

## **A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO: UMA POSSIBILIDADE HERMENÊUTICA<sup>1</sup>**

**Ana Maria Borralho Gobbato<sup>2</sup>**

### **SUMÁRIO**

Introdução. 1 Direitos Fundamentais. 1.1 Uma definição formal. 1.2 A dimensão substancial. 1.3 Concretude existencial. 2 Hermenêutica concretista de Konrad Hesse. Considerações Finais. Referências das fontes citadas.

### **RESUMO**

O presente artigo abriga como foco central uma reflexão acerca da efetivação dos Direitos Fundamentais. Trata-se de uma abordagem teórica que tem como objetivo verificar a efetividade do Método Concretista de interpretação constitucional como instrumento de efetivação desses Direitos. O ponto de partida é a conceituação dos Direitos Fundamentais sob três matrizes epistemológicas, o que leva ao reconhecimento do seu caráter aberto e, por sua vez, demanda a necessidade de sua concretização. Da compreensão dessa lógica deriva a descrição perfunctória da Hermenêutica Concretista de Konrad Hesse e a conclusão de que esse Método se apresenta como uma efetiva alternativa de interpretação constitucional para a concretização de Direitos Fundamentais.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais; Hermenêutica Constitucional; Método Concretista.

### **RESUMEN**

El presente artículo tiene como foco central una reflexión referente a la concreción de los derechos fundamentales. Versa sobre una visión teórica e tiene como objetivo verificar la eficacia del Método de Concretista de interpretación constitucional como el instrumento para poner en práctica estos Derechos. El punto de partida es la conceptualización de los Derechos fundamentales bajo de tres matrices pistemológicas, que conduce al reconocimiento de su carácter abierto e, alternadamente, exige la necesidad de su concreción. De la comprensión de esta lógica deriva la descripción sinóptica del Hermenêutica Concretista de Konrad Hesse y la conclusión de que este Método si presenta como alternativa eficaz de la interpretación constitucional para la concreción de Derechos Fundamentales.

**Palabras-llave:** Derechos Fundamentales; Hermenêutica Constitucional; Método Concretista.

### **INTRODUÇÃO**

<sup>1</sup> Artigo elaborado para a disciplina Jurisdição e Processo ministrada pelo Professor Dr. Paulo de Tarso Brandão e aprovado pelo Professor orientador Dr. Paulo Márcio Cruz.

<sup>2</sup> Mestranda do Programa de Mestrado Acadêmico de Ciência Jurídica do CPCJ/UNIVALI na linha de pesquisa Hermenêutica e Princiologia Constitucional, Professora do Centro Universitário de Jaraguá do Sul, Advogada. E-mail: ugobbato@terra.com.br.

A discussão acerca da efetividade dos Direitos Fundamentais é tema que perpassa diversos saberes, pois implica refletir sobre a realização da *dignidade humana* como valor constitucional e inerente ao projeto civilizatório.

A partir da noção valorativa e do caráter aberto dos Direitos Fundamentais, conformadores da ordem objetiva de valores, evidencia-se a necessidade de sua concretização e da adoção de um paradigma hermenêutico.

O método de abordagem sobre o qual se operacionaliza o artigo é o indutivo, por meio do qual se busca compreender o objeto pesquisado dentro de um determinado sistema e a partir de sua interação com a realidade circundante. A escolha dessa base lógica de investigação é consectário do objeto do estudo, pois a compreensão dos Direitos Fundamentais pressupõe a inserção no contexto constitucional e a adoção do *princípio da dignidade da pessoa humana* como paradigma e referencial ético.

Para tanto buscou-se, primeiramente, um delineamento teórico a partir das conceituações formal, material e concretista de Direitos Fundamentais, para então fazer-se menção ao impacto do Método Concretista de interpretação, principalmente no que se refere ao papel exercido pela pré-compreensão do intérprete e pelo âmbito normativo.

## **1 DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A expressão *Direitos Fundamentais* tem seu conteúdo ontológico definido a partir do surgimento do Estado de Direito<sup>3</sup>, que tem como *ratio essendi* a realização e garantia de direitos subjetivos considerados fundamentais e, por óbvio, conferidos a todas as pessoas.

