, as atribuições de soberania, numa palavra, a determinação do fim especial de cada organização política”, Canotilho identifica dois aspectos que coincidiriam com a ideia moderna de Constituição: “a constituição como ordenamento de uma associação política e a constituição como o conjunto de regras organizatórias destinadas a disciplinar as relações entre os diversos órgãos de soberania”.³

Por isso mesmo, mostra-se inegável, como bem observa Sagüés, que já na Grécia clássica houve

la distinción entre un poder legislativo ordinario (asamblea o ecclesia) y un poder legislativo superior, encarnado em ciertas normas de mayor jerarquía (p. ej., las leyes de Solón, de Dracón y de Clístenes), con la existencia de una acción, la *graphé paranomón*, destinada a asegurar la primacía de éstas.⁴

A seu turno, Vasconcellos Diniz vem identificar na essência da *polis* grega, mais do que estruturas jurídicas positivas, uma dimensão ética e metafísica: a Justiça. Para ele, os gregos experimentaram “construir uma ordem geral de convivência pela superação da violência e superação dos arbítrios individuais”. A *polis*, para o homem, deveria ser um instrumento ético, de auto realização humana e afirmação de sua liberdade. A sociedade seria o ambiente ideal para atingir a plenitude das virtudes e capacidades humanas, pautadas no pressuposto de sua liberdade. A *politeia* era a própria convivência política livre, exercida mediante a participação do homem/cidadão no processo de elaboração das próprias leis, no exercício de uma atribuição que lhe seria natural. *Politeia* é conceito que antecede imediatamente a ideia de Constituição. O aspecto institucional precede o jurídico na medida em que a noção apenas identifica uma realidade política já formada (de direito natural).⁵

Em Roma o constitucionalismo consistiu “na organização jurídica do povo”. O povo era um organismo ligado por estruturas jurídicas visando a um fim comum. A *res publica* é um “agregado de homens associados mediante um consentimento jurídico e por causa de uma utilidade comum”. Recorda Canotilho que, em *De res publica*, Cícero definira *res publica* com o *res populi*, quando escreveu: “*Est igitur inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoque modo*

² SAGÜÉS, Nestor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1999. p. 4.

³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 58.

⁴ SAGÜÉS, idem.

⁵ DINIZ, Márcio Antônio de Vasconcellos. *Consumição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998. p. 89-90.

congregatus, sed coetus multitudinis juris consensu et utilitates comunione sociatus".

Já existiria na ideia de *populus* uma conotação jurídico-política, que evoca a personificação da cidade. E essa conotação avulta ainda mais na ideia de *res publica*, que "exprime a colectividade tomada na sua individualidade, como sujeito de relações jurídicas". Se a *res publica* era a "organização jurídica do povo" a *civitas* era uma forma de *res publica*: "comunidade juridicamente organizada, cujo centro era constituído por uma cidade".⁶

O período medieval

É apenas na Idade Média que se pode constatar o surgimento da ideia de uma *lei fundamental*. Aparece nos primeiros tempos como "a sedimentação, em termos vagos, de um conjunto de princípios éticos e religiosos e de normas consuetudinárias ou pactícias, que vinculavam reciprocamente o rei e as várias classes sociais, não podendo ser violadas pelo titular do poder soberano". A ideia evolui na França, aparecendo na distinção entre as *lois de royaume* e as *lois du roi*. Essas eram as leis ditadas pelo rei segundo a sua vontade; às outras (*lois de royaume*) o soberano estava sujeito por serem as leis fundamentais, "*lex terrae* e de direito natural que o rei devia respeitar".⁷

Essa noção é particularmente saliente já nos primórdios do direito público português. Recorda Marcelo Caetano, ao buscar as características da função régia, o carácter latente da "ideia do pacto, corrente na época feudal: os súbditos acatam a autoridade do rei, com os deveres daí decorrentes, em troca da protecção que o monarca tem que lhes dispensar". Assim, os deveres e responsabilidades do rei não decorreriam de leis do rei, mas de uma noção não explícita de lei fundamental, segundo a qual "o ofício de rei surge assim como uma função, isto é, um complexo de poderes e deveres para a realização de certos fins superiores".⁸ Dessarte, tanto o vínculo do rei com os súditos como o carácter funcional de seu ofício provêm da ideia de uma *lex fundamentalis* não explícita, mas sentida e consentida.

Nessa noção ao mesmo tempo pactual, que conduziria ao reconhecimento das *leges fundamentales*, advinda do pensamento jusnaturalista, identifica-se, no direito medieval, "*la primacia de reglas supremas (divinas o derivadas de la naturaleza humana) sobre el derecho del soberano, a las que él no podía validamente perjudicar; así como también la existencia de derechos humanos previos y superiores a cualquier ley del Estado*".⁹

Streck e Bolzan de Moraes destacam na forma estatal medieval outro sentido, que, na linha weberiana, seria a "dominação carismática". No período medieval o Estado centralizado é ainda pouco presente, apenas incipiente, sendo as relações sociais caracterizadas pelo que denominam "dominação carismática". O que prevalecia, determinado ou facilitado pela ausência de Estado organizado, eram relações predominantemente autoritárias e pessoais, *vis-à-vis*, do senhor feudal em face do súdito e do servo, a quem, por conseguinte, não se reconheciam quaisquer direitos que não aqueles que decorressem da vontade do suserano.¹⁰

⁶ CANOTILHO, op. cit., p.47-58.

⁷ Idem, ibidem, p. 60-61.

⁸ CAETANO, Marcello. *História do direito português*. Lisboa/ São Paulo: 1981, p. 206.

⁹ SAGÜÉS, idem, ibidem.

¹⁰ STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAES, José Luiz. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 23.

