

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E CONDIÇÕES DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS AND CONDITIONS OF EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Jeison Giovani Heiler¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Delimitação do problema da eficácia dos direitos fundamentais; 2. Há uma efetividade possível? – Crítica da interpretação clássica; 2.1 A compreensão do porquê da inefetividade da Constituição; 2.2 Por uma hermenêutica crítica e transformadora; 3. Eficácia constitucional uma questão hermenêutica; 3.1 A (necessária) assunção do cunho axiológico dos direitos fundamentais; 4. Respostas da hermenêutica crítica para o problema da inefetividade dos direitos humanos; Considerações Finais; Referência das fontes citadas.

RESUMO

O artigo trata do problema da inefetividade dos direitos e garantias fundamentais. Investigam-se as possibilidades de efetivação, das normas constitucionais que estariam apenas adornando o corpo constitucional, através de uma hermenêutica crítica e desveladora, já que o sentido da Constituição, e com ela o sentido do Estado Democrático de Direito, permanecem velados, em estado de dormência sob o véu de inautenticidade, fruto de um *sentimento comum teórico* que permeia o ideário dos operadores de direito. A pesquisa tem por escopo assim, indicar qual o grau de efetividade dos direitos e garantias fundamentais esculpidos na Constituição de 1988, investigando a existência de uma solução hermenêutica que melhor atenda os fins constitucionais, especificamente no que tange aos direitos e garantias fundamentais. Conclui-se o artigo apontando-se para a (necessária) assunção do cunho axiológico dos direitos fundamentais, que se revestem, com Alexy, do caráter de princípios, aos quais não pode ser negada, pela sua natureza, efetividade. Assim, aos direitos fundamentais com roupagem de princípios aplicar-se-ia uma interpretação diferenciada, com base em *metaprincípios* como o da proporcionalidade e outros decorrentes da própria organização do Estado, como o da máxima efetividade, da unidade e da força normativa da constituição, sempre atentando-se para o

¹ Doutorando em Ciência Política - UNICAMP. Mestre em Sociologia Política - UFSC. Bacharel em Direito e Especialista em Direito Previdenciário - UNERJ/SC. Professor Universitário CATOLICA/SC e UNIASSELVI/FAMEG/KROTON

respeito à princípios como o da Dignidade da Pessoa Humana, que figura como fundamento primeiro do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica Constitucional; Direitos Fundamentais; Efetividade.

ABSTRACT

This article addresses the problem of ineffectiveness of fundamental rights and guarantees. Investigates the possibilities of realization, the constitutional rules that would just be adorning the constitutional body, through a critical hermeneutics and oriented to uncover, since the meaning of the Constitution, and with it the sense of a democratic state, remain vested in the state dormancy under the veil of inauthenticity, the result of a common feeling that permeates the theoretical ideals of law enforcement officers. The research scope is thus indicate the degree of effectiveness of fundamental rights and guarantees carved in the 1988 Constitution, investigating the existence of a solution that best meets the hermeneutical constitutional purposes, specifically with respect to the fundamental rights and guarantees in order giving them greater effectiveness. We conclude the article by pointing to the (necessary) assumption of axiological nature of fundamental rights, which lining with Alexy, the character of principles, which can not be denied, by their nature, effectiveness. Thus, fundamental rights with drapery principles would apply different interpretation, based on meta principle as proportionality and others arising from the very organization of the state, such as the maximum effectiveness, unity and normative force of the constitution, always paying attention to the respect of principles such as the Dignity of the Human Person, appearing first as the foundation of a democratic state.

KEYWORDS: Constitutional Hermeneutics; Fundamental Rights; Effectiveness.

INTRODUÇÃO

Exsurge da abertura política que antecede o processo constituinte de 1988 e encerra o período militar do Brasil a concepção de um novo modelo político organizacional chamado Estado Democrático de Direito. Esse modelo, rompendo com a tradição política do país atendia aos clamores da sociedade, era fruto de muito sangue e luta daqueles que se opuseram ao regime ditatorial que se instaurara, e inseriu uma gama de direitos que garantiriam a exaltação da *humanidade* do homem em detrimento de práticas excludentes e atentatórias ao gênero humano.

Entretanto, a despeito da expressa consagração do Estado Democrático de Direito na Constituição da República Federativa do Brasil de outubro de 1988, constata-se, no seio da dogmática jurídica, e dos tribunais pátrios, crescentes

discussões em torno da fundamentalidade e efetividade de determinados preceitos garantidores dos mais caros direitos ao ser humano, ou seja aqueles esculpidos nos artigos primeiros da Magna Carta, em especial no Título II que trata dos direitos e garantias fundamentais.

Nesta escala, propõe-se uma pesquisa que investigue as possibilidades de efetivação, das normas constitucionais que estariam apenas adornando o corpo constitucional, através de uma hermenêutica crítica e desveladora, já que o sentido da Constituição, e com ela o sentido do Estado Democrático de Direito, permanecem velados, em estado de dormência sob o véu de inautenticidade, fruto de um *sentimento comum teórico* que permeia o ideário dos operadores de direito.

1. DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Bem lembra Ingo Wolfgang Sarlet², “A história dos direitos fundamentais é também a história da limitação do poder”. Em toda a análise constitucional deve ser presente o entendimento de que mesmo uma ordem constitucional democrática necessita de direitos de defesa, como são classificados alguns destes direitos fundamentais, na medida em que também “(...) *a democracia não deixa de ser exercício de poder de homens sobre homens, encontrando-se exposta às tentações do abuso de poder, bem como pelo fato de que mesmo num Estado de Direito os poderes públicos correm o risco de praticar injustiças*”.³

O problema da eficácia está intimamente ligado ao da força normativa da Constituição, e deste modo com a efetividade das normas constitucionais. O seu estudo justifica-se sobremaneira, na medida em que é urgente a outorga à ordem constitucional e em especial aos direitos fundamentais nela consagrados, sua plena operatividade e eficácia, como condição para a sua efetividade.

E efetividade, nessa linha de pensamento significa, portanto, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social. “*Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social*”.⁴

² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 38

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 171

⁴ BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma

Desse modo, ao tratar-se de eficácia jurídica dos direitos fundamentais, situa-se, na verdade, na “ante-sala de sua efetivação” razão pela qual, justifica Sarlet, o adequado enfrentamento dos problemas suscitados naquela esfera, pode facilitar em muito o trabalho dos que buscam soluções para a efetiva realização dos direitos fundamentais o que é objetivo do presente estudo.

