

O papel da hermenêutica na garantia da efetividade dos direitos fundamentais sociais por intermédio da jurisdição constitucional

The hermeneutics role in the effectiveness of warranty of fundamental social rights through the constitutional jurisdiction

Kaira Cristina da Silva¹

Resumo

A presente pesquisa pretende analisar o papel da hermenêutica jurídica na garantia da efetividade dos direitos fundamentais sociais por intermédio da jurisdição constitucional, a partir do giro ontológico-linguístico e do constitucionalismo contemporâneo. A inefetividade dos Direitos Fundamentais Sociais é alvo da crise do Direito em seus mais variados aspectos, ensejando a necessidade de um novo paradigma para as decisões judiciais com o objetivo de tutelar os direitos de segunda dimensão que são indispensáveis à vida e à dignidade do ser humano. Assim, a hermenêutica viabiliza a garantia da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais por intermédio do Poder Judiciário, eis que supera o positivismo e as anomalias dele decorrentes. Na Fase de Investigação, utilizou-se o Método Indutivo, na Fase de Tratamento de Dados, o Método Cartesiano e, no Relatório dos Resultados, a base lógica indutiva. Ainda, foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

Palavras-chave: Hermenêutica. Constitucionalismo Contemporâneo. Pós-positivismo. Direitos Fundamentais Sociais. Jurisdição Constitucional.

Abstract

This research aims to examine the role of legal interpretation in ensuring the effectiveness of fundamental social rights through the constitutional jurisdiction from the ontological-linguistic turn and contemporary constitutionalism. The

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares – PROSUP/CAPE. Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Escola do Ministério Público de Santa Catarina. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Advogada. Itajaí, Santa Catarina, Brasil. E-mail: kairasilva@outlook.com

ineffectiveness of the Social Fundamental Rights is the target of law crisis in its various aspects, entailing the need for a new paradigm for judicial decisions in order to protect the second dimension of rights that are indispensable to life and human dignity. Thus, hermeneutics makes it possible to guarantee the effectiveness of the Social Fundamental Rights through the judiciary, behold overcomes positivism and anomalies arising. Research on phase used the inductive method, the Data Processing Phase Cartesian method, and report the results inductive logic base. Still, the Techniques Concerning were triggered, the category of the Operational Concept, and bibliographical research.

Keywords: Hermeneutics. Contemporary constitutionalism. Postpositivism. Social Fundamental Rights. Constitutional Jurisdiction.

Introdução

O presente artigo científico tem como **objeto** analisar o papel da hermenêutica jurídica na garantia da efetividade dos direitos fundamentais sociais por intermédio da jurisdição constitucional, a partir do giro ontológico-linguístico e do constitucionalismo contemporâneo.

No cenário brasileiro, por se tratar de um país de modernidade tardia, o Estado Democrático de Direito, no qual o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social, é alvo da disfuncionalidade do Direito e das Instituições incumbidas de aplicar a lei, fruto do paradigma liberal-individualista, pode-se afirmar com Lenio Luiz Streck².

Assim, o descumprimento, ou até mesmo o cumprimento insatisfatório dos Direitos Fundamentais Sociais pelo Poder Público, faz com que a resolução das demandas sociais seja delegada ao Poder Judiciário, que no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo possui a missão de garantir o cumprimento das promessas constitucionais.

Diante deste quadro, questiona-se: A hermenêutica jurídica, a partir do giro ontológico-linguístico e do constitucionalismo contemporâneo, objeto de estudo no Brasil pelo jurista Lenio Streck, à luz do paradigma pós-positivista de vertente substancialista, pode contribuir para a garantia da efetividade dos direitos fundamentais sociais por intermédio da jurisdição constitucional?

² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. ampl. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 43.

Os **objetivos específicos** são: a) identificar alguns aspectos relevantes do Constitucionalismo Contemporâneo, do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Fundamentais Sociais, a fim de esclarecer a importância destes institutos; b) investigar os contrapontos entre o juspositivismo e o pós-positivismo, especialmente no que se refere à discricionariedade judicial e à aplicação dos princípios nas decisões, bem como a necessidade da vertente substancialista do pós-positivismo para materializar os Direitos Fundamentais Sociais; c) compreender o papel da hermenêutica jurídica na garantia da efetividade dos direitos fundamentais sociais por intermédio da jurisdição constitucional, a partir do giro ontológico-linguístico e do constitucionalismo contemporâneo, à luz do paradigma pós-positivista de cunho substancialista. Assim, divide-se o artigo científico respectivamente de acordo com os três objetivos específicos mencionados.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação, foi utilizado o Método Indutivo³, na Fase de Tratamento de Dados, o Método Cartesiano e o Relatório dos Resultados expresso na presente pesquisa é composto na base lógica indutiva. Nas diversas fases da pesquisa, serão utilizadas as Técnicas do Referente⁴, da Categoria⁵, do Conceito Operacional⁶ e da Pesquisa Bibliográfica⁷.

³ “[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. rev. ampl. atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 213.

⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 65: “REFERENTE é a explicitação prévia do(s) motivo(s), objetivo(s), e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma Pesquisa”.