Revela-se, assim, que os Direitos Fundamentais têm como elementos definidores de seu conteúdo os valores considerados essenciais por uma determinada sociedade; e como forma a sua declaração ou positivação.

---

<sup>3</sup> Sobre isso: CRUZ, Paulo Márcio. *Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo*. Florianópolis: Diploma Legal, 2001. p.74

A consequência da incorporação dos Direitos Fundamentais aos textos constitucionais é sublinhada por Paulo Márcio Cruz:

A inclusão destes direitos do homem nos textos constitucionais teve uma consequência quase imediata: a transformação de alguns princípios filosóficos em normas jurídicas. O conceito de direitos humanos ou direitos do homem é uma noção filosófica ou ideológica, noção esta que acata a idéia de que certos direitos são necessários para que se possa falar de ser humano e de dignidade humana. Já o reconhecimento jurídico destes direitos os transforma em normas vinculantes, que não dependem das convicções de cada um.<sup>4</sup>

Nessa linha de raciocínio pode-se afirmar que os Direitos Fundamentais possuem um caráter dúplice na medida em que asseguram situações individuais e concretizam os valores de uma sociedade historicamente determinada.

Conseqüentemente, infere-se que esses direitos possuem, também, um caráter principiológico e material, em consonância com a ordem objetiva de valores de uma sociedade historicamente definida.

Esse panorama evidencia que a realidade histórica relaciona-se dialeticamente com o conteúdo e o rol dos Direitos Fundamentais incorporados aos textos constitucionais. Revela-se, com isso, importante classificá-los de acordo com os valores tutelados no momento de sua declaração.

Nesse sentido Paulo Márcio Cruz<sup>5</sup> aponta a possibilidade de distinção de quatro gerações de Direitos Fundamentais. A primeira relacionada às conquistas liberais dos séculos XVIII e XIX, tem como escopo a proteção da liberdade individual em relação à ameaça do Estado e a garantia da participação na vida pública.

Os direitos de segunda geração são fruto dos movimentos reivindicatórios do período posterior à Segunda Guerra Mundial e vieram a configurar o Estado de

---

<sup>4</sup> CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 135.

<sup>5</sup> CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*. p. 137.

Bem Estar Social<sup>6</sup>. São direitos a prestações materiais com o objetivo de realização da justiça social.<sup>7</sup>

A terceira geração de Direitos Fundamentais corresponde aos direitos coletivos, de fraternidade ou solidariedade, destinados à proteção de bens imprescindíveis a coletividade e que se tornaram escassos. Dentre eles, o direito a um meio ambiente saudável e a conservação do patrimônio histórico e cultural.<sup>8</sup>

Os direitos de quarta geração, por sua vez, relacionam-se aos avanços da ciência e da tecnologia da informação, que tornaram premente a necessidade de tutela jurídica dos espaços virtuais e da essência do ser humano, em face das novas questões éticas postas pela cibernética e pela engenharia genética.<sup>9</sup>

É sob o prisma da contextualidade dos Direitos Fundamentais que Paulo de Tarso Brandão aponta que "é necessária uma adequada tutela jurídica daqueles que hoje são chamados de "novos" direitos", porque eles correspondem a direitos que decorrem da "relação de cidadania".<sup>10</sup>

Em síntese simplificadora é de afirma-se que os Direitos Fundamentais são os direitos naturais positivados ou declarados e que tutelam o princípio da dignidade da pessoa humana como atributo indissociável a existência humana e como paradigma e referencial ético.

### **1.1 Uma definição formal**

Ferrajoli elabora uma definição formal de Direitos Fundamentais, ideologicamente neutra, válida independentemente da filosofia jurídica professada e, portanto, pertencente à Teoria Geral do Direito:

(...) são direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de status de pessoa, cidadãos ou indivíduos com capacidade de fato; entendendo por direito subjetivo

<sup>6</sup> Sobre isso: CRUZ, Paulo Márcio. *Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo*. Florianópolis: Diploma Legal, 2001. p.207.

<sup>7</sup> CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*. p. 137.

<sup>8</sup> CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*. p. 138.

<sup>9</sup> CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*. p. 138.

