

Hermenêutica e Concretização Constitucional para a Eficácia das Normas de Direitos Fundamentais

OSVALDO FERREIRA DE CARVALHO

Mestre em Direito pela PUC-Goiás, Advogado, Professor da PUC-Goiás.

Submissão: 07.12.2010

Parecer 1: 13.02.2011

Parecer 2: 13.02.2011

Decisão Editorial: 23.02.2011

RESUMO: O artigo objetiva apontar o desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional, ao estabelecer cânones, princípios, pressupostos e ideias acerca da interpretação da constituição que alcançassem com maior sucesso a almejada eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais, principalmente aquelas que impunham o novo desafio de efetivação e concretização dos direitos sociais, denotando a sua realização e a busca de uma densificação constitucionalmente adequada das diretrizes constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Eficácia; direitos fundamentais; hermenêutica constitucional; concretização constitucional.

ABSTRACT: The article aims to show the development of a new constitutional hermeneutics to establish canons, principles, assumptions and ideas about the interpretation of the constitution which would achieve greater success with the desired efficiency of fundamental constitutional rights, especially those that imposed the new challenge of effectiveness and realization of social rights, denoting their achievement and the quest for a constitutionally adequate densification of the constitutional guidelines.

KEYWORDS: Effectiveness; fundamental rights; constitutional hermeneutics; constitutional achievement.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Eficácia e efetividade: distinção necessária; 2 Interpretação e hermenêutica constitucional; 3 Concretização constitucional; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento do direito público e, especificamente, do direito constitucional, impulsionou novos influxos que ampliaram e proporcionaram

novas conformações teóricas da hermenêutica jurídica. Com o surgimento de constituições marcadamente sociais, prescreveram objetivos a serem perseguidos pelo Estado, além da positivação de vários princípios jurídicos que determinaram que técnicas hermenêuticas se submetessem a uma nova releitura.

O artigo analisa as distinções encontradas entre interpretação e hermenêutica constitucional e, ao final, traça um panorama acerca da concretização das normas de direitos fundamentais, especialmente das de direitos sociais na perspectiva da metódica estruturante de Friedrich Müller.

Antes, porém, buscar-se-á examinar a necessária dicotomia entre eficácia e efetividade das normas constitucionais, a fim de entender, ao final, o processo complexo e amplo da concretização constitucional. As proposições, aqui, em grande parte, são conceituais.

1 EFICÁCIA E EFETIVIDADE: DISTINÇÃO NECESSÁRIA

O embaraçoso uso das palavras com significados distintos se manifesta em todo e qualquer trabalho jurídico-científico que pretenda estabelecer, com certo grau de precisão, alguma terminologia adequada para a análise da sua temática.

Torna-se, então, necessário estabelecer um entendimento quanto às terminologias, assim como o porquê da opção pelo termo *eficácia* dos direitos fundamentais em lugar de *efetividade*, exatamente por aceitar a diferenciação entre os vocábulos em questão.

Tal distinção, no entanto, apesar de ser necessária, evidentemente não é algo simplório. Entre os estudiosos juristas dedicados aos estudos da linguagem jurídica, não há um consenso sobre a questão e, em razão disso, registre-se a dificuldade não apenas no presente artigo, mas também de qualquer outro estudo que trate da presente temática ao fixar uma distinção entre as supracitadas terminologias com algum grau de precisão satisfatório¹.

O significado específico na teoria jurídica das terminologias em questão é o que interessa mais diretamente nesta dissertação. O lexicólogo De Plácido e Silva, ao fixar o aspecto semântico-jurídico de tais termos, afirma que efeti-

1 Torna-se igualmente necessária a busca do significado dos vocábulos *eficácia* e *efetividade* no âmbito da linguagem geral em nossa língua portuguesa. Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar consignam que a *efetividade* se constitui “no caráter, virtude ou qualidade do que é efetivo. 1. Faculdade de produzir um efeito real; 2. Capacidade de produzir o seu efeito habitual, de funcionar normalmente; 3. Capacidade de atingir o seu objetivo real [...]”. Agora, ao versarem sobre a *eficácia* assim se pronunciam: “1. Virtude ou poder de (uma causa) produzir determinado efeito; qualidade ou caráter do que é eficaz [...]; 2. Segurança de um bom resultado; validade, atividade, infalibilidade; 3. Poder de persuasão [...]; 4. Efeito útil [...]; 5. Qualidade de quem ou do que tem uma ação eficaz; capacidade, produtividade [...]; 6. Real produção de efeitos [...]” (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1102) (grifos no original).

Em uma perspectiva estritamente linguística, pode-se constatar que os significados são aproximados, quase idênticos em alguns sentidos esboçados pelos dicionaristas ao ser, portanto, perfeitamente justificável a existência da utilização indiscriminada na linguagem em geral dos dois vocábulos.

vidade, derivado do latim *effectivus*, de *efficere* (executar, cumprir, satisfazer), significa “[...] a qualidade ou o caráter de tudo o que se mostra efetivo ou que está em atividade”, pretendendo exprimir que “[...] o que está em vigência, está sendo cumprido ou está em atual exercício, ou seja, que está realizando os seus próprios efeitos”. Eficácia, por sua vez, derivado do latim *efficacia*, de *efficax*, “que tem virtude que tem propriedade, que chega ao fim”, é compreendida como “[...] a força ou poder que possa ter um ato ou fato, para produzir os desejados efeitos”. Assevera, ainda: “[...] A eficácia jurídica, deste modo, advém da força jurídica ou dos efeitos legais atribuídos ao ato jurídico, em virtude da qual deve ser o mesmo cumprido ou respeitado, segundo as determinações que nele se contêm”².

Percebe-se, todavia, que, embora do ponto de vista da linguagem geral, seja bastante árduo proceder a uma diferenciação entre *eficácia* e *efetividade*, é possível fazê-la quando se reporta à semântica jurídica desses termos, ou seja, o seu significado para a teoria jurídica. Entretanto, nem todos concordam com a distinção consignada por De Plácido e Silva ao considerar a problemática de forma diversa. Vejamos abaixo tais posicionamentos.

Pinto Ferreira, em seu prodigioso estudo acerca do problema da eficácia das normas jurídicas, lembra que o significado da eficácia foi particularizado recentemente com maior requisito terminológico³. Conquanto não fizesse alusão à efetividade, alvitrou um sentido de eficácia que, segundo ele, é “[...] o poder que tem as normas e os atos jurídicos para a consequente produção de seus efeitos jurídicos próprios”⁴. E assevera que a eficácia da norma jurídica tem como consequência automática o seu poder de gerar efeito jurídico, com maior ou menor grau, ou de maneira absoluta, ou plena, ou limitada, ou diferida por meio de um comando, determinando um agir ou um não agir, uma conduta positiva ou uma omissão, e, nesse caso, com uma força paralisante, que é conflitante com o comando determinado⁵.

