

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: AVANÇOS E DESAFIOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS: ADVANCES AND CHALLENGES ON CONTEMPORARY SOCIETY

Claudia Vechi Torres¹

Maria dos Remédios Fontes Silva²

RESUMO: A construção do direito no Estado Democrático deve ser orientada por princípios e regras contidos na Constituição Federal de 1988, que incorporou as mudanças dos valores e costumes socioculturais que irrompiam na sociedade pós-moderna brasileira, complexa e multifacetária, sendo o texto constitucional ponto de partida do interprete. As recentes transformações da sociedade vão além da causalidade linear, da dimensão cartesiana do sujeito-objeto. A Nova Hermenêutica Constitucional vem trabalhar com os fatos, com ações e reações complexas, com abordagens que consideram o homem como ser ontologicamente de linguagem, que se expressam com gestos, sinais, com seu próprio corpo. O objetivo geral deste artigo é analisar os avanços e desafios da nova hermenêutica constitucional na sociedade contemporânea, uma vez que hermenêutica é compreensão, é incidibilidade entre a interpretação, aplicação e concretização da norma jurídica. Para tanto, será inicialmente analisado o que se entende por hermenêutica e por interpretação, para em seguida traçar uma distinção entre hermenêutica jurídica e hermenêutica constitucional, e por fim identificar os avanços obtidos nos últimos anos e os desafios que ainda precisam ser superados; utilizando-se o método exegético-jurídico e dialético dedutivo, respaldado pela consulta doutrinária e jurídico-normativa.

Palavras-Chave: Hermenêutica Constitucional; Avanços; Desafios.

ABSTRACT: The construction of Law on the Democratic State must be guided by principles and rules contained on the Federal Constitution of 1988, which incorporated the changes on sociocultural values and behavior that emerged on Brazilian post-modern society, complex and multifaceted, being the constitutional text the interpreters start point. The recent transformations of society go beyond the linear causality, the cartesian dimension of the object-subject. The New Constitutional Hermeneutics arrives to work with the facts, with complex actions-reactions, with approaches that consider man as an ontologically language being, who expresses with gestures, signs, with his own body. The general purpose of this article is to analyze the advances and challenges of the new constitutional hermeneutics on the contemporary society, since hermeneutics is comprehension, is inseparability between interpretation, application and concretization of the juridical norm. For such, the

¹ Advogada, Professora Substituta da UERN e UFRN, graduada em Direito pelo UniCeub, especialista em Desenvolvimento Sustentável e Direito Ambiental pela UnB, mestranda em Direito Constitucional pela UFRN.

² Doutora em Direitos humanos pela Université Catholique de LYON – França. Pós-Doutorado pela Université Lumière LYON II – France. Coordenadora da Base de Pesquisa em Direito Estado e Sociedade, Professora Associada IV do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRN.

understanding of hermeneutics and interpretation will be initially analyzed, so that a distinction between juridical and constitutional hermeneutics may be determined, and finally identify the advancements achieved on the last years and the challenges that need to be surpassed; utilizing the juridical-exegetic and deductive dialectic methods, backed by doctrinary and normative-juridical consult.

Key-words: Constitutional Hermeneutic; Advances; Challenges.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova era no Direito, e, sendo a lei fundamental do Estado brasileiro, todas as demais normas que integram o ordenamento jurídico devem a ela se conformar, uma vez que o princípio da supremacia determina que qualquer situações jurídicas precisa se ajustar aos preceitos da Constituição, sob pena da sua exclusão, quando contrariar as regras ou princípios constitucionais.

As interpretações judiciais das normas constitucionais não podem estar adstritas ao positivismo que reduz apenas a estreita legalidade a aplicação do direito. Uma nova hermenêutica é necessária, que tenha a compreensão de que a norma jurídica será construída com base na realidade fático-axiológica, uma vez que os anseios da sociedade pós-moderna são diferentes, calcados em novos valores, que não podem ser compreendido na dimensão cartesiana do sujeito-objeto.

A Nova Hermenêutica Constitucional vem trabalhar com os fatos, com ações e reações complexas, com abordagens que consideram o homem como ser ontologicamente de linguagem, que se expressa com gestos, sinais, com seu próprio corpo.

A dinâmica social e os costumes estão em constante transformação, e o aperfeiçoamento do direito por meio da interpretação do julgador, deverá levar em consideração a aplicação da norma com base na realidade, por meio da concretização hermenêutico-jurisdicional dos direitos fundamentais, com base no Estado Democrático de Direito e de princípios como o da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva e dado ao caráter aberto e o alto grau de abstração das normas constitucionais, a nova hermenêutica constitucional vem socorrer o intérprete constitucional que busca compreender, investigar e revelar o conteúdo, o significado e o alcance das normas que integram a Constituição. A hermenêutica constitucional é um meio e não um fim, que possibilita novas formas de compreensão do conteúdo aberto da Constituição, que por ser simbólica enseja potencialmente uma infinidade de interpretações

O objetivo geral deste artigo é analisar os avanços e desafios da nova hermenêutica constitucional na sociedade contemporânea, complexa e multifacetária, uma vez que hermenêutica é compreensão, é incidibilidade entre a interpretação, aplicação e concretização da norma jurídica.

