

CAPÍTULO XIX

DIREITOS FUNDAMENTAIS E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONCRETIZADORA

*Flávia Moreira Guimarães Pessoa**

Sumário: 1. Introdução – 2. Direitos fundamentais: conceituação e conteúdo – 3. A evolução do raciocínio judiciário – 4. A necessidade de uma hermenêutica constitucional concretizadora – 5. Considerações Finais – 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo cuida do papel da hermenêutica jurídica na concretização dos direitos fundamentais. Para tanto, inicia-se com a análise da definição e conteúdo dos direitos fundamentais. Em seguida trata-se da evolução do raciocínio judiciário. Por fim, procede-se à verificação da hermenêutica constitucional concretizadora dos direitos fundamentais.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITUAÇÃO E CONTEÚDO

A conceituação do que sejam direitos fundamentais é particularmente difícil, tendo em vista a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico. Aumenta essa dificuldade, o fato de se empregarem várias expressões para designá-los, como “direitos naturais”, “direitos humanos”, “direitos públicos subjetivos”, “liberdades fundamentais” etc¹.

Alexy (2003, p. 21) aponta três conceitos de direito fundamental, que ele classifica em concepções formais, materiais e procedimentais. A concepção formal

* Juíza do Trabalho Substituta (TRT 20ª Região), Diretora da EMATRA XX – Escola da Magistratura do Trabalho da 20ª Região. Coordenadora e Professora da Pós-Graduação em Direito do Trabalho (TRT 20ª Região/UFS), Professora da Fanese. Especialista em Direito Processual pela UFSC, Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela UGF, Doutoranda em Direito Público pela UFBA.

1. Ingo Sarlet (2006, p. 35-37) estabelece a distinção entre “direitos fundamentais”, “direitos humanos” e “direitos do homem”. Nesse sentido, segundo o autor, o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, enquanto que a expressão direitos humanos seria relativa aos documentos de direito internacional, por referir-se às posições jurídicas que se reconhece ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação a determinado Estado. Já a expressão “direitos do homem” seria, segundo Sarlet (2006, p. 37) marcadamente jusnaturalista, de uma fase que precedeu o reconhecimento dos direitos no âmbito do direito positivo interno e internacional.

baseia-se na maneira em que está disposta a normatividade de direito positivo dos direitos fundamentais. Assim, direitos fundamentais são todos aqueles catalogados expressamente como tais na Constituição. Para Alexy (2003, p. 23) os conceitos formais de direito fundamentais referidos a catálogos consagrados nas normas constitucionais podem ser úteis, mas em seu fundo deve haver sempre um conceito material de direito fundamental.

Em relação à definição material dos direitos fundamentais, Alexy (2003, p. 27) ressalta que é necessário que existam diversos tipos de direitos fundamentais que possam ser correlatos a diferentes concepções de Estado. Assim, por exemplo, para o Estado Burguês, direitos fundamentais seriam os direitos liberais do indivíduo, o que exclui as ações positivas do Estado.

A definição procedimental exposta por Alexy (2003, p. 29) aponta para uma definição formal a partir da qual se estabelece que as decisões do parlamento não possam ser tomadas por maioria simples, de forma que se estabelecem quoruns privilegiados para sua modificação.