Em se tratando da eficácia do direito, Pinto Ferreira esboça um conceito de eficácia social e um conceito de eficácia jurídica que, de acordo com ele, são assim elucidados:

A eficácia social da norma jurídica significa que a conduta humana se efetiva realmente de acordo com a própria norma; a norma é realmente seguida e aplicada; através dela está um fenômeno real de poder, que exige e comanda efetivamente a sua obediência. Pode ocorrer que uma norma tenha eficácia jurídica, mas não tenha eficácia social, não sendo efetivamente cumprida no mundo dos fatos, na realidade social. *A eficácia jurídica* designa a força que tem a norma jurídica de produzir os seus próprios efeitos na regulação da conduta humana; indica uma

2 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 509.

3 FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 22.

4 Idem, p. 22.

5 Idem, p. 23.

possibilidade da aplicação da norma, a sua exigibilidade, a sua exequibilidade, a sua executoriedade como possibilidade. O que caracteriza o direito é a coercibilidade, a possibilidade da coação; o que caracteriza a eficácia é a possibilidade da sua executoriedade.⁶

Tercio Sampaio Ferraz Júnior, por seu turno, aponta a eficácia da norma jurídica como uma qualidade que se refere

[...] à possibilidade da produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, espontânea ou imposta, ou para a satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica).⁷

Tercio Sampaio Ferraz Júnior leciona na sua obra magistral – *A ciência do direito* – que a *vigência* de uma norma ocorre quando esta tem condições formais de ser aplicada por ter sido elaborada pelos órgãos competentes, nos limites de sua competência e em obediência aos procedimentos legais⁸. O eminente jurista prossegue afirmando que a *eficácia* consiste na possibilidade de uma norma ser aplicada, de exercer os seus efeitos, pois as condições para isso exigidas estão cumpridas⁹.

O entendimento delineado pelo ínclito jurista corresponde, de uma análise meramente definível por ele, ao ponto de vista que se deseja perfilar nesta dissertação, sobre a eficácia como aptidão da norma jurídica para a produção de efeitos. No entanto, quando do estudo exemplificativo concernente às definições alinhavadas, o expoente jurista supracitado norteia os seus exemplos partindo do entendimento da doutrina tradicional da norma jurídica que a confunde com o seu texto, posição que o professor e jurista Friedrich Müller, defensor da ideia da concretização normativa, não considera, por adotar um conceito distinto entre texto e norma jurídica. De acordo com Tercio Sampaio Ferraz Júnior, uma norma pode ter vigência, mas a eficácia depende da regulamentação de certas condições por outra norma¹⁰, o que, evidentemente, em um processo estruturado de concretização normativa, são fases do complexo processo que constitui a norma jurídica e, notadamente, a norma constitucional.

Com uma concepção clássica, José Afonso da Silva, ao assinalar a íntima relação entre os conceitos de eficácia jurídica e de eficácia social, tenta dis-

6 FERREIRA, Pinto. Op. cit., p. 24-25. Grifo nosso.

7 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 203.

8 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986. p. 58.

9 Idem, p. 58.

10 O Professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior ilustra com o seguinte exemplo: “[...] uma norma determina que é garantido o acesso para todos os cidadãos aos cargos públicos, quando forem preenchidos os requisitos que a lei estabelecer. A norma é vigente, se elaborada corretamente, *mas sua eficácia depende da lei que irá estabelecer os requisitos exigidos*” (op. cit., grifo nosso).

tingui-los ao destacar a eficácia como elemento conexo com a aplicabilidade, exigibilidade ou exectoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica¹¹. Para José Afonso da Silva, a eficácia consiste na “[...] capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas”, ao passo que o “alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade”¹². Diferencia ambas da vigência que é “[...] a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, isto é, que a faz exigível, sob certas condições”, nas palavras do renomado jurista¹³.

Luís Roberto Barroso perfilha as definições esboçadas por José Afonso da Silva quanto à eficácia, mas, por outro lado, procura desenvolver um entendimento acerca da efetividade ao qualificá-la como a realização do direito, o “[...] desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”¹⁴.

No entanto, não deixa o expoente professor supracitado de ressaltar que a efetividade das normas depende inicialmente da sua eficácia jurídica, partindo da premissa de a norma jurídica ser uma espécie de norma necessariamente emanada do Estado¹⁵.

Ainda que as análises expendidas correspondam ao que se pode denominar de opinião preponderante no âmbito da doutrina nacional, há que fazer referência à posição crítica de Eros Roberto Grau, o qual propõe uma revisão e reformulação da noção de eficácia e efetividade à luz da Constituição Federal de 1988, partindo do pressuposto de que a decisão pela aplicação do direito no caso concreto constitui, na verdade, uma decisão pela sua execução, isto é, pela sua efetivação¹⁶. Para além dessa constatação, o referido jurista tende a se afastar dos posicionamentos tradicionais acolhidos pelos doutrinadores, quando advoga o ponto de vista de que a eficácia social não se situa no plano da aplicação da norma – como leciona José Afonso da Silva –, mas que se manifesta ou não após o momento de aplicação, uma vez que nada garante que as decisões – normas individuais de conduta – impostas pelo Judiciário (como instância primordialmente incumbida do poder-dever de realizar o Direito ao

11 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 66.

12 Idem, p. 66.

13 Idem, p. 52.

14 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 82-83.

15 Idem, p. 83. Luís Roberto Barroso, em obra específica sobre interpretação constitucional, aduz em lapidar lição que a “eficácia refere-se à aptidão, à idoneidade do ato para a produção de seus efeitos. Não se insere no seu âmbito constatar se tais efeitos realmente se produzem”. Assevera, ainda: “[...] a efetividade ou eficácia social da norma [...] cuida-se, aqui, da concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos”. (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 247)

16 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 312-315.

aplicá-lo nos casos concretos) sejam efetivamente cumpridas pelos seus destinatários, tampouco garantindo que sejam realizados os resultados (fins) buscados por elas¹⁷.