Para tanto, será inicialmente analisado o que se entende por hermenêutica e por interpretação, para em seguida traçar uma distinção entre hermenêutica jurídica e hermenêutica constitucional, e por fim identificar os avanços obtidos nos últimos anos e os desafios que ainda precisam ser superados.

É válido ressaltar a importância da abordagem do tema, que pode ser justificada pela necessidade do estudo da hermenêutica constitucional, suas diferentes correntes teóricas e filosóficas para uma melhor compreensão de como deve se dar a aplicação e concretização dos direitos fundamentais dispostos na Constituição.

2 HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO

A palavra hermenêutica tem origem grega, e não nasce como método de interpretação, mas como mera transmissão de mensagem, de anúncio ou tradução de algo, tornando-o compreensível ao homem. Para Platão a hermenêutica tem mera função de intermediar a comunicação entre os deuses e o homem, não produzindo saber. (SALGADO, 2005, p. 5-8)

Para Aristóteles o conhecimento só ocorre por meio da sensibilidade e da razão, sendo o tipo de conhecimento científico o mais importante, uma vez que é alcançado por meio de conceitos, uma abstração da realidade. Aristóteles utiliza tanto a lógica (que convence por meio da conexão de ideias) quanto a retórica (que persuade) e a hermenêutica, esta última uma teoria da expressão que faz uma relação da linguagem com o pensamento daquele que fez a proposição para se alcançar a verdade dos juízos formulados. Não há interesse na verificação do sentido ou da verdade contida no juízo do autor da proposição, mas apenas da adequação da linguagem ao pensamento do autor. (SALGADO, 2005, p. 8-10)

Apesar da hermenêutica ser uma teoria da expressão para Aristóteles, este lança a base da hermenêutica jurídica por meio de sua teoria ética, ou seja, dá alguns princípios básicos como: a) entender a ética (no campo da hermenêutica seria a interpretação) como saber e não como mera técnica; b) definir a justiça como ação mediana, impondo a necessidade de interpretação da ação humana para se ponderar o que é justo ou não no agir

humano; c) o conceito da justiça distributiva e da corretiva; d) o sentido de equidade (*epiékheia*) como correção da lei, ou seja, de busca de um sentido para que a norma alcance um resultado justo.³

A palavra interpretação tem origem latina e significa “entre entranhas” devido a prática religiosa de feiticeiros e adivinhos que introduziam suas mãos nas entranhas do animal morto para conhecer o destino do homem. Por utilizarem uma linguagem obscura, era necessária a interpretação de seus pronunciamentos, o que inicialmente era desprovido de técnica, sendo mero ato cognitivo a interpretação, mas que foi alterado com o aparecimento de livros sagrados, destacando-se Santo Agostinho como interprete das escrituras no século IV. (MAGALHÃES FILHO, 2011, p. 3-5)

A interpretação é o “momento dinâmico do conhecimento da realidade, é o ato de apreendê-la racionalmente, tal qual ela se apresenta ao sujeito que conhece”, pois o ato de interpretar se exterioriza, se expressa por meio de signos, inserindo-se num “contexto linguístico-comunicativo”, ou seja, cultural. (DINIZ, 1998, p. 198)

A palavra hermenêutica foi empregada inicialmente na seara teológica, como “doutrina da boa interpretação” (CORETH, 1973, p.2) relativa a “interpretação correta e objetiva da Escritura” (CORETH, 1973, p.2), ganhando impulso no Iluminismo como disciplina auxiliar na Filologia e no Direito cujo objetivo era instrumentalizar metodologicamente a interpretação (PEREIRA, 2006, p. 10-11).

No século XIX a hermenêutica alcança novo sentido com Friedrich D. E. Schleiermacher, como disciplina geral que indaga sobre as possibilidades de compreensão objetiva (PEREIRA, 2006, p. 12-13). Ele propôs a utilização do método científico histórico-crítico de interpretação da Escritura, bem como distinguia a interpretação gramatical que compreendia o texto em sua literalidade, da interpretação técnica que visava descobrir o pensamento do autor. Esta última era dividida em compreensão divinatória de cunho adivinatório, subjetivo, numa perspectiva psicológica, que repercutiu no Direito na ênfase dada à vontade do legislador na interpretação da lei; e em compreensão comparativa a qual buscava o sentido da intenção do autor no texto por meio de elementos objetivos. (MAGALHÃES FILHO, 2011, p. 6-7)

Wilhelm Dilthey introduziu a hermenêutica na epistemologia, o que possibilitou seu reconhecimento como teoria científica da interpretação. Ele classificou a Ciência em Ciências da Natureza e do Espírito (humanas), distinguindo-as a partir do ato cognitivo, que na

³ Para aprofundar o tema ler GADAMER, 1997, p. 466-473.

primeira é explicativo, descrito e aistórico, enquanto na segunda o ato intelectual é a compreensão, que é construída e produzida, é histórica. A parte seria compreendida pelo todo e o todo pela parte em um circularidade hermenêutica. (MAGALHÃES FILHO, 2011, p. 8)

