

O PRIMADO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: DAS DIMENSÕES SIGNIFICATIVAS DE HERMENÊUTICA ÀS EXIGÊNCIAS DE JUSTIÇA INTERPRETATIVA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

THE PRIMACY OF CONSTITUTIONAL'S NEW INTERPRETATION: FROM HERMENEUTICS' DIMENSIONS SIGNIFICANCES TO NEO CONSTITUTIONALISM'S INTERPRETATIVE JUSTICE EXIGENCIES

Ivonaldo da Silva Mesquita^{1*}

RESUMO

O presente estudo enfoca, por meio de pesquisa bibliográfica, as dimensões significativas antigas trilógicas de hermenêutica – dizer, explicar e traduzir – perpassando pela formação da Hermenêutica Filosófica e sua contribuição para a Hermenêutica Jurídica clássica que cede lugar à Hermenêutica Constitucional, justificando que a partir do estágio atual denominado Neoconstitucionalismo toda interpretação jurídica é constitucional. Com vistas a entender melhor essa nova Hermenêutica procura-se esclarecer o novo paradigma jurídico denominado neoconstitucionalismo em que a Constituição, antes vista como um documento essencialmente político, tem sua força normativa reconhecida e a dignidade da pessoa humana passa a ser seu núcleo central e essencial; princípios são vistos como normas constitucionais ao lado das regras; mera subsunção já não é capaz de solucionar os conflitos, exigindo-se a construção de uma nova técnica – a ponderação. Desenhado este cenário, a exigência de um novo modelo de interpretação é corolário que não pode ser afastado.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica Filosófica; Hermenêutica Jurídica; Hermenêutica Constitucional; Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

The present study focus, through a literature search, the ancient tri-logic significances dimensions of Hermeneutic – saying, explaining and translating – passing by Philosophical Hermeneutic and its contribution to classic Juridical Hermeneutic, which gives its place to Constitutional Hermeneutic, justifying that, beginning from the current stage named Neo Constitutionalism, every juridical interpretation is constitutional. In order to better understand this new hermeneutic seeks to clarify the new legal paradigm called neo constitutionalism the Constitution, once seen as a document essentially political, has it's normative force recognized and human dignity must be your primary and essential principles are seen as the next constitutional rules; simple subsumption is not able to resolve conflicts, requiring the construction of a new technique - the weighting. Conceived In this scenario, the demand for a new model of interpretation is a result that can not be removed.

KEY WORDS: Philosophical Hermeneutic; Juridical Hermeneutic; Constitutional Hermeneutic; Neo Constitutionalism.

¹ Mestrando em Direito Constitucional – Universidade de Fortaleza (UNIFOR, 2011). Pós-graduado em Direito Processual pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI, 2007). Graduado em Direito (UESPI, 2003). Advogado OAB/PI 4063. Professor de Direito Constitucional da Faculdade das Atividades Empresariais de Teresina - FAETE. Professor de Direito da UESPI. *E-mail:* ivomesquita@yahoo.com.br.

INTRODUÇÃO

A limitação recíproca do sistema político (poder) e do sistema jurídico (direito) é um dos princípios que orienta a democracia moderna, sendo o momento político de criação da norma e o momento técnico-jurídico da interpretação destas mesmas normas uma implicação capital. Nessa esteira de entendimento, tem-se o denominado giro hermenêutico que engloba o momento político de criação da norma – legislação, e o momento técnico-jurídico de sua interpretação. Aquele é delegado aos representantes eleitos pelo povo constitucional soberano; enquanto este é de competência “exclusiva” de especialistas em direito (CIARAMELLI, 2009, 145-146).

A hermenêutica é o campo disciplinar voltado à descoberta do interpretar². É, portanto, técnica de segredo da interpretação, cujo problema principal a ser enfrentado é justamente a compreensão da linguagem, qual seja, “trazer uma situação ou uma coisa, da inteligibilidade à compreensão.” (PALMER, 1969, p. 24)

Nesse processo de descoberta da compreensão da linguagem – tornar compreensível ou interpretado – a interpretação pode, pois, referir-se a três dimensões diferentes: uma recitação oral (dimensão expressiva: dizer); uma explicação racional (dimensão explicativa: explicar) e uma tradução de outra língua (dimensão tradução: traduzir). Dado este enfoque, pretende-se apontar, de forma esclarecedora, para uma definição “moderna” de hermenêutica a par das suas raízes tri-lógicas antigas (dizer, explicar e traduzir), para, então, a partir daí entrar no novo momento em que vive o processo de interpretação em que “El intérprete se convierte en legislador, e incluso em el único legislador eficaz, llamado cada vez a resolver el caso concreto”³ (CIARAMELLI, 2009, p. 136).

Ato contínuo, adentra-se ao Neoconstitucionalismo como novo paradigma de se pensar o Direito e, conseqüentemente, um novo viés da interpretação constitucional (de metodologia apurada, levando em consideração valores e criando conceitos como a derrotabilidade), corroborada pelo lugar de destaque dado à Filosofia do Direito que se

* Mestrando em Direito Constitucional – Universidade de Fortaleza (UNIFOR, 2011). Pós-graduado em Direito Processual pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI, 2007). Graduado em Direito (UESPI, 2003). Advogado OAB/PI 4063. Professor de Direito Constitucional da Faculdade das Atividades Empresariais de Teresina - FAETE. Professor de Direito da UESPI. Ex-Procurador Chefe da Agência de Defesa Agropecuária do Estado do Piauí – ADAPI (2007/2010). *E-mail*: ivomesquita@yahoo.com.br.

² ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes, em aula de **Hermenêutica Constitucional** a 10-08-2011, no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – UNIFOR – CE.

³ O intérprete se converte em legislador, e inclusive, no único legislador eficaz, chamado cada vez (mais) para resolver o caso concreto (tradução livre).

interconecta com a Filosofia Política e a moral (direito e moral como co-originários) , além de exigências de limites e correção à criatividade interpretativa (decisão) para se fazer Justiça, tendo como pano de fundo a sociedade complexa hodierna, plural e global (MOREIRA, 2009, p. 264-265).

1 APROXIMAÇÃO DAS DIMENSÕES SIGNIFICATIVAS DE HERMENÊUTICA AO SEU CONCEITO ATUAL NO MUNDO JURÍDICO

Etimologicamente falando, encontram-se no verbo grego *hermeneuein* (interpretar), e no substantivo *hermeneia* (interpretação), as raízes da palavra hermenêutica, cujos dois termos remetem para o “deus-mensageiro-alado” Hermes, do qual aquelas palavras aparentemente derivaram (ou vice versa?) (PALMER, 1969, p. 23-24). E acentua Richard Palmer: “é significativo que Hermes se associe a uma função de transmutação – transformar tudo aquilo que ultrapassa a compreensão humana em algo que essa inteligência consiga compreender” (1969, p. 24). Nessa linha de raciocínio, sugere-se a Hermes, na lição clássica dos gregos, a descoberta da linguagem e da escrita, as quais se constituem nos utensílios que a compreensão humana se dispõe para alcançar o significado das coisas e transmiti-las aos outros, funcionando, pois, este “deus-mensageiro-alado” num *medium* entre dois mundos – o dos deuses e o dos homens.

O processo de compreensão da linguagem que aqui se sugere implica no verbo interpretar (*hermeneuein*), que comporta três significados (dizer, explicar e traduzir), cada qual representando uma dimensão independente e relevante do termo interpretação, cujas definições modernas de hermenêutica darão ênfase a uma ou outra significação. A importância de tal discussão e apresentação das suas raízes tri-lógicas antigas (dizer, explicar e traduzir) neste trabalho resulta do fato de que,

a origem de *hermeneuein* e *hermeneia* e as três orientações significativas do seu antigo uso ocorreu no contexto do problema hermenêutico em geral. Assim serve de introdução a alguns dos problemas essenciais e alguns dos conceitos de hermenêuticas [...]. As definições modernas de hermenêutica darão ênfase quer a uma quer a outra orientação do rico manancial de significado existente nas raízes gregas das quais derivou o termo «hermenêutica». É bom que o campo da hermenêutica volte constantemente ao significado das três orientações significativas de interpretação como dizer, como explicar e como traduzir. (PALMER, 1969, p. 41)

2.1 DIMENSÃO EXPRESSIVA (DIZER)

Toda a leitura silenciosa de um texto literário é uma forma disfarçada de interpretação oral (PALMER, 1969, p. 28). Nessa perspectiva, a hermenêutica aparece

como um processo de interpretação oral, uma forma de dizer, uma proclamação, primando pela linguagem falada. Não se olvide que a linguagem, na sua forma originária, é mais ouvida do que vista, cujo canto e a dicção oral são espécies de interpretação. Tanto é verdade que, na Grécia clássica, é paradigmático a recitação oral de Homero⁴. Em Santo Agostinho, tem-se a vocalização das palavras sua forma de leitura e aprendizado. Para São Paulo e Lutero, por sua vez, a salvação vem pelos ouvidos⁵. Todos, portanto, exaltando a linguagem verbalizada.

A importância da interpretação oral ajuda a crítica literária a lembrar que:

sua intenção secreta, quando considera (de um modo mais consciente) a definição da «existência» de uma obra, não como uma coisa estática e conceptual, não como uma «essência» atemporal que se coisificou enquanto conceito expresso por palavras, mas antes como uma existência que realiza o seu poder de existir enquanto acontecimento oral no tempo. A palavra tem que deixar de ser palavra (i. e. visual e conceptual) e tornar-se «evento»; a existência de uma obra literária é uma «palavra evento» que acontece enquanto «performance» oral (PALMER, 1969, p. 29)

Conforme Richard PALMER, possui a interpretação oral duas vertentes: primeiro, é preciso compreender algo para podermos exprimir e, segundo, no entanto, a própria compreensão vem a partir de uma leitura-expressão interpretativa. Todavia, reforça o mesmo autor que, tal tarefa não é uma mera técnica reprodutiva, copiada, senão uma tarefa filosófica e analítica e nunca pode divorciar-se do problema da compreensão, especialmente da compreensão da linguagem, já que este é o problema central da hermenêutica. (1969, p. 27-28)

2.2 DIMENSÃO EXPLICATIVA (EXPLICAR)

Quanto ao segundo aspecto hermenêutico a ser observado, a perspectiva explicativa, convém estabelecer nele é dado ênfase ao aspecto discursivo da compreensão.