Consigna-se que Eros Roberto Grau distingue *eficácia jurídica* de *eficácia social*, não havendo como sustentar a íntima conexão entre as noções hauridas delas. Embora perfilhe o conceito dado por José Afonso da Silva de eficácia jurídica explicitado acima, diverge deste em relação ao conceito de eficácia social, pois, segundo o escólio lapidar de Eros Roberto Grau, coincidem os conceitos de efetividade e de eficácia social. A eficácia social “[...] designa o modo de apreciação das consequências das normas jurídicas e de sua adequação aos fins por elas visados. Eficácia [social – nota nossa], então, implica realização efetiva dos resultados buscados pela norma”¹⁸. Destaca, ainda, que a eficácia social pode se manifestar ou não no momento de aplicação pelo Estado, do direito, consoante indicado *retro*¹⁹.

Ante as explanações aventadas, propõe-se um conceito de eficácia que doravante orientará toda a preleção referente a normas de direitos fundamentais ao diferenciá-lo do conceito de efetividade. É importante ressaltar que os conceitos sugeridos contrariam a perspectiva linguística tradicional, bem como ao distanciar do senso comum dos juristas. Todavia, a opção pelos conceitos é decorrente das transformações e dos avanços que se operam na órbita jurídica, notadamente no âmbito constitucional, no tocante aos direitos humanos ou fundamentais; cite-se, por exemplo, o acréscimo do § 3º ao art. 5º da CF/1988, que foi uma novidade trazida pela Emenda Constitucional de nº 45/2004, ao admitir que tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos, desde que observado o *quorum* diferenciado de aprovação pelo Congresso Nacional – igual ao das Emendas Constitucionais –, passem a ter *paridade normativa* com as *normas constitucionais*. Detalhamento quanto ao acréscimo do § 3º ao art. 5º pela EC 45/2004 será examinado no próximo capítulo.

Portanto, quando se trata da eficácia das normas de direitos fundamentais, faz-se referência à aptidão e potencialidade das normas constitucionais de direitos fundamentais de gerarem seus efeitos práticos, isto é, refere-se sempre à possibilidade concreta, real e imediata de a norma ser executada. A efetividade deve ser entendida precisamente como a própria execução do preceito normativo no âmbito fático, equivalendo, então, à noção de eficácia social formulada por Luís Roberto Barroso²⁰. Feitas essas reflexões, opta-se por tratar da eficácia, e não da efetividade como escolha metodológica e objetual, e, também, não por desprestigiar as questões da efetividade.

17 Idem, p. 323 et seq.

18 Idem, p. 323-324.

19 Idem, p. 323.

20 O eminente professor apresenta a acepção de eficácia social nos seguintes termos: “[...] *eficácia social* é a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos” (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas...*, p. 82) (grifo nosso). Tal conceito não é muito diferente do proposto aqui.

2 INTERPRETAÇÃO E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Antes de adentrar no contexto da concretização constitucional como processo hermenêutico para a interpretação constitucional, é preciso estabelecer a distinção existente entre hermenêutica e interpretação, vocábulos não poucas vezes usados como sinônimos quando na verdade não o são. O estudo da hermenêutica se reveste de uma importância verdadeiramente cardeal no âmbito das ciências jurídicas. Segundo Reis Friede, a hermenêutica é um processo dinâmico, vivo e cíclico, que alimenta, crescente e constantemente, os próprios métodos de interpretação ao proceder, em última instância, a sistematização dos processos aplicáveis para determinar, ao final, o sentido verdadeiro e o alcance real das expressões do Direito; ao passo que, de acordo com referido autor, a interpretação compreende a crítica interna da lei, que lhe permite uma verdadeira transparência, com o conseqüente conhecimento científico da norma jurídica, em todas as suas dimensões, em pleno e necessário complemento ao próprio estudo da norma jurídica em termos gerais²¹.

Impende assinalar, conforme lição de Carlos Maximiliano, que a hermenêutica não se confunde com interpretação²². A hermenêutica tem por objeto “o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”²³. A interpretação é a aplicação da hermenêutica, enquanto esta descobre e fixa os princípios que regem aquela. A hermenêutica, para Carlos Maximiliano, “é a teoria científica da arte de interpretar”²⁴. Interpretar, em conformidade com a lição do preclaro jurista, “é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”²⁵.

Rubens Limongi França preleciona que a interpretação consiste em aplicar as regras que a hermenêutica perquire e ordena para o bom entendimento dos textos legais²⁶. E esclarece que, ao se falar em hermenêutica ou interpretação, elas não podem se restringir aos estreitos termos da lei, pois conhecidas são as suas

21 FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 153-154.

22 *Contrario sensu*, tem-se a opinião de Miguel Reale ao encarar tal distinção como despidianda, visto que nenhuma utilidade prática apresentaria. Assim, a esse respeito, Miguel Reale argumenta: “[...] parece-me destituída de significação a antiga distinção entre ‘hermenêutica’, como conjunto de processos ou regras de interpretação, e esta como aplicação daquela. Trata-se de uma distinção de escolasticismo abstrato que não atende à natureza necessariamente concreta do ato interpretativo, inseparável dos meios dialeticamente ordenados à consecução dos fins” (REALE, Miguel. *Hermenêutica jurídica: filosofia e teoria geral do direito*. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, v. 41, 1977. p. 179). Diga-se que se não houvesse sentido nessa distinção não haveria por que fazê-la. *Data maxima venia* do eminente jurista, a hermenêutica pode ser diferenciada da interpretação.

23 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1.

24 *Idem*, p. 1.

25 *Idem*, p. 7.

26 FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 7. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 4.

limitações para bem exprimir o direito, o que também ocorre com a generalidade das formas de que o direito se reveste. Desse modo, consoante ensinamento do autor, é ao direito que a lei exprime que se devem endereçar tanto a hermenêutica como a interpretação, em um esforço de alcançar aquilo que, por vezes, não logra ao legislador manifestar com a necessária clareza e segurança²⁷.

Dirley da Cunha Júnior, na mesma direção, sustenta que a hermenêutica fornece as ferramentas teóricas que serão manejadas pelo intérprete na busca da compreensão das disposições normativas²⁸. A hermenêutica, destaca o citado autor, ilumina o caminho a ser percorrido pelo intérprete e isso demonstra a sua importância para o direito ao cumprir a ela teorizar os princípios de interpretação jurídica e que se pode afirmar, apesar de inconfundíveis, a existência de uma relação mútua de dependência entre a hermenêutica e a interpretação jurídica, visto que, sem a hermenêutica, não se interpreta, e, sem a interpretação, a hermenêutica se torna inútil e desnecessária²⁹. No processo de compreensão do Direito, hermenêutica e interpretação, lembra o autor, são os dois lados de uma mesma moeda³⁰. Para ele, a interpretação jurídica é o gênero do qual a interpretação constitucional é espécie³¹.