⁵ Nas palavras de Pasold “Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 36.

⁶ Segundo Pasold “Conceito Operacional (=Cop) é uma definição para uma palavra ou expressão com o desejo de que tal definição seja aceita para efeitos das ideias que expomos”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 54.

⁷ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 215.

1 Constitucionalismo Contemporâneo, Estado Democrático de Direito e Direitos Fundamentais Sociais

Cumprе mencionar que a evolução do Estado, assim como do Constitucionalismo e dos Direitos Fundamentais Sociais, se dá historicamente, de acordo com os anseios que afligem a vida em sociedade em determinado tempo e que impulsionam as transformações no cenário jurídico e social.

No contexto da presente pesquisa, tratar-se-á, ainda que superficialmente, da evolução histórica destas categorias apenas a partir do Estado Liberal até o modelo de Estado Democrático de Direito.

A partir do séc. XVIII, o Estado passou a tutelar as liberdades do indivíduo, principalmente no que se refere à propriedade privada, que eram as necessidades demandadas naquele tempo pela sociedade burguesa⁸.

De acordo com Paulo Márcio Cruz⁹, o constitucionalismo moderno “[...] apresenta uma característica definidora, a afirmação radical da liberdade do indivíduo e a existência de alguns direitos irrenunciáveis desde mesmo indivíduo, como critério essencial da organização do Estado”.

Nesta senda, o Estado Liberal passa a se abster da intervenção na esfera privada do indivíduo. É neste período também que se instituiu a igualdade formal perante a lei.

No entanto, a concepção de igualdade formal perante a lei, “que orientou o movimento liberal em sua vertente jurídica”, ficou insuficiente, sendo que “foi ultrapassada pela necessidade de igualdade social como pressuposto

⁸ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 89: “Corrente de pensamento que se consolidou a partir das revoluções burguesas do século XVIII, o liberalismo caracteriza-se por defender as maiores cotas possíveis de liberdade individual frente ao Estado, que deve procurar ser neutro. Postula tanto uma filosofia tolerante da vida como modelo social que conseguiu substituir o Antigo Regime e cujos conteúdos se constituíram em fundamento jurídico e político das constituições democráticas”.

⁹ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 27.

para aquela igualdade, principalmente com a inclusão, no processo político, de outras classes sociais diferentes da burguesia”, salienta Paulo Márcio Cruz¹⁰.

As necessidades sociais que demandaram a superação do Estado Liberal, “[...] possibilitaram a complexa experiência de uma estrutura que, por estar ainda em curso, assume diversas especificidades, cunhada por autores com as designações de Estado Social, [...] Estado Providência ou Assistencial (*Welfare State*), etc”, ensina Antonio Carlos Wolkmer¹¹.

Neste sentido, Paulo Márcio Cruz¹² destaca o caráter intervencionista do Estado Contemporâneo como seu principal diferencial e aduz que se trata do Estado Democrático de Direito, “entendido como aquele que intervém nos domínios econômico, social e cultural, obedecidos os parâmetros mínimos de cidadania política, justiça, representatividade, legalidade e legitimidade”.

Cesar Pasold¹³ afirma que “a participação do Estado na vida da Sociedade passa de uma fase de tolerância crescente até a de exigência”, desta forma, “são poucos os que admitem um comportamento omissivo do Estado frente ao encaminhamento e à solução dos grandes problemas sociais”.

O Estado de Bem-Estar “é o produto da reforma do modelo clássico de Estado Liberal que pretendeu superar as crises de legitimidade que este possa sofrer, sem abandonar sua estrutura jurídico-política”. Sua principal característica é “união da tradicional garantia das liberdades individuais com o reconhecimento, como direitos coletivos, de certos serviços sociais que o Estado providencia, pela intervenção, aos cidadãos, de modo a proporcionar iguais oportunidades a todos”¹⁴.

A diferença entre o Estado Social e o Estado de Bem-Estar, ainda que os dois modelos sejam reconhecidos constitucionalmente, é o fato de que o grau de intervenção é diferente, afirma Paulo Márcio Cruz. Além disso, “é

¹⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. p. 93

¹¹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 26.

¹² CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. p. 153.

¹³ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988. p. 32.

¹⁴ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. p. 163.

comum utilizar-se o conceito de Estado de Bem-Estar para referir-se a âmbitos de intervenção pública que são menores que os incluídos no conceito de Estado Social”¹⁵.

J. J. Gomes Canotilho¹⁶ acentua o dever de respeito pelo Estado de Direito Constitucional ao afirmar que:

[...] aponta-se para um equilíbrio entre os dois conceitos – Estado de Direito e Estado Social –, pois a liberdade é inconcebível sem um elevado grau de solidariedade e de igualdade social, e, por outro lado, o progresso social, o desenvolvimento econômico e a proteção das classes mais desfavorecidas deve fundar-se no respeito pelo Estado de direito constitucional.

Na feição de Estado Democrático de Direito, é fundamental “a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do assecuramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade”, o que significa considerar a lei como um instrumento de ação concreta do Estado, ensina Lenio Streck¹⁷.

