

# Hermenêutica Constitucional e Realização dos Direitos Fundamentais: o afastamento das arbitrariedades semânticas na atribuição de sentido

Jeferson Dytz Marin<sup>1</sup>

**Resumo:** A hermenêutica heterodoxa e vertical, consubstanciada na força normativa da Constituição apresenta-se como fórmula passível de solucionar a tensão existente entre os princípios constitucionais, de molde a propiciar condições de implementação/efetivação dos Direitos Fundamentais. O desafio posto é a superação dos decisionismos e arbitrariedades, gerindo-se de forma adequada os paradoxos jurídicos da modernidade.

**Palavras-chave:** Constituição. Direitos Fundamentais. Hermenêutica.

**Abstract:** The present article objectifies to focus in a heterodox and vertical hermeneutic posture, based on the normative power of the Federal Constitution, as a possible way to solving the existent tension among the constitutional principles, providing conditions to the Fundamental Rights effectiveness. The challenge is to overcome the decisionism and arbitrariness, managing the legal paradoxes of modernity in the proper way.

**Key words:** Constitution. Fundamental Rights. Hermeneutic.

## 1 Introdução

A busca de uma heterodoxa possibilidade hermenêutica que contribua para dar coerência interna ideal ao ordenamento jurídico e que responda, de forma conveniente, aos complexos questionamentos sociais, com fundamento nos Direitos Fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988 representa um dos grandes desafios do Direito Moderno. O ponto central da reflexão está em encontrar uma resposta satisfatória ao seguinte questionamento: De que forma os atores jurídicos devem operar

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela UNISINOS. Mestre em Direito pela UNISC. Pesquisador e Professor do Programa de Mestrado em Direito da UCS. Advogado. *E-mail:* [jdmartin@ucs.br](mailto:jdmartin@ucs.br)  
Recebido em: 22/05/2012.  
Revisado em: 22/08/2012.  
Aprovado em: 19/09/2012.

(hermeneuticamente), quando se deparam com a tensão entre princípios fundamentais, a fim de harmonizar os valores em conflito, primordiais para o desenvolvimento do ser humano?

Para a construção dessa análise, impende, como lógica necessária, que se recupere a importância da Constituição, uma vez que desempenha um papel fundamental para o desenvolvimento jurídico-político e para o estabelecimento de parâmetros mínimos de vida social democrática e digna. (BOLZAN DE MORAIS, 2001, p. 43-75)

A premência em afastar as arbitrariedades semânticas na atribuição de sentido traduz-se em condição de possibilidade do exercício hermenêutico da construção de verdades/sentidos que devem ser assumidos pelo ator jurídico consciente de sua inserção social, assim como os efeitos práticos de suas decisões, livrando-se da coisificação (abstração) própria da dogmática jurídica. Neste tópico, denota-se a necessidade de revisão da hermenêutica como possibilidade da potencialização dos direitos e garantias fundamentais, acentuando-se a proibição ao intérprete do Direito de atribuir qualquer sentido aos entes jurídicos, pois o hermenauta deve partir sempre de possibilidades, limitadas pela linguagem em que está inserido.

Por fim, igualmente necessário o debate da questão interpretativa, através da procura de uma nova postura hermenêutica, capaz de viabilizar os Direitos Fundamentais. Tal postura é apresentada como uma filtragem hermenêutica vertical, consubstanciada na força normativa da Constituição, servindo como alternativa à tensão de princípios, o que, em última análise, viabiliza, também, a sustentação do Estado Democrático de Direito.

## **2 A Supremacia da Constituição: o fundamento de validade da ordem jurídica**

Ao considerar-se que o Direito não é produto da vontade do legislador e sim fruto da própria sociedade que fornece os elementos necessários à formação dos estatutos jurídicos, faz-se necessário um estudo a respeito das fontes desse Direito que regra a vida da sociedade. A segurança jurí-

dica fortifica-se nas fontes geradoras do ordenamento jurídico e, dentre todas, destaque é dado à Constituição.

O objeto de uma Constituição são as condutas humanas possíveis e que tenham algum interesse para os homens, tornando-as protegidas por uma instituição criada pelo próprio homem – o Estado. Dessa forma, o papel da Constituição confunde-se com o do Direito, daí porque as normas constitucionais são normas de direito ou jurídicas pela presença do Estado. Não obstante a afirmação que o objeto de uma Constituição são as condutas humanas possíveis e que repercutam na vida e nas maneiras de se portar de outros homens, deve-se precisar que no corpo de um texto constitucional estão contidas as normas relativas às condutas que o poder constituinte erigiu à categoria de fundamentais para si. Enfim, contidas em uma Constituição estão as normas que o poder constituinte recolheu da vida social e timbrou como as mais importantes.