<sup>10</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais-"Novos" Direitos e Acesso à Justiça*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. p.99.

qualquer expectativa positiva (de prestação) ou negativa (de não sofrer lesão) adstrita a um sujeito por uma norma jurídica; e por status a condição de um sujeito, prevista por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor de atos que são exercício destas.<sup>11</sup>

A partir dessa definição Ferrajoli<sup>12</sup> estabelece quatro teses relativas aos Direitos Fundamentais. A primeira delas é o reconhecimento da diferença estrutural entre os Direitos Fundamentais e os patrimoniais, pois os primeiros são inclusivos na medida em que se referem a uma universalidade de sujeitos; os patrimoniais são exclusivos na medida em que a sua titulação por um sujeito implica na exclusão de todos os outros.

A segunda tese reconhece que os Direitos Fundamentais, por corresponderem a interesses e expectativas de todos, constituem o fundamento da igualdade jurídica que, por sua vez, é a condição *sine qua non* da dimensão substancial da democracia.<sup>13</sup>

Nesse diapasão, ressalta Ferrajoli que:

Em todos os casos, entre igualdade jurídica e direitos fundamentais existe um nexu biunívoco: não apenas a igualdade é tal enquanto for constitutiva dos direitos fundamentais, mas, ainda, os direitos fundamentais são tais enquanto forem constitutivos de igualdade.”<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 19. “(...) son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos em cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas com capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adstrita a um sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.”

<sup>12</sup>FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*.p. 19.

<sup>13</sup>FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*.p. 19.

<sup>14</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. *Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.728.

A terceira tese diz respeito à natureza supranacional dos Direitos Fundamentais, que não podem ser entendidos como sinônimo de direitos de cidadania, uma vez que esses são uma subclasse daqueles.<sup>15</sup>

A quarta tese, para Ferrajoli a mais importante, refere-se à impossibilidade ontológica de identificar-se Direitos com Garantias Fundamentais. Consectário lógico de tal equivalência implicaria na possibilidade de negação de um Direito Fundamental, principalmente os sociais, em face da inexistência de sua correspondente garantia.<sup>16</sup>

Merece destaque, também, o cotejo entre os direitos de liberdade e direitos sociais, ambas as categorias abertas, porém em sentido diverso.

Dos direitos de liberdade, aos quais correspondem vedações legais, não são predetermináveis os conteúdos, mas somente os limites (...). Dos direitos sociais, aos quais correspondem obrigações, são, ao invés, predetermináveis os conteúdos, mas não são os limites, sendo variáveis com o tempo, o lugar, a circunstância e, sobretudo, o grau de desenvolvimento econômico e civil (...).<sup>17</sup>

É de concluir-se, portanto, que de acordo com Ferrajoli os Direitos Fundamentais correspondem aos valores e às necessidades vitais dos sujeitos historicamente e culturalmente determinados.

## **1.2 A dimensão substancial**

A construção de uma Teoria de Direitos Fundamentais pautada em um conceito substancial desses direitos implica, necessariamente, contemplar os seus valores e princípios inspiradores.

A dimensão substancial dos Direitos Fundamentais tem como aporte epistemológico a possibilidade de colisão<sup>18</sup> entre eles, na medida em que o valor

---

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. p. 19.

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. p. 19.

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. p. 733.

<sup>18</sup> Sobre isso: ALEZY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002.

que inspira um determinado direito pode, muitas vezes, contrapor-se ao valor subjacente a outro direito fundamental.

A sustentar tal assertiva, de acordo com Peña Freire<sup>19</sup>, dois pressupostos devem ser considerados. O primeiro é o reconhecimento de que o conjunto dos valores morais é heterogêneo e conflitivo por natureza. O segundo pressuposto a ser evidenciado, de viés político, destaca que o pluralismo dos valores tutelados pelas constituições implica, por decorrência lógica, em possibilidade de conflito entre os Direitos Fundamentais nela declarados.