A hermenêutica torna-se “alicerce de sustentação epistemológica das Ciências do Espírito” (PEREIRA, 2006, p. 15), com metodologia diferente das Ciências da Natureza. No campo da explicação o cientista seria mero observador que relacionaria causa e efeito no plano da necessidade, enquanto que no campo da compreensão seria possível apreender o modo do espírito se projetar num objeto. Haveria um mundo dado, a natureza, que nos limita, ao mesmo tempo que haveria um mundo construído pelo homem, o cultural. (MAGALHÃES FILHO, 2011, p. 9)

Nesta ótica, a hermenêutica é metodológica, disciplina o “processo interpretativo em busca da apreensão do sentido correto de uma obra cultural” (MAGALHÃES FILHO, 2011, p. 9), surgindo a hermenêutica jurídica clássica com técnicas próprias de interpretação dos textos jurídicos de direito privado.

Martin Heidegger, na primeira metade do século XX, realizou o chamado giro fenomenológico e/ou ontológico, visto que entendia a hermenêutica como uma filosofia e não uma ciência, defendendo uma hermenêutica filosófica, ontológica e existencial, não mais se fixando na dicotomia sujeito-objeto e sim nos fenômenos, ou seja, na “análise das possibilidade que o ser tem de existir e de se manifestar através dos fenômenos que se dão no horizonte do tempo” (PEREIRA, 2006, p. 17).

Nesse contexto, toda compreensão, seja de um texto ou da história, está fundamentada na compreensão que o homem tem de si mesmo, “enquanto ser histórico dotado de existência” (STRECK, 2014, p. 263). A hermenêutica passa a interpretar um texto ou uma ação humana pressupondo uma compreensão existencial do homem, não havendo mais a transparência pregada pelas posturas tradicionais devido a faticidade (realidade) humana.

A ideia de círculo hermenêutico ganha cunho filosófico, partindo de uma pré-compreensão atemática para chegar a uma compreensão mais aprimorada ou interpretação tematizada. A pré-compreensão é condicionada pela dimensão externa ou horizonte ou limite do mundo existencial. (MAGALHÃES FILHO, 2011, p. 10-11)

A compreensão é um modo de ser, que possui a seguinte estrutura: aquisição prévia, vista prévia e antecipação (STRECK, 2014, p. 279). Ela é entendida como “estrutura ontológica do *Dasein* (ser-aí ou pre-sença), em que o *Da* (o aí) é como as coisas, ao aparecerem, chegam ao ser, não sendo esse modo uma ‘propriedade do ser, mas, sim, o

próprio ser” (STRECK, 2014, p. 282).

A linguagem é abertura para o mundo, sendo condição de possibilidade para compreender e agir, constituidora do saber. A hermenêutica leva o ser do ente a se manifestar como fenômeno, sendo “a ontologia (fundamental) a interrogação explícita e teórica pelo sentido do ser”. (STRECK, 2014, p. 288-290)

Hans-Georg Gadamer defendeu uma hermenêutica filosófica (existencial), afirmando que a linguagem determina a compreensão e o próprio objeto hermenêutico, sendo a compreensão um diálogo entre o interprete e o texto, num círculo hermenêutico espiral, em que a compreensão do texto estaria condicionada por pré-juízos e pré-conceitos, em razão da historicidade do homem. Ele não se importava com a perspectiva psicológica do autor do texto e sim com a fusão de horizontes, qual seja, a incorporação de sucessivas interpretações que ampliariam e aprofundariam o horizonte do texto e do interprete. Assim, compreender o texto seria fazer a sua aplicação no contexto existencial. (MAGALHÃES FILHO, 2011, p. 12-13)

A faticidade e historicidade do interprete é o “locus da pré-compreensão”, pois só se interpreta se compreende, o que só é possível se há pré-compreensão, a qual é composta por uma estrutura prévia, visão prévia e concepção prévia. A linguagem deixa de ser instrumento e passa a ser condição de possibilidade da manifestação do sentido, num processo produtivo. (STRECK, 2014, p. 304-305)

O círculo hermenêutico ou da compreensão não é metodológico, não é de natureza formal, não é objetivo nem subjetivo, ele descreve “a compreensão como o jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do interprete”, é “um momento estrutural ontológico da compreensão”. Esta nova visão da compreensão permite que o texto não seja compreendido como mera expressão da vida”, mas sim levado “a sério na sua pretensão de verdade”. (GADAMER, 1997, p. 388-393)

Para Gadamer a hermenêutica não é método e sim filosofia, a linguagem não é ferramenta e sim “condição de possibilidade e constituidora do mundo” (STRECK, 2014, p. 308). Ele era contra toda pretensão de transformar conhecimento em método, uma vez que procura dar universalidade a toda forma de interpretação humana.

A hermenêutica proposta por Gadamer consegue reunir por meio da linguagem e da fusão de horizontes, os elementos que fazem parte da aplicação de uma norma jurídica. É por meio de um diálogo entre o intérprete e o texto que ocorrerá uma decisão fundamentada em uma compreensão total do mundo jurídico.

Em suma, nessas rápidas ponderações da perspectiva histórica da hermenêutica

foram identificadas cinco fases ou modelos: a) como teoria da expressão, tendo um papel meramente explicativo; b) como disciplina geral; c) como teoria científica da interpretação; d) a filosofia hermenêutica; e) a hermenêutica filosófica.