Esses aspectos ficam melhores explicitados nas palavras de Canotilho (2001, p. 1.131):

A Constituição é uma lei dotada de características especiais. Tem um brilho autônomo expresso através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-la de outros actos com valor legislativo presentes na ordem jurídica. Em primeiro lugar, caracteriza-se pela sua posição hierárquico-normativa superior relativamente às outras normas do ordenamento jurídico. [...] a superioridade hierárquico-normativa apresenta três expressões. 1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento da validade *in si* própria (*autoprímazia normativa*); (2) as normas de constituição são normas de normas (*normae normarum*) afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição.

A Magna Carta pode ser definida como um núcleo jurídico fundamental e não redutível que tem a capacidade de fixar os procedimentos para a resolução de conflitos emergentes, bem como a forma e a unidade

política das tarefas estatais, cuja tarefa primordial é estruturar a sociedade, elencando as garantias e direitos fundamentais e, ainda, disciplinando o processo de formação do Estado.

Nesse viés, tomando por alicerce o pensamento de Canotilho, Ruy Samuel Espíndola (1988, p. 95) apresenta a Constituição:

[...] como norma das normas, como *lex superior*, como fonte suprema da produção normativa, como norma *normarum*, como ‘norma’ dotada de efetiva ‘normatividade’, como norma cujos enunciados normativos componentes também são normas e se endereçam à realização jurídica e à operatividade, como qualquer norma integrante de um sistema jurídico vigente e eficaz. E não interessam a qualidade das matérias reguladas na Constituição, ou a natureza das normas que as expressam formalmente, posto todas elas, sem exceção, têm juridicidade, vinculatividade e atualidades de normas jurídicas, de normas constitucionais.

Assim sendo, em um ordenamento jurídico, as normas constitucionais são as supremas porque não encontram outras que lhes sejam superiores, exceto se elas mesmas assim determinarem, como é o caso de Estados que adotam o princípio da superioridade do direito internacional sobre o nacional. Nessa linha, a Constituição é o parâmetro de validade das demais normas jurídicas, na medida em que, para terem validade, estas normas devem conformar-se aos ditames das normas constitucionais. No plano estritamente jurídico, só se pode falar em supremacia constitucional em vista da rigidez de suas normas. Isso é uma consequência da distinção entre o poder constituinte originário dos poderes constituídos ou instituídos. Por rigidez constitucional entende-se a maior dificuldade para a modificação das normas da Constituição do que para a produção ou alteração das demais normas jurídicas do ordenamento estatal. A rigor, no mundo dos valores, a Constituição é suprema por conter as normas fundamentais de uma determinada comunidade política; no plano jurídico, a Constituição é suprema porque suas normas são rígidas, requerem um procedimento especial e qualificado para sofrer qualquer modificação.

Vem de Hesse (1991, p. 15), o ensinamento:

[...] a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que 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.

É cediça a representação da pirâmide para a estrutura que põe a Constituição no ápice, frente às outras normas que compõem o ordenamento jurídico – que ficam abaixo – estando a ela subordinadas. Nos países que adotam constituições formais, onde o processo é mais complexo que o da elaboração de leis ordinárias, qualquer ato jurídico de natureza infraconstitucional padecerá do supremo vício de ilegalidade. É de Bastos (1994, p. 44) a afirmação de que:

A supremacia das normas constitucionais é assegurada através de processos próprios, que vem negar aplicação, negar executoriedade aos atos praticados contra seus comandos e até mesmo suprimir em definitivo uma lei inconstitucional.

Canotilho (2001, p. 135) também coloca a Constituição no vértice da pirâmide normativa e tece considerações enfocando sua construção histórica:

[...] a idéia de lei fundamental é inseparável da razão iluminista que acreditava ser possível, através de um documento escrito (produto da razão), organizar o mundo e realizar um projecto de conformação política. A constituição é, nesta perspectiva, a alavanca de Arquimedes do sujeito projectante (homens, povo, nação). A lógica é a lógica da pirâmide geométrica. A ordem jurídica estrutura-se em termos verticais, de forma escalonada, situando-se a constituição no vértice da pirâmide. Em virtude desta posição hierárquica ela actua como fonte de outras normas. No seu conjunto, a ordem jurídica é uma “derivação normativa” a partir da norma hierarquicamente superior, mesmo que se admita alguns espaços criados às instâncias

hierarquicamente inferiores quando concretizam as normas superiores.