Assim, a Constituição expressa instrumentos garantidores dos direitos de segunda e de terceira dimensão, como forma de ultrapassar a crise do Estado Social e em busca da realização dos anseios deste modelo de Estado, considerando esta função social como um *plus* normativo, extrai-se do entendimento de Lenio Streck¹⁸.

Portanto, “A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais sociais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito”¹⁹.

¹⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. p. 167-168.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 206.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. p. 47.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. p. 47-48.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil**. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em:

Para Lenio Streck, “A essa noção de Estado se acopla o conteúdo material das constituições, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança do *status quo* da sociedade”²⁰.

Conceitua Luigi Ferrajoli que a constituição consiste precisamente neste sistema de regras, substanciais e formais, que tem como destinatários os próprios titulares do poder²¹.

E afirma o jusfilósofo italiano que o constitucionalismo é um programa para o futuro em duplo sentido: a) primeiro porque os direitos fundamentais incorporados pelas constituições devem ser garantidos e satisfeitos concretamente - o garantismo sob este aspecto, é a outra face do constitucionalismo, dirigida a estabelecer as técnicas de garantias idôneas a assegurar o máximo grau de efetividade dos direitos constitucionalmente reconhecidos; b) segundo porque o paradigma da democracia constitucional é, todavia, um paradigma embrionário que pode e deve ser estendido a uma tripla direção, que consiste na garantia dos direitos de liberdade e dos direitos sociais diante de todos os poderes; não só aos poderes públicos, mas também frente aos poderes privados; em todos os níveis, não só estatal, como internacional²².

O Estado Democrático de Direito tem como objetivo proporcionar o bem-estar e a justiça social, para tanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece direitos sociais destinados a promover a proteção social, os quais integram a Seguridade Social²³, especificamente o direito à

<<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>> Acesso em: 10 fev. 2016. p. 261.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>> Acesso em: 10 fev. 2016. p. 261.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional. In: _____. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008. p. 32.

²² FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional. In: _____. **Democracia y garantismo**. p. 35-36.

²³ Conforme o artigo 194 da CRFB/88 “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. BRASIL. Constituição da República

saúde, à previdência e à assistência social. São direitos fundamentais sem os quais o indivíduo não atinge o patamar digno de vida, e sua efetivação repercute em toda a sociedade, portanto são classificados como direitos de segunda dimensão.

Santos²⁴ manifesta o seguinte entendimento sobre os direitos fundamentais de segunda dimensão:

Os Direitos fundamentais de segunda geração exigem do Estado, ao contrário, um comportamento positivo, ou seja, de fornecimento de prestações destinadas ao cumprimento da igualdade e redução dos problemas sociais. São exemplos de direitos sociais os direitos relativos à Seguridade Social, à subsistência, ao trabalho.

Portanto, os direitos sociais que integram a Seguridade Social dependem da intervenção estatal para ser concretizados e têm a finalidade de proporcionar melhores condições de vida às pessoas menos favorecidas econômica e socialmente.

2 Alguns contrapontos entre o positivismo jurídico e o pós-positivismo

Diversas teorias têm sido propostas no âmbito da Ciência Jurídica com o objetivo de superar a crise paradigmática que assola o Direito em seus mais variados aspectos.

Neste contexto, progressivamente alguns juristas vêm superando os postulados do paradigma juspositivista que prevalecia na Ciência Jurídica desde meados do séc. XIX, principalmente no que diz respeito às suas bases essenciais, quais sejam: a separação entre Direito e Moral, a formação do Ordenamento jurídico exclusivamente por Regras positivadas, a construção de um sistema escalonado somente pelo critério de validade formal, a aplicação

Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, n. 191-A, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 10 fev. 2016.

²⁴ SANTOS, Marisa Ferreira dos. **O princípio da seletividade das prestações de seguridade social**. São Paulo: Editora Ltr, 2004. p. 27.

do Direito posto através da subsunção e a discricionariedade judicial para a resolução dos casos difíceis²⁵.

Em que pese essa matriz disciplinar ter contribuído para a resolução dos problemas apresentados à Ciência Jurídica por certo lapso temporal, “a comunidade científica se depara com uma situação que a despeito dos esforços e de modificações pontuais na matriz teórica, não encontra solução dentro do Paradigma”²⁶, por esse motivo instaurou-se uma crise paradigmática.

Dentre os elementos do juspositivismo que mais agravam a inefetividade do Direito no que se refere à sua garantia através das decisões judiciais, destaca-se a discricionariedade judicial e o papel atribuído pelos princípios.

Primeiramente, sobre a discricionariedade judicial, tem-se que esta favorece o denominado ativismo judicial, fenômeno que tem dado margem ao solipsismo, no qual o julgador decide conforme a sua própria consciência. Essa ausência de parâmetros materiais para a decisão judicial também é passível de ocasionar a insegurança jurídica e a inobservância do texto constitucional.

Na ceara do positivismo jurídico, Herbert Lionel Adolphus Hart, em sua obra *O Conceito de Direito*, afirma que o juiz é dotado de poder discricionário, eis que pode criar o direito a ser aplicado a um caso difícil quando a legislação não prevê para ele nenhuma resposta correta. No entanto, o juiz não deve fazer isto de forma arbitrária, ele deve ter sempre certas razões gerais para justificar a sua decisão, e deve agir conscientemente assim como um legislador agiria, baseado em suas próprias crenças e valores. Desta forma, o magistrado está autorizado a observar razões e padrões, para sua decisão, que não estão presentes no direito, situação em que poderá diferir dos parâmetros adotados pelos demais juízes ao se depararem com casos semelhantes²⁷.

²⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2. ed. rev. ampl. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 68.

²⁶ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. p. 42.

²⁷ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 335-336.

Em contrapartida, Ronald Dworkin²⁸, adepto do paradigma pós-positivista, pugna pela coerência e integridade do direito, e demonstra sua irresignação perante o ativismo judicial, conforme esclarecem os seguintes dizeres:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. Um julgamento interpretativo envolve a moral política, [...]. Mas põe em prática não apenas a justiça, mas uma variedade de virtudes políticas que às vezes entram em conflito e questionam umas às outras. Uma delas é a equidade: o direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição. A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas, mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania.

Em sua obra *Levando os Direitos à Sério*, Ronald Dworkin perfaz uma crítica geral ao positivismo jurídico, baseando-se na teoria propagada por Herbert Lionel Adolphus Hart, considerando que esta é consentida pela maioria dos juristas.

Ao remeter-se ao poder discricionário dos juízes, Ronald Dworkin afirma que ainda que não haja nenhuma regra específica que regule o caso, o juiz possui o dever de descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar novos direitos e aplicá-los de forma retroativa, ou seja, para ele os juízes não têm o poder de criar direitos, e sim de descobrir quais os direitos que se aplicam aos casos difíceis submetidos a julgamento. Fato este que não enseja

²⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 451-452.

a utilização de nenhum procedimento mecânico, assim como o utilizado pelos positivistas²⁹.

A discricionariedade concede uma ampla margem de liberdade ao julgador, que ultrapassa até mesmo os limites semânticos do texto constitucional, e conforme afirma Lenio Streck, decorre da tradição continental, que pelo menos até o segundo pós-guerra, não tinha conhecimento de “uma Constituição normativa, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático”³⁰.

De acordo com a teoria pós-positivista apresentada por Ronald Dworkin, a diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica, sendo que as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, ou seja, “Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”³¹.

Nesse contexto, Ronald Dworkin descreve diversas características que distinguem as regras dos princípios. A um, expressa que a regra pode ter exceções, as quais devem ser arroladas de forma a tornar o enunciado completo, já os princípios, até mesmo aqueles que são semelhantes às regras “não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”³².

Diante de conceitos indeterminados expressos nas regras, utiliza-se os princípios para orientar a decisão a ser tomada. Ainda, pode-se extrair das palavras de Ronald Dworkin que os princípios desempenham um papel fundamental na construção de uma decisão, eis que exercem uma função

²⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e) m crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. p. 50.

³¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 39.

³² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 40.

argumentativa para justificar a adoção e a aplicação de uma nova regra, que não existe antes do caso ser decidido³³.

Ronald Dworkin opõe-se “à teoria popular de que os juízes têm poder discricionário para decidir os casos difíceis”³⁴.

Para tanto, insiste que, “mesmo nos casos difíceis, é razoável dizer que o processo tem por finalidade descobrir, e não inventar, os direitos das partes interessadas e que a justificação política do processo depende da validade dessa caracterização”³⁵.

Conforme estudo realizado por Orlando Zanon sobre o pós-positivismo hermenêutico de Lenio Streck, tem-se que na concepção deste, “As Regras resultam da leitura dos textos normativos, de modo a compartilharem da porosidade e da ambiguidade inerentes aos signos linguísticos, razão pela qual escondem os significados”³⁶.

Por sua vez, de acordo com a versão pós-positivista hermenêutica de Lenio Streck, “os Princípios consubstanciam a institucionalização do mundo prático no Direito e, conseqüentemente, determinam direcionamentos ao intérprete”³⁷.

E assim, “Quando devidamente articulados tais elementos, a porosidade das Regras é atravessada pelos vetores materiais dos Princípios, de modo a fechar a interpretação e, assim, produzir a Norma Jurídica que resolve o caso concreto”³⁸.

³³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 46.

³⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 430.

³⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 430.

³⁶ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Pós-positivismo 3: a versão hermenêutica de Streck. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 121, fev 2014. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14294> Acesso em: 11 fev. 2016.

³⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Pós-positivismo 3: a versão hermenêutica de Streck. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 121, fev 2014. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14294> Acesso em: 11 fev. 2016.

³⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Pós-positivismo 3: a versão hermenêutica de Streck. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 121, fev 2014. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14294> Acesso em: 11 fev. 2016.

Ainda, conforme explica Orlando Zanon, para Lenio Streck a classificação entre casos fáceis e casos difíceis “não merece aceitação teórica, porquanto se trata de mera percepção do intérprete, com relação a maior ou menor dificuldade em examinar determinado caso concreto, de acordo com a sua bagagem de conhecimento (pré-compreensão)”³⁹.