Usualmente, a palavra hermenêutica é utilizada pelos juristas

para designar a doutrina dos métodos ou a teoria científica da interpretação, pela qual se realiza o ensino das técnicas ou das regras e procedimentos de interpretação, a fim de que seja possível a manutenção do controle metódico da divergência entre os textos normativos e as normas-decisão; em outros termos, a fim de que seja possível legitimar-se a rejeição da responsabilidade política em função de decisões cada vez mais abstratas na elaboração dos textos de normas em função das decisões práticas. (SILVA, 2013, p. 46-47)

Hermenêutica é ciência, é um conjunto de princípios que regulam e orientam a interpretação do texto normativo, sendo um conjunto de normas técnicas apropriadas ao trabalho do interprete (VALDÉS, 1973, p. 15). O objeto da hermenêutica é a interpretação e a compreensão. Desta forma, o ato de interpretar está vinculado aos ensinamentos hermenêuticos, pois é a “atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas”, sendo esta última o “resultado da tarefa interpretativa”. (GRAUS, 2009, p. 27)

A “interpretação e aplicação do direito são uma só operação”, de tal sorte que ao interpretar se compreende o texto normativo e os fatos para se aplicar o direito. “A interpretação do direito é constitutiva, e não simplesmente declaratória”, pois “parte da compreensão dos textos normativos e dos fatos, passa pela produção das normas que devem ser ponderadas para a solução do caso e finda com a escolha de uma determinada solução para ele, consignada na norma decisão”. (GRAUS, 2009, p. 26)

Ressalta-se que a lei é construída de enunciados linguísticos que ganham vida no processo de interpretação, visto que o interprete constrói a norma no “decorrer do processo de concretização do direito” (GRAUS, 2009, p. 29), ou seja, ele parte do texto da norma e dos fatos, para alcançar a norma jurídica, e então elaborar a norma de decisão, a qual solucionará o caso concreto. Assim, a interpretação insere o direito na realidade, na vida. Ela é o quadro onde será compreendida na tinta a textura da realidade social, a partir da aplicação de métodos e princípios hermenêuticos.

Ademais, a interpretação “vai do universal ao singular, [...] do transcendente ao contingente; opera a inserção das leis (= do direito) no mundo do ser (= mundo da vida)” (GRAUS, 2009, p. 38), e o “processo de interpretação dos textos normativos encontra na pré-compreensão o seu momento inicial, que compõe o círculo hermenêutico” (GRAUS, 2009, p. 41). A compreensão, por sua vez, “é apreensão de sentido, e sentido é o que se apresenta à

compreensão como conteúdo” (CORETH, 1973, p. 52). Faz-se necessário compreender para então interpretar, pois a primeira regula e restringe a segunda.

Portanto, pode-se afirmar que hermenêutica é compreensão, é incidibilidade entre a interpretação, aplicação e concretização da norma jurídica, que ganha contornos específicos no constitucionalismo, em virtude da construção do direito no Estado Democrático ser orientado por princípios contidos na Constituição, o que conduz a reinterpretação do direito privado, visto que a Constituição passa a ser o ponto de partida do interprete.

3 HERMENÊUTICA JURÍDICA CLÁSSICA E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E ELEMENTOS DIFERENCIADORES

A filosofia racionalista (séculos XVII e XVIII) influenciou a Revolução Francesa cujas conquistas foram consolidadas com o Código Civil de Napoleão. A lei codificada é considerada completa, plena, sendo o juiz mero aplicador da lei cuja interpretação era meramente gramatical. A Separação dos Poderes é absoluta, não podendo o juiz substituir a vontade do legislador pela sua vontade. (MAGALHÃES FILHO, 2011, p. 17-18)

A Escola da Exegese do século XIX, de estrito legalismo, limitava as possibilidades de interpretação, devendo o juiz indagar o exato sentido dos vocábulos utilizados no texto, fazendo uma interpretação gramatical (filológica), para em seguida realizar uma interpretação lógica-sistemática situando o texto normativo dentro do sistema legal (REALE, 2002, p. 278-279). A aplicação do direito era mera subsunção de fatos à norma, num silogismo judicial onde a norma é a premissa maior, o fato a premissa menor, sendo a sentença a conclusão.

Com o processo de industrialização as relações socioeconômicas foram alteradas evidenciando um descompasso entre o Código e a realidade. Surgem as Escolas Histórico-Dogmática de Savigny; a Escola Histórico-Evolutiva de Saleilles, que permite ao interprete realizar uma interpretação atualizadora da lei, adequando os valores consagrados na lei à realidade; a Escola Teleológica de Ihering; a Escola da Livre Investigação Científica do Direito de François Gény e diversas escolas Sociológicas (Duguit, Holmes e outros). (MAGALHÃES FILHO, 2011, p. 18)

Importante destacar que foi Savigny que introduziu a hermenêutica no Direito elevando-o a categoria de Ciência do Espírito. A hermenêutica jurídica clássica é metodológica, influenciada por Schleiermacher e Dilthey, voltada a interpretação do Direito

Privado, ao Código Civil, que é um sistema fechado, que se reporta a fatos específicos, não se admitindo antinomia.

