

# **O PROCESSO DE HERMENÊUTICA E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

## **THE HERMENEUTICS PROCESS AND EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS**

**Aline Oliveira Mendes de Medeiros Franceschina\***

**Resumo:** O presente trabalho retratou acerca da hermenêutica e sua necessidade para a interpretação da lei, como também, os processos que a vinculam e os princípios direcionadores que coadunam-se, a mesma. Fora efetuada pesquisas bibliográficas acerca do tema, bem como, pesquisas jurisprudenciais, assim sendo, o método utilizado no respectivo manuscrito, fora o indutivo. Portanto, em virtude das lacunas existentes na lei, da mesma maneira que, devido aos conflitos enfrentados nas casuísticas em concreto, perfaz-se na necessidade de um domínio da técnica de argumentação, como forma de legitimar decisões, em decorrência, tal necessidade somente pode ser suprida, caso o operador de direito, possua conhecimento técnico da hermenêutica jurídica, pois, não haverá argumentos concretos contra o que se desconhece compreensão.

**Palavras-chave:** Hermenêutica Jurídica; Constituição Federal; Direitos Fundamentais; Argumentação; Legitimação.

**Abstract:** The present work portrayed about hermeneutics and its need for the interpretation of the law, but also the processes that bind and guiding principles that are consistent, the same. Literature searches carried out on the subject, as well as jurisprudential research, therefore, the method used in their manuscript off inductive. Therefore, because of loopholes in the law, in the same way, due to the conflicts faced in patient samples in concrete, make up in need of a mastery

---

Notas de Rodapé:

\*Graduanda do 7º período de Direito na instituição de ensino: Unoesc-Chapecó; E-mail: [linny.mendes@hotmail.com](mailto:linny.mendes@hotmail.com); Blog: <http://www.alinemendesmedeiros.blogspot.com.br/>

of the technique of argumentation as a way of legitimizing decisions, as a result, this need can only be met if the right operator, has technical knowledge of legal interpretation, therefore there will be no concrete arguments against what is unknown comprehension.

**Keywords:** Legal Hermeneutics; Federal Constitution, Fundamental Rights; Arguments; Legitimation.

## **1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente trabalho tem por objetivo geral, abarcar acerca da hermenêutica jurídica, ou seja, sua definição e especificidades correlatas ao direito. Assim sendo, como objetivo específico, vislumbrar-se-á, o processo hermenêutico utilizado para a constatação do sentido da norma, bem como, sua necessidade e auxílio disponibilizado ao intérprete e decorrente disso, encontrar apoio para a aplicação da lei, no seu sentido exato.

Primeiramente será apresentada a hermenêutica clássica dos direitos fundamentais, de forma a especificar sua origem, e transmutações decorrentes das necessidades que emergiram através do tempo, e da própria interpretação do intérprete. Da mesma forma, por conseguinte, será apresentado a hermenêutica de tais direitos, em conformidade com a Constituição e suas premissas.

Em decorrência, abarcando para a apresentação da temática da questão, ou seja, os processos hermenêuticos, regulados pelo dever de fundamentar e a reserva de consistência, em conjunto com a finalidade dos princípios para a interpretação, argumentando, através, da associação de uma decisão baseada em princípios conectados com a Constituição, culminando então, no princípio da proporcionalidade e seus subprincípios. O método utilizado será o indutivo, em decorrência, como forma de expressar o referido assunto, fora efetuado pesquisas doutrinárias, bem como, jurisprudenciais.

## **2. DA HERMENÊUTICA CLÁSSICA PARA A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Na concepção de Marmelstein (obra citada), “na hermenêutica tradicional, a argumentação jurídica é relativamente fácil”. Neste sentido, “basta identificar a norma

que incidirá sobre o fato e realizar um exercício básico de lógica formal: dado um fato temporal (FT), deve ser determinada prestação (P). Dada a não prestação (NP), deve ser a sanção (S). Tudo muito simples.”

No entanto, passa a serem evidenciadas certas dificuldades, à partir de que, um caso concreto venha a ensejar diversas interpretações, fato este, que ocorre com frequência. Para solucionar estas divergências, são dispostos alguns métodos auxiliares ao intérprete, como a análise gramatical, ou seja, a interpretação literal, a busca da finalidade social expressa no texto, isto é, a interpretação teleológica, bem como, a vontade do legislador, como também, as razões afirmativas da edição da norma, ou seja, a interpretação histórica, assim como, a análise do sistema normativo em conjunto, isto é, interpretação sistemática.

Nesta direção, segundo Guerra (2007), a hermenêutica se identifica com a “teoria dos fundamentos de interpretar”, ou seja:

“Se exterioriza como sendo o processo coordenador que ampara e fornece os trilhos de atuação da atividade da interpretação técnica, que, por sua vez, consiste na busca prática e investigativa da verdadeira essência de cada texto que lhe é apresentado, de modo que seja possível retirar o correto entendimento, conteúdo e significado da norma analisada. A conclusão em cadeia dos métodos do processo hermenêutico, via interpretação técnica, permite a boa aplicação do resultado final ao fato pertinente, confirmando-o, moldando-o ou negando-lhe validade, ou seja, cada agente interpretador, conforme a sua competência, atribuição ou condição, irá adequar e moldar, aos verdadeiros ditames das respectivas normas jurídicas interpretadas, os fatos concretos a ele subjugados.”

De acordo com a pluralidade de métodos utilizados na busca da hermenêutica tradicional, não existem indicações de qual meio seria o mais favorável, nesta direção, se por meio da análise gramatical do texto encontrar-se, interpretação desigual de sua finalidade, será de competência do intérprete escolher qual resultado se acomoda mais a sua ótica, pois que, mesmo utilizando-se da hermenêutica tradicional, ainda existem possibilidades para subjetivismos e imprevisibilidades.

Assim sendo, outra discrepância que vem a calhar, é a denominada antinomia ou conflito de normas, cuja qual ocorre, no momento em que duas ou mais normas regularizam um mesmo assunto, porém, apresentando consequências opostas ou mesmo incompatíveis. De acordo com Marmelstein (obra citada), para estas situações, a solução

do conflito, se resolve por via dos critérios tradicionais respectivamente, hierárquico, cronológico e da especialidade.

Assim sendo, primeiramente o interprete deverá analisar qual norma possui hierarquia superior, posto que, a mesma, prevalece sobre norma inferior, neste sentido, na ocorrência de um conflito normativo entre a Constituição e a lei, a Carta Magna se sobressairá, e assim por diante.

Ocorre porém, que pode haver conflito entre normas da mesma hierarquia, para tal preceito, o método cronológico solucionará a casuística, ou seja, a norma mais recente imperará, em concordância, “a lei posterior revoga a anterior que com ela seja incompatível,” nas palavras de Marmelstein (obra citada).