Uma dimensão substancialista não pode deixar de contemplar o caráter bilateral e, portanto, potencialmente conflituoso dos enunciados jurídicos. A imposição de uma obrigação a um sujeito passivo, seja ela um dever, um não-direito ou uma sujeição, é suficiente para gerar uma inerente potencialidade conflitiva no momento da declaração de qualquer direito.<sup>20</sup>

Impende destacar, também, a crítica de Peña Freire à opção formalista do conceito de Direitos Fundamentais de Ferrajoli por não considerar o secular conflito entre Igualdade e Liberdade, tema que não pode deixar de ser estudado em sede de filosofia moral e política.<sup>21</sup>

Nessa mesma diretriz, destaca Paulo Márcio Cruz que a Liberdade e a Igualdade formam uma das maiores díades da humanidade e que, por conseqüência, as normas jurídicas variam a partir da opção ideológica por mais Liberdade ou por mais Igualdade:

Porém, a diferença essencial se encontra no tratamento contrário dos valores fundamentais da modernidade: a liberdade individual e a igualdade social, formando uma das maiores díades da humanidade, com o liberalismo e o

---

<sup>19</sup> PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La coherencia de los derechos fundamentales em la teoria garantista*. In *Novos Estudos Jurídicos*. Vol 12, nº 1 . Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, Jan-Jun 2007. p.19.

<sup>20</sup> PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La coherencia de los derechos fundamentales em la teoria garantista*. p.18.

<sup>21</sup> PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La coherencia de los derechos fundamentales em la teoria garantista*. p.18.

socialismo representando suas expressões ideológicas, impulsionando e legitimando as mudanças nas concepções de Sociedade e de Estado.<sup>22</sup>

A Teoria Garantista é também questionada por Peña Freire sob o prisma da possibilidade de colisão entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, na medida em que, para Ferrajoli <sup>23</sup> os direitos de liberdade e os direitos sociais tendem a conviver sem interferências recíprocas.

É evidência contundente, para Peña Freire, que o argumento garantista de que não existe tal colisão entre direitos em face da previsão constitucional de regras de preferência não encontra respaldo lógico. A previsão constitucional de parâmetros a serem adotados em caso de colisão vem, ao contrário, comprovar a sua própria existência.

A corrente substancialista aponta, diversamente dos formalistas, a possibilidade de colisão entre os direitos sociais e outros direitos.

A adotar-se a premissa formalista de que a possibilidade de conflito é entre as exigências de um direito a prestação e as limitações conjunturais, estar-se-ia a desconhecer que os recursos financeiros para a satisfação dos direitos sociais implicam na interseção na esfera da liberdade de outros, por estabelecerem um *status* de subordinação às necessidades alheias.

### **1.3 Concretude existencial**

De acordo com Konrad Hesse<sup>24,25</sup> os Direitos Fundamentais têm efeito estruturante do *status* jurídico constitucional, configuram garantia material e concreta, dependem da ordem jurídica democrática e não se classificam como direitos naturais ou pré-jurídicos.

---

<sup>22</sup> CRUZ, Paulo Márcio. *Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo*. Florianópolis: Diploma Legal, 2001. p.32

<sup>23</sup> PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La coherencia de los derechos fundamentales em la teoria garantista*. p.18.

<sup>24</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1998. p.225.

<sup>25</sup> Konrad Hesse nasceu em 29/01/1919. Foi professor universitário na Faculdade de Direito da Universidade de Freiburg de 1956 a 1987 e juiz do Tribunal Constitucional alemão de 1975 a 1987.



Os Direitos Fundamentais possuem um caráter dúplice: direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. “Como direitos subjetivos, fundamentadores de *status*, os direitos fundamentais são direitos básicos jurídico-constitucionais do particular, como homem e como cidadão”.<sup>26</sup>

São tradicionalmente direitos de defesa, destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público. Configuram, assim, “disposições definidoras de competência negativa do Poder Público (negative Kompetenzbestimmung), que fica obrigado a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado.”<sup>27</sup>

A essa pretensão negatória acrescenta-se a função positiva de garantia das liberdades constitucionalmente tuteladas.

Ressalta Konrad Hesse que a garantia de liberdade que os Direitos Fundamentais pretendem assegurar é, num sentido mais amplo, um direito de cooperação e, portanto, direito de formação da vontade política direta do povo.

O segundo significado dos Direitos Fundamentais corresponde ao seu “significado jurídico-objetivo, como elementos da ordem jurídica total da coletividade, pela qual o status do particular é organizado, delimitado e protegido (...)”.<sup>28</sup>

A democracia<sup>29</sup> se realiza a partir da função que os Direitos Fundamentais assumem de estruturação da unidade política e de organização da atividade estatal. Determinam, também, os limites, o modo de cumprimento e o conteúdo das tarefas sociais que competem ao Estado.