Assim, arremata Dirley da Cunha Júnior acerca da hermenêutica e interpretação do Direito, *expressis verbis*:

[...] Mas a tarefa prática de explorar os textos normativos é atribuída à interpretação jurídica, não à hermenêutica. E por interpretação jurídica deve-se entender a atividade prática de *revelar/atribuir* o sentido e o alcance das disposições normativas, com a finalidade de *aplicá-las* a situações concretas, pois interpretar é determinar o conteúdo e significado dos textos, visando a solucionar o caso concreto. Não se interpreta em vão, ou por diletantismo, mas para resolver os problemas jurídicos concretos.³²

A interpretação, portanto, abrange duas atividades – uma voltada a desvendar/construir o sentido do enunciado normativo e outra destinada a *concretizar* o enunciado – e, nesse sentido, apresenta-se também como uma técnica, conforme lição de Dirley da Cunha Júnior, de redução da natural distância que existe entre a generalidade dos textos normativos e a singularidade do caso concreto³³.

A interpretação constitucional, embora seja também interpretação jurídica, possui caracteres peculiares e feições próprias que a diferenciam da interpretação das demais normas jurídicas. Isso faz com que a interpretação

27 Idem, p. 4.

28 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 188.

29 Idem, ibidem.

30 Idem, ibidem.

31 Idem, p. 191.

32 Idem, p. 188. Grifos no original.

33 Idem, ibidem.

constitucional torne uma tarefa mais exaustiva do que a interpretação jurídica em geral, pois o que ocorre é que, além das considerações da hermenêutica jurídica clássica e contemporânea, deve tal interpretação ser norteada, também, pelos cânones específicos da complexa hermenêutica constitucional³⁴.

Canotilho leciona que interpretar a Constituição é uma tarefa que se impõe metodicamente (*dimensão metodológica*) a todos os aplicadores das normas constitucionais (legislador, Administração Pública, juízes e tribunais). Para ele, todos aqueles que são incumbidos de aplicar e concretizar a Constituição devem: (1) encontrar um resultado constitucionalmente “justo” mediante a adoção de um procedimento (método) racional e controlável; (2) fundamentar esse resultado também de forma racional e controlável. Para o expoente jurista, considerar a interpretação como tarefa, significa, portanto, que toda norma é “significativa”, mas o significado não constitui um dado prévio; é, sim, o resultado da tarefa interpretativa³⁵.

Ainda, para Canotilho, sob o ponto de vista da *dimensão metódica*, é indispensável destacar que interpretar uma Constituição não se reconduz apenas à fundamentação do “decidir jurídico” de casos concretos submetidos à apreciação jurisdicional baseada na Constituição (metodologia tradicional); significa também estruturar operadores de concretização (modos ou regras de densificação) válidos para a aplicação das normas constitucionais pelo legislador e pela Administração – *metódica jurídica*³⁶.

Consoante lapidar lição de Paulo Bonavides, os elementos clássicos (tradicionais) da hermenêutica jurídica, a saber: gramatical, lógico, histórico e sistemático, são, de certo modo, rebeldes a valores, neutros em sua aplicação e, por isso mesmo, impotentes e inadequados para interpretar direitos fundamentais. Estes se impregnam, segundo Paulo Bonavides, de peculiaridades que lhes conferem um caráter específico, demandando técnicas ou meios interpretativos distintos, cuja construção e o emprego geraram a nova hermenêutica³⁷.

34 Segundo Celso Ribeiro Bastos, a interpretação constitucional não ignora a interpretação jurídica de um modo geral, mas apresenta uma série de especificidades que justificam seu tratamento diferenciado, em um estudo de certa forma autônomo dos demais métodos interpretativos presentes no sistema jurídico (BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 49).

35 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1207.

36 Idem, p. 1208.

37 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 592. O insigne jurista pontifica que a nova hermenêutica é senão a própria teoria material da Constituição e ressalta que “[...] sob a égide, em grande parte, da nova hermenêutica, o constitucionalismo de renovação da segunda metade do século XX já oferece os seguintes resultados: a criação científica de um novo direito constitucional, ou, pelo menos, a reconstrução desse ramo da ciência jurídica; a formação de uma teoria material da Constituição, fora dos quadros conceituais do jusnaturalismo e das rígidas limitações do positivismo formalista, ou seja, o da velha linha de Gerber, Laband, Anschütz, Jellinek – este mais atenuadamente – e, de último, Kelsen; a inauguração no Direito Público de um novo polo de investigações interpretativas, antes concentradas em esfera nomeadamente jusprivatista ou juscivilista; a elaboração de duas novas teorias hermenêuticas: uma de interpretação da Constituição, mais ampla, e outra de interpretação dos direitos fundamentais, mais

Entretanto, não abandona a hermenêutica constitucional a contribuição da hermenêutica jurídica clássica, mas enriquece-a doutrinariamente no que diz respeito à interpretação especificamente constitucional. Apesar disso, ocorre que, na interpretação constitucional, estão presentes outros problemas específicos da Constituição, não existentes na interpretação das normas jurídicas infraconstitucionais. A interpretação de uma norma constitucional repercute em todo o ordenamento jurídico, ocasionando muitas vezes a incompatibilidade das normas inferiores com a Constituição e a declaração de sua inconstitucionalidade precisamente por esse motivo. Tudo isso obviamente pelo caráter de supremacia da Constituição sobre as demais normas jurídicas³⁸.

Um segundo problema específico a ser colocado para a hermenêutica constitucional, apontado por Paulo Bonavides, é o forte caráter político-ideológico da Constituição. Em verdade, por ser fruto de um poder constituinte originário, as normas constitucionais possuem uma carga político-ideológica bem mais expressiva do que as normas em geral, devendo a sua interpretação exprimir as opções políticas feitas pelo constituinte quando da feitura do documento constitucional³⁹. Como salienta Paulo Bonavides, a natureza política da norma constitucional é evidente, porquanto rege a estrutura fundamental do Estado, atribui competência aos poderes, dispõe sobre os direitos fundamentais, fixa o comportamento dos órgãos estatais e serve de pauta à conduta dos governos, uma vez que, no exercício de suas atribuições, não podem eles evidentemente ignorá-la⁴⁰.