O constitucionalismo moderno

Origens e antecedentes

O assim denominado “constitucionalismo” ou “movimento constitucional” é um processo político-jurídico que, em sua versão inicial, a partir do século XVIII, teve por objetivo estabelecer em cada Estado um documento escrito, — a Constituição — resultado do consentimento dos representantes da vontade geral, apresentando determinadas características.¹¹

O movimento constitucional ganha vulto nessa fase histórica, impulsionado pelas revoluções norte-americana e francesa. Antes houve o que se pode considerar a “pré-história” do constitucionalismo, com a elaboração de documentos solenes, jurados por potentados e soberanos: a) a *Magna Charta Libertatum*, outorgada pelo rei João Sem Terra aos barões ingleses, ainda no século XIII; b) a *Petition of Right*, de 1628; c) as *Fundamental Orders of Connecticut* (1639) d) o *Agreement of the People* (de 1647-1649); e) o *Instrument of Government* (1653), de Cromwell, “considerado como a primeira verdadeira constituição escrita, aproximando-se das fórmulas constitucionais autoritárias da época contemporânea”.¹²

Em suas origens, o constitucionalismo moderno, derivando do pensamento iluminista, ou da ilustração, lança suas raízes nas ideias dos enciclopedistas. O movimento da *Encyclopédie*, de que participaram filósofos, cientistas e homens de letras, no chamado “Século das Luzes”, “assumiu abertamente a luta contra todos os dogmas que sustentavam o absolutismo francês, favorecida à vista da multiplicação de todas as ideias nela contidas, pela cada vez maior acessibilidade dos artigos publicados a toda a população”. Em apreciável síntese, elucida Vasconcellos Diniz que

o período que vai de 1771 a 1789, quando os vários movimentos político-literários deram origem a uma série de novos conceitos na prática política, pode ser considerado uma fase decisiva em que o termo *constitution* se tornou parte integrante do vocabulário da época, pois dele derivaram vários outros, tais como *constitutionnel*, *inconstitutionnel*, *acte constitutionnel*, *charte constitutionnel*, *constituant*, *constituante*.

O constitucionalismo liberal da primeira fase

É a partir do triunfo das ideias dos enciclopedistas que se instaura no mundo político moderno o *constitucionalismo*. Em sua primeira fase, tem seus marcos históricos assentes na Revolução Inglesa, na Revolução Francesa e na Revolução Norte-Americana.¹³ Esse constitucionalismo da primeira fase propõe-se, em essência, defender os direitos do homem, limitar o Estado e garantir a segurança ao indivíduo frente ao Estado. Nessa modalidade de constitucionalismo, o Estado deve restringir-se a cuidar da ordem e assegurar que os direitos humanos não sofram prejuízo e abster-se de intervir quando a liberdade, a segurança e os direitos individuais não estejam a perigo.¹⁴

Como resultado desse processo ideológico ficaram afirmados os seguintes postulados e práticas históricas:

¹¹ SAGÜÉS, Néstor Pedro, op. cit., p. 4.

¹² CANOTILHO, op. cit., p. 61-62.

¹³ SAGÜÉS, op. cit., p. 6.

¹⁴ ZARINI, Hélio Juan. *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1999. p. 23.

- a) Todo e qualquer Estado deve ser dotado de uma Constituição formal, de preferência escrita num texto unificado, com supremacia sobre o restante do ordenamento jurídico.
- b) Instaura-se constitucionalmente uma ordem econômica individualista e liberal, declarando-se a propriedade como direito inviolável, enunciando-se uma série de direitos correlativos, como os de circulação da propriedade.
- c) Nessa primeira etapa implanta-se uma nova ordem política, com nítido predomínio da burguesia (comerciantes, industriais, banqueiros, altos funcionários, profissionais liberais), descartando-se, ao mesmo tempo, os dois primeiros estados (nobreza e clero) e anestesiando-se o quarto estado (proletariado). Isso é logrado com a instituição do voto censitário (a exigência de uma renda ou patrimônio mínimo para alguém poder ser eleitor e ser escolhido deputado, senador ou representante) e consagrando-se também a ideia do mandato livre ou representativo.

Não obstante a ênfase do discurso, ao reconhecer os chamados “direitos e garantias individuais” (igualdade perante a lei, direito de ir e vir, liberdade de expressão do pensamento, direitos de reunião, de petição, liberdade de consciência e culto, inviolabilidade de domicílio, garantias processuais), em verdade o exercício desses direitos, quando não totalmente impedido, ficava dificultado para o quarto estado (proletariado) devido às precaríssimas condições econômicas a que estava submetido.¹⁵

O Estado Social de Direito: características e modalidades

Uma crise de igualdade, uma crise de liberdade e uma crise de justiça levaram ao desvirtuamento do constitucionalismo individualista-liberal da primeira fase. Isso conduziu ao constitucionalismo da segunda fase, que é o constitucionalismo do estado social de direito, que se desdobra em três modalidades: a) o constitucionalismo neoliberal-social; b) o constitucionalismo marxista; c) o constitucionalismo corporativo.

O constitucionalismo do estado social de direito, em sua modalidade neoliberal-social, desponta na França com a revolução de 1848, concretizando-se posteriormente com as revoluções mexicana de 1910 (Constituição de Querétaro de 1917) e alemã de 1918 (com a Constituição de Weimar de 1919). Inspira-se em posições neoliberais, socialistas moderadas e social-cristãs. Seria “*el único constitucionalismo próprio del Estado de derecho, descalificando a otras manifestaciones del constitucionalismo social como fenómenos autoritarios de desconstitucionalización*”.¹⁶

O constitucionalismo marxista inicia-se com a revolução comunista de outubro de 1917 e com a criação da União Soviética. Desconfia do modelo liberal do Estado de direito porque este apenas trataria de defender os interesses da burguesia. Propugna pela ideia da “legalidade socialista”, determinada por leis que expressem “a vontade dos trabalhadores”, sujeitas a rigoroso cumprimento. Rejeitando o princípio da divisão dos poderes, afirma o do centralismo democrático, segundo o qual o Parlamento, como órgão representativo do povo, é que deve predominar sobre os demais.

O constitucionalismo corporativo, encarnado pelos governos de Mussolini, na Itália (1922), Salazar, em Portugal (1932) e de Franco, na Espanha (1939), dos quais

¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 11-12.

¹⁶ SAGÜÉS, *op. cit.*, p. 15.

resultam apenas documentos constitucionais inorgânicos (ou orgânicos, como a Constituição portuguesa de 1933), auspiciam um Estado pluriclassista, unipartidário e autoritário.

