

PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Joaquim Carlos Salgado*

Sumário: 1. Introdução. 2. O conceito de direitos fundamentais. 3. Interpretação e cultura. 4. O vetor ontológico da hermenêutica. 4.1. A hermenêutica do ponto de vista de uma ontologia fenomenológica. 4.2. A hermenêutica do ponto de vista de uma ontologia especulativa. 5. Hermenêutica dos direitos fundamentais. 6. Conclusão; 7. Notas; 8. Abstract.

1. INTRODUÇÃO

Georges Kalinowski aponta duas direções fundamentais ao hermeneuta do Direito: a de ordem lógica, pela qual indaga dos meios para encontrar o adequado sentido da norma, e a de ordem filosófica, que dirige o processo interpretativo à luz de um princípio superior do Direito, que lhe aponta seus fins¹.

Este trabalho pretende ser uma reflexão, à base de componentes filosóficos da nossa cultura, sobre os direitos fundamentais consagrados nas constituições democráticas contemporâneas e sua exegese. Para isso, parte do conceito de direito subjetivo fundamental, tendo em vista uma concepção filosófica do próprio Direito, entendido como ordem normativa, cujo fundamento é a idéia de liberdade a ser por ela realizada.

* Prof. Titular de Introdução à Ciência do Direito e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Membro do Instituto Brasileiro de Filosofia. Assessor Jurídico do TCMG.

Em seguida, trata da hermenêutica num vetor ontológico, como modo de exposição do Direito no seu momento conceptual mais elevado, a liberdade, com o objetivo de, finalmente, marcar a posição axiologicamente angular dos direitos fundamentais na estrutura jurídico-política de uma sociedade.

2. O CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A expressão "direitos fundamentais" tem seu significado garantido num fato político de natureza planetarizante: o fato do Estado de Direito, definido como o Estado cuja finalidade, ou "*ratio essendi*", é a realização e garantia de direitos subjetivos considerados fundamentais, portanto, que se conferem a todos como pessoas. Esses direitos, quer concernentes à estrutura bio-psicológica (*zoon*), quer à estrutura noética (*logikón*), como ser pensante, tem como conteúdo os valores também considerados essenciais que se criaram e se desenvolveram na cultura ocidental.

Os direitos fundamentais têm, assim, como elementos definidores, os valores considerados principais da nossa cultura, como conteúdo, e a declaração ou positivação como reconhecimento universal dos que os declaram, como forma jurídica.

De qualquer modo, todos os direitos, em última instância, mostram-se como forma de realização da liberdade, quer no momento objetivo enquanto ordem normativa, quer no momento subjetivo, enquanto direitos subjetivos. Com efeito, a liberdade só tem sentido e revela no seu conceito, portanto, concretamente, na medida em que se concretiza na forma de direito, como direitos da pessoa. Os direitos fundamentais são essa forma indispensável e universal, de todos, de realização da liberdade².

3. INTERPRETAÇÃO E CULTURA

Aristóteles preocupa-se no **Organon** em discorrer sobre a interpretação. A hermenêutica, para o Filósofo, está ligada à questão lógica do descobrimento da verdade, que se expressa em signos lingüísticos ou palavras. Interpretar é, então, buscar o significado verdadeiro das palavras, na medida em que essas palavras se articulem em proposições. Estas é que podem submeter-se à

interpretação, porque a elas é que se aplica o conceito de verdadeiro ou falso.

A atividade interpretativa liga-se, de início, a signos; os signos representam algo; de modo geral, é a busca do significado das coisas.

A coisa enquanto pura natureza não tem significado. Só o homem, quando a torna obra de cultura, dota-a de significado. Este é exatamente o que o homem acrescenta à natureza para criar. Uma árvore na floresta não tem significado enquanto não posta em relação ao homem. Se essa floresta passa a ser por ele observada, recebe significado. A significação das coisas é a própria humanização da natureza. Significar é representar uma coisa por outra. Torná-la signo. O sinal tem de decrescer, de se sacrificar para fazer resplandecer o significado. É da natureza do significante fazer essa operação. É o que faz o ator no palco, sem, contudo, deixar de ser ele mesmo, ter a sua personalidade. O significante não é totalmente o significado, não perde a sua individualidade, mas é para o outro. A obra de arte nenhum valor possui se não representa, se não é sinal de alguma coisa. A pintura abstracionista nada seria se não fosse totalmente dotada de significado. E é por ser significativa que pode figurar no mundo da arte ao lado da *Monalisa*. É procurando impregnar a sua obra de maior conteúdo significativo do que visual, que os modernos abandonam o modelo clássico de arte, preso, de certo modo, ao momento do significante. Na clássica sobressai o significante. Na moderna, o significado reduz o significante. A evolução da arte mostra, pois, um processo de assenhoreamento da obra pelo significado. Não, porém, total aniquilamento do significante, que sem este não haveria obra de arte. É a expressão do significado. Quando dizemos expressão, queremos dizer que o significado não é dado intuitivamente, em comércio mental direto. Toda expressão é meio de comunicação. Comunicar é pôr um intermediário entre dois pontos. No caso humano, mediar duas mentes por um instrumento material.³

É claro que o conceito, o produto mental, pode ser concebido como conteúdo, matéria. Mas é diverso do signo material do som, ou dos signos gráficos vistos. A idéia só passa de uma mente a outra por meio do signo, objeto material qualitativamente diverso. Ora, a captação, por outra mente, do pensado, só pode ser feita por meio de algo qualitativamente diverso do pensamento. Esse algo é o sinal do pensamento. Sendo sinal, é carregado do significado impresso ao significante por quem o produz. Buscar esse significado, captá-lo na

sua totalidade, no objeto significante, é a tarefa da interpretação, levada à execução pelo receptor da mensagem. A palavra é signo de signos. É sinal do conceito (pensamento) que, por sua vez, é sinal da realidade. Mais complexa ainda é a consciência, que é o sinal reflexivo do sinal.