Esse caráter político-ideológico da Constituição torna difícil, senão impossível, estabelecer critérios absolutos de interpretação. As normas constitucionais contêm uma plasticidade muito grande, adequando-se às mutações sociais sem perder o seu caráter de normas de orientação política do Estado. As

restrita, ambas, porém, originais e autônomas; a introdução do princípio da proporcionalidade no direito constitucional, ampliando avassaladoramente a esfera de incidência desse ramo da Ciência do Direito, sobretudo no sentido da proteção mais eficaz dos direitos fundamentais perante o Estado; o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios gerais de direito, convertidos doravante em princípios constitucionais e, portanto, erguidos do seu grau de subsidiariedade interpretativa nos Códigos até o topo da hierarquia normativa do sistema jurídico; a pluridimensionalidade, a par da plurifuncionalidade dos direitos fundamentais, antes vistos no antigo direito constitucional tão somente pelo prisma de sua subjetividade; a expansão normativa do direito constitucional a todos os ramos do Direito, acompanhada de uma afirmação definitiva de superioridade hierárquica, e, finalmente, a tese vitoriosa de que a Constituição é direito, e não ideia ou mero capítulo da Ciência Política, como inculcava a tese falsa de Burdeau e doutros constitucionalistas franceses filiados à linha da reflexão constitucional que se vinculava à ideologia já ultrapassada do liberalismo clássico" (idem, p. 582-584).

38 Celso Ribeiro Bastos anota que a Constituição é a norma superior em qualquer ocasião. Arremata ao afirmar: "[...] O postulado da supremacia da Constituição repele todo o tipo de interpretação que venha de baixo, é dizer, repele toda a tentativa de interpretar a Constituição a partir da lei. O que cumpre ser feito é sempre o contrário, vale dizer, procede-se à interpretação do ordenamento jurídico a partir da Constituição" (BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 101-102).

39 Em sentido diverso tem-se a posição de Celso Ribeiro Bastos, para o qual a busca da vontade do legislador histórico (poder constituinte originário) estaria superada atualmente, pois se trataria de tese pouco democrática e de escassa importância interpretativa e, além disso, interporia entre a interpretação e a aplicação do direito um obstáculo intransponível, visto que não seria tarefa jurídica a de adentrar-se na psique alheia para querer reproduzir os meandros da mente do legislador (constituinte) (idem, p. 119).

40 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 461.

considerações políticas na interpretação constitucional são de importância bem maior do que na interpretação das normas infraconstitucionais, com necessidade de a hermenêutica auxiliar na tarefa da interpretação constitucional de consagrar os valores políticos insculpidos na Lei Maior.

Devido ao caráter político-ideológico acentuado, as normas constitucionais se comportam, em geral, como diretrizes fundamentais de todo o ordenamento jurídico estatal. Por essa razão, tais normas têm um alcance excessivamente amplo, com generalidade e abstração bem maior do que as normas jurídicas em geral, ao se exprimirem, muitas vezes, por meio de princípios constitucionais⁴¹. Surge aí o terceiro problema básico da hermenêutica constitucional: a questão da normatividade dos princípios.

Todas essas questões fizeram surgir, na hermenêutica constitucional, a chamada nova hermenêutica, que vem para afirmar uma moderna interpretação da Constituição, contrapondo-se ao positivismo lógico-formal que prosperou na hermenêutica constitucional do Estado liberal⁴².

Paulo Bonavides assinala que, na velha hermenêutica, interpretava-se a lei, e a lei era tudo, e dela tudo podia ser retirado que coubesse na função elucidativa do intérprete, por uma operação lógica, a qual, todavia, nada adicionava ao conteúdo da norma. Na nova hermenêutica, ao contrário, *concretiza-se* o preceito constitucional, conquanto, de acordo com o ínclito jurista, concretizar seja algo mais do que interpretar, seja em verdade, interpretar com acréscimo, com criatividade. Aqui, segundo Paulo Bonavides, ocorre e prevalece uma operação cognitiva de valores que se ponderam. Coloca-se o intérprete perante a consideração de princípios que são as categorias por excelência do sistema constitucional⁴³.

A nova hermenêutica, voltada especificamente para a hermenêutica constitucional, não nega os pressupostos e cânones da hermenêutica jurídica tradicional. A grande diferença dela em relação a esta última é que, enquanto os ensinamentos desta última podem ser aplicados de forma satisfatória na interpretação das normas jurídicas em geral, tal não se dá quando se trata da interpretação da Constituição, exatamente pelos motivos a que se fez alusão⁴⁴. Na interpretação constitucional é preciso ir além; é necessário buscar um sentido mais profundo nas normas constitucionais. Isso se torna mais ainda

41 Celso Ribeiro Bastos destaca que o intérprete não pode nem deve desvincular a Constituição de seu manancial político e ideológico, da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador de que de há necessidade de acompanhá-la (BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 62).

42 Paulo Bonavides leciona: “[...] Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que antes ficava na parte organizacional da Lei Magna – separação dos poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado liberal – se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado social” (BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 584).

43 Idem, p. 633.

44 GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 129.

acentuado com o advento do Estado Social de Direito e a necessidade da promoção, em especial, dos direitos sociais fundamentais, denominados de direitos de segunda dimensão.

A hermenêutica constitucional teria, portanto, que pautar para este novo desafio: estabelecer cânones, princípios, pressupostos e ideias acerca da interpretação da Constituição que alcançassem com maior sucesso a almejada eficácia das normas constitucionais, principalmente aquelas que impunham o novo desafio de efetivação dos direitos sociais. Não bastavam os postulados da Escola da Exegese, do positivismo lógico-formal ou do normativismo kelseniano. Torna-se necessário garantir a eficácia dos princípios constitucionais, pensar os problemas práticos, acentuar o caráter teleológico-axiológico da interpretação e aplicação normativa, enfim, concretizar as normas constitucionais, fazê-las eficazes e efetivas⁴⁵.

Surgida com o inconformismo dos juristas com o positivismo lógico-formal e a utilização dos métodos clássicos de interpretação jurídica, a nova hermenêutica preconizou novos horizontes para a interpretação constitucional, ao surgir com ela novos métodos e considerações hermenêuticas que abalaram a firmeza e estabilidade dos métodos tradicionais que se tornaram insuficientes para a satisfação das novas necessidades sociais, consagradas constitucionalmente como obrigações estatais a serem cumpridas⁴⁶.

3 CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

Konrad Hesse, professor da Universidade de Freiburg, em sua teoria da concretização constitucional, parte do pressuposto de que a Constituição não se reduz aos fatores reais de poder que regem uma sociedade, ou seja, a um produto das infraestruturas sociais (econômicas, políticas, religiosas, etc.); ela não existe, pois, tão somente para refletir as relações de poder efetivamente existentes em determinada comunidade política, mas se caracteriza por ser uma constituição jurídica possuidora de efetiva força normativa, ou seja, ela contém “[...] uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado”⁴⁷.

Ainda, segundo Konrad Hesse, ao tratar da normatividade constitucional, assevera que a interpretação tem um significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição, a qual se encontra submetida ao “[...] princípio da ótima concretização da norma”⁴⁸. Tal princípio, para o citado autor, não poderia ser aplicado com fundamento nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual e, se a Constituição teria a

45 Idem, p. 130.

46 Idem, *ibidem*.

47 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 11.