Ainda que substancialmente diferentes, nos diferentes tipos de constitucionalismo social, é possível surpreender alguns lineamentos comuns. Dentre esses avulta o chamado “conceito substancial de igualdade”, segundo o qual uma sociedade com desigualdades profundas é uma sociedade injusta, razão pela qual o Estado deve instituir certas desigualdades em favor dos despossuídos para estabelecer novos níveis de igualdade. Também, quanto à participação política, vem a ser acrescentada aos processos da democracia chamada “representativa” *“la idea de democracia participativa: un régimen donde la comunidad interviene también en la adopción de ciertas decisiones políticas y económicas (p. ej., mediante el referéndum, los consejos economicosociales, etcétera)”*.

O Estado social de direito assume a ideia da dignificação ética e política do trabalho e dos trabalhadores, atribuindo ao trabalho a característica de dever ou função social. Com exceção da corrente marxista, todas as demais reconhecem o direito de propriedade, ao qual é atribuída a chamada “função social”. Estabelecem como meta governativa a dignidade de vida e adotam como princípio a justiça social, que deve operar como justiça protetora dos carentes e dos descapacitados. O justo passa a ser apenas aquilo que respeite basicamente a dignidade humana. Para a concreção desses postulados justifica-se um papel protagônico do Estado na vida econômica e social. O Estado assume não somente uma função reguladora, mas, também, passa a ter participação direta nas atividades econômicas, via de mecanismos ora protecionistas ora intervencionistas ou, mesmo, mediante atos de direção e planejamento da economia. O Estado gendarme-individualista passa a ser o Estado de bem-estar (*welfare state*), cuja versão degenerada é o Estado-Providência.¹⁷

Avaliando-se a experiência do chamado constitucionalismo neoliberal-social, verificam-se notáveis resultados, obtidos nos países do chamado “Primeiro Mundo”, tanto no econômico como no político. A questão social que motivou sua aparição tem-se como resolvida. Todos os segmentos da sociedade puderam chegar a um padrão de vida razoável no Estado neoliberal-social, que conseguiu proporcionar a seus cidadãos uma razoável quota de liberdade e justiça, além de uma situação econômica apreciável para o quarto Estado. O mesmo não aconteceu, porém, nos países do chamado “Terceiro Mundo”. Não obstante as proclamações constitucionais que enfatizavam a relevância de várias gamas de direitos, — políticos, econômicos e sociais, — põe-se de manifesto sua divergência com a realidade. Aponta Sagüés como evidências desse descompasso o caráter utópico, gatopardista ou ocasionalmente farisaico de muitas constituições de países do Terceiro Mundo.¹⁸

O Estado Democrático de Direito

Preocupados com a questão do Estado de direito, que é uma característica da evolução do fenômeno estatal, Streck e Bolzan de Moraes identificam-no como

o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, se submete a um regime de direito quando, então, a atividade estatal pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como, os indivíduos cidadãos têm a

¹⁷ Idem, p. 12 et seq.

¹⁸ Idem, p. 25-6.

seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado.¹⁹

Embora caracterizem como Estado de Direito tanto o Estado liberal como o Estado social, recorrendo à lição de Chevalier, de que não pode ser caracterizado unicamente pelas formas jurídicas que apresenta, advertem os mesmos autores:

[...] o Estado de Direito não é [...] considerado somente como um dispositivo técnico de limitação de poder, resultante do enquadramento do processo de produção de normas jurídicas; é, também uma concepção que funda liberdades públicas, de democracia.

[...] O Estado de Direito é, também, uma concepção de fundo acerca das liberdades públicas, da democracia e do papel do Estado, o que constitui o fundamento subjacente da ordem jurídica.²⁰

Na comparação dos perfis do Estado liberal e do Estado social de direito, verifica-se que, neste, “a questão da igualdade não obtém solução, embora sobrepuje a sua percepção puramente formal, sem base material”.²¹ O novel Estado Democrático de Direito resultaria de um processo de simbiose, em que se conjugariam “as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social”. É aí que “o conteúdo da legalidade [...] assume a forma de busca efetiva de concretização da igualdade não pela generalidade do comando normativo, mas pela realização de intervenções que impliquem diretamente uma alteração da situação da comunidade”.²²

O Estado de direito, quando assume seu perfil democrático, “tem como objetivo a igualdade” e “referenda a pretensão da transformação do *status quo*”. Nele “a lei aparece como instrumento de transformação da sociedade [...]. O fim a que pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais”.²³

No Estado Democrático de Direito a lei (e também a Constituição) “passa a ser instrumento da ação concreta do Estado, aparecendo como mecanismo de facilitação de benefícios”. A igualdade, assim, passa a ostentar “conteúdo próprio a ser buscado: garantir através do asseguramento jurídico, condições mínimas de vida aos cidadãos e à comunidade”.²⁴

Nesse escopo transformador, no Estado Democrático de Direito, o direito se converte em ferramenta de transformação/aperfeiçoamento social, através do Poder Judiciário, para onde se desloca a esfera de tensão. Com isso,

o Estado Democrático de Direito passa a ser percebido através da adesão a um conjunto de princípios e valores que se beneficiarão de uma consagração jurídica explícita e serão providos de mecanismos garantidores apropriados, fazendo com que a concepção formal fique submetida a uma concepção material ou substancial que a engloba e ultrapassa, tornando a hierarquia das normas um dos componentes do Estado de Direito substancial.

Para tanto,

o Estado de Direito, dada a sua substancialidade [...] apresenta-se como uma contínua (re)criação, assumindo um caráter dinâmico mais forte do que a sua feição

¹⁹ STRECK; BOLZAN DE MORAES, op. cit., p. 83-84.

²⁰ Idem, ibidem, p. 85.

²¹ p. 89.

²² Idem.

²³ STRECK; BOLZAN DE MORAES, op. cit., p. 91.

