

Reflexão *jusfilosófica* sobre a hermenêutica constitucional brasileira

Lorena de Mello Rezende Colnago

Mestranda em Direito Processual pela UFES

Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário

Professora universitária da UFES e da Faculdade PIO XII.

A tendência do século XX e XXI é a adoção de uma organização estatal fundada no Direito, mas não basta haver um Estado de Direito, o “Leviatã” contemporâneo deve ainda ser Democrático, e, um dos fundamentos dessa democraticidade estatal está no respeito aos direitos humanos inerentes aos indivíduos, que, ao serem positivados na lei suprema transformam-se em fundamentais.

Na tentativa de estudar os parâmetros utilizados para uma interpretação constitucional, buscaremos solucionar as seguintes indagações: 1) Quem deve ser o intérprete da Constituição? O legislador ou o juiz? 2) Pode-se utilizar uma posição interpretativa ou não-interpretativa na concretização dos direitos fundamentais? 3) Como deve ser efetuada a hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais.

A palavra hermenêutica é de origem grega e remete-se a Hermes, deus da mediação, o intérprete dos caminhos da vida. A hermenêutica consiste na ciência da interpretação, ou seja, na busca dos vários sentidos que um símbolo pode dispor.

A hermenêutica jurídica é a ciência que decifra o significado dos símbolos que constituem a norma jurídica, ou seja, do texto legal. Parindo do objeto de estudo: a Constituição de um Estado, analisaremos algumas considerações da doutrina acerca da hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais.

Desde logo é interessante destacar dois entendimentos acerca da posição do hermeneuta trazidos por Dworkin (*in O império do direito*. Trad. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 431): o hermeneuta pode ser o juiz ou o legislador. A esses posicionamentos Cristina Queiroz Leitão (*in Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Editora Coimbra, 2002, p. 184) atribui, respectivamente, o método de criatividade e de legalidade.

O método da legalidade coloca o legislador no centro da hermenêutica jurídica, a ele, legislador originário ou derivado, é dado o poder de modificar o sentido da norma, enquanto o juiz através do método de interpretação historicista – “*teoria de que as leis devem ser interpretadas segundo as intenções de seus autores*” (DWORKIN, 1999, P. 432) - é apenas um reproduzidor da *mens legislatoris*, assim, no entender de Chiovenda, citado por Marinone (*in Estudos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 47), há uma nítida separação entre a criação e aplicação da lei, sendo que a criação deveria estar restrita ao legislador, legítimo representante do povo.

Por outro lado, o método da criatividade modifica a posição de destaque do hermeneuta do legislador para o juiz, sem descurar a importância da criação da lei, e, portanto, primeira interpretação pelo legislador. É interessante verificar que esse método apenas ganha real importância em sistemas que possuem constituições rígidas, posto que, em sistemas de constituições flexíveis, uma simples lei ordinária pode modificar formalmente a Constituição (*in PAULA, Vera Cecília Abagge de. Interpretação constitucional: método concretista*. In Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, a.30, n.30, 1998, p. 273.).

A hermenêutica constitucional em sistemas de Constituição rígida possui a função de atualizar o texto constitucional à realidade de uma determinada época, utilizando a história e a força criativa ao Poder Judiciário.

A força criativa do Poder Judiciário inova na contextualização da norma. Para Castanheira “[...] o caso decidendo se oferece sempre como um problema aberto ou um *novum* problemático relativamente à norma, às suas possibilidades problemático-normativas hipotéticas” (in *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006, p. 82.). Cada lide inaugura um rol de possibilidades interpretativas de criação, além da interpretação de fidelidade, previamente realizada pelo legislador.

Canotilho (in *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1195) utiliza as expressões: posição interpretativista e não interpretativista, para estudar o mesmo problema da hermenêutica constitucional em seus limites e possibilidades. Ele explica que a posição interpretativista é uma espécie de limitação que tem como elementos “a *textura semântica e a vontade do legislador*”. A textura semântica seria o próprio texto constitucional, objeto e limite da interpretação. A vontade do legislador, remissão ao poder político democrático, representação da vontade de uma maioria democrática que não poderia ser limitada pela vontade de uma minoria ou de um órgão.

Assim, apesar do controle judicial exercido sobre os atos legislativos, os juizes não podem descurar-se do texto constitucional em seu valor semântico ou da vontade da maioria democrática que culmina na manifestação do legislador para realizar o controle de constitucionalidade desses atos – retirando, portanto, o fator criação do Poder Judiciário que ficará relegado ao papel de mero aplicador do Direito.

Por outro lado, as posições não interpretativistas “defendem a possibilidade e a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem ‘valores e princípios substantivos’ [...] contra actos da responsabilidade do legislativo em desconformidade com o ‘projecto’ da constituição” (CANOTILHO, 2003, p.1196).

Para essa posição, a Constituição envolve não só um texto constitucional com valor semântico ou vontade do legislador, mas também um projeto de princípios e valores maiores que embasam toda aplicação normativa do ordenamento jurídico, e, portanto, devem ser respeitadas, tendo em vista que o Direito é constituído de valores como justiça, imparcialidade e igualdade - o que Canotilho denomina de *princípios jurídicos abertos* (2003, p. 1197) - que limitam a vontade de uma maioria para determinar a inclusão social.

Portanto, a Constituição não é um instrumento de governabilidade, produto de uma vontade legislativa que possui valores relativamente cegos às questões da justiça efetiva (CANOTILHO, 2003, p.1197).

O novo papel da Justiça envolve a reconstituição e integração das normas pela realização do Direito (NEVES, 2006, p. 75/77), e, a atualização histórica atua através de uma releitura do sentido da norma jurídica adequada à realidade social do momento em que a norma é aplicada.

A Constituição é um complexo de normas escritas e valores sociais que lhe são permeáveis, como um projeto jurídico (CANOTILHO, 2003, P. 1197). Assim, a interpretação das normas constitucionais e direitos fundamentais *lato sensu* é pautada por regras, princípios e valores - noções de conteúdo variável que possibilitam uma abertura maior de atuação ao órgão judiciário (QUEIROZ, op. cit. p. 186).

A hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais se realiza para a promoção da máxima realização constitucional. Direitos fundamentais constituem regras, princípios e valores constitucionais que, ao serem concretizados, necessitam de uma justificação externa do raciocínio jurídico, pautada na razoabilidade.

Assim, para concretização da hermenêutica constitucional é importante observar os seguintes princípios, enumerados por Canotilho (2003, p. 1223/1228): princípio da unidade da Constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade, da justeza ou conformidade funcional, da harmonização ou concordância prática e da força normativa da Constituição.

A Corte Constitucional adota a concretização das normas constitucionais como método hermenêutico (HC 79.512, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/05/03), fundada no fato de que a Constituição Federal é um projeto jurídico que merece ser concretizado em sua máxima extensão através da interpretação criativa dos órgãos judiciais com ponderação de bens, o que evita a exclusão total de um bem em detrimento do outro no ordenamento jurídico, fazendo prevalecer a norma jurídica que está fundamentada em um valor constitucional.