2. HÁ UMA EFETIVIDADE POSSÍVEL? - CRÍTICA DA INTERPRETAÇÃO CLÁSSICA

A interpretação da Constituição de acordo com a metodologia clássica não tem dado conta de resolver a problemática da ineficácia dos direitos e garantias fundamentais. Antes, tais métodos têm servido, invariavelmente, como base de sustentação para a sonegação dos direitos mais caros ao ser humano.

A inadequação da aplicação de tais métodos hermenêuticos à Constituição deve-se num primeiro plano ao fato de que as normas constitucionais apresentam um inegável conjunto de peculiaridades que as tornam singulares em relação às demais normas jurídicas: a superioridade hierárquica, a natureza da linguagem, o conteúdo específico e o flagrante caráter político.

Assim, já se chegou a conclusão, de que à Constituição deve ser aplicada uma interpretação diferenciada, que leve em consideração estes aspectos. Parte da doutrina chega a ponto mesmo de defender que “(...)os métodos tradicionais de hermenêutica jurídica, tornam-se insuficientes para a perfeita concretização da norma fundamental, devendo o exegeta valer-se de *métodos próprios de interpretação constitucional*”, conforme assevera Buechele, supedaneado em doutrinadores do quilate de Canotilho, Sueli Solange Capitula, Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Vicente Barreto⁵.

Entretanto, Lênio Luiz Streck, construindo crítica a hermenêutica e interpretação clássicas nega a existência de um método de interpretação próprio à Constituição:

Arrisco dizer que defender a existência de uma hermenêutica constitucional (*enquanto 'método autônomo'*) é perceber a Constituição como uma ferramenta que está a ‘disposição’ do intérprete, cujo conteúdo vem/virá a ser ‘confirmado’ (ou não) pela técnica específica de interpretação (denominada de hermenêutica constitucional). Pensar assim é transformar

dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.p. 83

⁵ BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 73.

o ente 'Constituição' (que só é no seu ser) em objeto de representação.⁶

Embora negue, uma metódica de interpretação própria, específica da Constituição, Streck defende também uma hermenêutica crítica, transformadora, que entenda a Constituição como algo substantivo, permeado de valores, direitos fundamentais, coletivos. Para ele, a Constituição, assim, deve *constituir-ação*, "mormente porque, no Brasil, nunca constituiu. *No texto da Constituição de 1988 há um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade (direitos fundamentais e democracia) que devem ser resgatados*".⁷

Assevera ainda que é preciso entender, igualmente, que a Constituição somente é perceptível quando confrontada com a sociedade para a qual é dirigida., e que os direitos sociais somente foram integrados à Constituição "exatamente *porque a maioria da população não os têm, ou seja, a linguagem introdutória dos textos relativos aos direitos sociais surgem exatamente a partir de 'sua' falta*".⁸

Desse modo, afirma Streck, a Constituição é também, própria ineficácia da expressiva maioria de seus dispositivos. Assim não é somente um documento que estabelece direitos individuais, sociais e coletivos, mas, mais do que isto, ao estabelece-los, "a *Constituição coloca lume a sua ausência*. Desnudando as mazelas da sociedade".

Eros Grau, chama a atenção para aquilo que chama de *calcanhar de Aquiles da interpretação*:

[...] quando interpretamos, o fazemos sem que exista norma a respeito de como interpretar as normas. Quer dizer, *não existem aquelas que seria meta-normas ou meta-regras*. Temos inúmeros métodos ao gosto de cada um. Interpretar gramaticalmente? Analiticamente? Finalisticamente? Isso quer dizer pouco, pois as regras metodológicas de interpretação só teriam real significação se efetivamente definissem em que situações o intérprete deve usar este ou aquele outro método de interpretar. Mas acontece que essas normas nada dizem a respeito; não existem essas regras.⁹

⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: livraria do advogado 2002, p. 200.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: livraria do advogado 2002, p. 126

⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: livraria do advogado 2002, p. 148.

⁹ GRAU, Eros Roberto. A jurisprudência dos interesses e as interpretação do direito. In: Jhering e o Direito no Brasil. João Maurício Adeodato (org). Recife, Editora Universitária, 1996, p. 79, citado por STRECK, Lênio Luiz, 2002, p. 201.

Em face disso, explica Streck¹⁰, é possível afirmar que a inexistência de um método dos métodos ou um metacritério que estabeleça o “correto” uso da metodologia jurídica, faz com que essa procura resvale inexoravelmente para o terreno da objetificação metafísica.

O que ocorre, é que no final das contas, toda a interpretação sempre será *gramatical* (porque parte de um *texto* jurídico); será inexoravelmente *teleológica* (seria inviável pensar em uma interpretação que não fosse voltada à finalidade da lei, com conseqüente violação à firme determinação do art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil – LICC – que determina que o juiz, na aplicação da lei, atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum); será, igualmente, obrigatoriamente *sistemática* (porque é inconcebível que um texto normativo represente a si mesmo sem se relacionar com o todo).

Dito de outro modo, toda interpretação passa pela subsunção destes critérios, obrigatoriamente. Nesse diapasão, Streck entende não ser desarrazoado afirmar, que os assim denominados métodos ou técnicas de interpretação tendem a objetificar o direito, impedindo o questionar originário pelo sentido do Direito na Sociedade. Sintetiza dizendo que “pensar na interpretação jurídica como produto de método (s), é pensar que o conjunto normativo, é algo nu/carente de sentido, que irá receber, da nossa compreensão *subjetiva* determinada significação, como se essa significação fosse dada pelo sujeito (do conhecimento) a um objeto, quando com ele ‘confrontado’”.¹¹ E pensar assim, para Streck, é um equívoco, porque o que existe, de início, é precisamente a relação do sujeito com o mundo (Direito, textos normativos, Constituição, etc.).

Citando Castanheira Neves, Streck lembra, para firmar a incompatibilidade existente entre compreensão hermenêutica¹² e método “*que a interpretação é compreendida como um ato unitário em que concorrem integradamente vários elementos*”.