Outrossim, cumpre frisar que o conteúdo dos direitos fundamentais foi sendo paulatinamente alterado, a partir da verificação do seu caráter histórico. Com efeito, consoante assinala Canotilho (2003, p. 1395), os direitos fundamentais “pressupõem concepções de Estado e de Constituição decisivamente operantes na atividade interpretativo-concretizadora das normas constitucionais”. Assim, no constitucionalismo liberal, os direitos fundamentais eram considerados os direitos de liberdade do indivíduo contra o Estado, constituindo-se essencialmente nos direitos de autonomia e defesa. A teoria da ordem dos valores, por outro lado, associada à doutrina de Smend e à filosofia de valores, definia os direitos fundamentais como valores de caráter objetivo. Já a teoria institucional dos direitos fundamentais, capitaneada por Peter Haberer, parte da afirmação de que os direitos fundamentais não se esgotam em sua vertente individual, mas possuem um caráter duplo, ou seja, individual e institucional. Por seu turno, a teoria social dos direitos fundamentais parte da tripla dimensão destes direitos: individual; institucional e processual. De sua vez, a teoria democrática funcional acentua o momento teleológico-funcional dos direitos fundamentais no processo político-democrático. Por fim, a teoria socialista dos direitos fundamentais pretende ser uma concepção originária dos direitos fundamentais, o que implicaria em uma ruptura com as concepções liberais (CANOTILHO, 2003, p. 1397-1400)

Expostas as teorias que pretendem fixar o conteúdo dos direitos fundamentais, importa destacar a classificação dos direitos fundamentais procedida por Ingo Sarlet (2006 p. 194) que divide os direitos fundamentais em dois grupos: direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos fundamentais como direitos a prestações. Esse último grupo, por seu turno, subdivide-se em direitos a prestações

em sentido amplo, direitos à proteção, direitos a prestações em sentido estrito – direitos sociais – e direitos à participação na organização e procedimento.

A primeira divisão apontada, relativa aos direitos de defesa e direitos a prestações, parte da clássica distinção efetivada pela doutrina. Com efeito, os direitos fundamentais de defesa se dirigem a uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, que deverá respeitar os direitos individuais. Por outro lado, os direitos fundamentais a prestações implicam uma postura ativa do Estado, que é obrigado a colocar a disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (SARLET, 2006, P. 216)

Em relação aos direitos de defesa, esses abrangem não somente os tradicionais direitos de liberdade e igualdade, como também os direitos à vida, à propriedade, às liberdades fundamentais de locomoção, de consciência, de manifestação de pensamento, de imprensa e de associação, além dos direitos que irradiam da personalidade, da nacionalidade e da cidadania, bem como os direitos coletivos.

Em relação aos direitos fundamentais como prestações, estes se encontram vinculados à concepção de que ao Estado incumbe colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais. Dentro da subdivisão, efetivada por Sarlet (2006) entre direitos a prestações em sentido amplo e estrito, tem-se que, segundo o autor, na rubrica de direitos a prestações em sentido amplo enquadram-se todos os direitos fundamentais de natureza tipicamente (ou, no mínimo, predominantemente) prestacional que não se enquadram na categoria de direitos de defesa. Quanto aos direitos a prestações em sentido estrito, Sarlet (2006, p. 221) aponta que estes se reportam à atuação dos poderes públicos como expressão do Estado Social. Trata-se, por outro lado, de direitos a prestações fáticas que o indivíduo, caso dispusesse de recursos necessários, poderia obter através de particulares. São, assim, os chamados direitos fundamentais sociais.

Voltando-se aos direitos fundamentais a prestação em sentido amplo, Sarlet (2006, p. 222) destaca os direitos à proteção, que seriam aqueles que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais.

Há, também, a dimensão dos direitos fundamentais de participação na organização e procedimento. Tal dimensão, além de outorgar legitimidade ao Estado Democrático de Direito, ao tempo em que assegura uma democracia com elementos participativos. Neste aspecto, Sarlet (2006, p. 226) afirma que importantes liberdades pessoais somente atingem um grau de efetiva realização no âmbito de uma cooperação por parte de outros titulares de direitos fundamentais, implicando prestações estatais de cunho organizatório.

Ressalte-se, porém, como faz Andréas Krell (1999, p. 245) que a doutrina moderna dá ênfase em afirmar que qualquer direito fundamental contém, ao mesmo tempo, componentes de obrigações positivas e negativas para o Estado. Desta forma, a tradicional diferenciação entre os direitos “da primeira” e os “da segunda” geração seria meramente gradual, mas não substancial, uma vez que muitos dos direitos fundamentais tradicionais seriam reinterpretados como sociais, perdendo sentido, assim, as distinções rígidas.