Além disso, normalizam e garantem as bases da ordem jurídica privada, na medida em que visam manter e proteger determinados âmbitos da vida privada.

---

<sup>26</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. P. 232

<sup>27</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Diálogo Jurídico. Nº. 10, janeiro de 2002. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 03 de outubro de 2007.

<sup>28</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. .p.240.

<sup>29</sup> Sobre isso: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. O Diálogo Democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Curitiba: Juruá, 2006.

Ao analisar os Direitos Fundamentais em relação à estrutura constitucional, rechaça Konrad Hesse a possibilidade de entendê-los como integrantes de um sistema próprio, embora admita a possibilidade de conexões materiais essenciais entre alguns desses direitos (ex: liberdade de opinião e de reunião).

A eficácia da maioria dos Direitos Fundamentais está condicionada à "organização jurídica das condições de vida e âmbitos de vida que eles devem garantir".<sup>30</sup> As liberdades jurídico-fundamentais são, de acordo com Konrad Hesse, sempre determinadas materialmente e, conseqüentemente, limitadas. A determinação desses limites se configura na limitação dos Direitos Fundamentais.

Aponta o autor três formas de limitação. A primeira corresponde ao *âmbito da norma*, ou seja, o alcance material juridicamente moldado pela norma. São, portanto, limitações decorrentes de ordens normativas adicionais contidas na própria garantia do direito limitado.<sup>31</sup>

A segunda forma de limitação é aquela imposta por ordens normativas adicionais eventuais, exógenas ao direito ao qual se referem. (ex. liberdade de reunião desde que pacíficas).<sup>32</sup>

Por último, os Direitos Fundamentais podem sofrer limitações em decorrência da conexão com outras normas também garantidoras de Direitos Fundamentais. (ex. liberdade de fé e de confissão não é protegida quando viole a dignidade da pessoa humana).<sup>33</sup>

O objetivo maior das limitações de Direitos Fundamentais é o de coordenar as condições de vida garantidas por esses direitos, o que requer a produção do que o autor denomina de *concordância prática*. O alcance dessa concordância prática

---

<sup>30</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*.. .p.247.

<sup>31</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*.. .p.269.

<sup>32</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*.. .p.269.

<sup>33</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*.. .p.269.

se dá pela aplicação da máxima da proporcionalidade e dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.<sup>34</sup>

Há, também, limitações que atingem somente um determinado grupo de pessoas que se encontram em um *status* especial. Essas relações estabelecem, muitas vezes, uma configuração jurídica que impossibilita a compatibilização das tarefas inerentes a essa condição com determinados Direitos Fundamentais individuais. (ex. funcionário público tem obrigação de discricção X livre direito de manifestar opinião).

A proteção aos Direitos Fundamentais dá-se por duas vias. A primeira delas é a proteção contra a *escavação interna*, que pode operar-se pelo o impedimento do uso abusivo da reserva legal, ou seja, da proibição de limitações legais desproporcionais que venham a subtrair o núcleo essencial do direito.<sup>35</sup>

A segunda forma de proteção é aquela realizada pelo poder judicial e “serve não só à proteção jurídica individual, portanto, à realização dos Direitos Fundamentais como direitos de defesa subjetivos, mas, não menos, também à sua proteção como partes integrantes da ordem objetiva da coletividade (...)”.<sup>36</sup>

É tarefa de proteção dos Direitos Fundamentais, também, o controle de constitucionalidade das normas, a ser efetuado, pelo tribunal ou juiz competente.

A compreensão dos Direitos fundamentais como princípios<sup>37</sup> objetivos resulta, para o Estado, o dever de preservar e proteger o bem jurídico tutelado em face de ameaças provenientes de outras” pessoas” ou de outros “poderes”.

A interpretação dos Direitos Fundamentais como princípios pressupõe a existência de um sentido teleológico de validade que rompe com a clássica concepção liberal segundo a qual a função primordial dos direito constitucionalmente assegurado é garantir a defesa da autonomia dos indivíduos

---

<sup>34</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*.. p.270.

<sup>35</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*.. p.270.

<sup>36</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*.. p.269.