Desse modo não há que se falar em uma interpretação gramatical, uma interpretação histórica, uma interpretação sistemática, uma interpretação teleológica etc, mas, sim, um elemento gramatical, um elemento histórico, etc., *que concorrem para o ato interpretativo*, e assim por diante.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: livraria do advogado 2002, p. 126

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: livraria do advogado 2002, p. 208

¹² Para Streck a interpretação deriva da compreensão. E esta é condição de possibilidade para a interpretação. “Compreender não é um modo de conhecer, mas um modo de ser. Definitivamente, compreender (e, portanto, interpretar) não depende de um método; por isso, com a hermenêutica da faticidade (fenomenologia hermenêutica), salta-se da epistemologia da interpretação para a ontologia da compreensão”.

Nesse ponto, assevera Streck, a importância da hermenêutica como totalidade, como existencialidade/historicidade e como condição de ser-no-mundo (como resultado do *Dasein*, ou o *ser-aí*). Neste sentido, propõe, a partir da hermenêutica delineada nas reflexões acima, “eliminar o caráter de ferramenta da Constituição: a Constituição não é ferramenta – é constituinte”.¹³

2.1 A compreensão do porquê da inefetividade da Constituição

A investigação acerca da existência de uma hermenêutica que resgate a fundamentalidade dos direitos humanos, e sua conseqüente efetividade, questão que é objeto maior da presente reflexão, deve passar obrigatoriamente pela compreensão do porquê da incontestável inefetividade destes direitos.

Nesse sentido, Lênio Luiz Streck, demonstra estar convencido da existência de uma “crise de paradigmas que obstaculiza a realização (acontecer) da Constituição (e, portanto, dos objetivos da justiça social, da igualdade, da função social da propriedade, etc.): trata-se das crises dos paradigmas objetivista aristotélico-tomista e o da subjetividade (filosofia da consciência), bases da concepção liberal-individualista-normativista do Direito”.¹⁴

Essa crise paradigmática a que se refere Streck, foi alvo da atenção, além do próprio autor, de Gadamer, Boaventura de Santos Souza, Luis Roberto Barroso, Edmundo Lima de Arruda Jr. dentre outros autores. Ivone Fernandes Morcilo Lixa, na obra “Hermenêutica e Direito, Uma Possibilidade Crítica”, trata com muita propriedade da temática. Analisa a construção do pensamento hermenêutico moderno afirmando que “o grande desafio foi o de criar técnicas interpretativas assentadas em critérios metodológicos capazes de enfrentar o monopólio da interpretação até então exercido pelo poder do Monarca e do Clero medieval. Entretanto, lembrando Edmundo Lima de Arruda Jr, a autora conclui que essa luta contra o absoluto “acabou por criar um instrumental automatismo técnico, enraizado no modelo de pensamento dominador eurocêntrico, um tipo de racionalidade técnica, típica do mundo industrial”.¹⁵

Assim, o idealismo sob o dogma da neutralidade acabou por legitimar

¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: livraria do advogado 2002, p 210.

¹⁴ I STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: livraria do advogado 2002, p. 187

¹⁵ ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de, **Direito Moderno e Mudança Social – Ensaios de Sociologia Jurídica**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997, p.111, citado por LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Hermenêutica & Direito – Uma Possibilidade Crítica**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 143.

“cientificamente”, leciona Lixa, as relações de dominação impostas pela ordem capitalista através do artificialismo do racionalismo moderno. Entretanto:

As falácias do objetivismo idealista – comum ao jusnaturalismo racionalista e positivismo normativista – não mais se sustentam quando evidenciada sua função ideológica (...) que servem antes de tudo, para legitimar a institucionalização de uma ordem dominante perversa e excludente.¹⁶

A crise da dogmática jurídica é flagrante, e o exemplo mais significativo desse processo de progressivo desajuste estrutural das instituições jurídicas é *a gradual perda da funcionalidade da própria idéia de Estado de Direito*, este, um dos aspectos angulares da concepção de legitimidade forjada pelo liberalismo jurídico.

Essa crise, é desvelada por obra da consciência histórica do Direito, que denuncia a maneira pela qual a razão iluminista burguesa, tida em princípio como uma utopia revolucionária capaz de conceber o direito moderno como sistema de garantia contra o arbítrio ilimitado do poder, num segundo momento adquire e privilegia o caráter instrumental da ordem jurídica. De forma que *“A razão, defendida por Kant, foi paulatinamente perdendo seu caráter libertário, ofuscando o sonho idealizado de eliminar o sofrimento humano através da tecnologia e da ciência”*.¹⁷

Muito pelo contrário, a razão não liberta, apreendida pelo capitalismo monopolista, aliando-se ao desenvolvimento meramente técnico, transforma o conhecimento num instrumento de dominação e manutenção de uma ordem exploradora, excludente e perversa, em desrespeito flagrante aos mais básicos e fundamentais direitos do homem, que por obra desta mesma razão, tecnicista, são constantemente renegados, ainda que expressamente positivados na ordem constitucional.

Toda compreensão, adverte Gadamer, começa quando o intérprete é interpelado. Ou seja, “para compreender, temos que por entre parênteses os *pré-juízos*, e estes *pré-juízos* devem ser compreendidos/suspensos ‘como’ *pré-juízos*, onde o ‘como’ é condição de possibilidade para o ‘*por-entre-parênteses*’”.¹⁸

Mais do isso, para Streck, interpretar não é apenas tomar conhecimento do que

¹⁶ LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Hermenêutica & Direito – Uma Possibilidade Crítica**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 150.

¹⁷ LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Hermenêutica & Direito – Uma Possibilidade Crítica**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 152.

¹⁸ Citado por STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: livraria do advogado 2002. p. 192.

se compreende, mas tomar as rédeas da compreensão, elaborar as possibilidades projetadas nela projetadas, rompendo-se com o inautenticidade na aplicação do Direito, dentro da qual os pré-juízos não esclarecidos perdem-se na repetição continuada do que *sempre tem sido*.

2.2 Por uma hermenêutica crítica e transformadora

Fator preponderante, no Brasil, para a inefetividade da Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito é o fenômeno da “baixa constitucionalidade”. Ou seja, o estado de latência em que se encontra a Constituição, encoberta por uma tradição inautêntica de interpretar o direito, crente ainda na neutralidade do intérprete, e nos velhos cânones hermenêuticos, pretensamente científicos, próprios para descortinar o sentido avalorativo, não-ideológico, apolítico contido na norma.

As considerações tecidas até agora procuram negar tudo isso, a neutralidade do intérprete, a ineficácia dos cânones hermenêuticos tradicionais e seu caráter falsamente científico. Procurou-se demonstrar o caráter ideológico, político das normas e daí o seu cunho valorativo.