A Constituição é bastante em si mesma, tendo em vista que ocorre a revelação de norma que existe de modo não expresso, implícito no sistema jurídico, como um mecanismo de harmonização do sistema. Assim, o controle de constitucionalidade é condição da supremacia da Constituição.

E esse controle de constitucionalidade, que norteou a orientação contemporânea, teve origem na Corte Suprema norte-americana em 1803, no caso *Marbury versus Madison*, relatado pelo juiz Marshall, que declarou inconstitucional uma lei federal enfatizando a supremacia da Constituição. Saldanha (2000, p. 142) refere uma reforma constitucional surgida no pensamento contemporâneo através da ideia de uma maior ou menor tocabilidade dos textos constitucionais:

[...] em fins dos setecentos, a obra do legislador constitucional equivalia a uma normação “mais alta” que a do legislador ordinário: e que, enquanto as leis comuns podem ficar expostas à mutação constante, e isso até ajuda a manter a ordem jurídica sempre adequada às necessidades sociais mutantes, as leis constitucionais não podem nem devem expor-se à alteração fácil. Elas devem ser protegidas do alcance do legislador comum.

Sendo a Constituição a norma mãe suprema, a sua força normativa está no fato de que todas as interpretações e dispositivos devem perpassar pelo seu controle material e formal. Mesmo em nome da maioria, não pode ser modificada ou infringida ao talante dos governantes públicos. Como nos ensina Ferrajoli (1999), a Constituição é um remédio contra maiorias, sendo o legislador obrigado a legislar respeitando os princípios da Lei Maior.

É corrente tomar-se a supremacia da Constituição como um ponto de referência dentro do ordenamento, e o próprio ordenamento como algo cuja existência depende da Constituição: da consolidação que dela provém para as demais normas, das atribuições de competência que ela contém com vistas ao funcionamento dos poderes do Estado, e da produção de normalidade geral que surge da aplicação tácita de seus dispositivos.

Na lição de Luis Roberto Barroso (1998, p. 54):

A Constituição, como é corrente, é a lei suprema do Estado. Na formulação teórica de Kelsen, até aqui amplamente aceita, a Constituição é o fundamento de validade de toda a ordem jurídica. É ela que confere unidade ao sistema, é o ponto comum ao qual se re-conduzem todas as normas vigentes no âmbito do Estado. De tal supremacia decorre o fato de que nenhuma norma pode subsistir validamente no âmbito de um Estado se não for compatível com a Constituição.

Nessa mesma esteira Sílvio Dobrowolski (1990, p. 28-29) enxerga o diploma constitucional como um paradigma instrumental que tem a forma de um documento, com elementos jurídicos e políticos que fundam, de forma racional, os princípios básicos da convivência de um povo. Na Constituição,

[...] se equaciona o modo de vida da sociedade, com o estabelecimento dos objetivos a serem alcançados, com a delimitação das esferas de atuação autônoma de cada indivíduo e daquilo que cada um pode pretender como sua quota-parte nos frutos da atividade social. Por outro lado, a Constituição estrutura o Estado como organização habilitada a promover a cooperação social em determinado território.

Diante disso, não se pode pensar em lograr êxito da força normativa da Constituição sem que haja vontade e que se exerçam as tarefas que ela impõe – para que haja sua efetiva atuação – tendo em vista que não age sozinha.

A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de convivência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. (HESSE, 1991, p. 19)

Hesse entende que essa *vontade de constituição* tem origem em três fontes diferentes: primeiro pela necessidade de uma norma com rigidez para proteção do Estado de Direito; que essa ordem constituída precisa estar em processo constante de legitimação e que essa ordem não terá eficácia sem a vontade humana.

No modelo garantista, a realização da vontade da Constituição, a sua transformação em força ativa, especialmente no que diz respeito à efetivação dos direitos fundamentais, passa pela convergência das práticas jurídicas ao que estabelece as regras da Lei Magna, com o estabelecimento de um sistema de garantias, objetivando a preservação e realização desses enunciados principiológicos que fundam o Estado Democrático de Direito.

Além de manter uma estreita ligação com a Magna Carta, o ator jurídico deve tutelar materialmente os direitos e garantias individuais e sociais. Essa ligação deve ser total, imediata, direta, ao ponto de qualquer ameaça de violação aos direitos fundamentais sair da indiferença ou da passividade, não se admitindo que nenhuma legislação infraconstitucional avance sobre esses bens.