<sup>37</sup> ALEZY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

e da sociedade, protegendo-os de indevidas intervenções do poder público. Ao contrário, tratar de Direitos Fundamentais como teleológicos mais do que deontológicos significa, ao mesmo tempo, politizar o direito constitucional e permitir que a jurisdição constitucional se afaste da proteção das liberdades individuais para tornare-se mais um fórum de resolução de problemas políticos e sociais. É neste sentido que, segundo Konrad Hesse<sup>38</sup>, a previsão constitucional dos Direitos Fundamentais expressa mais a vontade e autodeterminação da comunidade do que o reconhecimento do que os indivíduos naturalmente são.

## 2 HERMENÊUTICA CONCRETISTA DE KONRAD HESSE

Konrad Hesse, em aula inaugural na Universidade de Freiburg, proferiu a conferência intitulada *A força normativa da Constituição*<sup>39</sup>, que lançou o fundamento teórico do chamado Método Concretista de interpretação constitucional.

Na referida obra Konrad Hesse elabora uma contraposição à Lassalle<sup>40</sup>, que havia equiparado a Constituição<sup>41</sup> jurídica a um mero pedaço de papel. A expressão da correlação de forças que resultam dos *fatores reais de poder* era, por ele chamada de Constituição real. Diante disso, as questões constitucionais não seriam jurídicas, mas sim políticas.

Konrad Hesse insurge-se argumentando que a adotar-se tais pressupostos, "o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar relações de poder".<sup>42</sup> Portanto, propõe-se a demonstrar que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria motivadora e organizadora do Estado.

---

<sup>38</sup> CITTADINO, Gisele. *Princípios Constitucionais, Direitos Fundamentais e História*. In PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org). Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: lúmen Júris, 2001. p. 101

<sup>39</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. 1991.

<sup>40</sup> Sobre isso ver: LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

<sup>41</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. P.76.

<sup>42</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. p.11

Ressalta que o pensamento constitucional esteve, por muito tempo, marcado pelo positivismo jurídico e pela dissociação entre a norma e a realidade. É necessário, pois, que se aprecie a ordem jurídica e a realidade nos seus contextos e como condicionantes recíprocas.

A Constituição, sob esse paradigma, deve configurar uma expressão da realidade (*ser*), mas também um projeto de construção do futuro (*dever ser*), a partir da compreensão dessa realidade.<sup>43</sup>

A força ativa da Constituição se evidencia na sua capacidade de impor tarefas, e terá a sua efetividade condicionada à existência de uma consciência geral de *vontade de Constituição*.<sup>44</sup>

Para Konrad Hesse, o teor da norma só se completa no ato interpretativo. A concretização da norma pelo intérprete pressupõe um problema concreto a solucionar, uma compreensão do conteúdo do texto jurídico, que por sua vez pressupõe uma pré-compreensão do intérprete.

Nesse diapasão anota Lênio Streck:

Assim, partindo de Gadamer, Hesse mostra como o momento da pré-compreensão determina o processo de concretização: a concretização pressupõe a compreensão do conteúdo do texto jurídico a concretizar, a qual não cabe desvincular nem da pré-compreensão do intérprete nem do problema concreto a solucionar.<sup>45</sup>

Assim, a concretização do conteúdo de uma norma constitucional, bem como a sua realização, só é possível com a incorporação da realidade que essa norma procura regular.

É razoável afirmar, em conseqüência, que se o âmbito da norma está submetido à realidade histórica, os resultados da concretização da norma podem variar, sem que haja alteração do seu texto.

---

<sup>43</sup>HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição* . p.11

<sup>44</sup>HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição* . p.11

<sup>45</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 244

Ressalte-se, no entanto, que para Konrad Hesse o texto da constituição impõe o limite da interpretação, na medida em que as possibilidades de compreensão do enunciado delimitam o campo de suas possibilidades hermenêuticas.

A melhor interpretação é, para Konrad Hesse,<sup>46</sup> aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa, dentro das condições reais dominantes numa determinada sociedade e em um dado momento histórico.

## **CONCLUSÃO**

O Estado Democrático de Direito, como projeto civilizatório, tem como finalidade a realização e a garantia dos Direitos Fundamentais, incorporados ao ordenamento com um caráter marcadamente principiológico e material.

Dessa forma, esses Direitos configuram uma ordem objetiva de valores e, conseqüentemente, possuem um caráter vinculante com relação a todos os poderes do Estado.