De certo modo, poder-se-ia dizer que os animais também produzem sinais com significados. Entretanto, tais sinais não têm a dimensão do pensamento ou da vontade. Não são sinais "para", como *postos*.

Como ser racional, o homem é o único que pode criar projetos, "re-presentar" (fazer presente duas vezes: a coisa está no sinal, na mente, no significante e fora) algo que não está neste tempo (agora) ou neste espaço (aqui); o que "re-presenta" faz presente o que não está presente, e antecipa o que não ocorreu, ou mesmo que não existe. As representações de tudo o que está em volta do homem, fá-las este por idéias, interiorização da coisa no pensamento. É no elemento do pensamento que se dá a interpretação, pois é nele que todo o real aparece, e aparece como signos.

Se, no pensamento, tudo significa e é significado, o mundo propriamente humano, enquanto perpassado pelo pensamento – se o não for, não será humano – é um mundo simbólico, um mundo de significado, de sentido por ele dado. Esse é o mundo da cultura; buscar o significado desse mundo é a tarefa da interpretação. Nesse sentido, tudo o que existe e passa pela mente do homem, isto é, é pensado, submete-se à interpretação. As coisas diretamente captadas nos sentidos passam por um processo de interpretação; primeiro num sentido impróprio, ou seja, os órgãos captadores da impressão "interpretam", por suas reações, os estímulos emitidos pela coisa (o fenômeno). Em segundo lugar, e num sentido ainda impróprio, a mente, ou o cérebro, interpreta o estímulo, um fenômeno eminentemente psicológico e biológico. Em terceiro lugar, e esta é a que nos referimos como interpretação em sentido próprio, a coisa é pensada, ou seja, as impressões sensíveis são captadas no pensamento, conceituadas. É na região do conceito que se dá a questão hermenêutica, pois é aí que os sinais são postos como representando algo que não são, de modo consciente.

Essas noções gerais são ainda insuficientes. Para um conceito de interpretação, é necessário encontrar as suas bases filosóficas, de modo não apenas lógico, preocupação de Aristóteles no **Organon**.

4. O VETOR ONTOLÓGICO DA HERMENÊUTICA

No anedotário de Hegel, consta uma interpelação ousada de alguém, que pretendia contestar o Filósofo apontando para fatos, que não coincidiriam com a razão. Hegel teria simplesmente dito, após conceder responder: **pior para os fatos**. O que poderia isso especificar é que tais fatos punctuais, que aparentemente recusam o reconhecimento ao percurso da Razão na história, colocam-se apenas como instrumentos da astúcia da Razão (*List der Vernunft*), encontram-se na contingência do *para o outro* e não têm o alcance do vetor conducente da história. Servem a Razão, à beira do seu caminho.

O fato repetiu-se semelhantemente com um hegeliano do nosso tempo, ao ser interpelado por um especialista em Lingüística, que como seu aluno estudava Filosofia, sobre a insustentabilidade da Metafísica, por ser ela impossível entre povos cujas línguas não têm o correspondente do verbo ser. A resposta foi semelhante à de Hegel: **pior para elas**⁴.

Não importa indagar se a vocação científica metafísica do Ocidente, ou seu modo de pensar, fez criar o verbo *ser* no seu modelo simbólico de comunicação, ou se esse modelo possibilitou revelar e desenvolver essa vocação. Interessa aqui, tão só, realçar o compromisso da hermenêutica com a Metafísica, ou, segundo a estrutura do pensar hegeliano, com a manifestação do absoluto na forma do *logos*:

A hermenêutica pode ser vista, portanto, numa perspectiva lógica ou ontológica. Na perquirição do compromisso do problema hermenêutico com o problema do ser (ontológico), podemos considerar duas importantes posições metodológicas: a fenomenológica de Heidegger e a dialético-especulativa de Hegel⁵.

4.1. A hermenêutica do ponto de vista de uma ontologia fenomenológica

Uma das formas mais agudas do "abandono do ser" na tradição filosófica ocidental é, para Heidegger, o dualismo e, dentre os dualismos, o que Kant levou à radicalização: ser e dever ser⁶.

Ser, para Kant, não é um predicado real, que acrescenta algo

ao conceito; é "simplesmente a posição de uma coisa, ou de certas determinações - em si mesmas"⁷. Ser é apenas a cópula de um juízo, que liga o predicado ao sujeito; ou, então, é apenas o indicador de uma posição do sujeito, que ele é, está aí. Ser, portanto, tem uma função puramente lógica ou indica simplesmente a existência de algo.

Esse verbo de ligação, ou esse elemento indicador da existência, relaciona-se com a natureza. O ser do homem é, nesse caso, o elemento natural que o compõe, ao lado do elemento "espiritual" (*mundus intelligibilis*), a liberdade, à qual se refere o dever ser.