2.1 Pós-positivismo substancialista e Direitos Fundamentais

Existem duas vertentes do pós-positivismo que precisam ser definidas e caracterizadas para se compreender qual é a mais favorável à concretização dos Direitos Fundamentais Sociais, são elas: a procedimentalista e a substancialista.

O pós-positivismo de cunho procedimentalista dá preferência à instrumentalização na qual será operacionalizada a tomada de decisão, não conferindo a devida importância ao seu conteúdo.

Já a vertente substancialista do pós-positivismo ressalta a importância do conteúdo, sendo que este deve estar estritamente de acordo com o texto constitucional, com a força que irradia dos preceitos constitucionais por todo o sistema jurídico, dando primazia ao cumprimento dos Direitos Fundamentais, inclusive os sociais.

Alexandre Moraes da Rosa⁴⁰, ao tratar do judiciário entre a garantia do mercado ou dos direitos fundamentais, refere-se às duas vertentes do pós-positivismo, e explica que os substancialistas “defendem a concretização dos Direitos Fundamentais constituídos e compartilhados pelos sujeitos na via do Poder Judiciário”, já os procedimentalistas “propugnam uma atuação deste na

³⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Pós-positivismo 3: a versão hermenêutica de Streck. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 121, fev 2014. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14294> Acesso em: 11 fev. 2016.

⁴⁰ ROSA, Alexandre Moraes da. O judiciário entre a garantia do mercado ou dos direitos fundamentais: a “resposta correta”, com Lenio Streck. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, Vol. 1, n. 1, 2009, (1):1-8. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5130>> Acesso em: 10 fev. 2016. p. 4.

garantia da participação no processo de tomada de decisões, retomando o sentido original de soberania popular”.

Lenio Streck⁴¹ afirma com veemência que é adepto da corrente substancialista, e menciona que tanto os procedimentalistas como os substancialistas reconhecem “no Poder Judiciário (e, em especial, na justiça constitucional) uma função estratégica nas Constituições do segundo pós-guerra”, mas para ele “as teses procedimentalistas afastam o caráter dirigente-compromissário da Constituição”.

De acordo com Lenio Streck⁴²:

Trabalhando o texto constitucional apenas no seu sentido procedimental, abre-se espaço para o entulhamento (no sentido hermenêutico-heideggeriano) daquilo que a Constituição é no seu sentido negativo: os direitos sociais não realizados, os direitos fundamentais não respeitados. Além disso, corre-se sempre o risco de entender o Direito – no que se relaciona aos valores substantivos constitucionais – como um mecanismo (meramente) redutor de complexidades, impedindo o aparecer do sentido transformador próprio do paradigma do Estado Democrático de Direito. Corre-se o risco, finalmente, de transformar o Direito Constitucional em um Direito Constitucional simbólico, frustrando as expectativas exurgentes do contrato social, entendido aqui, conforme já se viu, a partir de um paradigma hermenêutico.

Para Bodnar e Staffen⁴³ a vertente substancialista do pós-positivismo entende que “o Poder Judiciário não deve assumir uma condição passiva diante da sociedade, constituindo-se em um verdadeiro e legítimo garantidor da efetividade constitucional”. Em síntese, “os substancialistas defendem a concretização dos Direitos Fundamentais construídos e compartilhados pelo cidadão com a chancela do Poder Judiciário”.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. Intervenção. In: J. N. MIRANDA COUTINHO (Org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 144 p. p. 80-81.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>> Acesso em: 10 fev. 2016. p. 268.

⁴³ BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. Juizados especiais e ativismo judicial à luz de Luis Alberto Warat. **Sequência**, Vol. 33, n. 64, p. 105-129, jul. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n64p105>> Acesso em: 10 fev. 2016. p. 111.

O procedimentalismo e o substancialismo se diferem, portanto, “no tipo de atividade que a jurisdição realiza no momento em que interpreta as disposições constitucionais que guarnecem os direitos fundamentais”⁴⁴.

Sobre a diferença entre esses dois eixos pós-positivista, Lenio Streck esclarece que as teses procedimentalistas “não reconhecem um papel concretizador à jurisdição constitucional, reservando para esta apenas a função de controle das “regras do jogo” democrático”, enquanto as teses substancialistas “reconhecem o papel concretizador e veem o Judiciário com um *locus* privilegiado para a garantia do fortalecimento institucional das democracias contemporâneas”⁴⁵.

3 O papel da hermenêutica na garantia da efetividade dos direitos fundamentais sociais por intermédio da jurisdição constitucional

Ao tratar do papel da hermenêutica, primeiramente, cabe discorrer sobre a mudança de paradigma da filosofia da consciência à filosofia da linguagem, decorrente do giro ontológico-linguístico, estudado no Brasil pelo jurista Lenio Streck, principalmente em sua obra *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*.

Orlando Zanon em sua *Teoria Complexa do Direito*, ao abordar as características da Ciência Jurídica para firmar as bases filosóficas na qual constitui sua teoria, refere-se à formação intersubjetiva do conhecimento fundada na filosofia da linguagem⁴⁶. Em que pese o autor tratar da

⁴⁴ STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 52.

⁴⁵ STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 52.