48 Idem, p. 22.

eficácia condicionada pelos fatos concretos, não poderia a interpretação ignorá-los, pois ela deveria observá-los como condicionantes em correlação com as proposições normativas constitucionais⁴⁹. Para Konrad Hesse, a interpretação adequada “[...] é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes em uma determinada situação”⁵⁰.

Paulo Bonavides diz que não existe, para Hesse, nenhuma interpretação da Constituição independente de problemas concretos⁵¹.

Mencione-se que Konrad Hesse desenvolve a sua própria teoria acerca da concretização constitucional, chamada de hermenêutico-concretizante, conforme ensina Canotilho⁵².

Em conformidade com a profícua lição de Canotilho, a concretização pressupõe um entendimento prévio do intérprete acerca do conteúdo da norma a ser concretizada⁵³. A interpretação da Constituição, para ele, não se afasta desse processo, visto que é “[...] uma compreensão de sentido, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efetua uma atividade prático-normativa, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta”⁵⁴.

Segundo Konrad Hesse, principal teorizador do processo de concretização constitucional, afirma que este se encontra vinculado necessariamente a três elementos: I – à norma a ser concretizada; II – ao entendimento prévio (pré-compreensão) do intérprete; III – ao problema concreto a ser resolvido. Pela estreita vinculação desses elementos entre si, tendo em vista a interpretação adequada do Texto Constitucional, o mencionado autor defende que não pode haver método de interpretação autônomo, dissociado dos elementos referidos, devendo ser o procedimento de concretização determinado pelo objeto da interpretação, pela Constituição e pelo problema respectivo⁵⁵.

Apesar dos esforços de Konrad Hesse de estabelecer princípios norteadores para o processo de concretização constitucional, parece que a sua concepção tem um grau elevado de generalidade e abstração, podendo suscitar inúmeras dúvidas, principalmente no que diz respeito à estruturação adequada desse processo, dúvidas que Friedrich Müller buscou alijar com a sua metódica estruturante, objeto de análise adiante.

49 Idem, *ibidem*.

50 Idem, p. 22-23.

51 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 604.

52 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1212.

53 Idem, *ibidem*.

54 Idem, *ibidem*.

55 HESSE, Konrad. Op. cit. apud CUNHA JUNIOR, Dirley da. Op. cit., p. 212.

Para o tema da concretização constitucional, uma das principais contribuições, senão a maior delas, é oferecida por Friedrich Müller, professor da Universidade de Heidelberg/Alemanha. Ao estabelecer uma teoria ou metódica estruturante do processo interpretativo constitucional, Müller constrói uma singular hermenêutica nesse campo, com vistas na construção de uma hermenêutica constitucional pós-positivista, estruturada metodicamente para a concretização da Constituição no plano da eficácia.

Müller busca, sobretudo na hermenêutica gadameriana, as bases filosóficas de sua original concepção de hermenêutica jurídica, denominada de metódica estruturante. Esta, segundo ele, é “[...] um conceito de conjunto que compreende dogmática, metodologia, teoria (da norma) jurídica e teoria da Constituição e põe-nas em relação umas com as outras. Essas quatro áreas de trabalho desenham os terrenos materiais de atuação da teoria estruturante do direito”⁵⁶. O citado professor afirma que a metódica estruturante é desenvolvida com base no e com vistas no direito constitucional⁵⁷.

A concepção de Friedrich Müller trata incessantemente de estabelecer um conjunto de métodos interpretativos que possam ser utilizados de forma racional para a construção de uma hermenêutica jurídica e constitucional adequadas. Tenta conciliar certo espaço normativo de liberdade para o julgador trabalhar os conceitos jurídicos a partir da relação texto normativo e realidade normativa com uma metodologia estruturadora da interpretação jurídica que possa ser seguida sem grandes dificuldades pelo julgador, para que não se possa por via hermenêutica descambar para o casuísmo⁵⁸.

56 MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Trad. Dimitri Dimoulis et al. São Paulo: RT, 2007. p. 247. Em outra obra (*Métodos de trabalho do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 57), Müller traz o seguinte conceito: “[...] A metódica estruturante analisa as questões da implementação interpretante e concretizante de normas em situações decisórias determinadas pelo caso. Ela apreende a hierarquia igual de elementos do programa da norma e do âmbito da norma. Ela procura desenvolver meios de um trabalho controlável de decisão, fundamentação e representação das funções jurídicas” (grifo no original).

57 Idem, p. 56.

58 Em lapidar magistério de Friedrich Müller, pontifica que a metódica não pode ser compreendida como uma axiomática. E acrescenta: “[...] Em que pese toda a relatividade da sua utilidade e toda a limitação do seu alcance, as figuras de método são indispensáveis como momentos da aplicação do direito, que estabilizam, racionalizam e facilitam a verificabilidade. Assim como a exegese clássica no sentido de Savigny, a concretização racional da norma deve empenhar-se em ser, na medida do possível, a ‘aplicação de um procedimento conforme a regra’. A regra somente pode ser compreendida com sentido como a capacidade de rendimento da objetividade específica da ciência jurídica: sem pretensão de utilidade absoluta, adequação ‘universal’, cogência lógico-formal” (MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*... cit., p. 103-104). Sobre a busca da racionalidade metódica Friedrich Müller leciona, *expressis verbis*: “[...] A ciência do direito distingue-se da ‘objetividade’ das ciências naturais em virtude da sua matéria ‘histórica’; distingue-se do modo de trabalho das ciências humanas ‘compreensivas’ pela sua vinculação a normas jurídicas ‘vigentes’. O postulado da objetividade jurídica não pode ser formulado no sentido de um conceito ideal ‘absoluto’; pode, no entanto, ser perfeitamente formulado como postulado de uma racionalidade verificável da aplicação do direito, suscetível de discussão, e como postulado da sua adequação material no sentido da *caracterização material* de prescrições jurídicas e da inclusão dos elementos materiais de normatividade na concretização” (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*... cit., p. 52) (grifo no original).

Friedrich Müller, assim como Konrad Hesse, vê a interpretação constitucional como concretização⁵⁹. Ele parte do pressuposto de que, conforme destacado anteriormente, não pode confundir o texto da norma com a norma propriamente dita, uma vez que esta última só se estabelece mediante uma complexa construção jurídica que inclui a interpretação, mas não se limita a ela, pois tem também outras implicações⁶⁰.