Tal prévia análise do conceito e conteúdo dos direitos fundamentais é relevante para a verificação da concretização hermenêutica dos direitos fundamentais. Antes, porém, aborda-se, no item seguinte, a evolução do raciocínio judiciário.

3. A EVOLUÇÃO DO RACIOCÍNIO JUDICIÁRIO

O presente item procura apontar o desenvolvimento das teorias sobre o papel da interpretação. Parte da perspectiva de que é possível compreender a ciência do direito a partir da evolução do raciocínio judiciário, com base no pressuposto de que o ordenamento jurídico pode ser entendido como “o conjunto de regras acolhidas (ou que têm a possibilidade de serem acolhidas) por um juiz” (BOBBIO, 1995, p. 28).

Nessa busca de sistematização, adota-se a divisão proposta por Perelman, que distingue três fases na formação da ideologia judiciária ocidental: a primeira, desde seus primórdios até a Revolução Francesa; a segunda entre a Revolução Francesa e a Segunda Guerra Mundial e a terceira a partir do final da Segunda Guerra (PERELMAN, 1998, p.184)².

Na primeira fase, não havia separação de poderes, sendo o soberano detentor das funções de administrar, legislar e julgar. Ainda não existia um corpo completo de leis, de forma que o julgador norteava-se pelo critério de “justiça”, devendo fundamentar-se em regras jurídicas, morais, religiosas etc³. Prevalciam, à época,

2. As datas assinaladas não são inflexíveis, servindo apenas como referência para fixação do momento histórico.

3. Os argumentos que os julgadores romanos utilizavam para chegar racionalmente às decisões só escassamente estavam contidos nas regras. Na maioria das vezes, as soluções eram encontradas dentro das próprias circunstâncias do problema, ou nos casos onde havia o mesmo caráter específico, invocando-se, por analogia, casos paralelos ou argumentando-se casos opostos. O mais importante era sustentar a racionalidade da solução do ponto de vista prático, mostrando que ela resultou das circunstâncias da causa. Até o fim da Antigüidade, os romanos conservaram notas casuísticas dominantes na sua ordem jurídica, ensejando, assim, a utilização da “tópica”, conforme enfatiza Viehweg (1979, p. 49): “O jurista romano coloca um problema e trata de encontrar argumento. Vê-se, por isto, necessitado de desenvolver uma *techne* adequada. Pressupõe irrefletidamente um nexos que não pretende demonstrar, porém dentro do qual se move. Esta é a postura fundamental da *tópica*”.

os primados e a legitimidade do chamado direito natural, cujo fundamento evoluiu, no decorrer dos tempos: tomava por base a natureza humana, na Antigüidade Clássica; ancorou-se no poder divino, durante a Idade Média⁴ e terminou por assentar-se na razão, com o iluminismo, na Idade Moderna.

A partir da Revolução Francesa, afirmaram-se os pressupostos da separação de poderes, bem como a exigência de motivação das decisões. Além disso, foram fixadas, em primeiro plano, a legalidade e a segurança jurídica como parâmetros para a coexistência social harmônica e a interferência estatal legítima. Nessa fase, prevaleceu o positivismo jurídico, na versão tradicional, sendo as decisões judiciais formuladas com base em um raciocínio lógico-dedutivo formal.

Nesta fase inclui-se tanto o positivismo jurídico tradicional – representado pela Escola da Exegese⁵ quanto o positivismo jurídico normativista kelseniano⁶ e o positivismo da *common law*, explicitado na obra de Herbert Hart⁷.