⁴⁶ Orlando Zanon adverte que “o enfoque não está adstrito apenas ao nível de racionalidade individual (âmbito da hermenêutica), abrangendo também a análise intersubjetiva (âmbito das teorias discursivas e argumentativas), de modo a realizar o engate de tais focos de estudo, o qual já havia sido admitido por alguns de seus principais representantes (Streck e Alexy, respectivamente), porém ainda não integralmente aperfeiçoado”. ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. p. 29. Neste contexto, Lenio Streck assevera que “a hermenêutica não quer corrigir ou substituir qualquer teoria epistemo-procedimental. Igualmente não pretende concorrer com uma teoria do conhecimento que procure justificar os

operacionalização da linguagem tanto no âmbito hermenêutico como no âmbito das teorias argumentativas e discursivas, devido ao objeto do presente estudo tratar-se-á apenas da importância da linguagem como condição de possibilidade para a realização da interpretação.

Com suporte nos estudos de Lenio Streck, Orlando Zanon menciona que houve uma superação da relação sujeito-objeto pela relação sujeito-sujeito em decorrência do denominado giro linguístico⁴⁷.

Destaca-se três fases da filosofia do conhecimento: metafísica clássica, metafísica moderna, e giro ontológico-linguístico.

Na metafísica clássica a produção do conhecimento se dava pela relação sujeito-objeto, na qual o objeto possuía sua própria essência e o sujeito cognoscente apenas extraía as suas características intrínsecas. A linguagem era considerada apenas um meio para o sujeito expressar seu conhecimento sobre o objeto⁴⁸.

Em seguida a filosofia passou a ser regida pela metafísica moderna ou filosofia da consciência, na qual o sujeito passou a ter um papel mais destacado, porque através da sua própria vontade pessoal ele atribuiria as características do objeto. Essa é a chamada fase do solipsismo em que as experiências individuais do sujeito cognoscente determinariam as

*elementos do conhecimento empírico. A hermenêutica não proíbe que se faça essa justificação/explicação de forma procedural. Só que a hermenêutica não concorda com a eliminação do primeiro passo na compreensão, que é exatamente o elemento hermenêutico. Em outras palavras, não sou contra a teoria procedimental; só afirmo que o modo de ser manifestativo da compreensão precede a teoria do conhecimento". STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 72. Esclarecidos esses pontos, ressalta-se que devido ao objeto de estudo da presente pesquisa, atentar-se-á apenas para o âmbito hermenêutico.*

⁴⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. p. 29-30.

⁴⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. p. 30.

características da coisa, ou seja, o sujeito é que determina o sentido do objeto conforme sua livre consciência⁴⁹.

Por fim, a filosofia da consciência foi superada pela viragem, reviravolta ou giro linguístico, na qual a linguagem torna-se a própria condição de possibilidade para a compreensão da realidade⁵⁰.

A importância da linguagem para a ciência jurídica decorre do fato de que o raciocínio humano é construído pela linguagem, sendo que ela é considerada como condição de possibilidade para qualquer atividade intelectual⁵¹. Toda atividade intelectual consiste em interpretar⁵².

Ainda sobre a superação do esquema sujeito-objeto pela filosofia da linguagem, Orlando Zanon⁵³ explica que:

As pessoas carregam signos linguísticos e conceitos prontos (preconceitos ou pré-conceitos) que são empregados, ainda que intuitivamente ou inconscientemente, para compreensão daquilo ao qual são expostas e, somente através de tal conteúdo armazenado em seu cérebro conseguirão apresentar alternativas de reação.

E conclui o referido autor que “a própria existência da pessoa num mundo real é uma atividade hermenêutica, ou em outras palavras, viver é interpretar”⁵⁴.

Desta forma, já se revela a importância da hermenêutica no sentido da crítica realizada por Lenio Streck, como forte legado ao Poder Judiciário, no exercício de sua missão constitucional de garantia dos Direitos Fundamentais Sociais, como indispensável à superação do paradigma positivista e de suas bases essenciais.

A hermenêutica não se contrapõe à tese da separação entre direito e moral protagonizada pelo positivismo jurídico, especialmente quando se fala na

⁴⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. p. 30.

⁵⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. p. 31.

⁵¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. p. 33.

⁵² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. p. 34.

⁵³ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. p. 34-35.

⁵⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. p. 35.

concretização dos direitos fundamentais. Sendo assim, Lenio Streck⁵⁵ assinala duas alternativas possíveis no Constitucionalismo Contemporâneo: “ou os tribunais apenas garantem os direitos fixados no ordenamento-marco, sem qualquer capacidade de estabelecer posições jurídicas singulares, ou estão vinculados à eticidade substantiva da comunidade e, portanto, podem agir de forma a aproximar a norma da realidade”. E enfatiza que “A evidência, é na segunda hipótese que se encontra a concepção de jurisdição compatível com os objetivos do Estado Democrático de Direito”.

O positivismo jurídico não é compatível com o Constitucionalismo Contemporâneo, eis que “o Direito do Estado Democrático de Direito supera a noção de “fontes sociais”, isto significa que o direito constante nas constituições “aponta para a reconstrução da sociedade (o direito é transformador)”⁵⁶.