A compreensão serve de alicerce à interpretação na medida em que é uma interpretação preliminar, pressuposta, moldadora e condicionante (pré-compreensão). O significado da pré-compreensão assume especial importância em Hans-Georg Gadamer,

⁴ “No *Ion* de Platão, o jovem intérprete recita Homero e através de suas entoações interpreta-o, exprimindo-o e mesmo explicando-o subtilmente, transmitindo mais do que ele próprio constata ou compreende. Assim, torna-se tal como Hermes, num veículo da mensagem homérica.” *In*: Cf.: PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. 1969. p. 26.

⁵ A legitimidade da hermenêutica sugere uma crise de interpretação religiosa, sobretudo, de a Bíblia ser uma “proclamação” ou uma “informação”. “A teologia cristã tem que se lembrar de que a teologia da Palavra não é uma teologia da palavra escrita mas sim da palavra falada, a Palavra que nos confronta na linguagem evento das palavras faladas.” *In*: Cf.: PALMER, Richard E. *Op. Cit.* p. 29-30.

para quem pré-juízo funciona como pressuposto que preside toda a compreensão. (BELCHIOR, 2011, p. 167).

A pré-compreensão é necessária para conhecer o objeto (dado) cognoscível, o que sugere, do ponto de vista hermenêutico, que o significado tem a ver com o contexto. “Podemos dizer que um objecto não tem sentido fora de uma relação com alguém e que a relação determina o significado” (PALMER, 1969, p. 34). Nessa linha de entendimento,

Para que o intérprete faça uma «performance» do texto tem que o compreender; tem que previamente compreender o assunto e a situação antes de entrar no horizonte de seu significado. Só quando consegue meter-se no círculo mágico do seu horizonte é que o intérprete consegue compreender o seu significado. Esse é o tal misterioso «círculo hermenêutico» sem o qual o sentido do texto não pode emergir. (PALMER, 1969, p. 35)

O elemento básico dessa forma de interpretação é a fusão de dois horizontes: o horizonte interpretativo do objeto cognoscível e o horizonte interpretativo de um indivíduo cognoscente (seu mundo de intenções, esperanças e pré-interpretações). Porém, é preciso ressaltar que no círculo da compreensão não se movimenta qualquer tipo de conhecimento, devendo pertencer, necessariamente, à estrutura de sentido. Assim, pode-se particularizar que o processo hermenêutico tem, necessariamente, pressupostos subjetivos (pré-compreensão) e objetivos (contexto), estando ambos inter-relacionados no círculo hermenêutico (BELCHIOR, 2011, p. 167).

Volvendo-se ao círculo hermenêutico⁶, Germana Parente Neiva Belchior, fincada em José Lamago e Martin Heidegger, assim o define:

O círculo hermenêutico se dá no instante em que o sujeito, por meio da pré-compreensão, participa da construção do sentido do objeto, devidamente moldado, ao passo que o próprio objeto, no desenrolar do processo hermenêutico, modifica a compreensão do intérprete. [...] Na verdade, trata-se mais propriamente de uma espiral hermenêutica, na medida em que o movimento de compreensão formado por dita relação vai, ao longo do processo, estabelecendo patamares mais corretos de interpretação, que, por sua vez, exprimirão novas luzes sobre os preconceitos em direção a um entendimento mais conveniente. (2011, p. 166)

A função da perspectiva explicativa é justamente, pelo processo dialético, dirigir um esforço no intuito de adequar os fundamentos de sentido numa pré-compreensão que permita compreender o objeto.

⁶ Trata-se termo (alegoria) já consagrado práxis jurídica, não se trata de círculo propriamente dito, mas uma espiral, posto que se fosse na literalidade circular, o intérprete sairia desse processo circular da mesma forma que adentrou, sem qualquer ganho de qualidade e nenhum juízo sobre suas validades. Cf. PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 35.

2.3 DIMENSÃO TRADUÇÃO (TRADUZIR)

Por derradeiro, no que concerne ao prisma traduzir, a interpretação assume o papel de tradução daquilo que é estrangeiro, estranho ou ininteligível, utilizando como *medium* a nossa própria língua. Nesse ponto, traz consigo a ideia de que a própria língua contém uma interpretação. E esta interpretação não se prende simplesmente em traduzir de um vernáculo a outro, pois uma atualização de um texto para que possa ser inteligível aos dias de hoje, como, por exemplo, segundo Rudolf Bultmann, a desmitologização - tarefa de separar a mensagem essencial da mitologia cosmológica, não crível nos dias de hoje, é também uma forma de interpretação (PALMER, 1969, p. 38). Assim, como adverte Richard Palmer,

O fenômeno da tradução é o próprio cerne da hermenêutica: nele se confronta a situação básica da hermenêutica, de ter que compor o sentido de um texto, trabalhando com instrumentos gramaticais, históricos e outros para decifrar um texto antigo. E, no entanto, tal como dissemos, esses instrumentos apenas são formalizações explícitas de factores implicados em qualquer confrontação com um texto lingüístico, mesmo na nossa própria língua. Há sempre dois mundos, o mundo do texto e o mundo do leitor, e por consequência há sempre a necessidade de que Hermes «traduza» de uma para o outro. (PALMER, 1969, p. 41)

2.4 CONCEITUAÇÃO DE HERMENÊUTICA

A legitimação da Hermenêutica foi dada pela crise de interpretação religiosa⁷, cuja palavra (Hermenêutica) referia-se às regras, métodos ou teoria de interpretação das Sagradas Escrituras – Hermenêutica bíblica. Tanto é verdade que, no século XVII, a obra de J. C. Danhauer, *Hermeneutica sacre sive methodus exponendarum sacrarum litterarum*, publicada em 1654, é tido como o primeiro registro provável da palavra como título de um livro (PALMER, 1969, p. 44).