²⁴ Idem, p. 94.

estático-formal. Ao aspecto paralisante de seu caráter hierárquico agrega-se o perfil mutante do conteúdo das normas, que estão, a todo instante, submetidas a variações sociopolíticas.²⁵

A supremacia da Constituição no Estado Democrático de Direito

Mostra-se hoje incontroverso o postulado da supremacia da Constituição no Estado Democrático de Direito. Com Kelsen se aprende serem escalonadas as normas que constituem um ordenamento jurídico e que a Constituição supera todas as demais, de que é fonte de validade.²⁶ Há um pressuposto lógico-racional acerca da gradação hierárquica das normas a fim de assegurar a necessária harmonia no sistema normativo e evitar o caos e a anarquia. A supremacia constitucional, assim, alça-se à categoria de princípio uma vez que a Constituição é que fundamenta a totalidade da ordem jurídica, servindo de base para todo o sistema jurídico-político do Estado.²⁷

A supremacia constitucional se alicerça em fatores axiológicos e teleológicos. Os primeiros são os valores informadores da vida social, que a Constituição incorpora e consagra. Os segundos consistem, sobretudo, no escopo de estabilização das regras de convivência política mediante o controle do exercício do poder.

Reportando-se ao que afirmara Nelson Saldanha, reafirma Vasconcellos Diniz que, por ser a soberania inerente ao corpo político da nação, “o termo supremacia passou a designar a preeminência da ordem estatal sobre a vida privada dos indivíduos e, ao mesmo tempo, da preeminência da lei que estatua essa ordem”. Assim, a supremacia da Constituição “é a supremacia de normas jurídicas que embasam o Estado e que formam o alicerce da ordem vigente”.²⁸ Advinda da noção liberal/formal/escrita da Constituição, é nessa supremacia que “se põem os fundamentos do Estado, com poderes e limites, e os do direito, com procedimentos e competências”.²⁹

A hermenêutica filosófica: de Schleimacher a Gadamer

Diante das profundas revisões que vêm sofrendo os conceitos de Estado, Democracia e Direito, para uma nova compreensão, revela-se imprescindível a Hermenêutica Filosófica.³⁰

A Hermenêutica é a filosofia ou teoria da interpretação do sentido. “As expressões humanas” - adverte Gesta Leal – “contêm componentes significativos que têm de ser conhecidos como tais pelos sujeitos sociais e transportados para os seus próprios sistemas de valores e significados”.³¹ Seu objetivo é investigar o processo de percepção para apurar as descrições de sentido que se tornam objetivas a partir da subjetividade dos intérpretes.³² Como teoria da interpretação, a hermenêutica evolui em três planos sucessivos:

²⁵ Idem, p. 96.

²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Ed. Arménio Amado, 1962. p. 64-65.

²⁷ ZARINI, op. cit., p. 76.

²⁸ VASCONCELLOS DINIZ, op. cit., p. 97.

²⁹ Idem, p. 98-99.

³⁰ LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e direito*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1999. p. 99.

³¹ Idem, p.100.

³² Idem.

- a) para auxiliar na compreensão de textos ou documentos antigos em línguas mortas a fim de vertê-los em idiomas modernos e atribuir-lhes sentido;
- b) para ajudar na exegese de textos bíblicos;
- c) para guiar a jurisdição.

O salto da Hermenêutica para a modernidade dá-se a partir das ideias de Schleimacher (1768/1834). Com ele, a Hermenêutica, como filosofia da interpretação, deixa de ser apenas “um conjunto de regras de compreensão das coisas do mundo” para tornar-se

[...] uma ciência, articulada lógica e sistematicamente coerente, descrevendo as condições da compreensão, a partir da análise dos discursos e da comunicação. Ela oportuniza a constituição de um instrumento interpretativo universal/geral, cujos princípios servem de base para todos os tipos de interpretação existentes.³³

Wilhelm Dilthey (1833-1911) preconiza que devam ser separadas, como objeto do conhecimento, as ciências da natureza e as ciências do espírito. Para ele, nas ciências da natureza o método utilizado é o da *explicitação*, ao passo que o método da *compreensão* deve ser usado nas ciências do espírito. Assim elucida Rogério Gesta Leal:

Essa compreensão toma como pressuposto fundamental que o texto/realidade a interpretar é a própria realidade e o seu encadeamento no mundo dos homens, pois, antes da coerência de um texto vem a do histórico, considerada pelo autor como um grande referencial identificador do indivíduo temporalizado e espacializado.³⁴

Os *significados*, para Dilthey, são constituídos a partir da interpretação dos signos objetivados nas “estruturas sociais significadas/significantes”.³⁵ No processo interpretativo são envolvidos o texto com o intérprete. Este lhe apura o sentido a partir de seus pré-juízos (do intérprete), operando a fusão das estruturas históricas textuais que passam a ser contextualizadas, transferindo-se seu sentido e referência “para o plano da existência conjuntural e histórica que nele se encontra”.³⁶

Emílio Betti, jurista italiano do século XIX, como lembra Rogério Gesta Leal,

[...] reconhece que o homem de seu tempo, por ser um sujeito histórico, encontra-se envolvido num processo permanente de aprendizagem e auto-reconhecimento, estando sua capacidade de compreensão e o seu juízo axiológico sujeitos a mudanças contingenciais. Tais instabilidades históricas devem, por sua vez, ser consideradas a partir de parâmetros de interpretação necessariamente lingüísticos.³⁷

Para Betti a interpretação é “uma reconstrução do significado (do texto) que o seu autor foi capaz de incorporar”. Introduzindo numa “subjetividade que lhe é estranha, o intérprete tem de voltar à ideia incorporada no objeto”,³⁸ penetrando na sua alteridade, para não se limitar apenas a projetar a sua subjetividade no objeto interpretado.

Heidegger preconiza que se deve deixar-se de lado a simples pesquisa dos métodos hermenêuticos para passar-se a investigar o que acontece no próprio processo

³³ p. 103.

³⁴ p. 105.

³⁵ p. 106.

³⁶ p. 107.

³⁷ p. 109.