Em decorrência, para o caso do método anterior não funcionar, sugere-se o critério da especialidade, pelo qual, a lei especial prevalecerá em simetria a norma geral. Isto expressa, que para o caso de analogia entre uma norma que trate especificamente de uma situação, a mesma deverá prevalecer frente a norma geral, que trate do mesmo assunto, porém de modo diverso.

Criticamente Streck (2005), dispõe sobre uma disfuncionalidade jurídica existente no Brasil, devido a formação jurídica insatisfatória, no sentido de que, os mesmos, se limitam a um sentido comum teórico, em reprodução de uma cultura de compêndios, que como Perelman (obra citada) denota, ficcionalizam o mundo jurídico, em distanciamento da realidade social.

Isto é, estes manuais, fornecem um sentido desagregado de sua aplicação, criando uma ilusão acerca da possibilidade de obter a vontade da norma, o espírito da lei, a vontade do legislador, a interpretação correta e até mesmo, o sentido real da norma jurídica, resultados de um processo de hermenêutica fundamentar métodos ou técnicas de esclarecimento, interpretar para Savigny (2005), significa reconstruir o conteúdo da lei, de forma a encontrar a vontade do legislador.

No transcorrer do tempo, essa ideologia deu lugar ao pensamento de que, a interpretação se sobrepõe as simples técnicas limitadas à expressar a vontade da norma, evidenciando então, um momento de oscilação entre a antiga interpretação, no sentido de que a mesma, balizava em um processo de aferição da vontade do legislador, modificando-se, para o entendimento de que, na verdade, a interpretação se expressava

com o fim de buscar a consciência comum da sociedade, por tanto, de todo esse processo, culminou na teoria subjetiva de interpretação.

De outro lado, a teoria objetiva, conforme Diniz (2006), se consolidou com base na separação da vontade do legislador, pois que, nesta direção, ao intérprete incumbe a tarefa de se fixar na vontade da lei, isto é, à *mens legis*, pois que, diante disso, a norma se transmutaria da vontade do legislador expressada em textos, para uma força objetivada, independente, de seu autor.

Apesar de aparentemente colidentes, estas duas teorias se coadunam, emergindo de seu núcleo o desenvolvimento de técnicas e métodos interpretativos, que resultam no pensamento dogmático da hermenêutica. Nesta diretriz, Ráo (1999), assevera:

“(...) a hermenêutica tem por objetivo investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico de direito, para o efeito de sua aplicação; a interpretação, por meio de regras e processos especiais, procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos e assim interpretados, às situações de fato que lhes subordinam.”

À vista disso, Maximiliano (1998), bem como Guerra (2007), apontam para o sentido de que, as leis positivadas, são elaboradas em caráter geral, isto é, fixam regras, alicerçam princípios, assentam normas, de forma objetiva e clara. Assim sendo, a interpretação possui em sua técnica, o meio de alcançar os fins almejados.

Por conseguinte, sob a orientação de princípios e regras, se expandiu e melhorou no limite do desenvolvimento social, e eclodiu por meio do desenvolvimento doutrinário. Ou seja, a arte limitou seu desenvolvimento à ciência geral do Direito, demarcado, através da Sociologia. No entanto, a Hermenêutica, evidencia uma método processual de interpretação, posto que, nenhuma regra poderia regular sua própria regulamentação.

Nada obstante, os pilares da hermenêutica clássica sofreram profundo abalo por meio do pós-positivismo, assim como, a teoria dos direitos fundamentais, em razão de que, a partir do momento em que se consente a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, automaticamente, vincula ao jurista que suas decisões sejam sempre argumentadas com base na Constituição, conseqüentemente, a mesma torna-se o principal fundamento da argumentação jurídica.

De outra forma, sobrevém o fato de que, os parlamentares participantes do processo constituinte, representavam interesses de grupos com ideologias diferentes, então, para alcançar a aprovação de suas normas, os mesmos, optaram por utilizar termos amplos, e imprecisos, concedendo ao Judiciário e aos legisladores a tarefa de solucionar os previsíveis conflitos que adviriam de tais procedimentos de ambiguidades, visto que, definir conceitos de igualdade, dignidade da pessoa humana, ou mesmo liberdade, são tarefas difíceis, pois que cada pessoa possui uma opinião diferente, conforme fatores como a cultura, o tempo ou mesmo o espaço em que residam, posto que, como assevera Dorf (2006), para definir o conceito das frases vagas do constituinte, os juízes devem verificar além da Constituição.

Anteriormente, quando a ordem jurídico-constitucional não emanava compromisso com os valores éticos, estas questões eram solucionadas na esfera legislativa, por meio do Parlamento, incumbindo ao Judiciário, simplesmente, acatar as decisões proferidas por meio do Congresso Nacional.

Não obstante, posteriormente ao instante em que a Carta Maior passou a congregar valores humanitários, essa questão, também, passou a ser motivo de competência jurídica, através da jurisdição constitucional, esclarecidas no núcleo do Poder Judiciário, que em última instância é o zelador da guarda da Constituição Federal, como frisa Marmelstein (obra citada), na vertente de que, até mesmo as leis infraconstitucionais são influenciadas por meio destes valores, em decorrência de sua eficácia irradiante, ou seja, sua dimensão objetiva, que demanda que toda a interpretação jurídica considere a força normativa destes direitos.

Neste curso, acrescenta-se outra peculiaridade dos direitos fundamentais, que emerge devido ao pressuposto da colisão das normas constitucionais, evidenciadas em normas de hierarquia idênticas, publicadas ao mesmo tempo, e com o mesmo grau de abstração, que na casuística em concreto, apresentam consequências jurídicas opostas.

Deste modo, os conhecidos critérios de solução da antinomia como o hierárquico, cronológico e da especialidade (clássicos), não bastam para solucionar o conflito ora evidenciado, demandando a necessidade de novas técnicas jurídicas solucionadoras das divergências, em harmônica com a realidade constitucional, uma vez que, a hermenêutica clássica não apresenta nenhum meio de elucidação de tais antinomias, que se evidencia

em razão da positivação de valores e princípios e da credibilidade da força normativa da Constituição.

Diante disso, o pós positivismo, por meio da teoria dos princípios e outros instrumentos de argumentação, compõem-se de meios capazes de fornecer ferramentas solucionadoras de tais colisões, mesmo que, como disposto por Marmelstein (obra citada), “em detrimento da objetividade plena e da previsibilidade absoluta da decisão jurídica”.

Neste rumo, expressa Grau (1997) que, a interpretação do direito, se define em concretar a lei, ou seja, o intérprete fornece a norma, por meio dos elementos que extrai do texto, em conjunto com os elementos fornecidos pelo caso em questão, em concordância, afirma Perez Luño (2005), para o qual, a norma deixa de ser pressuposto, adquirindo o status de resultado de um processo hermenêutico, dando ao intérprete a possibilidade de criação do próprio direito.