Para Saviny a interpretação é uma, ela combina as interpretações gramatical, lógica, sistemática e histórica. Ele se opunha a ideia de um Direito Natural Universal, admitindo um direito para cada nação, sendo o costume a manifestação do espírito do povo, devendo a lei estar de acordo com o costume para ser válida. (MAGALHÃES FILHO, 2011, p. 19)

Na hermenêutica jurídica clássica ou Velha Hermenêutica as regras são extremamente importantes, não havendo normatividade nos princípios, os quais possuem apenas caráter programático. Sua concepção é dogmática, contendo a lei a solução para todos os conflitos, por ser a “expressão racional da vontade do legislador”. (CONSELVAN, 2014)

Nos métodos/regras tradicionais de interpretação, visualizados por Saviny, opera-se a subsunção do fato ao texto, afastando-se do problema concreto que será decidido, chegando-se a uma conclusão silogística. O texto é regra que ser cumprida, enquanto os princípios são utilizados para suprir lacunas, não havendo normatividade nestes. Entretanto, esses métodos são insuficientes na nova realidade principiológica e axiológica da Constituição.

Nesse modelo dogmático ocorre a chamada “visão unidimensional da matéria, sobre a qual se projeta e se constrói a interpretação”. O juiz declara o sentido dado pelo legislador ao texto normativo, sem percorrer outras dimensões na interpretação jurídica, como: “a propriamente jurídica ou reguladora; a fática; a axiológica; a linguística ou semiótica; a lógica”. (CONSELVAN, 2014)

A hermenêutica constitucional ou Nova Hermenêutica é filosófica, influenciada por Heidegger e Gadamer, em virtude da Constituição encerrar um sistema aberto de princípios, que enunciam valores, que não possuem previsão de fatos específicos de incidência. (MAGALHÃES FILHO, 2011, p. 13-15)

A interpretação constitucional possui particularidade em relação a interpretação jurídica geral, como: a) o caráter inicial da Constituição, que é fundamento de validade das demais leis do ordenamento jurídico; b) a adoção de princípios e não apenas de regras; c) o caráter aberto das normas constitucionais; d) a linguagem sintética e a existência de lacunas; e) a jurisdição constitucional; f) as escolhas políticas na Constituição; g) a multiplicidade de intérpretes da Constituição, havendo tanto uma interpretação político-legislativa, como jurisdicional, do Poder Executivo, doutrinária e outras fontes genéricas (como a opinião pública, grupos de interesse, etc). (BASTOS, 1999, p. 49-77)

Destaca-se que as normas constitucionais possuem conteúdo aberto e dependem da realidade, sendo enquadradas em duas categorias: princípios e regras. Os princípios veiculam

os valores vigentes na realidade social, além de possuírem uma pluralidade de funções no sistema jurídico, em especial a função explicativa e a justificadora, onde esta propicia critérios para a interpretação-aplicação-concretização do direito, enquanto aquela possibilita uma melhor compreensão sistêmica do ordenamento jurídico. (DANTAS, 2005, p. 65-66)

Nessa nova visão hermenêutica, o sentido da norma é determinado “à vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados”, determinando-se o sentido da norma e buscando-se a “solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido”. (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 332)

Não há um abandono da velha hermenêutica, com seus métodos clássicos, fundados na aplicação de regras; porém surge a necessidade de uma revisão de paradigmas, uma vez que o intérprete, ao estabelecer a norma, atua como legislador que inclui as transformações da realidade na compreensão da Constituição, agora norteada em princípios que são tanto pontos de partida na interpretação do texto quanto são obtidos no processo de interpretação das normas constitucionais.

Vale ressaltar que a Hermenêutica Constitucional se diferencia da Hermenêutica Tradicional, pelo emprego dos princípios, e não apenas das regras, na interpretação constitucional (GUERRA FILHO, 2005, p. 76). Esta nova hermenêutica constitucional aproxima a interpretação da aplicação, uma vez que a “interpretação de um princípio terá lugar no momento de sua aplicação” (MAGALHÃES FILHO, 2011, p. 15), tendo a interpretação uma forte conotação existencial, pois os valores são intersubjetivos e somente no caso concreto pode-se identificar seu âmbito de aplicação.

Inclusive Konrad Hesse (1991, p. 24) esclarece que “a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta do seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se levar em conta essa realidade”. Assim, a força normativa da Constituição irradia também em todo o Direito, impondo ao interprete o dever de primeiro observar as normas constitucionais e depois as normas infraconstitucionais, como o Código Civil, que com a Constituição forem compatíveis.

A interpretação desempenha importante papel para o respeito e permanência da Constituição, ressaltando-se que o resultado da interpretação não pode ser pautada na dicotomia de correntes tradicionais pautadas no subjetivismo e no objetivismo (STRECK, 2014, p. 138-142), qual seja, não pode ficar adstrito a descobrir a vontade do legislador (*mens legislatoris*), teoria subjetiva que explora os trabalhos técnicos preparatórios ao ato

legislativo, com forte apego ao passado; e tão pouco se limitar a descobrir a necessidade social (*mens legis*), teoria objetiva que busca projetar o espírito do texto para a realidade social, política e econômica, atualizando-o, adequando-o (VIEITO, 2000, p. 35-36).