A institucionalização da moral no direito é o que reforça a sua autonomia, sendo que o direito passa a ter força vinculativa ao abarcar os conteúdos morais no momento de sua elaboração legislativa, portanto, Lenio Streck registra que “são as Constituições desse novo período que albergam esse novo direito, que busca resgatar as promessas incumpridas da modernidade, e é a partir dele que o legislador deverá agir”⁵⁷.

De acordo com Lenio Streck, “A tradição autêntica (sentido da Constituição compreendido como o resgate das promessas da modernidade) reconstrói, a partir dessas ‘premissas’, em cada caso, a integridade e a coerência interpretativa do direito”⁵⁸.

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 22.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam *et al* (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 76.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam *et al* (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. p. 77.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, Vol. 8, n. 54, 2007. Disponível em: < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15066>> Acesso em: 10 fev. 2016. p. 40.

Ressalta-se, portanto, a importância dos princípios, eis que a hermenêutica pressupõe “um efetivo controle da interpretação”, a partir da autoridade da tradição, “da obrigação da coerência, da integridade, da igualdade, da isonomia, enfim, da incorporação dos princípios constitucionais”, considerados por Lenio Streck como virtudes soberanas, em atenção aos ensinamentos de Ronald Dworkin⁵⁹.

É possível afirmar com Lenio Streck, que “os princípios são deontológicos e “governam” a Constituição, o regime democrático e a ordem jurídica”. Os princípios são reconhecidos como “o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência”, e possuem um elevado grau de importância, pois contribuem preponderantemente para a fundamentação hermenêutica acerca da legitimidade dos preceitos constitucionais fundamentais⁶⁰.

Considera-se a força normativa da Constituição como sendo capaz de contaminar todo o sistema jurídico, sendo que “todas as normas “textos” infraconstitucionais, para terem validade, devem passar, necessariamente, pelo processo de contaminação constitucional”⁶¹.

Portanto, “a interpretação conforme a Constituição é mais do que princípio, é um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos sejam interpretados de acordo com ela”⁶².

Além disso, a aplicação dos princípios constitucionais possibilita o combate às decisões das majorias políticas, que tentam suprimir os direitos fundamentais sociais já conquistados pelas minorias.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam *et al* (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. p. 77.

⁶⁰ STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 346.

⁶¹ STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 348.

⁶² STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 351.

Destaca-se, ainda, conforme os dizeres de Lenio Streck⁶³:

O processo de interpretação da Constituição tem, sim, uma série de especificidades e peculiaridades, uma vez que a Constituição – entendida como espaço garantidor das relações democráticas entre o Estado e a Sociedade e como espaço de mediação ético-política da sociedade – é o *topos* hermenêutico conformador de todo o processo interpretativo do restante do sistema jurídico. A especificidade e uma hermenêutica constitucional está compreendida não somente no fato de que o texto constitucional (compreendendo nele as regras e os princípios) deve-se autossustentar, enquanto os demais textos normativos, de cunho infraconstitucional, devem ser interpretados em conformidade com aquele.

A omissão ou inadequação do Estado na concretização dos direitos fundamentais sociais é um problema que ainda prevalece, o que faz do processo jurisdicional o foco para a efetivação destes direitos. Neste contexto, Lenio Streck ao refletir sobre papel do processo no Estado Democrático de Direito e juntamente com André Cordeiro Leal afirma que:

[...] a jurisdição, a partir das propostas científicas de um processo a ser tematizado no Estado Democrático de Direito, não mais pode ser considerada atividade do juiz ou da magistratura em dizer o direito, mas, sim, o resultado da interpretação compartilhada do texto legal pelo procedimento regido pela principiologia constitucional do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia) – principiologia esta que se apresenta exatamente como viabilizadora da clarificação discursiva de conteúdos fático-normativos pelos destinatários da decisão⁶⁴.

A Constituição Federal de 1988 dispõe de um vasto catálogo de direitos e garantias fundamentais, além dos que prevê no decorrer do texto constitucional, dentre tais direitos estão consagrados os direitos fundamentais sociais, os quais demandam uma atuação positiva do Estado.

A omissão ou inadequação do Estado no cumprimento das promessas constitucionais coloca o processo jurisdicional como o foco da realização dos direitos fundamentais sociais, tendo em vista que as políticas públicas não têm

⁶³ STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 358.

⁶⁴ STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 353.

sido implementadas de maneira que garanta às pessoas vulneráveis o direito à igualdade e à dignidade humana⁶⁵.

No Estado Democrático de Direito, “o polo de tensão, em determinadas circunstâncias previstas nos textos constitucionais, passa para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais”⁶⁶.

A força normativa da Constituição se irradia por todo o ordenamento jurídico, conferindo ao processo jurisdicional uma moldura constitucional, na qual os princípios fundamentais devem ser observados em seu aspecto substancial.

Alerta-se que “a tradição (no sentido gadameriano) nos lega à noção de Estado Democrático de Direito, representada pela ideia de que este se assenta em dois pilares: direitos fundamentais-sociais e democracia”⁶⁷.

O processo jurisdicional não é mais visto como um mero instrumento utilizado para aplicar o direito ao caso concreto, mas sim para a construção de uma decisão mais justa, decorrente da observância dos princípios constitucionais em seu sentido material, e formada através da interação entre as partes.