³⁸ p. 112.

da compreensão. Esse é o “giro hermenêutico” de Heidegger, quando põe em xeque os métodos interpretativos consagrados pelo uso, para passar a prestigiar como principal princípio hermenêutico a historicidade da compreensão, como modo de ser do *Dasein*. Passa, assim, o *compreender* a ser encarado a partir da experiência existencial que se dá no próprio ato de interpretar. Para Heidegger a função do *logos* é uma função apofântica: fazer ver o ente como algo a ser desvelado, com algo que se mostra por si mesmo. O interpretar é o momento essencial do conhecimento e este é um modo de compreensão do ser no mundo. O compreender desdobra-se, primeiro, como possibilidade e, depois, como projeção.³⁹

No pensamento de Hans-Georg Gadamer (*Einführung*), a compreensão é ligada ao contexto vital do ser humano e o ato de compreender é realidade existencial. O compreender sempre é histórico porque se condiciona à existência do homem no mundo e à própria existência do mundo. Há uma pertinência do intérprete ao objeto da compreensão, historicamente determinada. Se há dois mundos de experiência (aquele em que o texto foi escrito e aquele em que o intérprete está inserido), o objetivo da interpretação é uni-los. Trata-se da “fusão de horizontes”. Essa “fusão de horizontes” determina a “historicidade contínua do texto” e de sua compreensão pelo intérprete, numa incessante dialética de perguntas e respostas, vale dizer, de comunicação entre o texto e o intérprete.

É a chamada pré-compreensão gadameriana (antecipação prévia do sentido daquilo que se compreende, determinada pela relação intérprete/objeto) que perfaz o “giro hermenêutico”. Neste é que se dá a “fusão de horizontes”: a compreensão vai se moldando a partir da consciência histórica do intérprete e da revelação do objeto. O sentido deste é dado a partir de uma estrutura de mediação, em que há uma espécie de diálogo entre o passado e o presente (interferência recíproca entre a tradição e o movimento do intérprete).⁴⁰

Por isso, na aplicação do texto concretiza-se uma nova situação hermenêutica, onde se dá um enlace entre o saber técnico e o saber ético.⁴¹ Para Gadamer, em *Verdade e Método* (p. 383-393): “A compreensão/interpretação, no momento da aplicação, responde pela revitalização do texto que, imerso numa tradição, adquire um novo sentido, no presente, a cada vez em que é concretamente aplicado”.

A Constituição em nova perspectiva hermenêutica

Na linha gadameriana, a hermenêutica jurídica, como desdobramento da hermenêutica filosófica, é um processo de compreensão do direito mediante o qual se recupera o sentido possível de um determinado texto sem fazer-se a sua reconstrução a partir de um significante primordial-fundante. Para isso, no entender de Streck, é preciso que os operadores do direito se libertem da *ordem de um significado* que restrinja a sua capacidade de produção de novos significados.⁴²

Se interpretar é dar sentido, ao intérprete, embora não liberto da “pré-compreensão”, cabe superar os paradigmas normativistas para atribuir vida a textos

³⁹ VASCONCELLOS DINIZ, op. cit., p. 211 et seq.

⁴⁰ Utilizando-se da ideia de “pré-compreensão”, Canotilho a identifica com “um conjunto de influências jurídicas e extrajurídicas, políticas e sociais, decisivamente condicionadoras de orientação do trabalho” (*Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 12).

⁴¹ VASCONCELLOS DINIZ, idem. p. 218-225.

⁴² STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 218.

que permanentemente reclamam novos sentidos.⁴³ Isso adquire particular relevo no âmbito da aplicação das normas constitucionais, onde “um dispositivo terá ou não determinado eficácia, a partir do processo de produção de sentido que exsurgerà do processo hermenêutico, e que dependerá do jogo de forças que se travará no respectivo campo jurídico”.⁴⁴ “Campo jurídico”, para Streck, é “o produto das relações de forças que operam no interior da própria dogmática jurídica”. Ao identificá-lo preconiza:

Romper com este paradigma antigarantista de dogmática jurídica e/ou ultrapassar os obstáculos que impedem o resgate das promessas da modernidade, é tarefa que se impõe aos juristas. É dizer, em outras palavras, que há, hoje, “uma valorização das categorias jurídicas” (soberania), não só para compreender as atribuições básicas do aparato estatal, mas também para apontar no direito as saídas possíveis para superar a crise de legitimidade atinente ao Estado providência. Ou seja, como já dito, o direito não pode ser visto como mera instrumentalidade (formal). Direito positivo não deve ser confundido como positivismo jurídico e tampouco podemos colocar como sinônimos a dogmática jurídica e o dogmatismo jurídico.⁴⁵

Assim, a Constituição há de ser o instrumento conformador de toda interpretação do sistema, pois é “a materialização da ordem jurídica do contrato social”.⁴⁶ Os princípios que adota (a Constituição) não somente a governam mas também governam o regime e a ordem jurídica. São eles os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio, com que fundamentar na hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional (Bonavides, *apud* Streck). São eles que reforçam a aplicabilidade de uma constituição, representando a sua violação a ruptura dela própria. Não são meramente programáticos, como querem alguns, porque todos eles são vinculativos e têm eficácia e positividade jurídico-constitucional, vinculando o legislador e o aplicador numa espécie de “contaminação constitucional”. Para isso é que se mostram relevantes certos princípios, como o garantismo, o da interpretação conforme a Constituição, o da instrumentalidade do processo.

A interpretação constitucional não pode ser sujeita aos mesmos métodos utilizados tradicionalmente para a interpretação do direito privado. Para ela, existem critérios outros, a partir de projeções ideológicas e, mesmo, de perspectivas especiais. Aí se mostra sobremaneira significativo o papel dos juízes e tribunais. Por tratar-se da compreensão de uma ordem (sempre), o ato de interpretar se desdobra para institucionalmente ou mesmo não institucionalmente em ato hermenêutico.⁴⁷ Por isso, Streck vem a reconhecer que

a presença de um componente hermenêutico dentro do pensamento jurídico contemporâneo é portanto crescente [...]. O componente hermenêutico, ainda “ingênuo” na Escola da Exegese e mesmo posteriormente na Pandectística, torna-se latentemente “crítico” com o evolucionismo e o comparatismo, inclusive sob a influência de Jhering. A manutenção desse componente, na teoria jurídica de nossos dias, terá que ver obviamente com sua realimentação por parte de uma perspectiva histórico-axiológica: as proposições a históricas ou mesmo anti-históricas tendem a reduzir a teoria a uma *ars combinatoria* puramente analítica, onde o elemento crítico é evitado e a compreensão (que é a base de toda hermenêutica), se reduz ao mínimo. Como no pensamento de Gadamer, a conservação dos caminhos hermenêuticos abertos pelas teorizações

⁴³ Idem, 219.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ p. 222.