Nesse aspecto faz-se necessário observar que na filosofia clássica ou realismo filosófico o fator ordenador do conhecimento “gira em torno dos ‘objetos’ ou daquilo que é ‘dado’ ao conhecimento”. Já na filosofia da consciência o fator ordenador é a “subjetividade que conhece as coisas”. Assim, o “objetivista é a postura hermenêutico-interpretativa que organiza o seu processo de determinação do sentido à partir de um aprisionamento do sujeito que conhece ao objeto que é conhecido”, por outro lado a postura subjetivista “espelha o paradigma da consciência, no interior do qual o interprete é o dono dos sentido”. (STRECK, 2014, p. 143-144)

A Hermenêutica Constitucional surge em decorrência da natureza da norma constitucional, da sua supremacia em relação as normas infraconstitucionais, do surgimento do sistema de controle constitucional dos atos normativos infraconstitucionais, existindo três correntes doutrinárias que procuram identificar o status epistemológico da hermenêutica constitucional em relação a hermenêutica jurídica clássica: a) tese da diferença intrínseca entre as duas disciplinas (minoritária); b) tese da igualdade total das disciplinas, havendo apenas uma hermenêutica; c) tese da igualdade com particularidades (majoritária), que afirma haver o gênero hermenêutica jurídica geral, e duas espécies: a clássica e a constitucional.⁴

Lenio Luiz Streck (2014, p. 345-347) afirma que a Constituição que estabelece o Estado Democrático de Direito “passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico”, pois garante as relações democráticas entre Estado e sociedade. Os princípios constitucional “são deontológicos, normas jurídicas com ampla força normativa”, que resgatam o mundo prático no direito, superando o modelo de regras do positivismo, trazendo “para dentro do direito os conflitos sociais e todos os demais elementos que não faziam parte, até então das ‘preocupações do positivismo’”.

Atualmente, a interpretação constitucional encontra limites nos métodos e princípios dessa nova hermenêutica constitucional, uma vez que o texto normativo possui vários significados e o interprete decidirá dentro de uma realidade histórica e social de seu tempo, considerando o direito não em parte mas como um todo, proporcionando segurança nas relações jurídicas.

⁴ Para aprofundar o tema ler PEREIRA, 2006, p. 99-101.

4 AVANÇOS E DESAFIOS DA HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

No Estado Democrático de Direito a Constituição ocupa o centro do sistema jurídico, o que proporciona o surgimento de novos métodos de interpretação pautados em valores e princípios constitucionais. A hermenêutica constitucional se ocupa da interpretação e compreensão do texto constitucional, com tudo aporte que será necessário para que a argumentação jurídica justifique tal interpretação, mas não com a argumentação em si.

Destaca-se que diante dos inúmeros desafios econômicos, sociais e políticos do novo cenário mundial, surge o neoconstitucionalismo como uma concepção teórico-ideológica cujos objetivos são, além de preservar os valores mais caros do constitucionalismo, adaptá-los a este novo cenário, propondo modificações e adaptações que possibilitem um melhor desempenho e eficácia do Estado, do Direito e da Constituição na dinâmica social. (MINHOTO, 2013)

O neoconstitucionalismo “busca, concretamente, uma sincera e real valorização da constituição como instrumento modelador das relações sociais, como uma instância irradiadora de valores, de princípios norteadores, de linhas de atuação, de bases interpretativas e conceituais”. (MINHOTO, 2013)

A nova interpretação constitucional “é fruto de evolução seletiva” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 333), que tanto conserva conceitos tradicionais como trabalha com diferentes categorias, como as cláusulas gerais, a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação de valores e a argumentação.

Por meio da hermenêutica constitucional é que se torna possível a efetivação e concretização dos direitos fundamentais, como o direito à alimentação previsto constitucionalmente. Não por meio de livre criação de normas decisão, mas pela correta aplicação de princípios e regras constitucionais, a partir da compreensão dos valores inseridos na Lei Maior.

A hermenêutica “realiza a interpretação da faticidade humana”, sendo importante “não só como forma de interpretação das regras jurídicas, mas também como uma forma de adequá-las às constantes modificações sociais”, dando efetividade aos direitos humanos fundamentais garantidos constitucionalmente. (NASCIMENTO, 2009, p. 154)

O próprio texto da Constituição Brasileira de 1988, que apesar de ser relativamente

estático, sofreu diversas alterações ao longo desses últimos 25 anos por meio de mais de setenta emendas constitucionais, a fim de adequá-lo a uma nova realidade social, em virtude das várias mudanças sociais que ocorreram no período entre 1988 a 2013. Mudanças com relação a direitos dos trabalhadores, a reforma do judiciário, do sistema tributário dentro outras. Todavia, nem todas as mudanças sociais foram alvo de emendas ao texto constitucional.

Ora, na tarefa de interpretação do texto constitucional o juiz precisa realizar uma atividade de contextualização, compreendendo a nova realidade social, as novas doutrinas e jurisprudências. O juiz precisa buscar novos sentidos dentro da formalidade do texto constitucional, apoiado nos métodos e princípios da nova interpretação constitucional, sempre observando a existência do núcleo imutável na constituição brasileira, para alcançar a realização do bem comum, da justiça.