Completando o ciclo para romper com essa tradição (inautêntica), dentro da qual os textos jurídicos, e em especial os direitos fundamentais são tornados ineficazes, afigura-se, nas lições de Streck¹⁹, seria necessário, antes de tudo, *pensar* o sentido da Constituição, a partir de uma teoria da Constituição adequada às especificidades de um país periférico que é o Brasil. O que implica necessariamente entender o sistema jurídico como mecanismo prático, *capaz de provocar mudanças na realidade*. Afastando a (falsa) idéia de que ao Direito cumpre apenas regular as relações da sociedade objetivando manter a paz social. Essa idéia é típica do modelo liberal-burguês do direito, e essa paz social a que se refere, se identifica com a manutenção do *status quo*, da ordem posta, dominadora e excludente.

No topo do ordenamento jurídico está a Constituição. Esta Lei Maior, frisa Streck, “deve ser entendida como algo que constitui a sociedade, isto é, é preciso entender que a constituição do país é a sua Constituição”. Em outras palavras, é a Constituição de um país o seu maior fundamento, é nela que estão os pilares que dão a sustentação política do Estado. E no caso do Brasil, estes pilares foram amoldados na forma da de um Estado Democrático de Direito, de um Estado Social, cujo cerne, são os direitos fundamentais do homem.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: livraria do advogado 2002. p. 660.

Por esse motivo entende-se que no Estado Democrático de Direito, a justiça constitucional assume um lugar de destaque, e na omissão do Poder Executivo e do Poder Legislativo, respeitado esse limite, cabe-lhe intervir, para evitar o solapamento da materialidade da Constituição - concretizar os direitos fundamentais-sociais.

Nunca é demais lembrar que o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, são instrumentos previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro para procurar dar *efetividade* às normas constitucionais.

Diante dessa problemática, amplia-se o dilema: como dar efetividade aos direitos fundamentais, através de uma via hermenêutica, se nem mesmo os instrumentos *positivados expressamente* no bojo da Constituição são capazes de fazê-lo? Ou, colocando-se o dilema de outro modo, se nem mesmo um *instrumento expresse* consegue dar efetividade à Constituição, como fazer com que um *instrumento desenvolvido no âmbito da teoria do direito, especificamente na teoria da hermenêutica jurídica* possa ser capaz de trazer efetividade aos direitos fundamentais?

A questão, é que na verdade, a problemática proposta revela um sofisma, denunciado pela Teoria Crítica do Direito, pela Hermenêutica Filosófica, que consiste em negar o caráter *instrumental* da hermenêutica jurídica. Assim, “a hermenêutica jurídica ganha novos contornos de uma teoria de compreensão do Direito, abandonando o velho rótulo de teoria da interpretação e aplicação do direito positivo”.

E se, de um lado, os interesses dominantes “operacionalmente criam *instrumentos de neutralização, repressão e exclusão das tensões, buscando manter os conflitos em estado de latência*, (...) de outro, as contradições geradas por esta mesma ordem não conseguem dar conta das rupturas com os padrões de unidade e hierarquia, perdendo assim, sua própria operacionalidade”.²⁰

Constata-se assim que os direitos fundamentais, no mais das vezes, têm sua eficácia negada justamente através da aplicação dos tradicionais cânones de interpretação. Ou seja, instrumentaliza-se a negativa de efetividade através da aplicação de um determinado método de interpretação. Deste modo, por mais que esteja expressamente prevista na Constituição uma solução para a inefetividade dos direitos constitucionais (caso por exemplo do mandado de injunção), esta sempre vai depender de uma interpretação dada.

²⁰ LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Hermenêutica & Direito – Uma Possibilidade Crítica**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 149.

3. EFICÁCIA CONSTITUCIONAL UMA QUESTÃO HERMENÊUTICA

3.1 A (necessária) assunção do cunho axiológico dos direitos fundamentais

A mudança de perspectiva, tendo os direitos fundamentais como valores supremos da ordem jurídica positiva, assevera Margarida Maria Lacombe Camargo, importa necessariamente no lançamento de um dimensão valorativa sobre ela, “*de forma a ser compreendida em sua unidade axiológica*”.²¹

O sistema jurídico, para a autora, devendo exprimir a unidade aglutinadora das normas singulares, não pode, pelo que lhe toca, consistir apenas em normas; antes deve apoiar-se nos valores que existam por detrás delas ou que nelas estejam compreendidos.

Neste sentido, Margarida Maria Lacombe Camargo²², lembra os ensinamentos de Dworkin e Alexy, que aproximam a idéia de princípio e valor, vistos como categoria normativa. Enquanto o primeiro, Dworkin, ressalta a importância dos princípios como pautas valorativas a integrar a ordem jurídica e comandar a interpretação constitucional, o segundo, Alexy, identifica os princípios como valores revestidos de normatividade, a compor uma ordem deontológica.

A partir daí é que se procura reconhecer uma nova racionalidade jurídica, capaz de lidar com os valores, normativamente corporificados, sob a forma de princípios.

4. RESPOSTAS DA HERMENÊUTICA CRÍTICA PARA O PROBLEMA DA INEFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Robert Alexy afirma que os direitos fundamentais encontram-se consagrados na Constituição sob a forma de princípios “Os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, tem a natureza de princípios e são mandados de otimização”.²³

Tal concepção importa na assunção por completo da verdadeira carga valorativa

²¹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Eficácia Constitucional: Uma questão hermenêutica**. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu, RODRIGUEZ, José Rodrigo. (Orgs.). **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 374

²² I CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Eficácia Constitucional: Uma questão hermenêutica**. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu, RODRIGUEZ, José Rodrigo. (Orgs.). **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 375.

²³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. Malheiros: São Paulo. 2009. p. 575.

que reveste os direitos fundamentais (pilares que são do Estado Social e Democrático de Direito, exurgente do processo constituinte de 1988). Desta forma "os direitos fundamentais excluem alguns conteúdos como constitucionalmente impossíveis e exigem alguns conteúdos como constitucionalmente necessários"²⁴

Potencialmente, portanto, não há como estabelecer o seu alcance, deixando-os ao comando da razão prática, que se sustenta na ação correta. De pronto, porém, Margarida Maria Lacombe Camargo aponta, essa questão encontra suporte no recém chamado princípio da proporcionalidade "que entendemos como um metaprincípio, à medida que orienta a aplicação dos demais, de conteúdo substancial enquanto manifestações de direitos (...)".²⁵

Retomando Robert Alexy em virtude da vigência de normas de direitos fundamentais "o sistema jurídico tem a natureza de um sistema jurídico substancialmente determinado por meio da constituição".²⁶

Desta forma a doutrina parece apontar para a solução do problema da efetividade dos direitos fundamentais, primeiro, no seu reconhecimento como *princípios norteadores do Estado Democrático de Direito*, e, segundo, na utilização de *metaprincípios* na aplicação dos princípios matérias, substanciais.