Não obstante, Cademartori (2006), expressa como nova filosofia de conhecimento do direito, com o objetivo de harmonizar as relações entre o direito, a moral e a política, através da qual a estrutura rígida das normas, abre espaço para uma reconstrução do conteúdo jurídico normativo, posto que, a própria, parte da prerrogativa de que, as normas constitucionais, com características abertas, principiológicas e limitadas a realidade vigente, não se balizam a um sentido único e objetivo, que tradicionalmente pretendem lhe incumbir.

Então, a nova hermenêutica tem vistas a efetivar a Constituição, em amparo aos direitos fundamentais, com a perspectiva de cumprimento de seu papel social, em virtude que, este modelo de interpretação facilita ao intérprete um agir questionador, por meio do qual, efetivava sua construção, através dos recursos de linguagem e do sentido normativo, sobressalta-se, a teoria da argumentação jurídica, cuja qual, atua nos campos de interpretação, produção e aplicação do direito, com o intuito de encontrar a identificação ideológica do pilar argumentativo, em conformidade com Atienza (2006), ou seja, o mesmo parte da premissa de que, a solução da problemática seria interpretar a norma, no sentido de partir do problema em direção a norma.

No entanto, esta teoria encontra contraposição em doutrinadores como Canotilho (obra citada), bem como Savigny (obra citada) para os quais, a interpretação deve seguir

no sentido contrário, ou seja, da norma para o problema, por via de um método que Canotilho (obra citada) denomina, hermenêutico-concretizador, que direciona para o início da leitura da norma, à partir da compreensão do intérprete, no sentido da sua concretização, desta forma, à partir de seu texto encaminha-se para a construção de uma norma jurídica concreta.

Determinado o intróito conceitual, neste instante, passar-se-á a abordar a interpretação constitucional com base nos valores dos direitos fundamentais.

### **3. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Conforme expresso, o estudo da hermenêutica constitucional, apresenta-se, como necessários devido a prerrogativa de compreensão e interpretação dos direitos fundamentais na casuística em concreto, uma vez que, a hermenêutica não pode ser entendida como a ciência, técnica, ou método de interpretação jurídica, visto que, a mesma deverá ser analisada sob o enfoque constitucional, visando garantir concretude, efetividade e o exercício dos direitos fundamentais, assimiladas a partir da principiologia e a sistematicidade jurídico-constitucionais, isto é, a linguagem e a interpretação passam a ser a forma de produção das normas, conforme expressa Streck (obra citada).

Nada obstante, o processo constitucional é considerado o caminho orientador da formação do direito, fundamentado por meio da validade, eficácia e legitimidade do ordenamento jurídico identificado na constituição, neste sentido, Cattoni de Oliveira (2004), dispõe, “(...)as normas e os princípios constitucionais que se referem ao exercício das funções jurisdicionais, se consideradas na sua complexidade, concedem ao intérprete a determinação de um verdadeiro e próprio esquema geral de processo.”

Em concretização aos direitos fundamentais, predispõe-se, de uma interpretação que supere o caráter formalista, em vistas de que, na direção de Carvalho Netto (2003), o fato é que os direitos fundamentais promovem a inclusão social, no entanto, os próprios, também, produzem exclusões fundamentais, desafiando por tanto, a necessidade de analisar a Constituição sob a ótica de um processo permanente, e por tanto mutável, em direção a afirmação da cidadania, em virtude aponta Streck (obra citada):



“O equívoco do pensamento dogmático do direito é pensar que um conjunto de enunciados explicativos acerca do direito, postos-à-disposição-da-comunidade-jurídica, é suficiente para compreender o direito. Na verdade, quanto mais o pensamento dogmático tenta explicar o direito mediante conceptualizações, mais ele o estará escondendo, porque, ao tentar explicá-lo por meio de conceitos universalizantes (e, portanto, pontos-fixos-fundantes-de-sentido), o pensamento dogmático do direito impede o aparecer da singularidade (...)”

Consoante, o referido autor, indaga-se a respeito de quem estaria legitimado para realizar a devida interpretação das normas jurídicas, cujo Ráo (obra citada), aponta para “os experts doutrinários (interpretação particular), os juízes (interpretação judicial) e os legisladores (interpretação legislativa, legal ou autêntica)”, conforme citação de Guerra (obra citada).

No entanto, as correntes doutrinárias se divergem nesse sentido, havendo quem defenda que apenas os experts doutrinários, seriam os únicos legitimados propriamente para proceder com a interpretação, neste curso apresenta Leal (2004), para o qual, o juiz não constrói o direito, mas apenas age como concretizador na forma constitucionalmente assegurada.

Para Habermas (1997), ao dispor acerca da visão restritiva (sociedade fechada), o próprio destaca que, a interpretação é efetuada por todos que vivem a norma (sociedade aberta), independente, de suas interpretações serem feitas livres de cunhos valorativos pessoais (paixões ou tendências), e sob a observação do conjunto processual hermenêutico, ou mesmo, se os próprios seriam ou não legitimados para aplicá-las à casuística em concreto, denominados de intérpretes constitucionais em sentido lato, cujas atuações se constituem como pré-intérpretes, desta maneira, no que refere-se, a interpretação constitucional o mesmo denota:

“Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional serão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados as corporações’ (...) e aqueles particulares formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da

sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (...). O critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.” (Grifo do autor).

Em continuação a explanação do referido autor, todo indivíduo que vive limitado por uma norma, torna-se direta ou indiretamente seu intérprete, em razão de que, o destinatário da norma constitui um participante ativo deste processo, já que, esta função não cabe apenas aos intérpretes jurídicos da Constituição, dado que, os próprios não possuem um monopólio com relação a mesma. Nesta trajetória, Guerra (obra citada), destaca:

“Em especial nos Estados democráticos, não deve existir vedação *a praxis* de interpretação exercida por qualquer cidadão. O cuidado que se deve ter é com o resultado dessas interpretações “leigas”, ou seja, a conclusão de interpretação de norma jurídica eivada de paixões e tendências ou realizada fora dos bons métodos hermenêuticos não poderá prevalecer em detrimento da conclusão técnica, oriunda da imparcialidade e realizada conforme os processos hermenêuticos. A doutrina dominante defende a restrição do número daqueles autorizados a interpretar as normas jurídicas, para, destarte, garantir uma aplicabilidade mais justa, técnica e harmônica das interpretações aos fatos, resultando proteção tanto no ordenamento jurídico quanto à ordem social.” (Grifo do original).

De acordo com Ráo (obra citada), para a aferição da interpretação o agente deverá percorrer por cinco fases, quais sejam, o diagnóstico de fato, do qual, se pretende definir e descrever o fato em análise, reduzindo-o a termo, de acordo com a linguagem e os significados comuns gramaticais, ou seja, neste instante considera-se todos os elementos instrutórios e probantes relacionados ao caso, como dispõe Guerra (obra citada).

Como segunda fase encontra-se, o diagnóstico jurídico ou a qualificação jurídica, de quem se retira a pesquisa, assim como, a identificação das normas jurídicas definidoras do fato posto à baila na fase anterior; por terceiro, tem-se as críticas formais e substanciais, cuja primeira, expressa-se por meio da investigação da autenticidade e fidelidade do conteúdo e dos processos relacionados a cada norma jurídica circundada.