Através da hermenêutica, compreende-se que o Poder Judiciário desempenha um papel proeminente, sem ingressar no ativismo judicial e

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>> Acesso em: 10 fev. 2016. p. 269. “Cappelletti já de há muito sustentava que o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais, destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas e direito no processo judicial”.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>> Acesso em: 10 fev. 2016. p. 267.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>> Acesso em: 10 fev. 2016. p. 284.

incorrer na discricionariedade, cuja missão conferida pela própria Constituição Federal de 1988 é a de garantir o fiel cumprimento dos direitos fundamentais⁶⁸.

Considerações Finais

O Constitucionalismo Contemporâneo reconhece os direitos sociais como direitos fundamentais, e avança na medida em que estabelece garantias capazes de efetivar estes direitos.

No entanto, a crise paradigmática que atinge o âmbito da interpretação e da aplicação do direito, são obstáculos para a consecução dos Direitos Fundamentais Sociais, enfraquecendo a estrutura do Estado Democrático de Direito no que se refere à sua legitimidade.

Diante desta situação, gradativamente a Ciência Jurídica supera essa crise que decorre essencialmente das heranças do positivismo que ainda influenciam parte do léxico jurídico.

O paradigma pós-positivista, que se propaga no contexto jurídico a partir do Constitucionalismo Contemporâneo, insere novos conceitos e métodos para a resolução dos problemas instaurados pela crise do positivismo jurídico em suas bases essenciais, destacando-se na presente pesquisa a inadmissibilidade da discricionariedade judicial e a importância do papel dos princípios na interpretação do texto constitucional, e por conseguinte na garantia da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais.

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>> Acesso em: 10 fev. 2016. p. 262. “A democratização social, fruto das políticas do Welfare State, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem a lume Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política, isto porque o Welfare State lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica”.

A vertente substancialista do pós-positivismo é de grande relevância para a concretização dos Direitos Fundamentais Sociais, tendo em vista que não observa somente a forma na qual é operacionalizada a tomada de decisão, mas afirma a materialidade da Constituição, e pugna pelo cumprimento efetivo do texto constitucional em sua dimensão substancial, favorecendo o alcance da igualdade material, e a consolidação da solidariedade, que fundamentam o Estado Democrático de Direito.

Assim, conclui-se que um olhar hermenêutico sobre o Direito, a partir do giro ontológico-linguístico, no qual a linguagem assume o papel de condição de possibilidade da compreensão, e consequentemente da interpretação, pois é preciso compreender para interpretar, é capaz de contribuir para a garantia da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais por intermédio da Jurisdição Constitucional. Isto porque, diante do descumprimento, ou até mesmo do cumprimento inadequado ou insuficiente dos comandos constitucionais que visam a concretização dos direitos de segunda dimensão, o Poder Judiciário é a via adequada para a realização das promessas da modernidade.

A hermenêutica neste contexto, busca fortalecer a autonomia do Direito, através da institucionalização da moral, e consequentemente do uso dos princípios constitucionais, e da força normativa da Constituição, como fonte e delimitação de todas as decisões jurisdicionais. Afasta ainda, através da interpretação conforme a Constituição a margem de discricionariedade do julgador, e inviabiliza o movimento denominado ativismo judicial.

Toda a interpretação hermenêutica, no sentido aqui abordado, possui respaldo no Constitucionalismo Contemporâneo, e tem como função primordial a garantia material dos Direitos Fundamentais Sociais, possibilitando a efetividade dos preceitos constitucionais, com base na tradição autêntica, reforçando o uso dos princípios constitucionais que consubstanciam a integridade e coerência do Direito.

A tradição da qual decorre a fusão de horizontes do sentido está fundada no Constitucionalismo Contemporâneo, na força irradiante da Constituição, de onde resulta a importância do ciclo hermenêutico.

Referências Bibliográficas

BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. Juizados especiais e ativismo judicial à luz de Luis Alberto Warat. **Sequência**, Vol. 33, n. 64, p. 105-129, jul. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n64p105>> Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, n. 191-A, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 10 fev. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional. In: _____. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988.

_____. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. rev. ampl. atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

ROSA, Alexandre Moraes da. O judiciário entre a garantia do mercado ou dos direitos fundamentais: a “resposta correta”, com Lenio Streck. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, Vol. 1, n. 1, 2009, (1):1-8. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5130>> Acesso em: 10 fev. 2016.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **O princípio da seletividade das prestações de seguridade social**. São Paulo: Editora Ltr, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Sequência: estudos**

jurídicos e políticos, Vol. 8, n. 54, 2007. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15066>> Acesso em: 10 fev. 2016.

_____. **Hermenêutica jurídica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. ampl. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Intervenção. *In*: J. N. MIRANDA COUTINHO (Org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 144 p.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>> Acesso em: 10 fev. 2016.

_____. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam *et al* (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2. ed. rev. ampl. Curitiba: Editora Prismas, 2015.

_____. Pós-positivismo 3: a versão hermenêutica de Streck. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 121, fev 2014. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14294> Acesso em: 11 fev. 2016.