O primeiro gargalo que ele aponta é o problema linguístico-conceitual em relação à definição de norma e de Constituição, existente na concretização normativa de um modo geral e também presente na concretização constitucional. No paradigma positivista, a palavra *norma* significa o texto normativo, “[...] concepção positivista superada da ‘norma jurídica’ como fenômeno textual no código legal”⁶¹, sendo a Constituição “[...] totalidade dos textos da codificação que se apresenta em nível intraestatal como a fonte hierarquicamente suprema do direito”⁶². Esses conceitos ainda permanecem presentes, apesar de as teorias pós-positivistas terem feito ruir muitos dos paradigmas do positivismo jurídico. Segundo Friedrich Müller, tal permanência é consequência do uso que se faz dos vocábulos *norma* e *constituição* na linguagem jurídica de um modo geral, na linha do pensamento do filósofo austríaco Ludwig Wittgenstein para o qual “o significado de uma palavra” é quase habitualmente “o seu uso na linguagem”⁶³.

A tentativa de Friedrich Müller é de um rompimento com o conceito tradicional de norma e de constituição que os equivale ao texto⁶⁴. Do texto da norma não sucede nenhuma normatividade, pois esta não é qualidade estática do texto, mas um processo fundamentado no trabalho jurídico comprometido com o Estado de Direito e a democracia⁶⁵. O texto da norma é apenas o seu enunciado linguístico, a disposição sintática sob a qual se exprime o que Müller chama de *programa da norma*⁶⁶, que seria o texto da norma mais o resultado da interpretação⁶⁷. A norma não se esgota no teor literal do texto, embora sempre se mova em torno desses preceitos, independente do método interpreta-

59 Friedrich Müller assinala que a interpretação do teor literal de uma norma constitui um dos elementos mais importantes no processo da concretização, mas somente um elemento (idem, *ibidem*, p. 47).

60 Friedrich Müller aduz que a norma jurídica se transforma em um conceito complexo, composto de programa da norma e de âmbito da norma, pois, segundo ele: “[...] a *norma jurídica* não está contida no código legal. Este contém apenas formas preliminares, os textos das normas. Eles se diferenciam sistematicamente da norma jurídica, que deve ser *primeiramente produzida* em cada processo individual de decisão jurídica, i.é, ‘trazida para fora’ [*hervorgebracht*]. Além disso, o âmbito da norma [*Normbereich*] pertence constitutivamente a ela” (MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito...* cit., p. 148) (grifos no original).

61 Idem, p. 150.

62 Idem, *ibidem*.

63 Idem, *ibidem*.

64 Idem, p. 148-151.

65 Idem, p. 146.

66 Idem, *Métodos de trabalho do direito constitucional...* cit., p. 42.

67 Idem, *O novo paradigma do direito...* cit., p. 224/239.

tivo e dos elementos hermenêuticos, entretanto, vai além⁶⁸. Concretizar, para Friedrich Müller, significa produzir ante a provocação pelo caso de conflito social, ao exigir uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito⁶⁹. O texto da norma é, portanto, o ponto de partida para a concretização normativa constitucional⁷⁰.

Toda a concretização constitucional se baseia na relação entre texto e realidade constitucional⁷¹. Essa relação depende de uma compreensão prévia (pré-compreensão) de ambos pelo jurista concretizador que estabelece um entendimento inicial mediante a subsunção lógica do caso ao texto normativo, entendimento esse que pode ser substituído por outro mais adequado no decorrer do processo concretizador⁷².

Além do texto e do programa normativo, há também o âmbito da norma. Essa é, assim como o programa da norma, parte integrante da estrutura da norma⁷³. O âmbito da norma pode ser entendido como o campo da atuação normativa, ou seja, o âmbito e os dados da realidade social cujo teor textual da norma possa abranger⁷⁴.

Enfim, chega-se à chamada *norma-decisão*, que é o elemento da estrutura concretista, ainda que seja também a norma propriamente dita, completa a estruturação desta. É, em verdade, a norma-decisão que dota o preceito normativo de normatividade, sendo entendida esta como o efeito global da norma em um processo estrutural e dinâmico entre o programa normativo e o âmbito normativo. Em outras palavras, é o efeito global da norma (com as duas componentes atrás referidas) em um determinado processo de concretização⁷⁵. Conforme assinala Canotilho, a normatividade não é uma qualidade da norma, mas o efeito da metódica estruturante na concretização⁷⁶. Ainda, segundo o expoente publicista, uma norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma normatividade atual e imediata por meio da sua passagem à norma de decisão ao regular concreta e vinculativamente o caso padecido de solução normativa⁷⁷. E arremata ao afirmar que

68 Idem, p. 224.

69 Idem, p. 150.

70 Idem, p. 151. Nesse sentido, conferir também as ilações de Canotilho. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1213.

71 MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional...* cit., p. 133. Conferir, também: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1213/1215-1216.

72 MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 47-54/58-65 e *O novo paradigma do direito...* cit., p. 76-103.

73 Ela é, nos dizeres do próprio Friedrich Müller: “[...] o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma ‘escolheu’ para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação (como amplamente no caso de prescrições referentes à forma e questões similares)” (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional...* cit., p. 42).

74 Sentido baseado na lição de Gomes Canotilho. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1216.

75 Idem, p. 1216-1217.

76 Idem, p. 1216.

77 Idem, p. 1221.

[...] uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a “medida de ordenação” nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante: (1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de atos individuais pelas autoridades (concretização administrativa).⁷⁸

É com a normatividade alcançada com a norma-decisão que se completa o processo de concretização constitucional.

Nota-se, ao contrário do que se pensa, não há uma rejeição pela metodologia hermenêutica clássica, mas existe, na concretização constitucional, a utilização de elementos daquela hermenêutica (clássica) como importantes componentes do processo hermenêutico-concretizante. Então, segundo Friedrich Müller, seriam elementos da concretização constitucional os seguintes: os elementos metodológicos clássicos da hermenêutica jurídica (gramatical, lógico, sistemático, histórico, genético e teleológico)⁷⁹, os elementos do âmbito da norma e do caso concreto, os elementos dogmáticos, os elementos técnicos de solução de casos, os elementos teórico-constitucionais e os elementos político-jurídicos e político-constitucionais⁸⁰.

Na esteira do pensamento de Friedrich Müller, são diretamente referidos com a norma os elementos metodológicos clássicos, bem como princípios isolados da interpretação da Constituição como, por exemplo, o princípio da unidade da Constituição, o princípio da concordância prática, o princípio da força normativa da Constituição, etc., assim como os do âmbito da norma e do caso concreto e parte dos elementos dogmáticos. Os demais se relacionam de modo indireto com a norma, pois desempenham funções auxiliares, limitadas no ato de concretização⁸¹.