No entanto, como crítica substancial, afirma-se acerca da validade, eficácia e vigência das normas jurídicas envolvidas; por quarta fase, deparar-se-á com os processos hermenêuticos, que nada mais são que, o atendimento das fases anteriores, de forma a realizar a metodologia e a formalidade da interpretação das normas legais; bem como, como quinta e última fase, encontrar-se-á, a aplicação teórica e/ ou prática da conclusão

de fato, ou seja, aqui o agente declarará ou imporá o resultado extraído do trabalho hermenêutico para o caso em concretude.

Isto posto, requer-se a efetivação de um apontamento acerca dos processos hermenêuticos, assim como, o dever de fundamentar, a reserva de consistência e a finalidade dos princípios de interpretação, expostos no item a seguir.

#### **4. PROCESSOS HERMENÊUTICOS: DEVER DE FUNDAMENTAR, A RESERVA DE CONSISTÊNCIA E A FINALIDADE DOS PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO**

Expresso encontra-se o fato de que, qualquer norma jurídica está condicionada a interpretação, mesmo aquela de conteúdo reconhecido, visto que, dúvidas podem vir a existir conforme os casos em concreto e a evolução social, nada obstante, que o intérprete se depare com textos imprecisos, contraditórios e até mesmo obscuros, e somente a interpretação poderá solucionar a casuística, em razão de que, na própria definição de interpretação, discorrida por Bonavides (1996), o próprio enfatiza, que a mesma seria, o remédio para as imperfeições das norma.

Isto é, uma forma de reconstruir o conteúdo da lei, de maneira a restituir o sentido do texto defeituoso, refere-se a uma operação lógica de características técnicas, utilizado para a investigação do verdadeiro significado da norma em pauta.

No mesmo sentido, abarcar-se-á a Constituição, pois apesar de a mesma possuir “origem política e, não, jurídica, ou seja, sua vigência reside nela própria e o grau de sua eficácia correlaciona-se com a realidade vivida pelo Estado e pelos ‘fatores reais do poder’”, como observa Guerra (obra citada), a mesma também preceitua de interpretação e aplicação, já que, suas regras guardam em si, efeitos jurídicos. Acerca disso, Guerra (obra citada), destaca no sentido de que:

“(…) urge ser cuidadoso o intérprete de norma constitucional formal no sentido, também, de não considerar com extremo rigor o fator jurídico dessa norma, sob pena de extirpar a sua natureza política em tal grau que inviabilizará sua fonte de axiologia principiológica diretora, emanada das ideologias acolhidas, que guardam e propulsionam o ordenamento jurídico. A boa interpretação constitucional não pode descartar da norma superior o fator político e nem o fator jurídico. Destarte, cabe ao agente interpretador ponderar e equilibrar o seu trabalho nesses dois campos”.

O interpretador deve analisar o conteúdo normativo da norma, bem como, precisa, delimitar tanto o seu alcance, quanto a sua coercitividade. Segundo Rudolf Smend, em citação de Guerra (obra citada), a Constituição seria um conjunto de normas superiores, que emanam um sentido único e universal, assim, Bonavides (obra citada), atribui que o novo método interpretativo (científico-espiral), deverá possuir esta visão de conjunto, ou seja, agir com a premissa de que a interpretação da Constituição deve ser verificada como um todo, isto é, com a captação de seu sentido geral e com visão à totalidade do conjunto jurídico, ao contrário do modo como classicamente os juristas estavam procedendo.

De acordo, Guerra (obra citada) assevera, acerca da necessidade de analisarem os dispositivos jurídicos com base nos casos em concretos, de forma que será necessário o uso de vários métodos interpretativos, cujos quais, não se excluem, ao contrário, sem complementam de forma a produzirem uma interpretação única, de maneira coerente e justa.

Conforme o mencionado autor, independente da pretensão objetivada, a atividade da interpretação deverá ser guiada pelo fator teleológico, em conjunto com o valor hierárquico que preceitua as normas constitucionais, em relação as infraconstitucionais, em suas palavras, “os processos hermenêuticos correspondem a métodos científicos de interpretação de normas jurídicas, sendo que, cada um deles produz seu próprio resultado interpretativo”, no entanto, de acordo com a teoria majoritária, “cada qual completa ou aprimora o resultado interpretativo obtido pelo outro”.

Assim sendo, destacam-se três processos como fundamentais para a interpretação, o filológico, o lógico e o histórico, de maneira que, como dito, um aprimora os resultados do outro, ocorre porém, que entre os doutrinadores, os métodos explanados não são dominantes, podendo ocorrer fusões, desmembramentos ou mesmo misturas de tais elementos.

Convém salientar que, nem todos os cânones são gerais, pois existem, também, aqueles que são específicos, como a influência sociológica, a leitura dogmática, efeitos dos resultados dos processos hermenêuticos, método voluntarista da Teoria Pura do Direito, princípio da proporcionalidade, bem como, a observância dos preceitos implícitos.

A interpretação cumpre o propósito de encontrar o resultado constitucionalmente correto, por meio de um procedimento racional e limitável, de modo a fundamentar este raciocínio com os mesmos princípios caracterizadores dos procedimentos, com o intuito de expressar certeza e credibilidade a interpretação casuística, assim, os métodos tradicionais (gerais) de interpretação são insuficientes para interpretar as normas abertas, como destaca Hesse (1992).

Tal operação é orientada e limitada pela norma, isto é, vinculada a mesma, onde encontrar-se-ão, numa relação de influência mútua, o programa normativo, ou seja, o texto expresso, com o âmbito normativo, isto é, a concretude da realidade presente na norma, de forma a esclarecer a decisão de maneira mais convincente possível.

Ou seja, o processo de concretização depende da interpretação da norma, considerando a pré-compreensão do intérprete e o respeito da questão concreta, o que denota, a impossibilidade de um método interpretativo autônomo, ou seja, o problema determina-se pelo objeto da interpretação, deste modo, através da Carta Magna e pelo próprio problema em pauta, neste sentido, na acepção de Guerra (obra citada), a interpretação possui um caráter sistemático que vai mais além da orientação sistemática relativa a interpretação do texto da norma, embora mantenha relação direta com o mesmo.”

Assim, Marmelstein (obra citada), destaca no sentido de que, as decisões judiciais, independentemente do método a ser utilizado, sempre estarão suscetíveis ao fator emotivo e ideológico do juiz, posto que, o mesmo, é um ser humano, e não uma máquina, porém, a sensibilidade do juiz, para o referido autor, não se trataria de uma aspecto negativo, mas um meio que humaniza a atividade jurisdicional, desde que, manejada com sabedoria.