Para superar essa divisão, Heidegger desenvolve uma ontologia que indaga pelo sentido do ser do ente. Fenômeno é o que é o ser e "ser é sempre o ser de um ente"⁸. Ora, o ente em que o ser aparece, se revela, ou se desoculta, é o "*Dasein*". Para revelar o ser, Heidegger promove uma análise desse ente privilegiado, "fenomenologicamente exemplar", o "*Dasein*", que é o tema da ontologia fundamental⁹. Fá-lo através do método fenomenológico, a partir de uma hermenêutica do sentido do ser, como ele próprio denomina. Hermenêutica é, portanto, a fenomenologia do "*Dasein*", interpretação do ser, do "*Dasein*", da estrutura do seu próprio ser, tornando "conhecida para si a natureza do ser"¹⁰. Ora, se a "linguagem é a morada do ser" e se é "pelas palavras e pela linguagem que as coisas ganham ser e existência"¹¹, essa ontologia da linguagem tem como ponto de partida a interpretação, pois a palavra ou o "*logos*" (λογος) é o que deixa ver, deixa algo ser visto, podendo ser verdadeiro ou falso, e que, sendo verdadeiro, é o que torna possível desocultar-se o ser do ente, descobrir-se, revelar-se¹². A fenomenologia é, assim, esse método pelo qual "o que se mostra, na medida em que se mostra a partir de si mesmo", deixa-se ver, revela-se por si mesmo (αποφαινεσται τα φαινομενα)¹³. O que está oculto e se mostra é o ser do ente¹⁴, e a fenomenologia é o modo próprio do caminho de Husserl, repetido por Heidegger; "*Zu den Sachen Selbst*" (às coisas mesmas). O "*logos*" não tem de estruturar o ser, categorizá-lo ou qualificá-lo, mas simplesmente de ser abertura para que ele se desoculte.

Retomando esse desenvolvimento por um outro modo de exposição, mas que não é simplesmente passado ("*Vergangen*"), mas o sido completo ("*Gewesen*")¹⁵, o ser é o brilho do ente, e o ente é o que está sendo, ou melhor ò ðν (sido). Para chegar ao ser é preciso deixar **aparecer** o ser pela fenomenologia. O ser que se

desponta em primeiro lugar ao homem é ele mesmo; ele é o ente ("*Dasein*") em que o ser se dá e se revela através do "*logos*". Mas ser não pode ser conceituado discursivamente; não é dizível. Está em tudo, mas não como gênero. Porque ele está no "*Dasein*", no homem, este pode "captá-lo diretamente pela intuição". O "homem é o seu pastor"¹⁶, a sua morada e, por isso, conhece-o sem discursos, sem intermediários, por intuição. Como isso é possível? Através de uma "*epochê*" ao modo de Heidegger (lembre-se a redução eidética de Husserl, embora com outra preocupação, pois, em Husserl, a redução eidética revela a consciência, em Heidegger, o ser), pela qual se isola e se expurga todo conhecimento discursivo que dele se faz (psicológico, biológico, antropológico, etc.), até deixar que ele transpareça plenamente no *logos* e se revele. O discurso, até agora, apenas ocultou o ser, na busca da sua essência. O ser, porém, revela-se como existência, não como essência. A essência do existente é a sua existência, o modo como ($\chi\omicron\mu\omicron$) ele aparece na existência; o ser mostra-se nos existenciais. O primeiro existencial que surge da análise do "*Dasein*" é o estar no mundo, no seu mundo de interesses; o segundo é o existir como abertura criativa para o futuro, e o terceiro, a temporalidade que dá o liame entre o estar no mundo (passado acumulado) e existir (como a criatividade, o futuro, o novo). O homem revela-se como temporalidade, é um ser para a morte, isto é, que se mostra com um limite. Só é plenamente nesse limite.

Ora, se a existência como vida precede a essência (Sartre: "*l'existence précède l'essence*", em *L'Être et le Néant*), a existência é o absoluto do homem; o próprio ser dos entes é dado no homem, já que tudo existe nele e nada fora dele tem significado. O limite da existência de um indivíduo é a existência do outro (uma espécie de analogia com a liberdade racional de Kant). Como, porém, a existência se limita somente quando a outra lhe oferece resistência, Direito é o que pode expandir mais a sua vida. Há um caminho para o irracionalismo e, com isso, para o totalitarismo. Não se indaga da essência do Direito; o Direito não se justifica racionalmente, mas acontece no existir de cada um, do qual o único limite é o existir do outro, se este o limita.

4.2. A hermenêutica do ponto de vista de uma ontologia especulativa

4.2.1. A noção de especulativo

Especulativo, para Hegel, é o momento dialético da superação dos contrários, no qual se revela a identidade da identidade e da não-identidade, ou seja, da identidade e da diferença. A dialética é o processo pelo qual se detectam os três movimentos do ser (Espírito): a posição (algo *posto*, *tético*), a negação da posição, e a negação da negação da posição. Este último é o momento especulativo. A dialética começa, pois, com a contradição pela qual o negativo se interioriza no positivo e vice versa, e nesse movimento revela a totalidade (momento especulativo de superação da dualidade). Contradição, movimento interno e totalidade caracterizam esse processo, modo pelo qual se mostra o absoluto, o Espírito. A ontologia hegeliana, ao contrário da heideggeriana é uma ontologia do infinito.

Ora, é no terreno do espiritual, na forma da vontade, que o Direito se revela ("*das Boden des Rechts ist überhaupt das Geistie*"); revela-se como vontade livre. Assim, a liberdade é a essência da vontade e, portanto, a substância e a determinação do Direito¹⁷.

4.2.2. Interpretação e absoluto

A noção de *interpretação* aparece, em Hegel, num dos textos de maior densidade filosófica, por ele denominado *A Efetividade* ("*Die Wirklichkeit*"), na terceira seção do segundo volume da *Ciência da Lógica*, intitulado *Lógica Objetiva ou Teoria da Essência*²⁸.