Em relação ao que foi expandido acima, concebe-se o mais delicado trabalho da teoria de Müller, ao estabelecer uma hierarquia entre os elementos da concretização constitucional proposta pela metódica estruturante. Inicialmente, considera que os elementos diretamente relacionados com a norma devem prevalecer sobre os demais⁸². No caso de o conflito se estabelecer entre elementos

78 Idem, ibidem.

79 MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito...* cit., p. 151. Cumpre destacar que Müller inclui o elemento genético entre os elementos clássicos da hermenêutica jurídica, diferenciando-o do elemento histórico. Este último referir-se-ia aos textos de norma trabalhados em casos concretos ao longo da história, enquanto o genético referir-se-ia à gênese do próprio texto normativo, trabalhando com textos que, em verdade, não seriam textos de normas, mas textos referentes a elas tais como discursos constituintes ou parlamentares, reflexões sobre o projeto de norma, materiais legislativos da assembleia constituinte ou do parlamento; enfim, textos referentes ao debate político em torno da formação da Constituição e das normas de um modo geral. Sobre o profícuo escólio de Friedrich Müller acerca de cada um dos elementos clássicos da hermenêutica jurídica, conferir na sua obra *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, p. 66-70.

80 MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional...* cit., p. 59 et seq.

81 Idem, p. 106.

82 Idem, ibidem

diretamente relacionados com a norma, devem prevalecer os elementos gramaticais e sistemáticos, visto que estes dizem respeito à interpretação de textos de normas, enquanto os outros se referem a textos que não são textos de normas⁸³.

Consoante lição de Paulo Bonavides, ao versar sobre a interpretação dos direitos fundamentais, assinala que Müller defende a metódica estruturante por ser aplicada eficazmente à hermenêutica dos direitos fundamentais, pois, em primeiro lugar, ela estrutura a teoria dos direitos fundamentais de conformidade com aspectos racionais; em segundo lugar, estrutura a interpretação desses direitos; em terceiro, ela permite proceder a numerosas estruturas para a dogmática das garantias, a fim de que se possa tê-las com maior grau possível de eficácia; e, por último, ela estrutura toda a doutrina constitucional a esse respeito, principalmente no que se refere à normatividade dos direitos fundamentais. Enfim, conforme já salientado, os efeitos da metódica estruturante de Müller são, em relação aos direitos fundamentais, de reforçar a positividade, a materialidade e a racionalidade desses direitos⁸⁴.

É indubitável que as concepções teóricas de Friedrich Müller sobre a concretização constitucional⁸⁵ são de importância singular e que há necessidade de estudar a moderna hermenêutica constitucional ao ensejar a este destacável avanço no campo interpretativo.

83 Idem, p. 106-107.

84 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 590/611-612. Paulo Bonavides traz a seguinte indagação, *in verbis*: “[...] Tratando-se de interpretar direitos fundamentais, cabe, por derradeiro, a indagação decisiva: é o direito fundamental valor ou norma? Eis a questão precípua. Friedrich Müller a levanta precisamente ao ocupar-se da hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais. Sua resposta, porém, é de todo o ponto negativa. Segundo ele, os direitos humanos – em nossa terminologia designados preferencialmente por direitos fundamentais – não são ‘valores’, são ‘normas’, e quando a Constituição os positiva, se tornam direitos vigentes (*geltendes Recht*). Conclui o insigne Mestre que o dever do jurista é, portanto, interpretá-los como normas, e quem assim não o faz, insistindo em torná-los hermeneuticamente por ‘valores’ em verdade, os ‘desvaloriza’” (BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 628) (grifo no original).

85 Ao se proceder à distinção entre eficácia e efetividade levada a cabo no tópico 2, surge como corolário lógico a necessidade de diferenciar a concretização constitucional da realização da Constituição, pois ainda que haja semelhanças em virtude da estreita correlação existente entre elas, não devem ser confundidas, tornando indispensável estabelecer sua distinção. Reprise-se que para Friedrich Müller e sua metódica estruturante, a concretização constitucional é um processo estruturado para produzir a norma constitucional. Parte de um conceito diferenciado de constituição e de norma jurídica, enxergando a norma como um processo complexo envolvendo uma série de fatores (conforme visto), não se confundindo a norma com o seu enunciado linguístico. A interpretação aqui é uma das etapas do processo de concretização, não existindo relação sinonímica entre interpretação da Constituição e concretização constitucional (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional...* cit. p. 47 et seq.). Conferir, também: BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 591.

Conforme ensina Bruno Galindo, quanto à realização da Constituição, tem-se a ideia ligada ao que foi conceituado como efetividade. Consiste a realização constitucional precisamente na aplicação prática da norma constitucional, ou seja, a concretização fática, real, empírica, do seu conteúdo (GALLINDO, Bruno. Op. cit., p. 167). A ligação com a efetividade existe exatamente por uma correspondência conceitual entre realização e efetividade, visto que esta última significa precisamente a realização do direito, o “*desempenho concreto de sua função social*” (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas...* cit., p. 82).

Ainda, segundo leciona Canotilho, a realização da Constituição está relacionada ao efetivo cumprimento da norma constitucional no plano social (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1200). Logo, é um conceito essencialmente ligado à sociologia do direito constitucional, estando, portanto, intimamente vinculado à correspondência entre a eficácia da norma constitucional e a conduta social observada empiricamente de acordo com a norma aludida.

CONCLUSÃO

Em consonância ao que foi delineado neste artigo, pode-se afirmar que a hermenêutica constitucional não constitui somente um processo de descoberta de uma vontade intrínseca à norma, mas, além disso, torna-se concretização constitucional ao reconstruir o Direito coerentemente aplicável para a solução de casos jurídico-constitucionais por meio de um procedimento argumentativo.

Os direitos fundamentais, em especial, os direitos sociais, podem ser concretizados racionalmente e de acordo com as normas do Estado Social e Democrático de Direito. Eles compreendem normas de mais alto escalão normativo e estão conectados sistematicamente e em termos de conteúdo. Em toda a hermenêutica dos direitos fundamentais, deve-se levar em conta a força normativa desses direitos.

Lança-se a seguinte assertiva: a Constituição é o *locus* hermenêutico de todas as normas de direitos fundamentais em todas as suas dimensões, com a aplicabilidade direta e imediata dessas normas.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986.
- _____. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 7. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. Trad. Dimitri Dimoulis et al. São Paulo: RT, 2007.

REALE, Miguel. *Hermenêutica jurídica: filosofia e teoria geral do direito*. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, v. 41, 1977.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.