⁴⁶ p. 225.

⁴⁷ SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 264-265.

passadas é condição para uma maior identificação com a realidade humana da experiência jurídica.⁴⁸

Vasconcellos Diniz atribui o caráter de técnica jurídica interpretativa à hermenêutica constitucional quando assevera:

Como técnica jurídica voltada à elaboração de regras para a compreensão do conteúdo e do significado das normas constitucionais, a hermenêutica constitucional assume o caráter de *interpretatio*, cuja etimologia, radicada na *práxis* romana, significa a mediação entre duas partes por meio da linguagem da comunicação do homem com o homem [...]. Assim sendo, a sua atividade (do intérprete), porque hermenêutica, é um modo de pensar pragmaticamente a realidade, dirigida à formulação de regras com fundamento nas quais ele interpretará as normas jurídicas em que irá se basear para fornecer a solução do problema concreto em que se coloca.⁴⁹

Daí provém a necessidade da

elaboração de uma teoria da Constituição constitucionalmente adequada (Böckenförde) que tome por ponto de partida a própria Lei Fundamental, as suas decisões e princípios fundamentais. Não se pode desconhecer, nesse passo, que a Constituição parte de uma determinada ideia de relação entre o indivíduo e a comunidade política e a dota de toda força de sua estrutura normativa; nem muito menos que a sua interpretação poderá ensejar as mais diversas e heterogêneas ideias dessa relação, sem ser ela mesma portadora delas.⁵⁰

Vem, com isso, constatar, com arrimo em Böckenförde, que

(A) interpretação constitucional [...] estabelece antecipadamente uma apreensão mental transcendente da Constituição, isto é, suas premissas não são determinações positivas, mas, no que diz respeito ao seu conteúdo, são preestabelecidas pelo intérprete. O sentido normativo da Constituição é co-determinado pela compreensão constitucional do intérprete.⁵¹

Foi por isso que se adquiriu

[...] a consciência da especificidade da hermenêutica constitucional e da necessidade de introduzir critérios e princípios específicos, visto já não ser mais possível, no atual estágio da teoria do Estado e da Constituição, a aplicação pura e simples dos métodos desenvolvidos no âmbito do Direito Privado.⁵²

Põe-se de manifesto, portanto, um caráter compreensivo da Constituição, em seu papel regulador não somente da ordem jurídica estatal, mas também da vida jurídica não estatal, no interior da comunidade social e jurídica. Por isso, a interpretação constitucional “não é subsunção, mas concretização”. Aquilo que na Constituição não aparece de forma clara deve ser determinado através da integração, que determinará a realidade. O intérprete aborda a norma a partir de uma pré-compreensão, vinculada ao problema concreto que se pretende resolver, enquadrando-a dentro da realidade fático-histórica onde ela deve ser concretizada.

⁴⁸ Idem, p. 208.

⁴⁹ VASCONCELLOS DINIZ, op. cit., p. 231.

⁵⁰ Idem, p. 236-237.

⁵¹ Idem, ibidem, p. 236.

⁵² VASCONCELLOS DINIZ, op. cit., p. 237.

Lenio Streck previne que, no Brasil, o processo interpretativo, buscando o sentido ou o significado da norma, sofre ainda a influência excessiva da hermenêutica de cunho objetivista de Betti. Porém, para complementá-la, emerge a hermenêutica filosófica gadameriana a qual “trabalha com um ‘dar sentido’ (Sinngebung), isto porque ‘em la comprensión hermeneutica entendida al modo gadameriano se pone también en juego da autocompreesion, revelándose en ella la propia dimensión del sujeto”.⁵³ Diante disso, arremata:

Interpretar é [...] hermenêutica, e hermenêutica é compreensão e através dessa compreensão se produz o sentido (Sinngebung) [...] la presencia de las cosas “como tales” es la aparición dei sentido. La interpretación hace surgir el sentido. Cuando los entes del mundo han sido comprendidos, decimos que tienen sentido (Sinn) aunque lo comprendido no es el sentido sino la comprensibilidad de algo (Heidegger) [...] não há um sentido escondido na norma/texto que possa ser alcançado de forma essencialista; tampouco há um sentido imanente, inerente, como uma espécie de elo (fundado/fundante) que liga o significante ao significado, como um objeto que possa ser buscado através de um processo interpretativo-objetivante, pelo sujeito cognoscente. O que ocorre é que, desde sempre, o “sujeito interpretante” está inserido no mundo, em um mundo lingüísticamente constituído, de onde é impossível a emergência de um cogito desindexado da tradição. Somente compreendendo é que se pode interpretar.⁵⁴

Consequentemente, “fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito”. Isso não é feito pelos aplicadores do direito tradicionais, que se limitam a

(re)produzir decisões sem se darem conta das repercussões sociais e da própria função dele - jurista - e do (des)cumprimento do texto da Constituição. Não se dão conta do dever histórico, da consciência exposta aos efeitos da história (*Wirkungsgeschichtliches Bewusstsein*) e de sua situação hermenêutica, ou seja, não têm a compreensão prévia, a antecipação do sentido do que seja, por exemplo, a função social do Direito (e do Estado).⁵⁵⁵⁶

É mister praticar uma interpretação aberta do texto constitucional, de modo a desvelar dele o que ainda não foi desvelado para fazer com que a Constituição efetivamente constitua e aconteça. A Constituição aconteceria e constituiria, por exemplo, quando, mercê do esforço hermenêutico, a maioria da população pudesse ser dotada dos direitos sociais que ela própria enfaticamente proclama. Está a depender a “efetividade” da Constituição do abandono, no que lhe concerne e ao restante da ordem jurídica, dos métodos interpretativos tradicionais, uma vez que o uso de tais métodos tende a coisificar o direito.⁵⁷

O princípio da “interpretação conforme a Constituição”

Para alcançar-se esse estágio, em que a Constituição verdadeiramente serviria de alavanca de progresso social, é preciso fazer operar como instrumento a “interpretação

⁵³ STRECK. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 81-99 e 176.