No capítulo primeiro dessa seção, letra "A", Hegel desenvolve as bases de um conceito de interpretação, embora não destaque o termo para sobre ele discorrer. Ao tratar do absoluto, que é a realidade como momento de superação dos momentos *essência* e "manifestação da essência" (fenômeno é aparência ou existência), ou do momento da imediatidade exterior do ser e da reflexividade interna da essência¹⁹. Hegel muda o modo de tratamento do conceito nos seus momentos; em vez de determinação ou apresentação das determinações ("*Darstellung*"), modo de se mostrar o conceito no seu processo de revelação exterior, emprega Hegel o termo "*Auslegung*", "exposição do absoluto" ("*Die Auslegung des*

Absoluten")²⁰, para significar não a manifestação **determinante** do absoluto (exposição de alguém que determina, que dá limites), mas a manifestação "**ex-ponente**" (*ex-pones*) do absoluto ("*gesetzt*")²¹, pela qual a aparência ("*Der Schein*")²², que não é um nada, é o sinal do absoluto ("*Zeichen dessen, was es ist*")²³, mas sinal que traz, em si, o absoluto, enquanto é o próprio absoluto que nele aparece ("*insofern das Absolute in ihm scheint*")²⁴. Em suma, a realidade, o absoluto, é a essência que dá o fundamento, que não se mostra apenas que é, mas o **que é** ou o **sido** ("*ge-Wesen*", essência, *to ti hn einai*), e que como tal **se mostra**. "*Gewesen*" significa o ser que foi e que passou no conceito através da reflexão. A reflexão é a referência do ser ao eu na concepção kantiana, ou, de modo geral, na filosofia da consciência, (o *cógito*, de Descartes, o "eu devo", de Ficht e o "eu penso", de Kant) que dá a unidade do objeto. Em Kant, a essência está ainda no terceiro momento da formação do conceito que é a abstração (*comparatio, reflexio e abstractio*, na sua **Lógica**). Não se trata, em Hegel de um passado temporal, mas lógico, como mediação do processo, pela qual o ser reflete em si mesmo, como pensar que é; o que percorreu o processo como um todo, o ser no final do processo é o que ele foi no processo. Não é algo puntual, ponto de chegada, mas momento que diz o que foi o processo, que logicamente está antes dele. Isso, porém, só é pensado no momento do conceito. Na essência, o ser é o **sido** porque já superado como imediatidade; no conceito é o **sido** como processo acabado que passou pela mediação. A unidade da essência e da aparência, do *noumenon* e do fenômeno, do interior e do exterior, enfim, do significante e do significado é o que constitui a base ontológica do processo hermenêutico, pelo qual se revela o interior do significado no plano do finito.

O processo de interpretação é, em Hegel, o revelar-se da essência como verdade que se tornou certeza na consciência. Estar na consciência é representar, e representar é revelar a forma. Entretanto, o conteúdo é que se manifesta na forma da representação da consciência. O trabalho do Espírito na história, na forma da Religião, da Arte e da Filosofia é um só: levar à consciência o que está no conteúdo dessas formas de expressão do Espírito, levar para a forma do "para si", o que apenas "em si" se contém. Quem escreve um livro pode não se dar conta de todo o pensamento que nele está. A verdade do seu conteúdo tem de ser revelada²⁵.

Nessa desocultação da verdade de si, que o Espírito empreende na história, não se pode perder de vista que se trata da revelação da realidade efetiva, do seu conceito, do seu aparecer na forma, tal como é realmente no conteúdo.

4.2.3. Interpretação e Alienação

De outro lado, cabe ter em conta que o labor da interpretação leva ao risco de um processo também conhecido de Hegel, a alienação, o processo pelo qual um "ser torna exterior a si o que está nele e constitui sua essência", que é considerada realidade diversa, a ele oposta e estranha.²⁶

A interpretação pode ser considerada, quando se trata de fatos a interpretar, analiticamente (dividindo-os). A essência do fenômeno é fruto do labor humano e se apresenta como o significado de circunstâncias dadas imediatamente; a essência é algo mediatizado, significado na consciência. O risco da alienação começa na entificação do significante, que, por sua vez, começa na separação da essência e da aparência ("*Entzweiung*").

A alienação dá-se no momento da essência que é a da reflexão e da divisão. A essência, como fundamento, e a aparência, como fundado, que só se superarão no momento da existência, da realidade efetiva e do conceito.

O pensamento analítico abstrato, que divide a realidade em essência e aparência (sujeito, objeto, etc.), possibilita a alienação; nele a essência é separada da aparência. Esta é fundada na essência. Mas o pensamento dialético compreensivo a descobre e a supera no momento da totalidade. Ora, transposto esse esquema para a ordem humana fenomenológica, a essência pode ser separada da aparência, isto é, o homem pode colocar o fundamento não em si mesmo, mas em outro ser (divindade de modo geral), atribuindo-lhe todas as qualidades que pertencem ao homem, na concepção de L. Feuerbach.

O pensamento dialético, para o qual a totalidade da essência e da aparência é que é o real, procura mostrar a necessidade de superar o dualismo, a cisão, num momento em que a aparência é fundamental e vice-versa, ou seja, em que a realidade recobra a sua integridade. O risco da alienação da essência livre do homem desaparece na interpretação dialética do mundo.

Ora, se a substância do Direito é ordenar uma sociedade **livre**, lei (instrumento de ordenação) e liberdade individual têm de ser vistos como momentos do todo que é o Direito, ou seja, a liberdade tem de ser vista na forma da autonomia (Kant) e do domínio da Natureza (Hegel)²⁷. A interpretação do direito-norma, que não leva em conta esse princípio superior que exsurge da própria essência do Direito: tornar possível uma sociedade livre, cinde o Direito na sua substância, aliena-lhe a essência, põe-na fora do Direito. Esse é o campo fértil da ideologia no seu sentido negativo: desvio da interpretação da realidade (da essência), no sentido de justificar interesses de grupo, a cujo serviço pode ser posto o Direito.

Se a essência do Direito deve revelar-se na sua existência, também objetivamente na norma, seu conceito outro não é senão a própria liberdade que transparece no momento subjetivo como direitos da pessoa. Uma hermenêutica da norma tem como objetivo revelar seu conteúdo de liberdade.

5. HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao citar Kalinowski, tive a intenção de marcar uma concepção hermenêutica importante para o Direito. A hermenêutica jurídica tem de se inserir nos princípios superiores do Direito. Nesse caso, todas as suas regras e princípios subalternos convergem para a realização do fim supremo do Direito: realizar a liberdade. A ontologia de Heidegger, enquanto ontologia do finito, mostra-se incapaz de oferecer à hermenêutica jurídica princípios superiores, ou fins últimos do Direito, sob os quais se deve orientar o processo hermenêutico de revelação do Direito ou, o que é mesma coisa, de realização da liberdade.

A Filosofia hegeliana torna possível encontrar um fio condutor que oriente a hermenêutica jurídica e lhe dê fundamento radical.

A constituição política de um povo é o lugar do reconhecimento dos direitos dos componentes da sociedade. A declaração desses direitos é o momento da universalização desses direitos, que se realizam na interação da conduta concreta e da norma garantidora dos direitos. Ora, a interpretação dessas normas tem como ponto básico a realização ampla dos direitos nela reconhecidos.

De outro lado, se o projeto das sociedade civilizadas

contemporâneas é a construção de uma sociedade de consenso e livre, através de uma constituição democrática, é válida uma hermenêutica adequada à constituição que tem como finalidade primeira (sem exclusão de outros) a realização da liberdade. Ora, a declaração dos direitos fundamentais é exatamente a parte central de uma constituição democrática, porque é através da outorga e efetivação dos direitos subjetivos fundamentais que o Direito realiza a liberdade e outros valores nele reconhecidos.

Assim sendo, a realização da liberdade através da realização dos direitos fundamentais é o princípio diretor de toda hermenêutica de uma constituição democrática, cuja razão de ser é a própria declaração de direitos.

Daí podermos extrair, a partir desse princípio filosófico superior, princípios jurídicos orientadores de uma hermenêutica constitucional democrática.

Ao se proceder ao exame das normas constitucionais, tem-se, para interpretá-las objetiva e tecnicamente, de atender ao fato de que se deve considerar que a Constituição traz, dentro de si, uma estrutura diferenciada de pesos dos seus conteúdos normativos (por alguns denominados hierarquia), tal como a própria ordem jurídica. Na Constituição, não têm todas as suas normas, do ponto de vista do conteúdo, a mesma força ou valor que teriam do ponto de vista da forma, isto é, são constitucionais, têm a mesma força formal, de modo a se colocarem coordenativamente (salvo formal relevo de algumas) umas com as outras, o que lhe dá unidade formal apenas. O princípio valorativo ou ideológico adotado é que estabelece uma "hierarquia" entre elas. Há normas que outorgam posição determinante na Constituição, em virtude do valor nela incorporado culturalmente considerado superior, ou do interesse ideologicamente nela regulado, considerado preponderante. Colocam-se as normas constitucionais em posição de preponderância umas sobre as outras, dando-se unidade material por força do princípio determinante na Constituição, em virtude do valor que nela é incorporado, culturalmente ou ideologicamente considerado superior.

Assim, do ponto de vista **cultural** (axiológico), a declaração de direitos (individuais e sociais) prefere a todas as demais normas constitucionais num Estado democrático e social, ou seja, o Estado que colima a garantia da liberdade, igualdade etc., e dos direitos sociais, como instrumento de realização desses direitos, podendo-se

mesmo entre os direitos fundamentais encontrar valências diversas, conforme as circunstâncias conflitivas.

Do ponto de vista **político** ideológico, temos a organização de toda a ordem econômica, a partir de um comando central, conforme se trate, por exemplo, de um sistema econômico capitalista (consagração da propriedade privada dos meios de produção) ou socialista (propriedade coletiva desses meios). Nesse caso, a ideologia não é concebida no sentido negativo, mas positivo, ou seja, como plano de realização de determinados sistemas que se consideram universais ou de todos num determinado momento histórico. Desse modo a propriedade privada dos meios de produção pode ser de interesse de todos, se é o modo adequado de realização dos direitos fundamentais de todos, em determinado Estado e em determinadas condições.

Em razão destes aspectos, cultural e ideológico, podem-se encontrar princípios que basilam uma hermenêutica dos direitos fundamentais, tais como: o da *ponderabilidade* ou do maior peso, o da *extensibilidade* maior e o da *imediatez*.

5.1. Princípio da ponderabilidade²⁸

Na interpretação de uma constituição democrática, numa interpretação material, portanto, deve-se observar a preponderância das normas segundo a ideologia adotada ou segundo os valores que formam o seu conteúdo.

Assim, do ponto de vista cultural, axiológico, a declaração de direitos (individuais e sociais) subordina (tem peso maior do que) todas as demais normas constitucionais num Estado democrático e social, ou Estado de Direito, do qual é essa declaração a razão de ser, na medida em que se concebe o Estado democrático de Direito como o que declara e garante os direitos fundamentais, realizando os valores que constituem esses direitos. Essa era já a posição de Duguit com relação à Declaração de Direitos de 1789.²⁹ Nesse caso, dentro da própria declaração ou outorga de direitos, há uma "hierarquia" ou ponderação, segundo a formação escalonada da própria ordem valorativa. Do ponto de vista ideológico, a ordem jurídica hierarquiza-se a partir de um comando ideológico, portanto, de interesse central. Assim, num sistema econômico capitalista, a

norma central é a propriedade privada dos meios de produção, ao passo que, num sistema socialista, a propriedade coletiva desses meios, com vista ao que comumente se define, embora de modo inferior, como bens comuns, de interesse público, etc.