“A sentença judicial jamais deixará de ser um *sentir*, e o *sentimento* de fazer justiça nunca deve deixar de circular nas veias de qualquer ser humano.” Dorf (2006), no entanto assevera para a necessidade de saber mesclar o subjetivismo inafastável, do objetivismo necessário em garantia da razão jurídica, em concordância Barroso (obra citada), afirma sobre que a impossibilidade de atingir a objetividade, não diminui a necessidade de buscar a objetividade possível. Nas palavras de Marmelstein (obra citada), “uma coisa é reconhecer os limites da objetividade humana, e outra, bem diferente, é abandonar o esforço de melhorá-la.”

Na afirmativa de Streck (obra citada), conforme aumentam as demandas dos direitos fundamentais e consoante que o constitucionalismo, com base em preceitos e princípios invade o espaço circunscrito a regulamentação legislativa, aumenta a necessidade de serem estabelecidos limites ao “poder hermenêutico” dos juízes, a esse respeito, Sarmento (2006) declara:

“(...)muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem justiça- ou o que entendam por justiça-, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo que quiser.”

Para tanto, no que concerne aos direitos constitucionais, exige-se o dever de aumentar a carga argumentativa dos juízes, decorrente do dever constitucional de motivar os atos judiciais, como explana Barcellos (2006), para quem, “o dever de motivar não decorre apenas de uma regra formal contida no texto constitucional (art. 93, IX) ou de uma exigência do direito das partes. Ele está vinculado a própria necessidade republicana de justificação das decisões do Poder Público.”

Assim sendo, “quando o juiz emprega a técnica da ponderação, essa necessidade é potencializada: se há uma variedade de soluções possíveis nesses casos, é preciso mostrar o motivo de se escolher uma delas em detrimento das demais.” Visto que deverá haver transparência e objetividade na argumentação de modo que transmita a sociedade, qualidade nas decisões judiciais, e automaticamente crédito nas decisões proferidas.

De outra forma, de acordo com Guerra (obra citada), “a interpretação tópica orienta-se e limita-se pela norma, mas apesar disso, conta com a presença de certos princípios diretores da interpretação suscetíveis de adicionar a esta uma dose de racionalidade e de previsibilidade.”

Isso ocorre por meio dos princípios de interpretação da Constituição, sendo eles, o princípio da unidade da Constituição, posteriormente, o princípio da concordância prática, da correção funcional, do efeito integrador e da força normativa da própria, as possibilidades de interpretação estão limitadas as possibilidades tópicas do campo

constitucional, “a existência desse limite é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder que lhe corresponde a Constituição.”

Ainda nesta direção, “o método concretizante não se fixa apenas nos parâmetros oferecidos pelos métodos tradicionais de interpretação, vai mais além, inserindo outros elementos, tais como a pré-compreensão e o âmbito normativo”, considerando o texto normativo como limite de sua interpretação.

Para Canotilho (obra citada), este método possui um alcance maior, posto que, o mesmo procura alcançar a dimensão do alcance das normas constitucionais, com referência de que as mesmas, são compostas por regras e princípios, cujos últimos possuem atenção maior na ordem jurídica vigente. Nesta acepção, dispõe Guerra (obra citada), *in verbis*:

“Numa Constituição escrita, considerada como ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, pressupõe-se, como ponto de partida normativo da tarefa de concretização-aplicação das normas constitucionais: a consideração de norma como elemento primário do processo interpretativo; a mediação (captação, obtenção) do conteúdo (significado, sentido, intensão) semântico da Constituição, como tarefa primeira da hermenêutica jurídico-constitucional; e independentemente do sentido que se der ao elemento literal, o processo concretizador da norma constitucional começa com a atribuição de um significado aos enunciados linguísticos do texto constitucional.

Embora sendo o texto constitucional o primeiro elemento do processo de interpretação-concretização constitucional, ele não contém, já a decisão do problema a resolver. É necessário tomar em conta que a letra da lei não dispensa a averiguação do seu conteúdo semântico e que a norma constitucional não se identifica com o texto, bem como, que a delimitação do âmbito normativo, feita através, da atribuição de um significado a norma, deve ter em atenção elementos de concretização relacionados com o problema a ser solucionado.”

Convém, esclarecer as dimensões da norma, isto é, o conteúdo normativo, que se baseia no, “componente linguístico da norma, que consiste no resultado de um processo parcial de concretização pautado, sobretudo, na interpretação do texto normativo”, da mesma maneira que, a dimensão do domínio ou setor normativo, ou melhor, “o componente real, empírico, fático da norma que resulta de um segundo processo parcial de concretização baseado na análise dos elementos empíricos (dados da realidade recortados pela norma)”.

Isto posto, verifica-se que a norma é a coadunação entre o programa e o domínio normativo, direcionando para uma concretização material, composto por meio de um

limite de ordenação, expresso em enunciados linguísticos e por um âmbito de dados reais, cujo efeito da mesma resulta na normatividade, em um processo de concretização. Outros elementos consideráveis na delimitação da norma seriam a sistemática do texto normativo, a genética do texto, como também, a história do texto.

Assim necessário se faz, elaborar uma análise do programa normativo em conjunto do domínio normativo, em razão de que, o primeiro age como um filtro do domínio, ou seja, o mesmo é responsável pela separação dos fatos com efeitos normativos, dos fatos que não pertençam a este setor, esta ação denominada como função positiva do programa normativo, cujo qual, também possui uma função negativa, a qual reporta a “prevalência dos elementos de concretização referidos ao texto,” para as situações de conflitos entre elementos interpretativos.

Recapitulando, “o âmbito da liberdade de interpretação do aplicador-concretizador das normas constitucionais tem o texto da norma como limite.” Neste sentido, “o programa normativo é também o elemento fundamental do espaço de seleção de fatos constitutivos do domínio normativo.” Assim disposto, a normatividade somente é aferida no momento em que, se encontra aplicada ao caso em concreto, por meio da criação de uma disciplina regulamentadora, através de, uma sentença judicial, ou mesmo, a prática de atos individuais por meio das autoridades. De outra forma, incide de forma atual e imediata, por meio de sua transmutação para norma decisão.

Ainda na direção de Guerra (obra citada), “as normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais, demandam ainda mais atenção por parte do intérprete, tendo em vista que, elas consubstanciam um núcleo de direitos que ocupam um lugar privilegiado dentro dessa orientação.” Neste curso, em suas palavras, em citação a Haberle (obra citada) o mesmo estabelece:

“No Estado constitucional-democrático, o cidadão é intérprete da Constituição. Por isso, tornam-se relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir a liberdade: a política de garantia dos direitos fundamentais de caráter positivo, a liberdade de opinião, a constitucionalização da sociedade. A democracia do cidadão, aproxima-se mais da ideia que concebe a democracia, a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção, segundo a qual, o povo soberano, limita-se a assumir o lugar do monarca. Para Peter Haberle, a liberdade fundamental (pluralismo), e não povo, converte-se em ponto de referência para a Constituição democrática.”