⁵⁴ *Idem*, p. 209-210.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ *Idem*. p. 211.

⁵⁷ STRECK, *op. cit.*, p. 216-220; 281-284.

conforme a Constituição”. Expressando-se sobre a operacionalidade desse princípio, acentua Celso Ribeiro Bastos que “temos, pois, por força deste princípio de interpretação conforme a Constituição, que se deve, dentro do possível, elastecer ou restringir a norma, de modo a torná-la harmônica com a Constituição”.⁵⁸

Conquanto reconheça sua utilidade para fazer adequar a legislação ordinária à ordem constitucional, adverte Bastos que a interpretação conforme a Constituição, por vezes, “desemboca em uma função criadora por parte dos órgãos aplicadores, muito além daquela tida por aceitável e até mesmo desejável”.⁵⁹ Reconhece, todavia, que, diante da “singularidade das normas constitucionais do ângulo de sua interpretação”, seja considerado sempre o caráter de superioridade das normas constitucionais em face da legislação comum, além de seu conteúdo marcadamente político, a estrutura de sua linguagem e, ainda, a predominância na Constituição do que denomina “normas de estrutura”, “tendo por destinatário habitual o próprio legislador ordinário”.⁶⁰

Uadi Lammêgo Bulos noticia que a “interpretação conforme a Constituição”, de que foi pioneiro o Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), sendo categoria já conhecida da Suprema Corte norte-americana, “corroborava uma técnica que possui o traço da flexibilidade, possibilitando o exegeta livrar-se do formalismo jurídico, isto é, dos procedimentos impostos pela estrutura normativa dos textos legais, em prol do ideário da *justiça constitucional*”.⁶¹ Segundo Jorge Miranda, a concreção desse ideário passa pela busca do “sentido necessário, o que se torna possível por virtude da força confortadora da Lei Fundamental”.

Na experiência do Tribunal Constitucional alemão, a técnica da interpretação conforme a Constituição possibilita identificar, entre duas possíveis interpretações, qual delas se mostra compatível com a lei fundamental. Graças a sua flexibilidade, é possível renunciar ao formalismo jurídico em nome da ideia de justiça material e da segurança jurídica. Trata-se de um método para colmatar lacunas, uma vez que “possibilita a ‘construção’ em conformidade com a Constituição, mediante analogia, redução, ou mediante derivação, de premissas normativas constantes da própria Constituição”.⁶²

A justificativa principal para a admissibilidade da interpretação conforme a Constituição radica no “princípio da unidade da ordem jurídica” (*Einheit der Rechtsordnung*), que considera a Constituição como contexto superior (*vorrangiger Kontext*) das demais normas.⁶³

Reconhecidamente, a “interpretação conforme a Constituição” deve comportar limites. É o que assevera Gilmar Mendes, ao ressaltar as funções do texto normativo nessa modalidade de interpretação:

Ressalta-se, assim, a dupla função desempenhada pela expressão literal (*Wortlaut*) do texto normativo: “Sua plurissignificatividade constitui a base que permite separar interpretações compatíveis com a Constituição daquelas que se mostram com ela incompatíveis; a expressão literal do texto configura, por outro lado, um limite para a interpretação conforme à Constituição”. As “decisões fundamentais do legislador”, as suas valorações e os objetivos por ele almejados estabelecem também um limite para a interpretação conforme à Constituição. Não se deve conferir a uma lei com sentido inequívoco significação contrária, assim como não se devem falsear os objetivos pretendidos pelo legislador.

⁵⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. 1 v. p. 351.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Idem, p. 353-355.

⁶¹ BULOS, Uadi Lammêgo, *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 52.

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva. 1999, p. 229-230.

⁶³ Idem, p. 231.

O princípio da interpretação conforme a Constituição não contém, portanto, uma delegação ao Tribunal para que proceda à melhoria ou ao aperfeiçoamento da lei. Qualquer alteração do conteúdo da lei mediante pretensa interpretação conforme a Constituição significa uma intervenção mais drástica na esfera da competência do legislador do que a pronúncia de nulidade, uma vez que esta assegura ao ente legiferante a possibilidade de imprimir uma nova conformação à matéria.⁶⁴

Ainda que adote tais premissas, o Tribunal alemão, “muitas vezes, não confere maior valor ao significado histórico da lei e à sua expressão literal, outorgando à norma sentido contrário àquele pretendido pelo legislador, o que acaba por impor à Administração o dever de aplicar a lei com sentido diverso do originário. A proteção que se pretende assegurar à vontade do legislador converte-se, assim, no seu contrário”.⁶⁵

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal admite a possibilidade da interpretação conforme a Constituição, inclusive para o controle abstrato de normas. Resulta de seu significado dogmático “a possibilidade de o Tribunal não apenas coibir a eficácia do texto legal abstratamente incompatível com a Lei Maior, mas também a aplicação desconforme a Constituição da lei que, interpretada diversamente, com ela se harmonizaria”.⁶⁶

Segundo o ministro Moreira Alves, na Representação 1.417, no tribunal, “a interpretação conforme a Constituição, quando fixada no juízo abstrato das normas, corresponde a uma pronúncia de inconstitucionalidade”.⁶⁷ Aí atua como “legislador negativo”, pois seu pronunciamento implica a revogação da norma. Todavia, segundo Gilmar Mendes,

[...] a interpretação fixada, como única admissível, pelo Tribunal Constitucional, não pode contrariar o sentido da norma inclusive decorrente de sua gênese legislativa inequívoca, porque não pode Corte dessa natureza atuar como legislador positivo, ou seja, o que cria nova norma.⁶⁸

Canotilho, preocupado com o caráter sibilino da expressão *in harmony with Constitution*, sustenta existirem pelo menos três sentidos para ela, cada um com seus desdobramentos: a) o de regra preferencial para a decisão entre vários resultados de interpretação; b) o de meio de limitar o controle judicial; c) o de instrumento hermenêutico das normas constitucionais. Do primeiro e do segundo sentidos resultaria o princípio da conservação de normas, de caráter conservante com relação do direito legal, implicando uma “contínua e positivística indiferença perante o conteúdo constitucional, a favor da “vontade” e da “confiança no legislador”. Nesse sentido, operaria como “alavanca metódica da legalização da lei fundamental”.⁶⁹

É no terceiro sentido que realmente se expressa a “interpretação conforme a Constituição”: “Para o mestre português, ‘interpretar, aplicar e concretizar conforme a Lei Fundamental é considerar as normas hierarquicamente superiores da Constituição como elemento fundamental na determinação das normas infraconstitucionais’. O princípio assim operará em sentido exato, passando a ser, em vez de um princípio de

⁶⁴ p. 232.