5.2. Princípio da maior extensibilidade

Refere-se à linguagem constitucional e sua abrangência. As normas que definem ou outorgam os direitos fundamentais têm de ter interpretação ampla, porque tais direitos não são mera concessão do Estado, mas: a) valores que não podem ser mutilados ou restringidos, e b) direitos universalmente reconhecidos e universalmente destinados, ou seja, a todos outorgados. Nesse caso o interprete da norma constitucional tem de perquirir-lhe todo o alcance lógico, como, por exemplo, recorrer aos princípios explícitos ou implícitos da Constituição, que fundamentam o Estado de Direito. Não só a dimensão lógica desses direitos, mas também a axiológica, uma vez que, tendo os direitos fundamentais como conteúdo, valores, há de buscar o intérprete, na constelação dos valores a que pertence o conteúdo de um direito fundamental, a sua explicitação, de forma a considerar protegidos outros que expressamente não se declararam como direitos, mas cuja postergação podem comprometer a plenitude da fruição do direito declarado. Daí a necessidade de um tribunal próprio, um Tribunal Constitucional.³⁰

5.3. Princípio da imediatidade

Refere-se à aplicação da norma constitucional e, especificamente, às que declaram os direitos fundamentais. Tais normas independem de qualquer outra regulação intermediária para serem aplicadas, pois que declaração de direitos é outorga imediata desses direitos, dando ao titular desse direito subjetivo público (oponível também ao Estado, não já como mera pessoa, mas como poder institucionalizado) acesso imediato aos órgãos encarregados da sua garantia e eficácia no Estado Democrático. Isso porque direitos subjetivos constitucionais declarados são direitos outorgados imediatamente, cabendo ao órgão do Estado competente, o Judiciário, efetivá-los imediatamente.

Longe vai ficando da doutrina e do Direito Constitucional

contemporâneo o engodo da norma programática no texto constitucional que declara direitos. Norma programática não tem penetração na área de outorga de direitos; poderá justificar-se quando necessárias medidas não jurídicas, insuperáveis pela atividade jurídica para a aplicação das normas. Norma que cria direito, que depende do próprio Direito e não da economia do País ou de outras circunstâncias estranhas ao Direito para ser aplicada, é norma auto-aplicável, porque o Direito, ou está previsto em normas positivas, ou está implícito, ou omissivo, cabendo ao Judiciário declará-lo, explicitá-lo ou preencher as lacunas da ordem jurídica, se for o caso. Demais, a técnica moderna de redação da Constituição, como a de 1988, está indicando como interpretá-la; se a Constituição não diz que a eficácia da norma nela inserta depende da lei inferior, ou a ela não se refere, ou se não há impossibilidade material (econômica, física, social, etc.)³¹, cuja remoção dependa da ação de outro poder ou do meio social para tornar possível a aplicação das normas, enfim, se a aplicação da norma depende exclusivamente do Direito, ou se se trata de direito nela declarado, tem o Judiciário o dever de aplicá-la, ainda que constituindo direito acessório, sob pena de omissão na sua atividade essencial: dizer o Direito (o que não implica usurpar o poder legiferante). Ao Poder Judiciário cabe com maior relevância do que a qualquer outra autoridade, "o poder-dever de propiciar uma efetiva garantia dos direitos"³². Esse princípio de imediatidade é válido também para os direitos sociais (direito ao trabalho, direito à saúde e direito à educação), correlatos de um dever do Estado. Através de uma ação mandamental pode o juiz determinar a acolhida de qualquer criança em idade escolar em qualquer estabelecimento de ensino, inclusive particular (porque substitui o Estado na prestação educacional), ou quem em urgente necessidade necessite de tratamento médico hospitalar, em estabelecimento apropriado.³³ Isso do ponto de vista estritamente jurídico, evidentemente. Quanto ao direito ao trabalho, ainda que não seja possível a sua garantia por ação mandamental, é possível substituir a obrigação do Estado por prestação pecuniária de natureza alimentar ao desempregado (por força do sistema econômico), o que aliás é parcialmente reconhecido através da conversão da prestação pecuniária em seguro desemprego.

De outro lado, o poder constituído (Legislativo, Executivo e Judiciário) não pode obstaculizar a vontade maior do poder constituinte, por ação restritiva dos direitos declarados ou por omissão. Se não pode restringir, não há que esperar o Judiciário lei

complementar que regulamente o exercício dos direitos fundamentais. A lei complementar tem natureza, no caso dos direitos fundamentais, meramente explicitadora ou orientadora, dado que restringi-los não pode. Quanto à omissão, não pode ela ocorrer no âmbito dos direitos fundamentais, pois que independem de qualquer ação dos poderes constituídos. O mandado de injunção deve aparecer, portanto, como instrumento supletivo, para a garantia da plena eficácia dos direitos fundamentais. Nunca se há de exigir que se trilhe pela via do mandado de injunção para se realizar um direito fundamental. Entretanto, pode ser essa uma via eficaz para a sua garantia, no caso de inconstitucionalidade negativa ou omissiva. Nesse caso, não poderia o tribunal proferir decisão mandamental ao órgão legislativo, nem substituí-lo na emissão de uma norma geral, o que seria interferência política no outro poder (uma ordem dirigida não ao órgão, mas ao parlamentar, se prevista sanção na constituição, traria também implicações políticas); entretanto, pode o tribunal, pois está na esfera de sua competência, preencher a lacuna existente, se necessário, criando norma de decisão para o caso concreto.³⁴