Diante disso, remete-se a necessidade de utilizar tanto os métodos de interpretação clássicos quanto os novos, devido ao fato de que, interpretar a Carta Magna é concretizá-la, e tal atividade, baseia-se nos princípios interpretativos, especialmente, as que referem-se à direitos fundamentais, atribuindo-lhe uma condição de autoridade e de prestígio, já que possui como escopo conferir um significado a norma, de forma que elimine conflitos e harmonize a unidade do sistema.

Então, a nova hermenêutica se propõe a aperfeiçoar e conferir sentido a norma de forma criativa, baseada em princípios direcionadores que apregoam a ponderação para as situações conflitantes, bem como, também, certos componentes fundamentais, in verbis:

- a) “As pré-compreensões que conformam e projetam o “mundo”;
- b) A tradição ou configuração histórico-cultural objeto da interpretação, que participa do dialogo resistindo as projeções do sujeito;
- c) Instrumentos metodológicos;
- d) A imaginação produtiva, sem a qual a projeção de pré-compreensões resultaria em simples reiteração.”

Assim definido, Haberle (obra citada) destaca, a necessidade de o juiz ser consistente e convincente ao expor suas decisões, é o que denomina-se, de dever ou reserva de consistência, a qual possui algumas implicações práticas consideráveis, como exemplo:

- a) Expressar todos os motivos determinantes de suas decisões, inclusive os emotivos;
- b) Apregoa a dilatação da possibilidade de compartilhar dos variáveis segmentos sociais que venham a estar interessados no julgamento, como forma de legitimar e democratizar o processo de concretização constitucional, posto que, quanto maior a participação da sociedade, maior será a probabilidade de acerto decisório;
- c) Impõe ao juiz buscar razões para suas decisões além das prerrogativas jurídicas, até mesmo em outras ciências, inclusive demandando informações de entidades públicas ou privadas;
- d) Exige análise profunda acerca das vantagens e desvantagens que ocasionará (princípio da proporcionalidade), já que uma decisão precipitada pode causar mais malefícios que benefícios;
- e) Compele ao dever de coerência, expresso na obrigação do magistrado em demonstrar os argumentos de convencimento da referida decisão, em demonstração de que a mesma se mostre a mais correta.

Com o objetivo de oferecer critérios objetivos para a aferição da interpretação dos direitos fundamentais na casuística em concreto, a doutrina em conjunto com a jurisprudência, desenvolveram princípios de interpretação, que viabilizam o encontro de soluções justas e adequadas, o fato, porém, é que estes métodos, ainda permitem a ocorrência de subjetividades ou mesmo arbitrariedades, mas seu alvo objetiva na forma de apresentar ao juristas uma ordem de valores emergente do núcleo constitucional, e não de valores pessoais.

Ou seja a atividade dos princípios constitucionais se expressa por meio de auxílio na aferição de respostas racionais, baseadas nas premissas constitucionais, bem como, possibilitar maior transparência e objetividade na argumentação e no processo de decisão, proporcionando a máxima legitimidade à argumentação judicial, como esclarece Marmelstein (obra citada), assim, passar-se-á a expressão do próximo item.

## **5. VINCULAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Preceituam-se variadas diretrizes aperfeiçoadas pelos juristas como forma de facilitar e orientar a atividade hermenêutica. Há porém, alguns princípios que são próprios do direito constitucional, como o princípio da supremacia da Constituição, princípio da unidade da Constituição, princípio da interpretação conforme a Constituição, princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, princípio da concordância prática, assim como, o princípio da proporcionalidade, de modo amplo, tais princípios já foram evidenciados no decorrer do texto. Como por exemplo, já fora abordado que as normas constitucionais são da mesma hierarquia jurídica, de forma que, não permite haver declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais, com a exceção de emendas que violem cláusulas pétreas.

Da mesma forma, ficou evidenciado que os direitos fundamentais possuem supremacia formal e material, e por tanto aproveitam de uma normatividade potencializada, delimitada como, princípio da supremacia dos direitos fundamentais.

Ademais, fora abordado que os direitos fundamentais podem ensejar pretensões subjetivas, exigíveis judicialmente, efetivando-se por meio do Poder Judiciário, na

interpretação de normas definidoras de direitos fundamentais, com o intuito de solucionar de forma eficaz o direito em questão, defendido pelo princípio da máxima efetividade.

Em decorrência, denotara-se que os direitos fundamentais representam uma ordem objetiva de valores, com capacidade de influenciar a interpretação de todo o sistema jurídico, defendido através do princípio da interpretação conforme os direitos fundamentais. De forma geral pode-se dizer que:

Por meio do princípio da supremacia da Constituição, verifica-se que as normas constitucionais possuem supremacia formal e material; através do princípio da unidade constitucional, possível se faz a interpretação de que todas as normas constitucionais possuem hierarquia jurídica igualitária; por intermédio do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, denota-se que as leis presumem-se constitucionais.

Então, mediante o princípio da interpretação conforme a constituição, tem-se que as leis devem ser interpretadas de acordo com os valores constitucionais; recorrendo ao princípio da máxima efetividade, atêm-se ao fato de que, toda interpretação jurídica deverá proporcionar a máxima efetividade da constituição; consoante com o princípio da concordância pratica, verifica-se que nos casos de colisões de valores constitucionais, deve-se procurar harmoniza-los, sacrificando-os o mínimo possível;

Desta maneira, em concordância com o princípio da proporcionalidade, percebe-se que as restrições aos direitos fundamentais devem ser adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito; segundo o princípio da proteção ao núcleo essencial, extrai-se que as restrições aos direitos fundamentais não podem afetar o núcleo essencial da norma; em conformidade com o princípio da proibição de abuso de direitos fundamentais, abstrai-se que os direitos fundamentais não podem servir para justificar a violação de outros direitos igualmente importantes, como bem expressou Marmelstein (obra citada).

Dito isso, passar-se-á a expressar no próximo tópico acerca do princípio da proporcionalidade, como solucionador dos conflitos jurídicos constitucionais.

## **6. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO SOLUCIONADOR DE CONFLITOS**

De acordo com Guerra (obra citada), a interpretação da normas constitucionais é uma tarefa complexa, devido as particularidades de suas normas, bem como, sua abertura que além de permitir, exige atualizações, assim como, a linguagem sintética e por vezes lacunosas, além da amplitude dos termos utilizados, também no que refere-se, a presença de princípios, da mesma maneira que, as múltiplas opções de sentido político nela contida.

Como bem abordado, a hermenêutica clássica não constitui meio suficiente para obtenção do verdadeiro conteúdo do texto constitucional, cujo sentido da referida norma a cada instante mais se destaca em um Estado Democrático de Direito. Neste sentido o próprio destaca, “a necessidade de uma nova hermenêutica voltada para a realidade social e menos mecânica e formalista, torna-se cada vez mais clara diante das deficiências do emprego isolado dos métodos tradicionais,” cuja qual objetiva a concretização da norma, em conformidade com as necessidades inerentes da sociedade dinâmica e complexa, isto é, valorando a realidade social, no entanto, em conjunto com isso, mantendo o foco na cientificidade.