O princípio da proporcionalidade, desse modo, visa praticamente garantir a justa medida de aplicação dos direitos ou princípios que venham a incidir sobre o mesmo caso concreto.

De outro lado há que se dizer que Eros Grau, não concorda com a definição dada de *princípio* da proporcionalidade como "princípio". Para ele tanto proporcionalidade como razoabilidade "são, destarte, postulados normativos de interpretação/aplicação do direito – um novo nome dado aos velhos e desprezados cânones de interpretação -, e não princípios".²⁷

Para Eros Grau, portanto, a proporcionalidade não consubstancia princípio "dado que – como salienta Alexy [1986:1000, nota 84] – adequação necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas em relação a algo

²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. Malheiros: São Paulo. 2009, p. 543.

²⁵ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Eficácia Constitucional: Uma questão hermenêutica**. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu, RODRIGUEZ, José Rodrigo. (Orgs.). **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 369-390. p. 384.

²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. Malheiros: São Paulo. 2009. p. 543.

²⁷ GRAU, Eros Roberto. Interpretação e crítica da ordem econômica na constituição de 1988. In: **A ordem econômica da constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 181.

diferente; não se passa que algumas vezes tenham procedência, outras não”.²⁸ O que se pergunta, argumenta o autor, é se essas exigências são satisfeitas ou não e se sua não-satisfação traz como consequência a ilegalidade, “daí por que essas três exigências, nas quais se desdobra a proporcionalidade em sentido amplo, são classificadas como regras”.²⁹

Oportuno nessa discussão a diferenciação feita por Eros Grau, acerca do que sejam regras e princípios. Em primeiro lugar, com Boulanger, afirma que a generalidade da regra jurídica é diferente da generalidade de um princípio jurídico. A regra é genérica porque estabelecida para estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos, inobstante, não regula senão *tais* atos e fatos, já o princípio, ao contrário, é genérico porque comporta uma infinidade de aplicações, podendo ser *a priori* aplicado a quaisquer atos ou fatos.

Em segundo lugar, citando Canotilho, *in verbis*

(1) Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem proíbem) que é ou não cumprida (...); a convivência dos princípios é conflitual; a convivência das regras é antinômica. Os princípios coexistem; as regras excluem-se.

(2) Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem como as regras à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço aberto para qualquer outras solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais, nem menos.

(3) Em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou *standards* que, em ‘primeira linha’ (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm ‘fixações normativas’ *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias.

(4) Os princípios suscitam problemas de *validade e peso*

²⁸ GRAU, Eros Roberto. Interpretação e crítica da ordem econômica na constituição de 1988. In: ____ **A ordem econômica da constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros. 2012, p. 179.

²⁹ GRAU, Eros Roberto. Interpretação e crítica da ordem econômica na constituição de 1988. In: ____ **A ordem econômica da constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros. 2012, p. 179.

(importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas).³⁰

O terceiro traço apontado por Eros Grau é que a diferenciação surge *exclusivamente* no momento da interpretação/aplicação de modo que apenas no curso do processo de interpretação, o intérprete poderá decidir se há ou não conflito entre regras ou colisão de princípios.

Dessa contribuição dada por Eros Grau, é possível afirmar, que de fato, a proporcionalidade não afigura-se mesmo como um princípio, mas, como quis Alexy, um *metaprincípio*, propriamente como um novo cânone de aplicação/interpretação do direito, um cânone que adquire um formato totalmente inovador, vez que não dirigido à mera aplicação de regras jurídicas, mas de princípios, com assumida carga axiológica, que nem por isso deixam de ser norma jurídica.

Eros Grau destaca a importância dos princípios afirmando que “cada direito não é um mero agregado de normas, porém um conjunto dotado de unidade e coerência – unidade e coerência que repousam precisamente sobre os seus (dele=de um determinado direito) princípios. Justifica aí a ênfase que atribui à afirmação de que *os princípios são normas jurídicas*, e de que a interpretação da Constituição, por isso, é dominada pela força dos princípios.

A distinção dessa nova construção teórica, é que a partir daí, os direitos fundamentais, em especial os direitos fundamentais como direitos à prestações (direitos sociais, políticos e econômicos), já não podem ter sua eficácia negada; já não faz mais o menor sentido (des)classifica-los em normas de eficácia contida, ou ainda em normas programáticas, praticamente sem eficácia nenhuma, justamente porque não se faz esta distinção entre os princípios, ou seja enquanto princípios, inexistente hierarquia entre os direitos fundamentais e inexistente diferenciação quanto aos níveis de eficácia. Os direitos fundamentais, cada qual, com sua específica roupagem representam um determinado valor na ordem do Estado Democrático de Direito, valores estes que não podem ser negados, sob pena de negar-se o próprio Estado Democrático.

Dentro dessa nova perspectiva é que se fala em interpretação através da ponderação de bens, proporcionalidade e razoabilidade, sempre, tendo-se em mente o maior pilar do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana.

³⁰ CANOTILHO. J.J. Gomes. 1991, p. 173-174 *citado por* GRAU, Eros Roberto. Interpretação e crítica da ordem econômica na constituição de 1988. In: **___A ordem econômica da constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 175-6.

Fácil portanto notar-se, no dizer de Margarida Maria Lacombe Camargo, que

O estado Democrático de Direito, na sua dimensão pós-positivista, em que os direitos fundamentais, na qualidade de valores objetivos a conformarem a ordem jurídica positiva, ganham proeminência, tem no princípio da proporcionalidade a orientação básica da hermenêutica jurídica constitucional (...). O que antes o senso comum nos tribunais entendia como razoável, agora possui critérios para a sua utilização.³¹

Daí é possível dizer que há uma necessidade lógica e até axiológica de postular um “princípio da proporcionalidade”, para que se possam respeitar normas, como os princípios, e, logo, também as normas de direitos fundamentais, que possuem o caráter de princípios, tendentes a colidir.