4. Na Idade Média, o direito romano difundiu-se com o nome de direito comum, o qual, por seu turno, se contrapunha ao *jus proprium*, ou seja, aquele direito próprio das diversas instituições sociais. Contudo, conforme assinala Machado Neto (1975, p. 83), durante toda a Idade Média, os fundamentos do direito natural jamais deixaram de ser a inteligência e a vontade divinas. Como maiores expoentes da Idade Média, devem ser destacados Santo Agostinho – da primeira fase, chamada patrística – e Santo Tomás de Aquino, no período conhecido como escolástico.
5. A Escola da Exegese, surgida na França, no século XIX, a partir da edição do Código Civil Francês, pugna pela identificação do direito com a lei escrita, devendo o aplicador da lei limitar-se com rigor ao texto legal, para revelar o seu sentido real e preciso. Suas características fundamentais podem ser fixadas em cinco princípios: inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo, concepção rigidamente estatal do direito, interpretação fundada na intenção do legislador, culto do texto da lei e respeito ao princípio da autoridade.
6. Hans Kelsen desenvolveu sua teoria submetendo a ciência jurídica a uma dupla depuração. Com isso, retirou do seu âmbito qualquer análise envolvendo aspectos fáticos e valorativos, sendo a norma jurídica o seu objeto específico. Kelsen qualifica as decisões judiciais como um ato de vontade que cria o direito. A partir desse entendimento, distingue a interpretação feita pela ciência jurídica daquela realizada pelos órgãos jurídicos. Segundo esclarece, a primeira estabelece as possíveis significações da norma, enquanto a segunda constitui criação jurídica. Nesse aspecto, Kelsen caracteriza a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do direito considerando que a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com esse ato, segundo o autor, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda (KELSEN, 1979, p. 470). Esse ato de vontade a liga-se ao conceito kelseniano do texto normativo como moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação. Entretanto, apenas uma delas é escolhida pelo órgão aplicador da lei. Esclarece o autor que dizer que uma sentença judicial é fundada na lei não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral (KELSEN, 1979, p. 467).
7. De forma semelhante a Kelsen, Hart afirma que o sistema jurídico está composto de regras primárias e secundárias. As primeiras são aquelas que prescrevem condutas ao cidadãos; as segundas, também chamadas de regras de reconhecimento, fornecem os critérios através dos quais pode ser aferida a validade das regras primárias. Em seu modelo de raciocínio judicial, Hart defende

A partir da Segunda Guerra Mundial, com a verificação de que a decisão judicial, para ser justa, não poderia limitar-se à lógica dedutiva tradicional, os teóricos passaram a buscar novas perspectivas para a problemática da decisão. Teve início, assim, o terceiro momento do raciocínio judicial⁸, consoante esquematização introdutória já assinalada.

Essa fase, segundo Perelman (1998, p. 185), relaciona-se a uma reação que, sem chegar a ser um retorno ao direito natural, ao modo próprio dos séculos XVII e XVIII, confia ao juiz a missão de buscar, para cada litígio particular, uma solução eqüitativa e razoável, pedindo-lhe ao mesmo tempo que permaneça, para consegui-lo, dentro dos limites autorizados por seu sistema de direito. Nesta fase, é permitido ao Juiz, para realizar a síntese buscada entre a equidade e a lei, tornar esta mais flexível graças à intervenção crescente das regras de direito não escritas, representadas pelos princípios gerais do direito e pelo fato de se levar em consideração os tópicos jurídicos. Essa nova concepção acresce a importância do direito pretoriano, fazendo do juiz o auxiliar e o complemento indispensável do legislador: Desta forma, Perelman destaca que se assiste à aproximação entre a concepção continental do direito e a concepção anglo-saxã. (PERELMAN, 1998, p. 185).