Nesse caminho, não há espaço para o operador que é fruto do modelo positivista-dogmático, que continua insistentemente interpretando a Constituição à luz do Código Civil, preocupando-se exclusivamente em ser a “boca repetidora da lei”, valorizando a forma em detrimento da substância, e ficando absolutamente tranquilo com a mera concordância formal com a Lei Maior. O juiz burocrata, que despreza a substância em favor da forma, que se demite, mesmo que inconscientemente, de seu dever político e ético de ter intimidade com o texto constitucional, que renuncia ao seu poder-dever de controlar difusamente a constitucionalidade material do ordenamento infraconstitucional, acredita que a forma é a garantia da eficácia do direito, sem valorar o objeto da análise, cumprindo as normas simplesmente porque existem e têm vigência.

Criticando os atores jurídicos que tutelam apenas a formalidade, Luigi Ferrajoli (1997, p. 90-91) aduz:

A sujeição do juiz à lei já não é de fato, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja, coerente com a Constituição. E a validade já não é, no modelo constitucionalista-garantista, um dogma ligado à existência formal da lei, mas uma sua qualidade contingente ligada à coerência – mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz – dos seus significados com a Constituição. Daí deriva que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos.

É com base nesta perspectiva que o ordenamento infraconstitucional deve ser aferido, ou seja, a partir da compreensão do novo papel dos atores jurídicos no Estado Democrático de Direito, e do reconhecimento de suas funções de garantidores dos direitos fundamentais decorrentes na Constituição.

### **3 Os Juízos de Validade**

A teoria do garantismo tem como pressuposto o respeito aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, capaz de dar conta de uma análise rigorosa da estrutura normativo-institucional desse fenômeno de dominação intitulado “Estado de Direito” em sua versão contemporânea, e, ainda, de propor um caminho para a correção das distorções que hoje determinam a crise desse modelo (CADEMARTORI, 1998). Isso porque diante da complexidade contemporânea a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera democracia formal para alcançar a democracia material, na qual os Direitos Fundamentais devem ser respeitados e, acima de tudo, efetivados, sob pena de deslegitimação paulatina das instituições estatais.

Tendo em vista a supremacia Constitucional dos Direitos e garantias positivados no corpo de Constituições rígidas, como a de 1988, e do

princípio da legalidade, a que todos os poderes estão submetidos, urge a instrumentalização efetiva desses direitos a todos os indivíduos.

Dessa forma, Luigi Ferrajoli (1999, p. 23-4) assevera:

Así, los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer.

Em suma, com a operacionalidade possível da democracia substancial, não se pode legitimamente afrontar-se o constante nas garantias e direitos constitucionalmente tutelados. Assim, resta inserido no Estado Democrático de Direito duas esferas: a do decidível e a do não decidível, por maioria ou mesmo unanimidade. Nessa seara do indecidível é que justamente se encontram os direitos fundamentais, que funcionam como verdadeira fronteira impeditiva do avanço do Poder Legislativo, encontrando o legislador limitações de substância no tocante à matéria a ser objeto de confecção de diploma legislativo.

A consequência dessa supremacia constitucional é o dever de efetuar juízos de validade em face do ordenamento infraconstitucional, alargando, dessa forma, o reconhecimento da invalidade derogativa ou abrogativa.

Portanto, para o garantismo, os direitos e garantias fundamentais – e neles insere-se o princípio da independência da jurisdição – limitam e vinculam todos os poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, vedando-lhes ou lhes impondo determinados conteúdos. Para o paradigma garantista, uma norma que viole o princípio constitucional da legalidade penal, embora formalmente existente ou vigente, é inválida e, como tal, suscetível de anulação, por contrariar uma norma substancial sobre a sua produção. Enquanto, por exemplo, Kelsen, Hart e Bobbio identificam existência com validade, para o garantismo a vigência ou existência dizem respeito à forma dos atos normativos e sua conformidade com as normas formais – procedimentos – de formação (KELSEN, 1998; HART, 2001; BOBBIO, 1995; BOBBIO, 1999; CADEMARTORI, 1999). A validade, que se refere

ao seu significado ou conteúdo, depende de sua coerência com as normas substanciais sobre a sua produção. (FERRAJOLI, 1997, p. 26)