Portanto, uma vez acertado serem as normas consagradoras de direito fundamentais verdadeiros princípios jurídicos, cabe agora situa-las na CRFB/88, ordenamento constitucional objeto desse estudo.

Como é sabido, esse ordenamento é passível de ser representado figurativamente na forma piramidal, segundo a clássica proposta de Kelsen, no qual o ordenamento jurídico é visto como uma ordem escalonada de normas, que parte das mais concretas e particularizadas na base, recebendo validação pelas normas que lhe são superiores até chegar-se à “norma hipotética fundamental”, no topo da pirâmide.

Pois bem, pondo de lado os aspectos particulares e as discussões que envolvem essa concepção, que não são objetos do presente estudo, tem-se, com base no que afirma o Professor Guerra Filho que no caso do ordenamento pátrio, está a ocupar o *cume* dessa pirâmide um princípio que representa a *decisão política fundamental* tomada pelo povo brasileiro, que levou à reunião de seus representantes na Assembléia nacional Constituinte e à ruptura com a ordem constitucional anterior. Esse princípio, leciona o Professor, “é anunciado já no ‘Preâmbulo’ da nossa Carta Constitucional, a qual só poderia desempenhar a função que lhe está reservada (...). Esse princípio maior, dentre aqueles enunciados na nossa Constituição, é o ‘Princípio do Estado Democrático’”.³²

Assim, tratando-se da questão de eficácia de direito fundamental, não há que se

³¹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Eficácia Constitucional: Uma questão hermenêutica.** In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu, RODRIGUEZ, José Rodrigo. (Orgs.). **Hermenêutica Plural.** São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 386.

³² GUERRA FILHO, **Hermenêutica Constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu, RODRIGUEZ, José Rodrigo. (Orgs.). **Hermenêutica Plural.** São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 397

aplicar as classificações usualmente apresentadas em manuais de direito constitucional pátrio, baseadas nas cargas de eficácia das normas constitucionais. Essas classificações, afirma Guerra Filho, em que pese alguma variação terminológica, costumam ser construídas a partir de um padrão, importado da doutrina italiana, na qual, sustenta já ser questão superada, “em que se teria uma gradação dessa eficácia desde um máximo, quando as normas constitucionais apresentariam ‘eficácia plena’, até um mínimo, registrado nas chamadas ‘normas programáticas’”.³³

Assim, observa-se que, ao passo que as normas garantidoras de direitos fundamentais de acordo com essa nova concepção, não possam possuir “eficácia absoluta”, diante da dimensão pragmática de que estas normas, enquanto princípios, encontram-se em estado de tensão e conflito, nas mesma medida, “não se coaduna com a natureza da norma de direito fundamental sua inclusão no rol das ‘normas programáticas’, para o qual tendem a ser relegados os ‘direitos sociais, econômicos e culturais’, bem mais vulneráveis que os clássicos direitos de liberdade”.³⁴

A preocupação, destaca Guerra Filho, é que a doutrina corrente que trata sobre eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, favoreça a aplicação do que se denominou “procedimentos interpretativos de bloqueio” na interpretação do direitos fundamentais, visando deixar de aplica-los, “o que causaria prejuízos incalculáveis à sua efetividade, dependente, é certo de fatores políticos, mas também de fatores científicos, no campo do direito”.³⁵

Atual ainda, nesse sentido, a lição de Eros Grau³⁶ afirmando que mesmo no período em que a Constituição do País acobertava o regime ditatorial, apontava o caráter *reacionário* de construções em que *se desloca a consagração de direitos fundamentais para normas programáticas*, evitando assim, sua aplicabilidade imediata pelos poderes estatais, em virtude da falta de norma regulamentadora.

Dessa forma assumiria relevância pugnar-se pelo afastamento desses procedimentos interpretativos de bloqueio, que como visto, são representativos

³³ GUERRA FILHO, **Hermenêutica Constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu, RODRIGUEZ, José Rodrigo. (Orgs.). **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 399.

³⁴ GUERRA FILHO, **Hermenêutica Constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu, RODRIGUEZ, José Rodrigo. (Orgs.). **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 400.

³⁵ GUERRA FILHO, **Hermenêutica Constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu, RODRIGUEZ, José Rodrigo. (Orgs.). **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002., p. 400.

³⁶ Grau, Eros Roberto. “A Constituição Brasileira e as Normas Programáticas”. In: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 42

da tradicional hermenêutica jurídica, investigando-se outras formas de se levar a cabo a aplicação/interpretação desses direitos fundamentais, sobretudo, de forma que não se dê margem à negação de sua efetividade.

Assim, embora parte da doutrina da nova crítica do direito, e entre eles Lênio Luis Streck, neguem a exigência de uma metódica de interpretação própria à Constituição, cumpre dizer que os autores mais vanguardistas pugnam por ela, entre eles Canotilho, e Bonavides, cujas lições em sede constitucional são de conhecimento obrigatório para quem queira discutir a Constituição.

Nesse sentido, consignando-se que a inteligência do texto constitucional também se dá num primeiro momento recorrendo-se aos tradicionais métodos filológico, ou gramatical, sistemático, teleológico, etc., é certo que a aplicação/interpretação da Constituição se dá, em última análise, em âmbito jurisdicional, onde mais significativamente repercute essa *força especial* dos direitos fundamentais, caracterizada basicamente, segundo exprime Marcelo Lima Guerra³⁷, “*pela combinação do caráter hierarquicamente superior das normas jusfundamentais, com sua aplicabilidade imediata, que torna legítimas todas as soluções compatíveis com elas independentemente do texto legal (infraconstitucional)*”. Certo também, que essa natureza diferenciada entre princípios e regras, suscita a necessidade de se desenvolver uma hermenêutica constitucional igualmente diferenciada, da hermenêutica tradicional. Deste modo, especialmente, em razão da constatação de que os princípios encontram-se em estado latente de colisão uns com os outros, mister é, segundo doutrinam Hesse, Bonavides, Canotilho e Fridrich Muller o emprego de princípios, ou como quer Eros Grau, cânones de interpretação especificamente constitucional, como forma de solucionar-se o problema da (in)efetividade dos direitos fundamentais.