Assiste-se, portanto, a um período de maior aproximação entre direito e moral, muito embora não se trate propriamente de retorno ao direito natural. Essa nova fase busca a aplicação dos valores, quer por via dos princípios de direito, quer pela tópica jurídica.

que o juiz deverá aplicar o direito posto, ou seja, as normas primárias. Contudo, adverte que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre hipóteses em que não existe regulação prévia, de forma que o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Nesses casos, para o autor, o juiz deve exercer o seu poder discricionário de criar o direito, desde que tal ato seja juridicamente limitado. Para Hart, ocorrendo lacuna das normas, o juiz deverá criar o direito para solucionar o caso concreto que lhe é apresentado. Entretanto, assinala que os tribunais, ao criarem o direito novo, devem tomar por base a analogia, “de forma a assegurarem que o novo direito que criam, embora seja direito novo, está em conformidade com os princípios ou razões subjacentes, reconhecidos como tendo já uma base no direito existente”(HART, 1994, p. 337)

8. Tal perspectiva pós-positivista é caracterizada por diversos elementos, assim descritos por Bonavides: “A passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero normas e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios” (BONAVIDES, 2001, p. 265)

Passa-se, então, analisar duas significativas vertentes do pensamento atual: a tópica jurídica e a nova retórica, especificamente com os expoentes Viehweg e Perelman, e o raciocínio judicial aberto a princípios, através da obra de Dworkin e Alexy.

De acordo com a vertente tópico-retórica do pós-positivismo, a estrutura das decisões jurídicas se funda no esforço de persuasão e convencimento. Esse novo modelo de legitimação das decisões judiciais tem como pressuposto o reconhecimento da natureza dialética e argumentativa do direito. Tal linha de raciocínio foi bem desenvolvida por Viehweg e Perelman. O primeiro foi responsável, a partir da publicação de sua obra *Tópica e Jurisprudência*, em 1953, pela retomada da controvérsia acerca da metodologia a ser utilizada no campo do direito. A linha de raciocínio dessa obra é a de que a forma de pensar tópico-problemática da jurisprudência romana, que construía sua justiça a partir de decisões concretas e daí extraía princípios que lhe servissem de fundamento de validade, não teria se perdido, apesar de toda ênfase dada à idéia de sistema pela dogmática jurídica dos modernos

Pode-se afirmar que a grande contribuição de Viehweg para a evolução do raciocínio jurídico foi a retomada da tópica e, conseqüentemente, o fato de privilegiar o âmbito da criação judicial do direito, que fora afastada pelo positivismo tradicional⁹. Essa importância dada à esfera da decisão vem se consolidar com os estudos da teoria da argumentação e nova retórica de Chaïm Perelman. Este também se vale da tópica e da retórica aristotélicas, passando a desenvolver sua teoria da argumentação.

Perelman procura então desenvolver uma metodologia capaz de permitir o uso prático da razão, elaborando uma lógica de juízos de valor que não os fizesse depender do arbítrio de cada julgador. Para tanto, utiliza-se do recurso às técnicas argumentativas, como forma de permitir a aceitação das decisões judiciais.

Quanto à aplicação da nova retórica e dos valores no raciocínio do juiz, expressa Perelman que o raciocínio judiciário visa a discernir e a justificar a solução autorizada de uma controvérsia, na qual argumentações em sentidos diversos, conduzidas em conformidade com procedimentos impostos, procuram fazer valer, em situações diversas, um valor ou um compromisso entre valores, que possa ser aceito em um meio e em um momento dados (PERELMAN, 1998, p. 183).

9. Manuel Atienza assinala que “o mérito fundamental de Viehweg não é ter construído uma teoria e sim ter descoberto um campo para investigação”. Para ele, o Viehweg ressaltou “a necessidade de raciocinar também onde não cabem fundamentações conclusivas, e a necessidade de explorar, no raciocínio jurídico, os aspectos que permanecem ocultos se examinados de uma perspectiva exclusivamente lógica” (ATIENZA, 2002, p. 77).

A forma de pensar tópico-retórica visa, assim, em apertada síntese, dar ênfase aos mecanismos persuasivos que formam o discurso jurídico, buscando o consenso, para dar suporte e legitimidade à decisão judicial.