O neoconstitucionalismo alicerça a nova hermenêutica constitucional, na medida que possibilita uma interpretação, compreensão e aplicação nova e libertadora da antiga atividade exegética do positivismo jurídico, num momento jurídico caracterizado pela: a) importância dos valores; b) proteção e promoção da dignidade da pessoa humana; c) efetivação de direitos fundamentais; d) caráter normativo dos princípios; e) mais princípios e uso da ponderação; f) onipotência judicial em substituição à onipotência legislativa; g) presença de uma multiplicidade de valores. (CAMARGO; DOMINGOS, 2012, p. 78)

Na realidade, a hermenêutica constitucional “exige uma interpretação teleológica do ordenamento como um sistema interligado, fundamentado nas normas constitucionais, que têm superioridade hierárquica em caso de eventual antinomia” (SANTOS; EHRLICH, 2012, p. 10). Porém, alguns desafios são apontados pela doutrina, e precisam ser superados no campo da hermenêutica constitucional, como: “a polissemia da linguagem, os conflitos ideológicos de interesse e a necessária abstração das normas” (SANTOS; EHRLICH, 2012, p. 4), além da correta aplicação dos princípios e o ativismo judicial.

Lembrando-se que há o entendimento jurídico de que os princípios uniformizam a interpretação, estão vinculados a regras, pois não pode existir princípios sem regras nem vice-versa. Os princípios não podem ser criados de forma indiscriminada, sem suporte legal ou contra a própria lei.

Com relação ao ativismo judicial, este cresce no Poder Judiciário brasileiro em relação as causas que versam políticas públicas, todavia não se pode permitir a criação de normas decisão a partir de “parâmetros aleatórios”, isoladas, que não sejam compatíveis com a efetivação de direitos humanos fundamentais, com a concretização do estado democrático

brasileiro, sem sintonia com o texto constitucional, que é o norte e limite para a correta interpretação. (CAMARGO; DOMINGOS, 2012, p. 79-80)

Kelly Suzane Alflen da Silva (2013) ainda aponta a necessidade de se “retirar a tarefa hermenêutica de uma concepção tradicional de metodologia como arte de justificação”, passando para uma “concepção pós-positivista” onde a produção jurídica se baseia na “hermenêutica da faticidade e gadameriana”. Para essa doutrinadora,

a hermenêutica jurídica não pode permanecer limitada ao emprego dos cânones interpretativos, que têm por base tão só (con)texto do texto como os filólogos têm, i.e., por uma parte, a forma representativa ou, em outros termos, a objetividade e, por outra parte, o espírito objetivado (*E.Betti*), quer dizer, a subjetividade (*Fr.Schleiermacher-E.Betti*); nem ao menos fundada em um mundo histórico tal qual nexos interior da vivência (*W. Dilthey*), porque a realidade não pode ser reduzida, de forma alguma, a um psicologismo (*mens legislatori*) ou a um objetivismo (*mens legis*) puro, baseado em uma orientação da teoria do conhecimento tradicional (S&O). (SILVA, 2005, p. 10)

Nessa linha de pensamento, a interpretação constitucional deve ser de concretização, uma vez que a norma é construída na realidade fático-axiológica, e para que ocorra a efetivação da norma constitucional é necessário que se considere a realidade e a dinâmica social, com as constantes mudanças de costumes sociais.

David Diniz Dantas (2005, p. 293) entende que não há metodologia ideal no campo da hermenêutica, que é inviável um sistema metodológico “que seja capaz de conduzir o julgador a conclusões de acerto indubitável”, em decorrência da “pluralidade de valorações possíveis e que leva o interprete à necessidade de sopesar princípios”. Ademais, a neutralidade do método não garante uma decisão justa.

Wálber Araújo Carneiro (2011, p. 167-168) aponta que um dos problemas da pós-modernidade está em repetir o mesmo erro da modernidade, que seria o da “inexistência de uma razão unificadora que seria responsável por conter as três dimensões do mundo”: a estética, a ética e a ciência; a partir da chamada “hipertrofia estética”. E, no campo da hermenêutica, um novo modelo “deverá romper com o modelo sujeito-objeto e, capitaneado pelo giro linguístico, assumir-se na relação sujeito-sujeito”.

A sociedade contemporânea é complexa, há fragmentação de valores e dificuldade no campo da hermenêutica que precisam ser resolvidos, quando da aplicação do direito ao caso concreto. Para tanto será necessário diferenciar ontologicamente o texto da norma, bem como a sua aplicação dentro dos limites de legitimação democrática. (CARNEIRO, 2011, p. 170-171)

Lenio Luiz Streck (2014, p. 358-361) combate o modelo sujeito-objeto, o decisionismo e a discricionariedade. Para ele, apesar das palavras da lei serem vagas ou

ambíguas, o interprete não pode atribuir sentido a lei que melhor lhe convier. A hermenêutica vem socorrer o interprete! São várias as tentativas de estabelecer cânones hermenêuticos ligados a objetividade ou subjetividade do interprete, ou conjugar estas teses; todavia, a hermenêutica precisa operar um “salto da causalidade para a existência, das objetificações e subjetivismos para o acontecer histórico”.