Assim,

[...] o paradigma do Estado Constitucional de Direito – ou seja, o modelo garantista – mais não é do que esta dúplice sujeição do Direito ao Direito que afeta a ambas dimensões de cada fenômeno normativo: a vigência e a validade, a forma e a substância, os sinais e os significados, a legitimação formal e a legitimação substancial ou, se quiser, as weberianas ‘racionalidade formal’ e ‘racionalidade material’ [...] Todos os direitos fundamentais – e não só os direitos sociais e os deveres positivos por eles impostos ao Estado, mas também os direitos de liberdade e as correspondentes proibições negativas que limitam a intervenção daquele – equivalem a vínculos de substância e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas e exprimem, ao mesmo tempo, os fins para que está orientado esse moderno artifício que é o Estado Constitucional de Direito. (FERRAJOLI, 1997, p. 97)

Face absoluta propriedade, não se pode deixar de destacar, a (re)leitura trazida por Ferrajoli dos critérios de validade, vigência e eficácia das normas jurídicas, no momento que discorre acerca das três qualidades das normas jurídicas. Rompendo em especial com Kelsen (1991, p. 210), esse autor (re)define os atributos ou categorias tradicionais, fixando o entendimento de que as normas são vigentes (ou de validade meramente formal) quando editadas de conformidade com o processo legislativo, isto é, com o devido fundamento de validade aferido em face da norma superior, reservando ao termo validade o atributo da pertinência subjetiva material com as normas situadas no nível superior, transbordando a pertinência meramente formal típica do paradigma kelseniano (KUHN, 1992, p. 219-222). A eficácia, por seu turno, ficaria vinculada à observância. Portanto, estabelece a diferenciação entre três diferentes categorias imputáveis às normas: vigência, validade e eficácia.

Sobre o assunto em pauta, o posicionamento de Sergio Cademartori (1988, p. 83) revela-se muito esclarecedor:

Enquanto os juízos sobre a vigência ou não de normas apresentam um caráter fortemente descritivo, eis que dizem respeito a fatos concretos, tais como a promulgação daquelas por autoridades competentes e a observância do devido procedimento de edição, os juízos sobre a validade – pelo fato de pretenderem verificar processos de adequação valorativa – trazem uma acentuada carga axiológica. [...] No entanto, enquanto as condições formais constituem requisitos de fato em cuja ausência as normas não chegam juridicamente a existir, as condições substanciais de validade – e de forma especial as da validade constitucional – consistem no respeito de valores – tais como a igualdade, a liberdade e as garantias dos direitos dos cidadãos – cuja lesão produz uma antinomia, isto é, um conflito entre normas de significados incompatíveis.

Com esse instrumental teórico, é possível estabelecer que uma norma é válida, quando, analisada no contexto Constitucional, verificar-se que não afronta qualquer garantia ou direito reconhecido, ou seja, é compatível com a Magna Carta; eficaz, quando é observada pela coletividade; e, vigente, quando decorrente de um processo legislativo previsto na Constituição Federal.

Estando bem presente o fato de que a validade da norma na perspectiva garantista diz respeito à sua congruência com o conteúdo material da Constituição, importa referir, então, o papel do julgador. O garantismo implica um reforço dos objetivos da jurisdição e uma nova e mais forte legitimação do poder judicial e da sua independência. A incorporação, em nível constitucional, dos direitos e garantias fundamentais, altera a relação entre o juiz e a lei, atribuindo à jurisdição um papel de garantia do cidadão contra as violações da legalidade por parte dos poderes públicos. (FERRAJOLI, 1999, p. 100)

Dessa forma, a sujeição à lei significa sujeição à lei válida, ou seja, coerente com a Constituição. Dita validade não é, portanto, um dogma ligado à mera existência formal da lei, mas à coerência dos seus significados com a Constituição. A interpretação judicial da lei é juízo sobre a própria lei, sendo que o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas

constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos. (FERRAJOLI, 1999, p. 101)

Estar sujeito à Constituição impõe ao juiz, portanto, ainda que contra o próprio poder ou contra os outros poderes, a crítica de leis inválidas por meio de sua reinterpretação em sentido constitucional ou a sua denúncia por inconstitucionalidade. É nessa sujeição do juiz à Constituição e, portanto, no seu papel de garantir os direitos fundamentais – ensina Ferrajoli – que reside o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário frente aos poderes Legislativo e Executivo. (FERRAJOLI, 1999, p. 101)