Outra vertente do pós-positivismo de fundamental relevância é aquela que busca recuperar a força normativa dos princípios de direito, com todo seu potencial valorativo. O estudo da teoria da decisão judicial recebeu grande contribuição de Ronald Dworkin que criou um modelo segundo o qual o trabalho do juiz é “reconstruir racionalmente a ordem jurídica vigente, identificando os princípios fundamentais que lhe dão sentido” (SOUZA NETO, 2002, p. 237). Significa dizer que a sentença do juiz se situa numa dimensão intermediária entre a mera aplicação silogística defendida pela Escola da Exegese e o ato de vontade idealizado pelo normativismo jurídico.

A proposta de Dworkin questiona o modelo positivista do raciocínio judicial, em especial o pensamento de Hart. Funda-se, principalmente, no problema relativo aos *hard cases*¹⁰, tema a partir do qual desenvolve sua idéia de que quando existem lacunas nas normas ou regras, o juiz deverá tomar sua decisão pautando-se nos princípios. Para Dworkin, nos casos comuns, devem ser aplicadas as normas ou regras, através do método lógico-dedutivo. Na hipótese de conflito entre regras, deverá ser adotado o critério de validade, pelo qual uma das normas será necessariamente descartada. Em caso de inexistência de normas, deverão ser aplicados os princípios em sentido estrito e as diretrizes, sendo que aqueles sempre deverão prevalecer sobre estas. Em caso de colisão dos princípios entre si, deverá o juiz levar a efeito um processo de ponderação do peso de cada princípio envolvido.

De relevante importância para a compreensão da teoria em análise é, ainda, a noção do juiz “Hércules”. Seria um julgador imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade (DWORKIN, 1995, p. 177). Tal conceito é importante porque o modelo de raciocínio judicial de Dworkin pretende uma única resposta correta. Tal solução deve ser encontrada pelo juiz Hércules a partir do direito preestabelecido, consistente em regras, princípios e diretrizes.

A exemplo de Dworkin, Alexy desenvolve sua teoria inserindo os princípios no seu modelo de sistema jurídico. Além disso, comunga também com a preocupação de Dworkin, no sentido de restringir o âmbito da discricionariedade judicial. Entretanto, sob o ponto de vista da decisão judicial, a grande diferença entre os dois é que Alexy desenvolve uma teoria procedimental para a obtenção da

10. Os *hard cases* são aqueles em que existe incerteza. Esta ocorre na hipótese de existir mais de uma norma, contraditórias entre si, que regulem o mesmo caso ou de não existir norma específica aplicável.

resposta correta, evitando, dessa forma, o recurso ao juiz Hércules desenvolvido por Dworkin.

Alexy define o sistema jurídico como um conjunto integrado de regras, princípios e procedimentos. Para ele, as regras são mandatos definitivos, enquanto os princípios são mandatos de otimização. Daí decorre sua principal distinção, já que os princípios não requerem a realização integral de seu dispositivo, podendo ser aplicados em diferentes graus. É necessário, porém, que o juiz recorra à ponderação na hipótese de conflito entre eles. A aplicação das regras, ao contrário, é necessariamente excludente, sendo resolvida em termos de validade jurídica ou social.

Para melhor explicitar essa teoria, vale aduzir que, para Alexy, a questão decisiva é que os participantes de um discurso jurídico devem, independentemente de se existe ou não um única resposta correta, elevar a pretensão de que a sua resposta é a única correta. Isso significa que eles devem pressupor a única resposta correta como idéia reguladora, a qual não pressupõe que exista, para cada caso, uma única resposta correta. Pressupõe apenas que, em alguns casos, se pode obter uma única resposta correta e que não se sabe em que casos é assim, de maneira que vale a pena procurar encontrar, em cada caso, a única resposta correta (ALEXY, 1997, p.151).