⁶⁵ p. 234.

⁶⁶ p. 282.

⁶⁷ p. 284.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1981. p. 405.

‘legalização’ da Constituição, ‘um princípio de interpretação crítica da concretização constitucional’, legislativamente operada”.⁷⁰

No sentido preconizado por Streck, “não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela”.⁷¹ Na mesma linha Lammêgo Bulos afirma que “a interpretação conforme a Constituição implica imposição ativa e quase criadora do controle constitucional e verdadeira autonomia das entidades que a exercitam em face dos órgãos legislativos”.⁷²

A despeito de poder ser quase criadora a “interpretação conforme a Constituição”, essa função deve conter-se nos limites do sentido literal do preceito, não podendo à “lei claramente enunciada ser dado um sentido oposto, nem pode o objetivo do legislador ser falseado ou elidido num ponto essencial”.⁷³ Essa tem sido a posição de certo modo conservadora, no Brasil, do Supremo Tribunal Federal, ao continuar a opor como limites à interpretação conforme a Constituição a literalidade do texto legal e a concepção do legislador originário.⁷⁴

Lênio Streck, indicando o Judiciário como teatro de luta no Estado Democrático de Direito, preconiza se dever estabelecer barreiras a todas as tentativas que representem retrocesso social ou visem ineficacizar os direitos individuais e sociais.⁷⁵ Para é preciso constitucionalizar o direito infraconstitucional mediante a consciência de um novo papel da Constituição no Estado Democrático de Direito. Para tanto, ultrapassando a hermenêutica bettiana para chegar à gadameriana, ao jurista cabe produzir sentido e não reproduzir o sentido primordial/fundante da norma. Na perspectiva garantista proposta por Ferrajolli, a Constituição precisa ser efetivamente o paradigma hermenêutico da validade das demais normas, para operar no sentido da compreensão da problemática social, para obter a concreção do preceito da dignidade da pessoa humana proclamada no texto fundante do novo pacto social em que se constitui a Constituição do país.⁷⁶

Considerações finais

O Estado, a partir de suas formas embrionárias, conservou e aperfeiçoou a ideia da existência de leis fundamentais. Estas, que as diferentes concepções justificam e propagam, são aquelas constituídas por princípios permanentes e visceralmente transcendententes à história.⁷⁷

Quando, depois de inúmeras vicissitudes, evoluiu para a fase do “Estado Democrático de Direito”, o Estado passou a contemplar efetivamente em sua principiologia e atuação, uma concepção, ao mesmo tempo, de protetividade e efetividade. Seu propósito, nessa linha, sem deixar de lado os direitos políticos, passou a ser o resguardo de direitos “sociais” dos cidadãos (acesso à saúde, educação,

⁷⁰ Idem, p. 406.

⁷¹ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica*. p. 232.

⁷² BULOS, op. cit., p. 54.

⁷³ Idem, p. 57.

⁷⁴ Idem, p. 58-59.

⁷⁵ STRECK, Lênio Luiz. A necessária constitucionalização do direito: o óbvio a ser desvelado. Santa Cruz do Sul. *Revista do Direito*, n. 9/10, p. 58.

⁷⁶ Idem, p. 59-64.

⁷⁷ Não se pode perder de vista a explícita referência ao direito natural na Declaração de direitos da Filadélfia e na *Déclaration des droits de et l’homme et du citoyen*.

previdência, proteção à velhice, à infância, à natureza e ao meio ambiente, aos acometidos por deficiências de qualquer ordem, por exemplo).

Ao construir um sistema calcado na ideia de Estado Democrático de Direito, a Constituição de 1988 cuidou de atribuir-lhe as devidas consequências: incorporou em seu texto uma gama significativa de direitos chamados “sociais”, como os já citados.

Os princípios da supremacia da Constituição, da interpretação conforme a Constituição e da efetividade da Constituição representam novo passo hermenêutico a substituir a literalidade dos textos legais pela compreensão, ao mesmo tempo subjetiva e objetiva, do intérprete. A este cabe integrar e submeter o sistema jurídico ao espírito da Constituição a fim de possibilitar a adequação do sistema a cada nova realidade histórica, possibilitando-lhe operar permanentemente como instrumento de justiça distributiva.

Com a utilização desse ferramental, ao Judiciário, principalmente ao Supremo Tribunal Federal, como protagonista (sobretudo agente) político da vida nacional, cumpre atuar no sentido de lograr a efetivação dos direitos constitucionais maiores no plano da realidade fatural.

Mediante a superação da ideia da existência de normas meramente “programáticas” ou de simples “intenções” em sua estrutura, a Constituição mostra-se apta para contribuir eficientemente para a construção de uma sociedade justa e harmoniosa. Esse o papel que se espera dos operadores do direito, em atuação e interação inspirada na ideia da supremacia da Constituição. A fim de contaminar com seu sentido todo o sistema e utilizando uma compreensão dotada de historicidade, a “interpretação conforme a Constituição”, tornará possível a consecução da ideia da “dignidade da pessoa humana”, idealizada pela carta política de 1988.

Referências

- ARISTÓTELES. *La política*. Barcelona: Editorial Iberia, [s.d.].
- BULOS, Uádi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BASTOS, Aurélio Wander. *O ensino jurídico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. 1 v.
- CANOTILHO, José Joaquim. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.
- . *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.
- ENGISCH, Karl. *Introducción al pensamiento jurídico*. Madrid: Guardarrama, 1967.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado Editor, Sucessor, 1962.
- LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

- RECASENS SICHES, Luís. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1981.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965. tomo I.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1991. 1 v.
- SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAES, José Luís. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- ZARINI, Hélio Juan. *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1999.

Notas