No início do século XIX, Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher, considerado o “pai da Hermenêutica moderna”, embora focado na Teologia e Filosofia, foi responsável pela busca de uma Hermenêutica geral, cujos métodos e regras pudessem servir a todos os tipos de interpretação de textos. “Pela primeira vez a hermenêutica definiu-se a si mesma como estudo da sua própria compreensão” (PALMER, 1969, p. 50).

No século XX, com a obra “Ser e Tempo” (1927), Martin Heidegger⁸ inaugura outro ponto de viragem no desenvolvimento e definição quer da palavra quer do campo da

⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes, em aula de **Hermenêutica Constitucional** a 10-08-2011, no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – UNIFOR – CE.

⁸ Foi discípulo de Husserl e responsável pelo lançamento dos “suportes teóricos definitivos para superação do paradigma da filosofia da consciência pelo paradigma hermenêutico quando, em oposição a seu mestre,

Hermenêutica, partindo do pressuposto que a compreensão e a interpretação são modos em que se funda a existência do ser humano, instituindo a análise apresentada sobre a denominação Hermenêutica do *Dasein*⁹ (ser-aí, pre-sença). Com essa nova perspectiva a Hermenêutica passa a ser compreendida como a fenomenologia da existência¹⁰, uma Hermenêutica de faticidade.

Seguindo os estudos na denominada Escola Fenomenológica, liderada por Heidegger, Hans-Georg Gadamer publica em 1960, seu trabalho sobre Hermenêutica filosófica, denominado *Wahrheit und Method* (Verdade e Método), mesclando Filosofia, Teologia e Direito. Com ele a Hermenêutica avança ainda mais, entrando na fase linguística, sendo sua frase-chave: “ser que pode ser compreendido é linguagem”, pois aquele que não tem linguagem ou as condições de fazer a nomeação de algo não tem acesso a esse algo porque não há a necessária compreensão, o que pode compreender-se é linguagem (STRECK, 2007, p. 207). Nesse quadrante, a dimensão explicativa (item 2.2) assume papel de destaque, cujo o elemento pré-compreensão (pré-juízo) funciona como pressuposto que preside toda a compreensão.

Assim, a Hermenêutica filosófica gadameriana, diz Lenio Streck, não é metódica, mas filosófica. “Esse sentido não ex-surge porque o intérprete utiliza este ou aquele método” (STRECK, 2007, p. 216), e acrescenta que

Hermenêutica será, assim, o ex-surgir da compreensão, a qual dependerá da faticidade e da historicidade do intérprete. [...] é a condição-de-ser-no-mundo do intérprete que vai determinar o sentido.[...] *Não se interpreta, assim, um texto (jurídico) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem (no caso que para o Direito mais interessa, da Constituição)* (2007, p. 216)

Para Lênio Streck, o maior contributo de Gadamer à Hermenêutica jurídica é justamente o processo hermenêutico unitário: interpretar-compreender-aplicar, fundidos num só momento: a *applicatio*, e não em partes como queria a Hermenêutica clássica¹¹ (2007, p. 217).

passou a trabalhar a fenomenologia husserliana como um método (via de acesso) para construção de uma ontologia fundamental a partir da analítica do *Dasein* (ser-aí, pre-sença)”. (MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e Sistema Constitucional**: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Habitus Editora, 2008. p. 148).

⁹ Heidegger define o *Dasein* (ser-aí, pré-sença) como sendo “ente que cada um de nós somos e que, entre outras, possui em seu ser a possibilidade de questionar” (*apud* MARRAFON, *Idem*. p. 149)

¹⁰ Verificação das alternativas que o ser tem de existir e de se manifestar através das possibilidades que ocorrem no tempo.

¹¹ Conhecida também como Hermenêutica jurídica tradicional das leis, baseada numa decodificação e revelação de uma vontade preestabelecida, ou seja, a finalidade era “desvendar a intenção ‘contida’ na norma (*mens legis* ou *mens legislatoris*)”. Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e*

Para as ciências humanas ou do espírito (*geisteswissenschaften*), aí inserido o Direito, o caráter paradigmático da Hermenêutica jurídica consiste num

Atributo superior que Hans-Georg Gadamer pôs em evidência ao dizer que, nesses domínios, compreender sempre foi, também, aplicar; que a tarefa da interpretação consiste em *concretizar a lei* em cada caso, isto é, na *aplicação*; e que a aplicação não é uma etapa derradeira e eventual do fenômeno da compreensão, mas um elemento que a determina desde o princípio e no seu conjunto. (COELHO, 2007, p. 29)

Nessa linha de entendimento, há quem sustente que a terminologia “interpretação” (do direito) cede lugar à “concretização” em oposição ao tradicional modelo, na medida em que utiliza a norma, de forma prático-normativa, como critério da justa decisão “do problema concreto” (CASTANHEIRA NEVES *apud* TAVARES, 2009, p. 279).