Entretanto, é no ponto onde ocorre a equiparação entre vigência e validade das normas pelos operadores jurídicos que reside uma das maiores contradições, responsáveis por tornar o Direito imune à jurisdição constitucional. Com perspicácia, Lênio Streck (2007) acentua:

Isto ocorre porque no campo da assim denominada dogmática jurídica – tecnicista – *ocorre uma metafísica equiparação entre vigência e validade da lei*. Vigente a lei, todos passam a interpretá-la como se fosse produto de uma vontade divina. No máximo, discute-se eventual contradição da lei no contexto das antinomias. Entretanto, no mais das vezes esta é a contradição secundária do problema, *uma vez que a contradição principal se localiza na falta de uma análise que leve em conta a parametricidade constitucional*. É o caso da Lei 10.259, em que até mesmo os setores mais conservadores do direito penal se renderam – cedo – à mera vigência da Lei, sucumbindo diante do “conflito de antinomias”.

Diante de tais considerações, pode o ator jurídico analisar a norma isoladamente e deixar de aplicá-la por não ser válida em face do ordenamento, não obstante vigente e assim proceder com os demais atributos. Significa a possibilidade de resistência constitucional, autorizada pela legítima firmação de opinião material/constitucional sobre a própria norma jurídica.

Nessa linha de raciocínio, Canotilho (1996, p. 956) indica que

[...] a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da conformidade substancial de todos os atos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição.

De sorte que o legislador ordinário não pode e não detém liberdade, na elaboração legislativa, para desprezar os valores constitucionais, devendo os diplomas legislativos infraconstitucionais atender à hierarquia dos bens jurídicos expostos ao nível da Carta Magna e considerar os valores atribuídos por esta aos interesses coletivos e difusos, renunciando a um pragmatismo sem consequência, que inclui ou exclui, ao bel prazer, leis que visem prejudicar ou beneficiar o cidadão.

#### **4 A Necessidade de Afastamento das Arbitrariedades Semânticas na Atribuição de Sentido**

A expectativa em torno da responsabilidade depositada pelo novo texto constitucional ao Poder Judiciário, que possui uma função decisiva no que tange à concretização dos Direitos Humanos e Fundamentais, passa pela análise das posturas interpretativas dos atores jurídicos, uma vez que estes devem transpassar o dilema de dar conteúdo aos enigmáticos e vagos catálogos de preceitos, conceitos e valores impregnados na Carta Política vigente.

A postura de atores jurídicos que, ao considerar como não vinculante o núcleo central das constituições modernas – exatamente o que trata da proteção e efetivação dos Direitos Humanos e garantias fundamentais –, permitem a manutenção de um *status quo* e dos privilégios de poucos em detrimento de muitos.

Nesse âmbito, toma relevo e merece destaque a crítica elaborada por Lenio Luiz Streck quando aponta para a existência de uma crise de dupla face no Direito e, mais especificamente, na dogmática jurídica informada pelo paradigma liberal-individualista-positivista e pela Filosofia da Consciência. É que com essa instrumentalização não existe capacidade para se resolver os conflitos transindividuais emergentes, pois há uma

adequação deles a uma lógica individualista do início do século, agravado pelo mito da busca da verdade nos processos judiciais, especialmente com o advento da nova ordem constitucional brasileira.

A tentativa sempre vã em contornar e adequar os fenômenos transindividuais ao paradigma liberal-racional-individualista do Direito geram perplexidades e resoluções, na maioria das vezes por conta própria, não providas de uma teoria de suporte e forjadas pela dogmática tradicional. Como anota Fritjof Capra (1999), face à consabida complexidade contemporânea, com a superação das verdades absolutas pela física quântica e a teoria da relatividade, as vetustas formas de conhecer o mundo devem ser revisitadas e relidas conforme a atualidade.

Nesse propósito, o ensinamento de Lenio Streck (2000, p. 198-227) a respeito da hermenêutica ser (re)vista como possibilidade da maior extensão possível dos direitos e garantias fundamentais:

Interpretar é, pois, hermenêutica, e hermenêutica é compreensão e através dessa compreensão se produz o sentido [...] Desse modo, fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o direito de soslaio, rompendo-se com (um) a hermé(neu)tica jurídica tradicional-objetificante prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência. [...] No âmbito da interpretação da lei, naquilo que tradicionalmente chamamos de hermenêutica jurídica, é preciso chamar a atenção (dos juristas) para o fato de que nós não temos mais um significante primeiro, que se buscava tanto em Aristóteles como na Idade Média, como ainda em Kant; significante primeiro que nos daria a garantia de que os conceitos em geral remetem a um único significado (Stein). Daí por que um rompimento com essa tradição do pensamento jurídico-dogmático é difícil e não se faz sem ranhuras: problemas. O mesmo ocorre, aliás, com a afirmação dessa concepção. Crer que há uma essência verdadeira em si mesma do Direito – como que à espera de ser captada em sua inteireza pelo sujeito do conhecimento, seja mediante um trabalho estritamente racional de índole dedutiva, em que as normas do Direito racional, isto é, as chamadas leis da natureza, sejam apreendidas como autênticos

corolários a que se acederia pelo raciocínio a partir de princípios auto-evidentes estabelecidos a priori; seja captando essa essência na dinâmica da vida social, através da investigação sociológica do fenômeno jurídico; seja buscando-a na exegese dos textos legais -, crer nisso, não deixa de ser confortável.

É preciso destacar, ainda, que a postura intelectual e clássica está sustentada por uma longa tradição hermenêutica que valoriza as formas tradicionais de interpretação, vinculadas, ainda, a verdades absolutas. De sorte que o ensino jurídico e a práxis trabalham (ainda) numa visão do Direito exclusivamente sob o ângulo dogmático-normativo que conduz o intérprete ao legalismo heurístico, em que seu raciocínio será, de forma ingênua, lógico, preciso e cômodo. A ilusão da perfeição e completude obtidas singelamente pela subsunção da norma geral ao fato espécie deve ser superada em favor de uma complexidade, uma imprescindível, necessária e indissociável complexidade hermenêutica.

Com efeito, o sentido, o conteúdo e a aplicação dos direitos humanos estabelecidos pela Constituição não podem ser aferidos, mensurados ou valorados lançando mão de recursos hermenêutico-lógico-formais capazes de conferir atributos de uniformização, previsibilidade de decisões e, por via de consequência, a prometida segurança jurídica tributável ao modernismo/liberal.

A fixação de sentido e o alcance de uma determinada lei, especialmente a que tem o condão de implementar os Direitos Humanos, devem ser aferidos pela possibilidade hermenêutica em que a gênese e a função social do bem jurídico são conferidas pela Constituição, uma vez que a materialidade da Magna Carta guarda estreita relação com a modalização do bem jurídico estabelecido pelo ordenamento.

Esses princípios que norteiam a mensuração e a valorização da teoria do bem jurídico contribuem para dar coerência interna ideal ao ordenamento, e se constituem no ponto de partida para o estabelecimento de condições possíveis a afastar a potencial ocorrência de aporias, originadas da complexidade atual e da existência de diversas normas editadas de forma genérica. Além disso, não é de todo descartável sua capacidade de conferir os atributos de uniformização, previsibilidade das decisões e,

por via de consequência, a prometida segurança jurídica tributável ao modernismo/liberal (WEBER, 1999, p. 123), sistema que a dogmática busca insistentemente desenvolver sem sucesso.

O Direito não deve ser compreendido como um conjunto de normas com sentidos ensimesmados (latentes) e pré-constituídos. Não possui a norma um sentido em-si-mesmo. O que se dá em um contexto de uma situação interpretativa é uma atribuição de sentido, a partir da pré-compreensão do hermeneuta, pois a lei não traz de forma ínsita um sentido que possa ser extraído dela.

Em uma visão garantista, preconiza Sérgio Cademartori (1999, p. 82):

A coerência e a plenitude caracterizam-se no Estado de Direito não como propriedades do Direito vigente, mas como ideais limites do Direito válido a refletir não o ser do Direito, mas o seu dever-ser das normas em relação às superiores. De fato, para o garantismo, cada nível normativo apresenta-se como normativo com respeito ao inferior e como fáctico com respeito do nível superior. Por força das violações de fato das proibições impostas ao legislador, por este perpetradas, as características estruturais do Direito vigente são as da incompletude e incoerência. A tarefa do jurista será então explicitar essas características através de juízos de invalidade das normas inferiores e ineficácia das superiores.