É preciso ressaltar, contudo, que assim como a própria Constituição se desenvolveu na perspectiva do Estado, os Direitos e as Garantias Fundamentais se modificaram na esteira destas transformações.

Os Direitos de primeira geração, que têm como pano de fundo a instauração do Estado de Direito movido pelos interesses da burguesia, estabelecem a liberdade dos cidadãos como regra e a autoridade e intervenção do Estado como exceção.

Deriva dessa concepção a dicotomia que se constitui em um dos pilares do Estado Liberal<sup>47</sup> que é a oposição entre a esfera pública e a privada.

No segundo pós-guerra surge um novo modelo estatal denominado Estado de Bem Estar Social<sup>48</sup>, que assume fins políticos próprios e objetiva a transformação

---

<sup>46</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. p. 23

<sup>47</sup> Sobre isso: CRUZ, Paulo Márcio. *Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo*. Florianópolis: Diploma Legal, 2001. p.74.

da ordem social e econômica. O vetor axiológico a informar a atividade estatal passa a ser a realização da igualdade material, o que quer significar que a igualdade não se dá somente perante a lei, mas por meio dela.

Dentro desse contexto, a eficácia das normas constitucionais passa a ser questão premente e afigura-se o novo desafio de concretização dos direitos sociais a partir da articulação entre o âmbito jurídico e o político.

A incorporação dos direitos sociais requer que a Constituição assuma uma configuração principiológica, assentada em textos normativos abertos, fornecendo diretrizes objetivas para pautar a sociedade e materializar o Princípio da Igualdade Material.

Diante disso, o ponto vital dessa nova ordem jurídica passa a ser a concretização dos Direitos Fundamentais em face da realidade; o que demanda, por sua vez, a busca de parâmetros hermenêuticos que venham a possibilitar a sua efetiva realização.

A Constituição deixa de ser um instrumento de garantia do cidadão contra o poder do Estado e passa a ser a expressão dos valores de uma comunidade e instrumento de realização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana enquanto paradigma das relações albergadas pelo Direito.

Nessa linha, Konrad Hesse entende que a Constituição deve ser lida como plano estrutural de uma determinada sociedade, orientado por princípios que revelam os valores políticos, culturais e sociais desta coletividade.<sup>49</sup>

A partir desse pressuposto infere-se a relação dialética entre os Direitos Fundamentais e a realidade político-social, pois a realidade vai condicionar a interpretação dos direitos que, por sua natureza constitutiva, vão condicionar a leitura do texto normativo.

---

<sup>48</sup> Sobre isso: CRUZ, Paulo Márcio. *Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo*. Florianópolis: Diploma Legal, 2001. p207.

<sup>49</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. p.11

Desse caráter aberto da Constituição e dos Direitos Fundamentais decorre a necessidade de busca por diretrizes de interpretação que possam conferir-lhes efetividade.

Nessa esteira, o Método Concretista de Konrad Hesse afigura-se como alternativa hermenêutica projetada para responder às demandas de uma sociedade plural e complexa, pois não perde de vista a realidade e contempla a compreensão do conteúdo do texto jurídico, que por sua vez pressupõe uma pré-compreensão do intérprete.

Assim, o esforço interpretativo estabelece-se a partir da função orientadora dos princípios e tem como limite e paradigma ético do intérprete o próprio texto constitucional.

Logo, os Direitos Fundamentais d'evem ser percebidos, necessariamente, como interdependentes entre si e com os demais conteúdos e princípios constitucionais.

Esse panorama evidencia que a compreensão dos Direitos Fundamentais como expressão de valores objetivos de uma sociedade se constitui em uma unidade voltada a realização da *dignidade da pessoa humana* como valor constitucional e como projeto civilizatório.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEZY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais-“Novos” Direitos e Acesso à Justiça**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O Diálogo Democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Curitiba: Juruá, 2006.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.



\_\_\_\_\_. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo.** Florianópolis: Diploma Legal, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madrid: Editorial Trotta, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1998.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional.** Revista Diálogo Jurídico. Nº. 10, janeiro de 2002. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 03 de outubro de 2007.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La coherencia de los derechos fundamentales em la teoria garantista.** In Novos Estudos Jurídicos. Vol 12, nº 1 . Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, Jan-Jun 2007

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.