É importante observar que, Carlos Eduardo López RODRIGUES leciona que a introdução e transposição do círculo hermenêutico para a Hermenêutica Jurídica propriamente dita foi obra de Friedrich Muller e Josef Esser (1995, p. 42).

Na doutrina de Inocêncio Mártires Coelho, encara-se a interpretação jurídica como um caso particular da Hermenêutica geral, “cuja finalidade última, abstração feita dos exageros particularistas, é atribuir às ações humanas, de modo racional e controlável, um sentido que se considere, se não verdadeiro, pelo menos aceitável” (2007, p. 3).

No magistério de Lênio Streck, a (nova) Hermenêutica jurídica que rompe com a idéia da subsunção do caso sob uma regra que lhe corresponda e da possibilidade da autonomia do texto (dogma do positivismo jurídico), não deve ser vista como um emaranhado sofisticado de palavras e sim como:

uma ferramenta metateórica e trismetodológica a ser aplicada no processo de desconstrução do universo conceitual e procedimental do edifício jurídico, nascido no paradigma metafísico, que o impediu (e continua impedindo, ao abrigo do paradigma epistemológico da filosofia da consciência) de submetê-lo às mudanças que há muito tempo novas posições teóricas – não mais metafísicas – nos põem à disposição. Hermenêutica é experiência. É vida! É este o nosso desafio: aplicá-la no mundo da vida! (STRECK, 2007, p. 289)

Com a constitucionalização do direito, há um novo viés interpretativo. A Hermenêutica jurídica abre espaço à Hermenêutica constitucional. A Constituição deixa de ser mero programa político para adquirir força normativa¹². O Tribunal Constitucional assume papel de destaque, com constante vigília dos direitos fundamentais, que permitem o direito como um todo alçar novo *status* (MOREIRA, 2009, p. 264). Nessa esteira de

Direitos Fundamentais: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 25.

¹² Cf. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

entendimento, surge o paradigma neoconstitucionalista a requer uma via que se situe entre a orientação analítica e a hermenêutica, fazendo depender a exegese e aplicação jusfundamental de um conjunto de metodologias que se interconectam, além de que, fundamentado desde a distinção conceitual estabelecida entre princípios¹³ e regras¹⁴, o “argumento dos princípios”, vinculado ao propósito neoconstitucionalista, junta-se a outros dois argumentos (correção e justiça) para consolidar uma fundamentação de corte constitucionalista que aceite a tese da conexão do direito com a moral. Esta conexão é expressa em nível do neoconstitucionalismo através dos princípios jusfundamentais que servem como pautas morais e jurídicas para a correção dos argumentos jusfundamentais (DUARTE, 2010, p. 64-72). Assim, a Filosofia do Direito e os fundamentos axiológicos ganham novo fôlego e lugar de destaque.

3 APROXIMAÇÃO AO CONCEITO DE NEOCONSTITUCIONALISMO

Inicialmente, menciona-se que o ambiente fértil do pós positivismo, tendo como principais propriedades paradigmáticas o desenvolvimento teórico da força normativa dada à Constituição, a expansão da função jurisdicional constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova hermenêutica constitucional (viragem linguística), alicerçaram o desenvolvimento do neoconstitucionalismo (BARROSO, p. 40).

3.1 O Termo “neoconstitucionalismo”

A expressão “neoconstitucionalismo” foi cunhada em 1993, inicialmente, pela jurista italiana Suzanna Pozzolo, numa conferência em Buenos Aires (MAIA, 2009, p. 152). Originariamente nasceu, conforme a própria genitora, “para denominar um certo modo antijuspositivista de se aproximar do direito” (DUARTE e POZZOLO, 2010, p. 75). Enquanto para outros juristas, já que a palavra se difundiu no cenário semântico dos jusfilósofos, a exemplo de Luigi FERRAJOLI, tal vocábulo serve apenas para designar um

¹³“são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 78-79)

¹⁴ “são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.” (*Idem*, p. 78)

viés do pós positivismo ou sua própria concretização. Verifica-se, pois, como é recorrente na ciência jurídica eminentemente dialógica, que não há consenso sobre o sentido dado a tal termo (MESQUITA, 2011, p. 3).

3.2 Escorço histórico

A construção desse novo paradigma¹⁵ jurídico-constitucional (neoconstitucionalismo) tem como marco histórico a denominada “reconstitucionalização” da Europa continental, no mundo pós-segunda guerra (meados do século XX), sobretudo no Estado alemão e italiano, em que se teve início nas pioneiras Cortes Constitucionais desses Estados, uma larga produção teórica e jurisprudencial, soerguendo cientificamente o direito constitucional nos países de tradição romano-germânicos, tendo a dignidade da pessoa humana papel de destaque. No Brasil, pode-se dizer que os ideais do movimento foram refletidos na Constituição de 1988¹⁶, sobretudo, expressada pela derrocada do regime militar e abertura política alicerçada no processo de redemocratização protagonizado pela nova Constituição (BARROSO, 2007, p. 2-3), a mais democrática de nossa história (MESQUITA, 2011, p. 3).

3.3 Conceito

É de grande esforço conceituar o neoconstitucionalismo, cujas obras de destaques com este intuito são vislumbradas nos trabalhos organizados por Miguel CARBONELL, quais sejam, *Neoconstitucionalismo(s)* e *Teoria del neoconstitucionalismo* (MAIA, 2009, p. 152).