Existe assim uma proibição ao legislador ou ao intérprete do Direito de atribuir qualquer sentido aos entes jurídicos, pois o hermeneuta deve partir sempre de possibilidades, limitadas pela linguagem em que está inserido o intérprete. Este processo de produção de construção de verdades/sentido deve ser assumido pelo ator jurídico, consciente de sua inserção social, bem assim dos efeitos práticos de suas decisões, livrando-se da coisificação (abstração) própria da dogmática jurídica. Evidencia-se, com isso, que não pode decorrer de “arbitrariedades semânticas”, “abusos significativos”, ou “extorsões de sentido” (STRECK, 2007) a atribuição de sentido ao ordenamento jurídico que fundamenta os Direitos e Garantias Fundamentais. O ator jurídico deve perceber, como lembra Streck (2000,

p. 227), “[...] que não está lidando com ficções. Caso contrário, correrá o risco de confundir as ficções da realidade com a realidade das ficções.”

Em face dessa situação de incompletude e incoerências relativas, a hermenêutica fundamentada na concepção de que o ordenamento jurídico é um conjunto de normas e essas são divididas entre princípios e regras (BOHN *apud* DOBROWOLSKI, 2000, p. 139), com aplicação da proporcionalidade e razoabilidade na compreensão dos Direitos Fundamentais, surge como caminho possível. (BOHN *apud* DOBROWOLSKI, 2000, p. 139)

## **5 Conclusões**

Dado o caráter principiológico das normas de Direitos Humanos e Fundamentais, e, que, nessa condição, têm a função primordial de delimitar os campos e possibilidades de interpretação e integração das demais normas constitucionais e infraconstitucionais, incumbe ao ator jurídico, ao se defrontar com um ou mais direitos fundamentais em jogo na solução de um caso concreto, fazer uma ponderação em razão do bem ou valor que se pretenda tutelar.

Essa postura hermenêutica, com base nos Direitos Humanos e Fundamentais enquanto possibilidade de implementação do Estado Democrático de Direito, não pode estar fundada na resolução de antinomias, onde se abraça um exame de cunho intra-sistemático e horizontal, e se abdica de uma análise baseada na Constituição Federal. Ao contrário, o ator jurídico necessita, para implementar os Direitos Humanos, desfrutar de um ponto de vista assentado em uma filtragem hermenêutica, onde se trabalha com uma reflexão vertical, consubstanciada na força normativa da Magna Carta.

O caminho interpretativo adequado a ser trilhado passa obrigatoriamente por uma filtragem hermenêutica, que trabalhe com uma análise vertical, consubstanciada na parametricidade constitucional. Para tal, necessário que o ator jurídico faça a devida contaminação constitucional (STRECK, 2000, p. 229) (de viés garantista) com o fito de aferir a constitucionalidade material e formal da norma, dando-se a devida força normativa à Constituição Federal. (HESSE, 1991, p. 25)

Para caracterizar essa nova conformação, cujos atores jurídicos passam necessariamente a assumir posição diversa, tutelando não apenas a formalidade, mas também o conteúdo constitucional é preciso que eles detenham uma visão clara do paradigma garantista, tomando a Constituição como remédio contra maiorias (STRECK, 2007), devendo estar de olhos abertos à crise pela qual passa a teoria do bem jurídico, face ao pragmatismo inconsequente do legislador, bem como observar os obstáculos constitucionais à aplicação dos diplomas legislativos em comento, devendo deter conhecimento profundo das novas técnicas de controle de constitucionalidade.

Essa nova hermenêutica permite uma maior transparência nos critérios de decisão, maior clareza nas sentenças, possibilitando um compromisso ético e recíproco entre as partes, no sentido de respeitar o que foi conciliado, arbitrado, ou mediado, e, em fortalecendo o processo decisório, explicita o potencial transformador da sociedade inerente à aplicação da lei em face das inúmeras contradições existentes.

## **Referências**

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. Direitos Humanos “globais (universais)”. De todos, em todos os lugares! *In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado do Centro de Ciências Jurídicas da UNISINOS*, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BOHN, Claudia Fernanda Rivera. A Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. *In: DOBROWOLSKI, Silvio. A Constituição no mundo globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado, direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**: a ciência, a sociedade e a cultura emergente. São Paulo: Cultrix, 1999.

DOBROWOLSKI, Sílvio. Os Meios Jurisdicionais Para Conferir Eficácia às Normas Constitucionais. **Revista da Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, n. 106, abr.-jun., 1990.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantía**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

\_\_\_\_\_. O Direito como sistema de garantias. *In*: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1992.

PEDROLO, Gustavo Fontana. **Princípio da proporcionalidade no controle material de constitucionalidade das leis**. Florianópolis: UFSC (dissertação de mestrado), 2000.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. Os Juizados Especiais à luz da Jurisdição Constitucional: a filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto. **Revista Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 2, p. 1, 2007.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: UNB, 1999.