O Direito é uma ordem de valores que se devem realizar por instrumentos normativos. A fiel descrição do mundo jurídico como mundo real, não se restringe à espera lógica do dever ser da norma, mas alcança o dado onto-axiológico, que constitui o conteúdo do Direito. Toda tarefa e esforço, tanto do legislador como do julgador é descobrir o Direito como ordem de valores de uma cultura. Mas é ao Judiciário que cabe revelar o direito contido na norma legal, veiculando a realidade social e cultural do momento da aplicação da norma, com o sentido axiológico dessa norma. Se o Legislativo põe abstratamente modelos de conduta que possibilitam a realização do Direito, é o Judiciário que restabelece o direito lesado, extraíndo-o das formas abstratas da lei e da matéria concreta das relações de vida onde quase todo o Direito se realiza, dia a dia, independentemente da coação em ato do Estado. É através do Judiciário que se extrai o Direito da norma e da realidade para restaurá-la, e é através dele também que o povo faz o seu direito, pelas propostas em juízo, pelas teses levantadas e debatidas por seus advogados, pela reflexão teórica dos seus juristas levadas ao debate e pela decisão refletida sobre o conteúdo da ação. O poder do juiz não está na facilidade da decisão do arbítrio que põe fim ao conflito, o que um computador faz com menor margem de erro e sem o risco de parcialidade, mas no joear o Direito debatido e

exportar na matéria do processo, pacientemente, para resolver o conflito com a realização do valor polar do Direito: o justo. A magistratura brasileira, em grande parte, tem perdido a memória dessa dignidade, ora por excesso de trabalho burocratizado pelo formalismo e fetichismo processual, ora por descaramento do saber jurídico ou por outros motivos. A nova Constituição tem o mérito de convocá-la a exercer o seu papel de podre autônomo, na atividade de aplicar o Direito.

Aceito que a função maior do Judiciário seja essa, a de dar eficácia ao direito violado, e que não pode haver obstáculo ou limitação jurídica do legislador para o exercício dos direitos fundamentais, nem por omissão – suprível na própria atividade judiciária, que constrói o direito instrumental para a realização daqueles no caso concreto. Outra coisa não se infere, senão a aplicação desses direitos imediatamente pelo Judiciário, que é o instrumento da sua garantia.

A função principal do Judiciário não é a paz social pela dirimição conflitos simplíciter. O Judiciário, como poder, e não simples instrumento administrativo do Governo, como poder independente na clássica concepção de Montesquieu, só tem razão de ser no Estado Democrático de Direito Moderno. Estado de Direito, no seu elemento definidor é o que declara e garante, na Constituição, os direitos fundamentais. Ora, declaração sem garantia desses direitos é vazia. E a garantia dos direitos fundamentais só é possível se está a cargo do Judiciário; não é tarefa precípua do Executivo ou Legislativo; a esses cabe o dever de respeitar e realizar tais direitos, mas não é a função primeira de garanti-los.

O Poder Judiciário existe fundamentalmente no Estado Democrático para tornar eficazes esses direitos. Posta a Constituição por ato de vontade do Constituinte Popular, o Judiciário não tem de estar a reboque de outros poderes, no que tange à realização dos direitos declarados na Constituição, já que seu poder e sua independência se justificam nessa mesma Constituição. Compete-lhe imediatamente garantir tais direitos, aclarando-os, se não bem definidos na Constituição, por interpretação reflexiva de seus textos. Isso, porém, só é possível por tribunal especializado.

6. CONCLUSÃO

Evidentemente, esses princípios aqui expostos não esgotam as possibilidades hermenêuticas de uma Constituição Democrática. Podem ser contestados a partir de uma ótica kelseniana. Contudo, corresponde a posição aqui esboçada à realidade dos povos civilizados, que têm como projeto a organização social livre no Estado Democrático, cuja finalidade é a realização e garantia dos direitos fundamentais na sua constituição declarados. Portanto, na interpretação das normas que declaram os direitos fundamentais, na medida em que concebidas como formas de realização da liberdade, há que considerá-los como de peso maior, com amplitude de conceito e imediatamente exigíveis.

7. NOTAS

1. KALINOWSKI, Georges. *Philosophie et logique de l'interprétation en droit – Remarques sur l'interprétation juridique, ses buts et ses moyens*. In: *Arquivos de Philosophie du Droit*, n. 17, 1972, p.39-49. REALE (A Teoria da Interpretação segundo Tulio Ascarelli. In: *Rev. de Direito Mercantil, Industrial e Econômico*, 19 (30): 75-85, abril/junho, 1980) ressalta, além do aspecto lógico, o axiológico como essencial.
2. Faço aqui apenas um resumo do meus trabalhos *Direitos Fundamentais e a Constituinte*, In: *Constituinte e Constituição*. Belo Horizonte: CONEX-UFMG, 1986 p. 9/42; e *Ancilla Juris*, comunicado ao V Congresso de Filosofia do Direito.
3. Sobre *Repraesentatio*, ver Salgado, Joaquim Carlos, in *Semiótica estrutural e transcendentalidade do discurso jurídico*, Comunicado ao III Congresso Internacional Latino-Americano de Semiótica. São Paulo: PUC, setembro de 1996.
4. Trata-se de Henrique Cláudio de Lima Vaz, SJ, Professor Titular do Departamento de Filosofia da UFMG, em diálogo após uma de suas aulas.
5. Pela natureza do comunicado, não se faz aqui um retrospecto