Como esclarecem DUARTE e POZZOLO, o caminho neoconstitucionalista também traçou-se no âmbito da teoria jurídica por Alfonso García Figuerola:

¹⁵ “um paradigma do direito, enquanto visão exemplar ou imagem-modelo, representa a forma como uma determinada sociedade concebe e implementa os princípios do Estado de Direito e o sistema de direitos fundamentais.” (CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 206).

¹⁶ Há no Brasil autores, a exemplo de Humberto ÁVILA, que defendem que as mudanças fundamentais preconizadas pelo movimento neoconstitucionalista não encontram suporte no ordenamento constitucional brasileiro. Sustenta que: “Não é exato declarar, pois, que se passou das regras para os princípios, nem se deve passar ou é necessariamente bom que se passe de uma espécie para outra. O que se pode afirmar é, tão-só, que a Constituição é um complexo de regras e princípios com funções e eficácias diferentes e complementares”. E mais adiante chega a afirmar que o Neoconstitucionalismo aplicado ao Brasil, “está mais para o que se poderia denominar, provocativamente, de uma espécie enrustida ‘não-constitucionalismo’: um movimento ou uma ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da Constituição em quanto silenciosamente promove sua desvalorização”. (*Neoconstitucionalismo: entre Ciência do Direito e o Direito da ciência*. 2009, p. 17-19)

“consistente no desenvolvimento de ‘uma proposta de reconstrução da unidade do grupo [tendências contemporâneas] mediante o estabelecimento de uma série de propriedades fundamentais que definiram a intenção do paradigma neoconstitucionalista’, manifesta-se elucidativo à vez que torna imperiosa a necessidade de unir os traços que possam conferir unidade e sistematização às ideias normalmente vinculadas àquele paradigma.” (2010, p. 63)

Por certo, o ambiente fértil ao neoconstitucionalismo, como assinalou Luis Roberto Barroso acima mencionado, foi o do pós-positivismo. Parafraseando Prieto Sanchís, Écio Otto Ramos Duarte, aponta que, diante do novo paradigma, é conexas a pergunta sobre até que ponto o novo juízo de constitucionalidade obriga a uma importante revisão da teoria do direito; e, a despeito de nossa teoria jurídica ser basicamente construída sobre pilar positivista, a questão consiste em saber até que medida este último ficou obsoleto (2010, p. 63).

Os questionamentos acima lançados, indubitavelmente, surgiram na segunda metade do século XX, repita-se, em ambiente teórico pós-positivista, a partir e para o paradigma do Estado Constitucional do Direito, em que se positivou constitucionalmente um novo modelo estatal (democrático) que vai além dos conhecidos modelos: Estado liberal e Estado social (MESQUITA, 2011, p. 4).

Para Miguel Carbonell, citando Sanchís, giram em torno desses desenvolvimentos teórico-filosóficos: a um, o reconhecimento da materialidade das constituições contemporâneas e, a dois, o reconhecimento da necessidade de se garantir, juridicamente, inclusive, a efetividade dessas Constituições (CARBONELL, 2007, p. 213).

É esclarecedor citar, na esteira de entendimento de Alfonso García Figueroa, as características deferidas ao neoconstitucionalismo, entre as quais destacam-se: o pragmatismo, ecletismo metodológico, principialismo, estatalismo garantista, judicialismo ético-jurídico e o juízo de ponderação:

“Pragmatismo: Esta propriedade faz depender o conceito do direito da compreensão particular que se tenha da teoria constitucional, o que torna o conjunto de sistemas jurídicos particulares dos Estados constitucionais em matéria central para a elaboração de um possível conceito de direito. Neste caso o sentido do pragmatismo se evidencia quando a determinação do conceito de direito se torna como ponto útil e, portanto, orientado à prática. A constatação do direito constitucionalizado faz depender a possível unidade, em torno daquele conceito, da útil justificação da existência de vários conceitos de direito (particulares) [...]

Ecletismo (sincretismo) metodológico: O paradigma neoconstitucionalista requer uma via que se situe entre a orientação analítica e a hermenêutica fazendo depender a exegese e aplicação jusfundamental de um conjunto de metodologias que se interconectam.

Principialismo: Fundamentado desde a distinção conceitual estabelecida entre princípios e regras, o ‘argumento dos princípios’, vinculado ao propósito neoconstitucionalista, junta-se a outros dois argumentos (argumento da correção e argumento da justiça) para consolidar uma fundamentação de corte

constitucionalista que aceite a tese da conexão do direito com a moral. Esta conexão é expressada em nível do neoconstitucionalismo através dos princípios jusfundamentais que servem como pautas morais e jurídicas para a correção dos argumentos jusfundamentais [...]

Estatalismo garantista: consiste esta propriedade no fato de que é imperiosamente necessário para a consecução da segurança jurídica no meio social que os conflitos sejam solucionados por intermédio de instituições estatais. [...] Esta propriedade é distinta em relação às concepções do jusnaturalismo e do positivismo jurídico justamente porque sua perspectiva está vinculada a uma pretensão garantista, é dizer: agora, o que cobra maior importância é a garantia da existência de mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais.