Inobstante a controvérsia que gravita em torno dela³⁸ a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy desenvolve-se como critério hermenêutico para equalização da aplicação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico positivado. Com este escopo Alexy reveste os dispositivos de direito fundamental com o inafastável cunho axiológico, dando-lhes a faceta de princípios, os quais, em se tratando de princípios fundamentais constituiriam-se como mandamentos de otimização que devem sempre ser realizados face ao caso concreto. Para Alexy o único limite que pode haver para a efetivação dos preceitos de direitos fundamentais, sob o manto principiológico, é o conflito com outro dispositivo de

³⁷ Citado por GUERRA FILHO, **Hermenêutica Constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu, RODRIGUEZ, José Rodrigo. (Orgs.). **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 402.

³⁸ A esse respeito o ótimo trabalho de ALMEIDA, Fabio Portela Lopes. Os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia: pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática. In: **REVISTA DIREITO GV**, São Paulo 4(2), P. 493-516, JUL-DEZ 2008

direito fundamental.

Sempre que o aplicador do direito encontrar-se diante de um conflito de preceitos fundamentais em que dois princípios estejam a pedir passagem face ao caso concreto, a solução deve, para Alexy, valer-se de um critério de sopesamento.

O sopesamento é resultado de uma operação hermenêutica que leva em consideração critérios fáticos e jurídicos: do ponto de vista *fático* o aplicador, diante do conflito entre dois princípios oriundos de preceitos fundamentais deve perguntar-se: a) qual o *meio mais adequado* dentre as alternativas fáticas possíveis para solução do caso? e/ou b) o meio exigido para efetivação do princípio colidente é *necessário*? Se no plano fático restarem dúvidas sobre qual princípio deve prevalecer no caso concreto, o aplicador deve valer-se de critérios jurídicos aos quais Alexy chama de sopesamento em sentido estrito ou máxima da proporcionalidade.

A máxima da proporcionalidade é uma operação jurídica hermenêutica que deve levar em conta os diferentes pesos dos princípios colidentes dando-se preferência para a prevelência do princípio de maior importância jurídica à luz dos direitos fundamentais.

Contudo, essa operação hermenêutica não pode ser realizada de forma arbitrária, com vistas a este imperativo Alexy cunhou duas leis de sopesamento, que devem ser entendidas como critérios obrigatórios para aplicação da máxima da proporcionalidade. De acordo com a primeira lei do sopesamento "*quanto maior o grau de não-satisfação (afetação) de um princípio tanto maior terá que ser a importância de satisfação do outro*"³⁹. Dito de outro modo, quanto maior o grau do sacrifício de um determinado princípio colidente, maior deve ser a importância do princípio prevalecente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo, propôs-se primordialmente a fazer uma reflexão sobre o problema da inefetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, procurando num primeiro passo, diagnosticá-lo, ou melhor confirmá-lo enquanto problema, num segundo passo compreende-lo, entendendo o seu porquê, e num terceiro passo apontar caminhos, alternativas que possibilitassem a superação do problema.

³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 167.

No que diz respeito à confirmação do problema, cabe saber que existe mais de uma espécie de direito fundamental e mais de uma dimensão, o que por vezes dificulta o diagnóstico do problema, posto que sempre existirá uma gama de direitos fundamentais que não encontrará dificuldades em ser efetivada.

Analisando-se os direitos fundamentais enquanto direitos à prestações e os direitos de segunda e terceira dimensão, identificados, em última análise, uns com os outros, pode-se enfim confirmar-se o problema, afirmando-se a latente inefetividade destas espécies de direito fundamentais, cujo rol abrange os direitos mais caros ao ser humano, a exemplo do direito a saúde, à aposentadoria, à assistência social, à vida, todos umbilicalmente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A compreensão do porque da inefetividade dos direitos fundamentais igualmente, é de difícil constatação, e dependente do assentimento da própria inefetividade. A doutrina tradicional aponta mais do que respostas para o problema da inefetividade dos direitos fundamentais (direitos prestacionais, de segunda e terceira geração), verdadeiras justificativas. A confirmar essa constatação apenas uma olhadela para a chamada teoria da “reserva do possível”, ou para as teorizações que pugnam temer a quebra do princípio da separação dos poderes quando o judiciário dá efetividade a um texto cuja aplicabilidade, depende do Legislativo, ou ainda para a teorização que defende a existência das ditas “normas programáticas”.

Contudo, superadas essas justificativas, constatou-se que, na verdade, e grosso modo, a inefetividade de parte dos direitos fundamentais se deve ao seu caráter ideológico, e, político, portanto. Isso porque representativos de uma ideologia que não a mesma inspiradora dos direitos fundamentais tidos como direitos de defesa, identificados com os direitos fundamentais de primeira geração.

E para além da motivação ideológica, constatou-se, como razão da inefetividade desta parcela dos direitos fundamentais (direitos prestacionais, identificados com os de segunda e terceira geração) a crise paradigmática na qual encontra-se entranhado o Direito. Lembre-se, que Streck bem denuncia essa crise enquanto “*crise de paradigmas que obstaculiza a realização (acontecer) da Constituição (e, portanto, dos objetivos da justiça social, da igualdade, da função social da propriedade, etc)*”.

Neste sentido, o porquê da inefetividade dos direitos fundamentais encontra resposta na crise, daí que, para interpretar a Constituição (*entendida como o novo, o estranho, o sinistro*), é necessário, primeiro, tornar transparente a própria situação hermenêutica *para que o estranho ou diferente (sinistro) do texto possa fazer-se valer antes de tudo*, isto é, sem que nossos pré-juízos não esclarecidos exerçam aí a sua despercebida dominação e *assim escondam o*

específico do texto.

Portanto, essa compreensão já aponta para o terceiro passo da reflexão, que exige num primeiro plano o rompimento com a tradição inautêntica de interpretar o direito, que têm exercido uma (despercebida) dominação em nome da cientificidade/razionalidade do ato interpretativo, denunciada pela constatação de que os direitos fundamentais, no mais das vezes, têm sua eficácia negada justamente através da aplicação dos tradicionais cânones de interpretação.

Mas não basta romper com a clássica hermenêutica, conclui-se, é preciso apontar para uma nova hermenêutica desmistificadora, capaz de arrancar a Constituição de seu Estado de velamento, lançando a atenção ao fato de que contempla os direitos fundamentais, justamente à luz de sua ausência, ou seja, os direitos fundamentais são contemplados no bojo da Constituição instituidora do Estado Democrático de Direito precisamente porque a imensa maioria da sociedade brasileira é deles carecedora.