Como significativas mudanças na Nova Hermenêutica, encontra-se a ampliação do rol dos intérpretes da Constituição, como já explanado anteriormente, do mesmo modo que, a identificação das pré-compreensões do intérprete, em auxílio da criatividade interpretativa, dispersando a reiteração das decisões, porém, atuando na medida que a moldura do texto legal lhe atribui.

Em sua concepção, “essa abertura criativa do intérprete possibilita inovações que, se bem articuladas, podem provocar arejamento e renovação na interpretação dos direitos fundamentais.” Afinal, este novo método atua de forma positiva na interpretação dos direitos fundamentais, devido ao fato de que, leva em consideração a realidade social expressa por meio do âmbito normativo.

Assim, observa Marmelstein (obra citada), para o qual “embora os direitos fundamentais tenham status constitucional, tem-se aceito que a norma infraconstitucional pode ser utilizada para restringir ou limitar o seu conteúdo, especialmente quando há autorização constitucional (reserva legal).”

Ocorre que, os direitos fundamentais são passíveis de limitações seja por meio do Constituinte originário na própria Constituição ou mesmo, no momento em que não haja

previsão constitucional, desde que sua limitação seja proporcional para proteção ou preservação de outro valor constitucional.

Neste sentido, a diferença que distingue um direito fundamental com reserva legal, ou seja, aquele cuja limitação, foi expressamente autorizada pela constituinte originário e um direito fundamental sem reserva legal, isto é, que não tenha previsão expressa de regulamentação legal, é que a lei que define um direito fundamental com reserva legal, não necessita passar por um processo de aprovação tão rigoroso, posto que, os direitos fundamentais sem reserva legal, carecem de justificativa mais contundente para serem restringidos.

Ressalta-se porém, que as restrições aos direitos fundamentais são comuns, então, como meio de verificação da legalidade de restrição de uma lei ou atos administrativos de um fundamental, o método utilizado é o princípio da proporcionalidade, por isso este princípio também é conhecido por meio de “limites dos limites”, o objetivo deste princípio é estabelecer que nenhuma restrição aos direitos fundamentais, abranja dimensões desproporcionais. Em acordo se posiciona o Tribunal Constitucional alemão, citada através do referido autor:

“Esse princípio [da proporcionalidade], que é provido de dignidade constitucional, resulta da própria essência dos direitos fundamentais, que, como expressão da pretensão jurídica geral da liberdade do cidadão frente ao Estado, só podem ser limitados pelo poder público quando isso for imprescindível para proteção de interesses públicos.”

Convém salientar que a proporcionalidade aqui evidenciada, não é utilizada como sinônimo de razoabilidade, como em outras doutrinas ou mesmo em decisões do STF, visto que, “verificar a proporcionalidade de uma medida que restringe determinado direito fundamental não é tão somente analisar se a medida é razoável, trata-se na verdade, de algo mais sofisticado e objetivo.” Em concordância silva (2002), destaca:

“A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise de relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade, com elementos independentes –, que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência da razoabilidade.”

Então, a doutrina, influenciada por meio da Corte Constitucional alemã, tem destacado três dimensões destes princípios, de forma sucessiva, visto que, apenas será aceitável a limitação de um direito, se estes três requisitos estiverem sido satisfeitos, isto é, a adequação; necessidade ou vedação do excesso e de insuficiência; proporcionalidade em sentido estrito. Nesta lógica, Sarmiento (1999) dispõe:

“A resolução dos conflitos entre princípios constitucionais requer uma análise da situação concreta em que emergiu o conflito. O equacionamento das tensões principiológicas só pode ser compreendido a luz das variáveis fáticas do caso, as quais indicarão ao intérprete o peso específico que deve ser atribuído a cada cânone constitucional em confronto. E a técnica e decisão que, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, atribui especial relevância as suas dimensões fáticas, é o método de ponderação de bens. (...) o método de ponderação de bens está intimamente ligado ao princípio da hermenêutica constitucional da ‘concordância prática’, o qual, na dicção de Canotilho, ‘impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito ou em concorrência de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.’”

Nesta coerência, Canotilho (obra citada) estabelece que em análise a colisão de direitos fundamentais, perceptível se faz o entendimento de que, as normas dos direitos fundamentais atuam de forma imperativa, que devem ser concretizadas em harmonia com o texto jurídico, assim como, com a situação fática, no entanto, inexistente um padrão ou mesmo critério solucionadores de antinomias, valendo-se por tanto da ponderação e harmonização como bases principiológicas, no entanto, tal critério não invalida a utilização e outros métodos na aferição da interpretação, tal como, o princípio da concordância prática, e a ideia do melhor equilíbrio possível entre direitos colidentes.

Neste sentido Guerra (obra citada), indaga sobre a possibilidade ou não de o princípio da proporcionalidade ter legitimidade para contrariar norma expressa, e automaticamente, afasta sua aplicação. Em resposta Sarmiento (obra citada), preconiza, sobre o fato de que, a questão divide a doutrina, posto que, doutrinadores como José Carlos Barbosa Moreira, Nelson Nery, Junior e Vicente Greco Filho, estão incluídos no rol daqueles que admitem tal ponderação, no entanto, do lado oposto encontra-se doutrinadores como Luís Roberto Barroso.

Na predicação de Guerra (obra citada), “os princípios constitucionais representam o fio-condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por eles abrangidos.”

Em retomada a posição de Sarmiento (obra citada), aborda-se o fato de que, por meio da estrutura aberta e flexível dos princípios constitucionais, em comum acordo com a complexidade das questões apresentadas atualmente ao judiciário, verifica-se a imprescindibilidade do método da ponderação de interesses, a sua utilização para tanto, se torna indispensável para a solução dos casos de conflitos.

Neste sentido, contar-se-á com o apoio de Santos (1997), para o qual, a ideologia de o juiz complementar a atividade legislativa tratar-se-ia de um pensamento ilusório, visto que “a lei não é um direito em si mesma.” Ou seja, a lei é somente um critério de aferição jurídica. Isto é, “o Legislador cria a lei e o juiz, ao julgar, regula a situação concreta com o direito que busca no critério apresentado.”

Desta forma, nem sempre o critério será representado pela lei, posto que, outros por imposição da própria lei ou mesmo determinação do juiz podem surgir. Assim, “o que importa na jurisdição é a função de regular a situação concreta, nada mais.”

Na concepção de Marmelstein (obra citada), o princípio da proporcionalidade, por sua vez se divide em subprincípios, cujos quais serão esmiuçados a seguir.

## **6. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE SUBDIVIDIDO EM SUBPRINCÍPIOS**

O primeiro elemento a ser expresso será o subprincípio da *adequação*, decorrente do mesmo, se subtrai uma relação de pertinência (meio e fim) com capacidade justificativa para a restrição de um direito, esta relação de pertinência, por vezes é apreciada de modo simples, decorrente de uma análise objetiva da situação, no entanto, noutras vezes, este método se opera de forma complexa, devido à falta da ligação racional entre o meio e o fim que não se apresenta naquele momento.