Judicialismo ético-jurídico: o neoconstitucionalismo exige dos operadores jurídicos cada vez mais a elaboração de juízos de adequação e juízos de justificação com natureza ética ao lado das técnicas estritamente subsuntivo-jurídica.

O Juízo de ponderação: O neoconstitucionalismo propugna que, na resolução dos chamados *hard cases* (casos difíceis) – nos quais nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção –, diferentemente da postura do juiz indicada pela teoria do positivismo jurídico, consistente no poder discricionário para decidir o caso de uma maneira ou de outra, o juiz, pautado na tese dos direitos, tem o dever de ‘descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente’ devendo agir ‘como se fossem delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema’

Ampliação do conteúdo da GRUNDNORM: [...] Ultrapassando o esquema positivista kelseniano, que fundamenta a validade de todas as normas a partir de uma norma fundamental completamente neutra, no que respeita ao seu conteúdo, o neoconstitucionalismo defende que a obrigatoriedade jurídica assumida em função da Constituição se deve à inclusão, no conceito de *grundnorm*, de conteúdos morais (DUARTE E POZZOLO 2010, p. 64-72).

O constitucionalista italiano Paolo Comanducci distingue três formas de Neoconstitucionalismo: teórico, ideológico e metodológico.

3.3.1 Neoconstitucionalismo Teórico:

“aspira descrever os logros da constitucionalização e assume a defesa de que o modelo de sistema jurídico derivado desse processo ‘está caracterizado, além de uma Constituição ‘invasora’, pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela onipresença na Constituição de princípios e regras, e por algumas peculiaridades da interpretação e da aplicação das normas constitucionais em relação à interpretação e à aplicação da lei (DUARTE E POZZOLO, 2010, p. 25)

3.3.2 Neoconstitucionalismo Ideológico:

não se limita ‘a descrever os logros do processo de constitucionalização, senão que os valora positivamente e propugna sua defesa e ampliação. Em particular, sublinha a importância dos mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais’ e adota o modelo axiológico da Constituição como norma, pondo em evidência, dessa maneira, a defesa da radical especificidade da interpretação (e aplicação) constitucional em relação à lei.” (DUARTE E POZZOLO 2010, p. 25)

3.3.3 Neoconstitucionalismo Metodológico:

concebido antagonicamente ao seu modelo terminológico análogo, o positivismo metodológico – que distingue entre as funções de descrever o direito e valor-prescrever o direito -, mantém que a identificação e/ou a justificação do direito deve ser realizada a partir da tese da conexão necessária entre direito e moral.” (DUARTE E POZZOLO 2010, p. 25)

O certo é que o desenvolvimento do neoconstitucionalismo, graças à revolução operada com a implantação do chamado “Estado Constitucional-Democrático de Direito”, aponta para que o mesmo seja o paradigma do início deste século (MOREIRA 2009, p. 261), entendido o mesmo como sendo aquele “que revisa a teoria da norma, a teoria da interpretação, a teoria das fontes, suplantando o positivismo, para, percorrendo as transformações teóricas e práticas nos diversos campos jurídicos, integrá-las sob uma base útil e transformadora” (MOREIRA, 2009, p. 265).

Após a exposição das características e conceituações acima citadas, acredita-se que o neoconstitucionalismo é um movimento filosófico-político-jurídico, como novo paradigma de pensar o direito, ao lado e/ou entre o jusnaturalismo¹⁷ e o juspositivismo¹⁸ (MESQUITA, 2011, p. 6).

4. A NOVA INTERPRETAÇÃO (NEO) CONSTITUCIONALISTA

Retomando o aspecto da Hermenêutica, aponta-se que com as transformações operadas na teoria jurídica contemporânea, é possível enumerar algumas repercussões no campo da interpretação, destacando-se:

i) o reconhecimento do fenômeno da pré-compreensão, que rompe com a crença cega na objetividade do intérprete, equivalente jurídico da separação sujeito-objeto da ciência moderna; ii) a substantivação do discurso jurídico inerente ao fortalecimento dos direitos fundamentais, que importa em afastar uma abordagem formalista do fenômeno jurídico e iii) a retomada da racionalidade prática na teoria jurídica, que pode ser associada a superação da idéia de separação absoluta entre ciência e senso comum. (PEREIRA, 2006, p. 30)

¹⁷ Modelo teórico que explica o fenômeno jurídico a partir do denominado “direito natural”, direito revelado, de inspiração divina, cujas “pretensões unificadoras e universalizadoras, de inspiração cristã-católica se revelaram fecundas no ambiente da Europa continental, no qual a Igreja católica assumia protagonismo histórico, a referência ao direito ao direito natural no mundo americano, em outra perspectiva, está vinculada ao reconhecimento de um jusnaturalismo de inspiração laica.” (DUARTE, Op. Cit. p. 53)

¹⁸ Modelo (teórico) filosófico-jurídico que sustenta: a) a separação conceitual entre direito e moral, excluindo esta, enquanto instância valorativa dos mecanismos de identificação do direito; b) a tese das fontes sociais do direito, segundo a qual para a existência do direito (fontes) deve haver algum tipo de prática social que inclua aos juízes e aos cidadãos ordinários, sendo determinante tal prática social a qualquer sistema jurídico; c) e a tese da discricionariedade judicial, aplicada aos casos para os quais não exista nenhuma regra legal e, em consequência, aponta-se para parcialidade ou incompletude do direito. (ESCUDEIRO, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral. In: DUARTE, Op. Cit. p. 31*)