Assim, pugna o presente estudo, supedaneado na doutrina referida ao longo do desenvolvimento, pela adoção de uma hermenêutica transformadora, que tenha como centro a realização do Estado Democrático de Direito, no delineamento traçado pela Constituição, tendo como fundamento os direitos fundamentais.

Neste passo, uma das alternativas possíveis, advêm da teorização de Alexy, que reconhecendo a carga valorativa de que são impregnados os direitos fundamentais, a eles atribui o caráter de princípios. De modo, que deixa de ter sentido falar-se de normas de aplicabilidade contida, normas programáticas, ou o que o valha, uma vez que enquanto princípios, deixaria de haver qualquer espécie de (des) classificação que lhes diminuísse o grau de efetividade, esvaziando a força normativa da Constituição.

Evidente que a configuração dos direitos fundamentais como princípios *per si* não resolve o problema hermenêutico, pois estes princípios ainda precisam ser aplicados à concretude dos fatos, de modo, que Alexy elucida a questão à luz do princípio da proporcionalidade, para ele um *metaprincípio* tomado na aplicação dos direitos fundamentais quando estes conflitam entre si.

Assim, o princípio da proporcionalidade, figuraria não como *instrumento* de interpretação, na medida em que o intérprete não poderia abrir mão de sua utilização segundo a própria conveniência, ou conveniência dos grupos que representa. Isso em razão de que enquanto *princípios*, os direitos fundamentais jamais podem ter sua efetividade renegada, de modo que na aplicação concreta de um princípio (direito fundamental) em conflito com outro sempre haverá de ser resolvida pelo sopesamento/harmonização de ambos. Ao fazer isso, o intérprete, ou estará empregando o princípio da proporcionalidade, ou não estará

fazendo o sopesamento entre princípios, com o que a interpretação feita nasce evitada de ilegalidade.

Ao lado do princípio da proporcionalidade, o presente estudo aponta, com base em doutrinadores como Canotilho, Guerra Filho e Buechelle, outros princípios decorrentes do próprio modelo em que se funda o Estado Democrático de Direito que podem ser tomados na interpretação dos direitos fundamentais no sentido de dar-lhes maior efetividade.

Nesta sentido o *princípio do efeito integrador* correspondente à própria soberania popular prevista na CRFB/88 no art. 1º, parágrafo único; o *princípio da máxima efetividade*, à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, expressa no art. 5º, § 1º da CRFB/88; o *princípio da força normativa da Constituição*, aos objetivos fundamentais da República, determinados no art. 3º da CRFB/88; o *princípio da conformidade funcional*, à separação de poderes União, previsto no artigo 2º da CRFB/88,; o *princípio da interpretação conforme a Constituição*, à legalidade do Estado de Direito, assim como o *princípio da unidade da Constituição* correspondente à legitimidade democrática, ambos consagrados no art. 1º da Magna Carta, no *caput* e seus incisos, bem como ao longo de toda a ordem jurídico-constitucional na qual se funda o Estado Democrático de Direito.

O estudo desenvolvido autoriza, por igual, que se aponte o *princípio da dignidade da pessoa humana*, expresso no art. 1º da CRFB/88 como *fundamento* do Estado Democrático de Direito, como princípio a ser tomado em toda a interpretação que se faça do texto Constitucional, especialmente dos textos garantidores de direitos fundamentais, como forma de resguardar sempre, pelo menos, o *mínimo existencial* garantido por este princípio.

Entretanto, acima ainda de qualquer método, ou princípio que possa ser apontado para levar adiante uma interpretação transformadora, mister é, que haja o desvelamento do intérprete do direito, para que *ele* assuma uma postura crítica em relação ao texto normativo, consciente de todos os pré-juízos que o levam a escolher um determinado entendimento em detrimento de outro e do verdadeiro *sentido* da Constituição que como preconiza Streck *Constitui-a-ação*.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. São Paulo: Malheiros. 2009.

ALMEIDA, Fabio Portela Lopes. Os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia: pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática. *In*:

REVISTA DIREITO GV, São Paulo 4(2), P. 493-516, JUL-DEZ 2008

ANDRADE, Christiano José de. **O problema dos métodos de interpretação jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. 168p.

BARRAL, Welber. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. 204 p.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. 300p.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 17 ed. ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 1996. 435p.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Publiesi, Edson Bini, Carlos E. Rodríguez. São Paulo: Ícone, 1995. 239

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. 185 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 793 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2000. 367 p.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 194 p.

BULOS, Uadi Lammego. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. 128 p.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Eficácia Constitucional: Uma questão hermenêutica**. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu, RODRIGUEZ, José Rodrigo. (Orgs.). **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 369-390.

HEILER, Jeison Giovani. Hermenêutica constitucional e condições de efetividade dos direitos fundamentais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999. 1414 p.

_____, **Tomemos a Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COLZANI, Valdir Francisco. **Guia para redação de trabalho científico**. Curitiba: Juruá 2001. 233 p

CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos do direito constitucional. Curitiba: Juruá 2001. 274 p.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos 2002 296 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19. ed.atual. São Paulo: Saraiva, 1995. 260 p.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1997. 169 p.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990, 138 p.

GRAU, Eros Roberto. Interpretação e crítica da ordem econômica na constituição de 1988. In: ____ **A ordem econômica da constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros. 2012.

GUERRA FILHO, **Hermenêutica Constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu, RODRIGUEZ, José Rodrigo. (Orgs.). **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 391-411.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira

HEILER, Jeison Giovani. Hermenêutica constitucional e condições de efetividade dos direitos fundamentais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991. 34 p.

_____. **Elementos de direito constitucional da Republica Federal ad Alemanha.** Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. 576 p.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Hermenêutica & Direito – Uma Possibilidade Crítica.** Curitiba: Juruá, 2003.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. **Os Desafios da Proteção Jurisdicional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.** Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/textos_dh/protjurisd_desc.htm. Página visitada em 11/05/2005.

KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito.** Trad. João Batista Machado. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 427 p.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 426 p.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito:** atualizado de acordo com as últimas normas da ABNT. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004. 329 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 4 ed São Paulo: Malheiros Editores 1999. 269 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: Uma nova crítica do direito.** Porto Alegre: livraria do advogado 2002. 710 p.

Submetido em: Outubro/2013

Aprovado em: Novembro/2013