histórico para a dilucidação do conceito de hermenêutica. Convém lembrar, entretanto, que Dilthey é considerado como o ponto de partida de uma moderna concepção de hermenêutica, bem como do surgimento da filosofia hermenêutica, à base da qual (concepção) está a noção de compreensão ("*Verstehen*"). Sua teoria liga-se às investigações de Schleiermacher (SCHROTH, Ulrich, *Probleme und Resultate der Hermeneutikdiscussion*. In: Kaufmann, A. und Hassemer, H. (Hrsg.) *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*; Heidelberg – Karlsruhe, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1977, p.190), que reproduz na teoria hermenêutica o comportamento exegético do jurista na busca da vontade do legislador (penetração na *psychê* do autor do texto em Schleiermacher) em compasso com a reconstrução da palavra com a sentença, desta com o período, deste com o conteúdo da obra (id., ib., p.189/190). A intenção de Dilthey é, através de uma crítica da razão histórica, construir uma base metodológica rigorosa para as Ciências do Espírito ("*Geisteswissenschaft*") que, diferentemente das Ciências da Natureza ("*Naturwissenschaft*"), preocupadas com a análise e *explicação* dos fatos, buscam na *compreensão* ("*Verstehen*") da totalidade do fato (entendido como expressão da experiência interior do homem) o seu critério de validade para essa compreensão. A reconstrução do texto é apenas elemento de fundo; importante é "transportar-se para dentro da *psyqué* do autor" (id., ib., p. 190); Gadamer (*Verdad y método - Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Trad.: Ana A. Aparicio y Rafael de Agapito. Salamanca Ediciones Sigueme, 1977), que desenvolve a sua teoria a partir de Heidegger (cf. *Le défi hermeneutique*. In: *Revue Internationale de Philosophie*, (151) 1984, Fasc. 4, N° 38, PUF, p. 333/340) e Betti (*Teoria Generale della Interpretazione*. Milano: Giuffré, 1990, 2v.) na perspectiva idealista são destaques da teoria hermenêutica contemporânea (cfs. Palmer, R.E., *Hermenêutica*, trad.: Maria Luísa R. ferreira. São Paulo: Martins Fontes, s/d, p.167, além de Ricoeur (*Herméneutique*. Louvain-la-Neuve: Ed. du SIC, s/d), que desenvolve uma dialética entre explicação e compreensão. Excluí também desta comunicação a exposição sobre Heidegger.

6. HEIDEGGER, M., *Introdução à Metafísica*, trad. port. de Emmanuel C. Leão, Rio, Tempo Brasileiro, 1966, p.269. Desenvolvi essa questão de modo mais completo no meu livro – *A idéia de Justiça em Kant.: seu fundamento na liberdade e na igualdade*, Editora da UFMG, 1986, p.181 et seq.
7. KANT, E., *Kritik der reinen Vernunft? Gerammete Schriften*, Berlim, Akademie der Weirenschaft, vol. III, Edição S, p.626.
8. MACHADO, Geraldo Pinheiro, *A Noção de Ser em Maritain e Heidegger, comparadas no plano de um primeiro momento da ontologia*, São Paulo, USP, 1955, p.67.
9. HEIDEGGER, M., *Sein und Zeit*, Tübirnger, Max Nierneyer Verlag, 1979, p.37.
10. PALMER, *op. cit.*, p. 134.
11. HEIDEGGER, *apud* Palmer, *op. cit.*, p. 139.
12. Id. *ib.*, p.33.
13. Id. *ib.*, p.35.
14. Id. *ib.*, p.34
15. Ver Carta de Heidegger a Gadamer, de 21/11/1970. In: GADAMER, Hans Georg. *La Dialectica di Hegel*. Tradução Italiana de Riccardo Dottori. Gênova: Casa Editrice Marietti, 1996, p. 183.
16. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, p.38.
17. HEGEL, E.W.F., *Gundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt: Schrkamp, 1969, § 4.
18. HEGEL, E.W.F, *Wissenschaft der Logik*. Frankfurt, Suhrkamp, 1969, vol. II, p. 186 e segs.
19. Id. *Ibid.*, p. 188
20. Id. *Ibid.*, p. 187
21. Id. *Ibid.*, pags. 188, 189.
22. Id. *Ibid.*, p. 199.

23. Id. *Ibid.*, p. 187.
24. Id. *Ibid.*, p. 190.
25. HEGEL, E.W.F., *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1969, B.19, p.420.
26. CORNU, Auguste. *Die Idee der Entfremdung bei Hegel, Feuerbach und Marx*. In: Schrey, Heinz-Horst (editor) et alii, *Entfremdung*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975, p.42.
27. Sobre esses aspectos da liberdade, v. SALGADO: A Necessidade da Filosofia do Direito, in: Revista da FDUFGM, nº30/31, 1987/88, p.13/19.
28. Sobre a ponderação dos direitos fundamentais, v. ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. de E. Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.90 e segs.
29. Cfr. DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Librairie Fontemoing, 1928, t. II, p.184. V. o comentário de Carré de Malberg na sua obra *Contribution à la Théorie Générale de l'État*. Paris: Sirey, 1922, t. II, p. 580.
30. Nesse sentido, de certa forma, tem caminhado o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha ao estender as garantias da propriedade civil às situações jurídicas no âmbito da previdência social (*Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen – BVerGE – 32, 111(129)*).
31. Mesmo o direito ao trabalho pode ser objeto de pleito e, pelo menos, convertido em prestação pecuniária, tecnicamente garantida pelo seguro desemprego.
32. DALLARI, Dalmo de Abreu, *O Controle de Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: José Bushaby Editor, 1976, p. 130/131, apud BARACHO, José Alfredo de Oliveira, *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.332.
33. Ver SALGADO, J.C. Pontos de Miranda e o Direito à Educação. In: *Anais do III Congresso de Filosofia do Direito*. João

Pessoa: Grafst, 1988, p.243-250.

34. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha aceita a tese da natureza exortativa da decisão, no caso de inconstitucionalidade positiva e entende também possível a integração no caso de inconstitucionalidade omissiva. (V. HECK, Luis Afonso. *O Recurso Constitucional na Sistemática Jurisdicional-constitucional Alemã*. In: Rev. de Informação Legislativa, n. 124, 1994, p.132).

8. ABSTRACT

This work intends to be a meditation, based on philosophical elements of our culture, about the fundamental rights assured by contemporary democratic constitutions and its exegesis. In that direction, starts from of the concept of fundamental subjective right, aiming a philosophical concept of the Law itself, taken as a normative order, which is based upon the idea that liberty shall be fulfilled by it.

Then, the hermeneutics as an ontological vector is concerned, as a means of Law's explanation, at its most sublime conception, the liberty, with the final purpose to set the value of the fundamental rights as de cornerstone inside de juridical-political structure of a society.