Finalmente, para encerrar esse panorama do pensamento jurídico contemporâneo, não há como se olvidar os estudos hermenêuticos de Heidegger e Gadamer, que analisaram e difundiram o conceito da pré-compreensão. Heidegger (1988, pág. 207) entende que a interpretação de algo como algo se funda, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação, assim, segundo o autor, nunca é a apreensão de um dado preliminar isenta de pressuposições.

Para Gadamer, de igual forma, toda experiência hermenêutica pressupõe uma inserção no processo de transmissão da tradição. Há um movimento antecipatório da compreensão, a pré-compreensão, que constitui um momento essencial do fenômeno hermenêutico e é impossível ao intérprete despreender-se do círculo da compreensão. O autor entende como processo hermenêutico unitário a compreensão, a interpretação e a aplicação e considera que o trabalho do intérprete se dá a partir de uma fusão de horizontes, porque compreender é sempre o processo de fusão dos horizontes presumivelmente dados por si mesmos. Compreender uma tradição implica projetar um horizonte histórico que vai originar um novo horizonte presente. Um texto histórico somente é interpretável a partir da historicidade do intérprete (GADAMER, 1997, pág. 460).

4. A NECESSIDADE DE UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONCRETIZADORA

As análises empreendidas no item anterior são fundamentais para a concretização dos direitos fundamentais, pois, dado ao caráter aberto e amplo da constituição,

os problemas de interpretação surgem com maior frequência do que em outros setores do direito, em que as normas são mais detalhadas.

Nesse sentido, expõe Konrad Hesse (1992, p. 35) que o objetivo da interpretação constitucional é deduzir o resultado constitucionalmente correto através de um procedimento racional e controlável e fundamentar esse mesmo resultado, criando certeza e previsibilidade jurídicas e não apenas a solução de determinado caso concreto.

A teoria tradicional da interpretação persegue revelar a vontade objetiva da norma ou a vontade subjetiva do legislador mediante a análise do texto, de seu processo de criação, além do sentido e finalidade da norma. Porém, demonstra Hesse (1992, p. 38) que essa idéia tradicional apresenta uma série de dificuldades, em especial porque os métodos de interpretação tradicional não oferecem orientação suficiente, já que deixam em aberto qual orientação seguir quando conduzem a resultados de interpretação diferentes.

Pode-se afirmar que a interpretação constitucional é concretização. Procurando precisar esta última idéia, Canotilho (2003, p. 1201) aponta que concretizar a constituição traduz-se no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. Densificar uma norma, por outro lado, significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente necessitado de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos Segundo Hesse (1998, p. 61) interpretação constitucional é concretização e “o conteúdo da norma interpretada concluiu-se primeiro na interpretação”.

Na linha de uma hermenêutica constitucional concretizadora, cumpre frisar que a concretização da Constituição pressupõe um entendimento do conteúdo da norma, o que se relaciona à pré-compreensão e ao problema concreto a ser resolvido. Para Hesse (1998, p. 61), o interprete entende o conteúdo da norma a partir de uma pré-compreensão, destacando, outrossim, a importância de tornar consciente e fundamentar essa pré-compreensão, com o objetivo de “proteger-se contra o arbítrio de idéias e a estreiteza de hábitos de pensar imperceptíveis e dirigir o olhar para as coisas mesmas” (HESSE, 1998, p. 62). O autor ressalta, ainda, a segunda condição da interpretação constitucional: o entendimento, de forma que a concretização somente é possível a partir do método tópico do caso concreto (HESSE, 1998, P. 62).

Para Hesse (1998, p. 63) a vinculação da interpretação à norma concretizada, à (pré)compreensão do interprete e ao problema a ser resolvido tem significado negativo e positivo. Negativamente, significa que não pode haver método de interpretação autônomo, separado desses fatores. Positivamente, demonstra que o procedimento de concretização deve ser determinado pelo objeto da interpretação, pela constituição e pelo problema respectivo.