Assim, nestas hipóteses apenas a experiência concreta da norma demonstrará se a mesma, se mostrou eficaz para os efeitos desejados. Para estes casos, o ideal seria deixar a critério do legislador, em manutenção a escolha estatal, enquanto a mesma não se

apresente ineficaz de forma concreta, momento em que o Judiciário poderá reconhecer sua inconstitucionalidade, movido pela desobediência do princípio da proporcionalidade.

Ressalta-se que, a adequação, contém a exigência de que, uma medida limitadora de direitos fundamentais, para ser considerada válida, precisa estar revestida de prestação a uma constitucionalidade legítima, isto significa, que se seu objetivo visar finalidade inconstitucional, a mesma não terá validade.

Assim, convém salientar, que sempre que o juiz estiver decidindo uma situação em que envolva um conflito de direitos fundamentais, o próprio deverá ter como premissa, o princípio da proporcionalidade, como mecanismo de aferição e balizamento das decisões.

Em concordância com o subprincípio da *necessidade (vedação do excesso)*, encontra-se inserida a ideia de que, a medida deve ser estritamente necessária. Nesta linha de raciocínio Marmelstein (obra citada), utiliza-se da decisão do Supremo Tribunal Federal, como ilustração do referido método, “no sentido de que o uso de algemas, na condução dos presos, embora por si só, não constitua constrangimento ilegal, deve ser realizado de forma proporcional, não abusiva, no intuito de não afetar desnecessariamente a integridade moral do ser humano.” Nesta acepção, cita-se um trecho da referida decisão:

“O uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou a reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. O emprego dessa medida tem como balizamento jurídico necessário, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.”

Assim, este elemento serve, também, como meio de impedir exageros na implementação dos direitos sociais. Isto posto, partir-se-á para o elemento da *necessidade* como critério da *vedação da insuficiência*, ou seja, autoriza o Estado para que haja eficazmente em proteção aos direitos fundamentais, sem atuar em excesso ou pecar por insuficiência, a própria decorre do dever de proteção e promoção já citados, de forma que “o poder público deve adotar medidas suficientes para impedir ou para reprimir as violações dos direitos fundamentais.”

Na explanação de Sarlet, citado por Marmelstein (obra citada), decorre que, “a violação da proibição da insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada



por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção.”

Nesta questão, verifica-se que a necessidade de proteção suficiente se materializa, mesmo nas hipóteses de “mandamentos de criminalização” expressos pelo constituinte originário, em expressão de normas que determinam a criminalização de condutas.

Como exemplos cita-se conforme o mencionado autor, os seguintes incisos retirados do art. 5º, da Constituição Federal de 1988: “XLI- a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII- a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei.” Dentre outros, neste curso o Min. Gilmar Mendes, se manifestou em sua decisão no STF, da seguinte forma:

“Em todas essas normas é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Em verdade, tais disposições traduzem uma outra dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional. Tal concepção legítima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa...), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (...).

A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõe de alguma liberdade de conformação. Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização (...).

Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõe ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. (...)

(...).

Se é certo, por um lado, que a Constituição confere ao legislador uma margem discricionária para a avaliação, valoração e conformação quanto as medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal, e por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador os limites ao dever de respeito do princípio da proporcionalidade, é possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.”

Conclui-se a cerca deste subprincípio que, nas situações excepcionais em que se verifique de forma comprovável que a proteção a direito fundamental ocorreu de forma

insuficiente, mostra-se cabível o controle constitucional, como forma de correção da inconstitucionalidade aí evidenciada.

Por fim, atem-se a *proporcionalidade em sentido estrito (técnica da ponderação)*, “a proporcionalidade exige uma análise das vantagens e das desvantagens que a medida trará”, como forma de proceder a esta análise, faz-se necessário realizar um exercício de balanceamento ou ponderação, por meio do qual, o jurista deverá relacionar todos os interesses em pauta, com o intuito de encontrar uma solução constitucionalmente adequada, baseada em argumentação coerente, consistente e convincente. Neste sentido Jane Pereira (2006), aponta:

“A ponderação pode ser conceituada como a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentam em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, qual deles possui o maior peso e deve prevalecer [...]. A ponderação, como técnica de decisão, identifica-se com a proporcionalidade em sentido estrito, que determina que se coloque em questão os ônus e as vantagens que defluem da tutela total ou parcial de cada um dos bens jurídicos em conflito [...] A grande virtude da ponderação consiste na transparência que esse método pode conferir ao processo de decisão.”

Como se evidencia, o princípio da proporcionalidade opera além da verificação da validade material de atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, que balizam os direitos fundamentais, operando, também, no sentido de verificar a própria legitimidade da decisão judicial, atuando como verdadeiro limite da atividade jurisdicional, nesse sentido, sempre que o juiz concretizar um direito fundamental, o mesmo deverá estar consciente de que sua decisão deverá ser revestida de caráter “adequado, necessário (não excessiva, e suficiente), e proporcional em sentido estrito.” Operando de tal forma a norma estará protegida pela garantia da legalidade.

## **7. DEFINIÇÕES CONCLUSIVAS**

Em conclusão preceitua que a hermenêutica clássica não basta para a correta interpretação dos direitos fundamentais, de modo que urge a necessidade de buscar auxílio em novos critérios de averiguação da norma, cujos quais, servem como baliza para a aferição da legalidade.

Por conseguinte, para a aferição da constitucionalidade de uma norma, estes critérios tem como base, o princípio da proporcionalidade, que por sua vez, acarreta na observância de subprincípios, de forma a encaminhar a decisão do juiz para a mais eficaz possível, bem como, devidamente argumentada, para que a mesma se torne efetiva no núcleo social.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teorias da argumentação jurídica. 3ª. ed. São Paulo: Landy, 2006.

BARCELOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica principiológica e colisão de direitos fundamentais: as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas. IN: **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v.11, jan-jun/2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. Coimbra: almeida, 1996.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Jurisdição e Hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**: um ensaio de Teoria da interpretação enquanto Teoria Discursiva da argumentação jurídica de aplicação. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os Desafios postos aos Direitos Fundamentais. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Coordenação José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. Trad. Carlos Lopes de Matos. São Pulo: Edusp, 1973.

DINIZ, Maria Helena. **Compendio de introdução à ciência do direito**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva: 2006.

DORF, Michael; TRIBE, Laurence. **Hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

FARIAS, Edilsom Pereira. **Liberdade de expressão e comunicação**. São Paulo: RT, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Interpretação e crítica. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRINOVER, Ana Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GUERRA, Sidney. **Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: 2007.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad: Marcia Sá Cavalcante Schubak, 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson- IOB, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 1998.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Trad: Maria Luiza Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1997.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*; tradução de Verginia K. Pupi. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PEREIRA, Janes Gonçalves Reis. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 2005.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5ª ed. Anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: 1999.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. São Paulo: Rideel, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.