Nem texto, nem tão pouco os fatos sociais podem ser vistos como objetos. O interprete não contempla o objeto para “(re)construí-lo”. O interprete precisa ser alguém inserido na linguagem, da qual o objeto faz parte... o que somente ocorre a partir do chamado giro ontológico-linguístico. A linguagem não é um terceira coisa (um objeto) que se interpõe entre o sujeito e objeto, mas é algo que o interprete já tem e está mergulhado. (STRECK, 2014, p. 362-363)

Nesse diapasão, a hermenêutica não pode ser mera reprodução, mas sim produção, pois o interprete da Constituição é uma pessoa inserida na história, no meio cultural. E isso, para Streck somente ocorre pela compreensão, pois “pela compreensão é que é possível interpretar”, sendo que a “ontologia hermenêutica da compreensão baseia-se na tradição, na qual reside a pré-compreensão”. A compreensão é “um processo de aproximação em desenvolvimento, que se produz de forma circular, o sujeito e objeto se aproximam, em um processo de compreensão, um ao outro”. (STRECK, 2014, p. 364-366)

O jurista não pode se conformar com os horizontes delimitados pela doutrina e jurisprudência dominantes, a velha hermenêutica onde a linguagem é um terceira coisa entre o sujeito e o objeto, mas sim aplicar o texto jurídico de acordo com “os objetivos e os cânones do Estado Democrático de Direito, que funciona como a nova linguagem (condição de possibilidade)”, que junto aos cânones tradicionais “*proporciona o desvelar do ser do (daquele) ente (o texto jurídico e sua inserção no mundo)*”. (STRECK, 2014, p. 369-370)

5 CONCLUSÃO

Hermenêutica é compreensão, é incidibilidade entre a interpretação, aplicação e concretização da norma jurídica. No decorrer dos anos a hermenêutica ganha contornos específicos no constitucionalismo, uma vez que a Constituição passa a ser o ponto de partida da atividade interpretativa.

A Hermenêutica Constitucional surge em decorrência da natureza da norma constitucional, da sua supremacia em face das demais normas infraconstitucionais, bem como

do surgimento do sistema de controle constitucional dos atos normativos infraconstitucionais, não se confundindo com a hermenêutica jurídica.

Muitos foram os avanços no campo da interpretação constitucional. Sem dúvida, a hermenêutica constitucional abre novas possibilidades, uma nova compreensão, que questiona antigos cânones, que trabalha sob o prisma do Estado Democrático de Direito e sua principiologia, que possibilita um novo manifestar, uma nova construção da norma que é produto da interpretação do texto.

Entretanto, ainda restam desafios a serem superados. A Constituição precisa ser concretizada. Os direitos fundamentais nela dispostos precisam ser efetivados, e isto ocorrerá por meio da hermenêutica. Apesar de não existir um método que garanta uma correta interpretação, é possível uma interpretação, aplicação e concretização da norma jurídica imersa na historicidade e faticidade, que trabalhe as questões concretas de uma sociedade complexa.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *In*: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acessado em 02 de fev. 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

CAMARGO, Daniel Marques de; DOMINGOS, Fernanda Cristina Rosseto. Ativismo judicial: limites, possibilidades e reflexos na efetivação de direitos humanos fundamentais. *In*: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos (Org.). **Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional**. Birigui: Editora Boreal, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. São Paulo: EPU/Edusp, 1973.

CONSELVAN, Jussara Seixas. **O papel da hermenêutica constitucional na concretização dos direitos fundamentais**. In: Revista Direitos Fundamentais & Democracia. Unibrasil, Vol 5, 2009. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>>. Acesso em: 09 de janeiro de 2014.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos**. São Paulo, Madras, 2005.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Vozes, 1997.

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

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RCS, 2005.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

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

_____. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1983.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. **Neoconstitucionalismo e os novos desafios da teoria constitucional**. Disponível em <<http://repositorio.uscs.edu.br/handle/123456789/199>>. Acessado em 02 de fev. 2013.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: RT, 2008.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática: fundamentação/aplicação da norma jurídica na contemporaneidade. *In: Revista Direito GV*, São Paulo, jan-jun 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. *In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. **Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTOS, Murilo Angeli Dias dos; EHRlich, Priscila Aparecida. O que é isto – a Hermenêutica Constitucional?. *In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos (Org.). Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional*. Birigui: Editora Boreal, 2012.

SILVA, Kelly Suzane Alflen da. Interpretação e Concretização Normativo-Constitucional. *In: Revista Direito Público*, Nº 27 – Maio-Jun/2009, p. 46-47. Disponível em <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/issue/view/56>>. Acessado em 02 de fev. de 2013.

_____. Hermenêutica constitucional na fundamentação contemporânea. *In: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da; SILVA, Kelly Suzane Alflen da (Org.). Temas fundamentais do direito*. Canoas: Ed. ULBRA, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2014.

VALDÉS, Jorge A. Tapia. **Hermenêutica constitucional: la intepretación de la Constitución em Sudamérica**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1973.

VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.