O procedimento de concretização proposto por Hesse (1998, p. 63) prevê que no avanço tópico, guiado e limitado normativamente, devem ser achados e demonstrados pontos de vista dirigentes que são buscados e fundamentam a decisão final da maneira mais convincente possível. Se esses pontos de vista contêm premissas materialmente apropriadas, elas possibilitam deduções que conduzem ou contribuem para a resolução de problemas. O intérprete, então, deve escolher os pontos de vista – *topoi* – apropriados, excluindo os demais.

Hesse (1992, p. 45) refere que aos princípios de interpretação constitucional corresponde a missão de orientar o processo de interpretação. Dentre esses princípios, o autor ressalta, em primeiro lugar, o princípio da unidade da constituição, pelo qual a constituição deve ser sempre interpretada de tal maneira que se evitem contradições com as outras normas da mesma constituição (HESSE, 1992, p. 45).

Em íntima relação com o primeiro, Hesse relaciona o princípio da concordância prática, que estabelece os limites dentro da ponderação de valores, na hipótese de conflito entre os bens jurídicos protegidos pela norma constitucional (HESSE, 1992, p. 46).

Hesse (1992, p. 47) destaca, ainda, o princípio da correção funcional, segundo o qual, se a constituição regula de uma determinada maneira a repartição de atribuições dos agentes das funções estatais, o órgão de interpretação deve manter-se fiel às funções previamente estabelecidas¹¹.

Outro princípio destacado por Hesse (1992, p. 47) é o da eficácia integradora. Assim, se a constituição se propõe a criação e manutenção da unidade política, tal fato exige outorgar preferência à interpretação que promova e mantenha a dita unidade.

Por fim, o último critério apontado por Hesse (1992, p. 47) é o da força normativa da constituição, que pugna que se dê preferência à solução dos problemas jurídico-constitucionais que conduzam à máxima efetividade da norma constitucional¹².

11. Segundo Hesse (1992, p. 47) esse princípio é aplicável em particular às relações entre o legislador e o tribunal constitucional, limitando-se as atividades deste último, vedando-se uma interpretação que conduza a uma restrição da liberdade conformadora do legislador além dos limites estabelecidos pela constituição”.

12. De acordo com o princípio da máxima efetividade o intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da constituição de forma que, entre interpretações possíveis, deverá preferir aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando-se ao máximo soluções que “se refugiem no argumento da não auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador” (BARROSO; BARCELOS, 2006, p. 364).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou apontar a importância de uma hermenêutica constitucional concretizadora com o objetivo de se conceder a máxima força normativa à Constituição. Com efeito, considerando-se caráter aberto e amplo da constituição, os problemas de interpretação surgem com maior frequência do que em outros setores do direito.

Seguindo-se a idéia de uma hermenêutica constitucional concretizadora, impõe-se a adoção de princípios próprios de interpretação constitucional, diferenciados dos princípios tradicionais de interpretação da lei, pois somente aqueles podem conduzir à máxima eficácia dos direitos fundamentais.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Serie de Teoría Jurídica Y Filosofía del Derecho n. 28. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y constitucionales, 2002.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. (org) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Trad. de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona, Ariel, 1995.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis, Vozes, 1997
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo, Parte I*. Petrópolis, Vozes, 1988

- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- HESSE, Konrad. *Escritos de Direito Constitucional*. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federativa da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: SAFE, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 4.ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.
- KRELL, Andréas. Realização dos Direitos Fundamentais Sociais mediante controle judicial da prestação de serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999, p. 239/260.
- LUNO, Antônio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Serie de Teoria Juridica Y Filosofia del Derecho n. 23. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- LUÑO, Antônio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 8.ed. Madrid: Tecnos, 2005
- MACHADO NETO, Antônio Luiz. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. de Vergínia k. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo. Brasília: Ministério da Justiça, 1979.