O fenômeno da pré-compreensão, como se viu alhures, é tributo da Hermenêutica filosófica gadameriana, em que a interpretação do texto jurídico só pode ser entendida a partir da sua pré-compreensão (pré-juízo) pelo sujeito cognoscente situado na realidade histórica que o circunda. Afinal, nenhuma interpretação ocorre com a mente em branco ou no vazio, mas de forma “contextualizada” (COELHO, 2007, p. 42). Assim, “o intérprete não busca descobrir o que pretendia o autor do texto, mas reformula o sentido do texto a partir da sua própria perspectiva e do problema posto” (PEREIRA, 2006, p. 31). Para compreender o significado de um texto, o intérprete não pode olvidar de olhar o passado e a tradição, bem como não pode desprezar a si mesmo nem o concreto horizonte hermenêutico em que ele se encontra (o aqui e o agora), pois o ato de “concretização” (terminologia moderna de interpretação) de qualquer norma jurídica ocorre no momento presente e não ao tempo em que ela entrou em vigor (COELHO, 2007, p. 31). Ademais, pela mediação que o intérprete vivifica, no seu balanceamento, ele não abandona seu próprio horizonte, mas o amplia para fundi-lo ao horizonte do texto, integrando historicamente os dois horizontes significativos (COELHO, 2007, p. 32). Eis aqui o “círculo mágico”, “círculo hermenêutico” ou “espiral hermenêutica”.

O segundo aspecto envolve a abertura material das constituições somada a sua força normativa, ficando impraticável sustentar um discurso formalista do direito imune da moral, na medida em que os catálogos de direitos fundamentais, inseridos nas constituições democráticas, trazem consigo uma carga valorativa muito forte. Na atualidade, inexistente processo político liberto ou imune totalmente da influência da Constituição, renascida como centro de decisão política¹⁹ fundamental e emancipada da dialética: positivismo e jusnaturalismo²⁰. E para este processo neoconstitucional, novas técnicas hermenêuticas foram desenvolvidas ao ponto de se afirmar que a interpretação constitucional é diferenciada daquela realizada com a legislação infraconstitucional, sobretudo pela utilização da ponderação²¹ (solução de colisão de princípios), em lugar da simples

¹⁹ Tem-se aqui um retorno evidente, de forma mais sofisticada, ao sentido político de Constituição propugnado por Carl Schmitt.

²⁰ Cf. nota de rodapé nº 41, DUARTE, p. 30-31

²¹ Destaque-se nesse processo de ponderação o “princípio da concordância prática ou harmonização” formulado por Konrad Hesse. Esse princípio impõe ao intérprete que “os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício do outro, o que só se alcança na aplicação ou na prática do texto. Neste sentido, COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 2007, p. 102.

subsunção²² (solução do conflito de normas-regras). Mencione-se que Hans Kelsen, em momento posterior ao seu pensamento inicial, considerou errônea a opinião segundo a qual somente a legislação é criação produtora do direito e a jurisdição mera aplicação reprodutora. Pois, sustenta o mesmo que um poder de criação é atribuído ao juiz, quando o legislador lhe autoriza a valorar, dentro de certos limites, interesses conflitantes entre si e, então, ter que decidir em favor de um ou de outro (CIARAMELLI, 2009, p. 151).

Por último, a terceira repercussão envolve a retomada da racionalidade prática²³ aristotélica (conciliação entre saber científico e senso comum), e com isso uma nova forma de argumentar foi imposta pela interpretação ao se admitir elementos éticos e valorativos (construtivos) ao intérprete-aplicador (PEREIRA, 2006, p. 33). Porém, apesar da sua necessária liberdade interpretativa isso não significa que é dado ao intérprete-aplicador jurídico criar ou atribuir significados arbitrários aos enunciados normativos, nem ir além do seu sentido linguisticamente possível, conhecido e/ou fixado pela comunidade, que para ela funciona como limite da interpretação (COELHO, 2007, p. 43). Aqui, a moral é co-originária ao direito, construtivista e serve de parâmetro da racionalidade prática e com pretensão de correção do direito, guiando o discurso jurídico no geral (MOREIRA, 2009, p. 264).

Como metodologias formuladas para o controle racional das decisões jurídicas, destaca-se a *tópica* de Theodor Viehweg e a *nova retórica* de Chaïm Perelman, constituindo a *teoria tópico-retórica* que se baseia em uma revisão crítica da aplicação da lógica cartesiana ao fenômeno jurídico, promovem um resgate da racionalidade prática aristotélica, que constrói um sistema explicativo do raciocínio da decisão que substitui a lógica formal, pela lógica do razoável; o apodítico, pelo dialético; a discricionariedade, pela criatividade racional; e a força, pela persuasão (PEREIRA, 2006, p. 33-34).

A diferenciação hierarquizada entre Constituição e lei, bem como a existência de uma interpretação específica para a Constituição já se tornou consenso, dado as suas peculiaridades: supremacia hierárquica, natureza da linguagem, conteúdo específico e o caráter político (PEREIRA, 2006, p. 49). Por outro lado, esta questão, no Neoconstitucionalismo, “na fase de aplicação judicial”, é superada pelo fato de que “toda

²² O processo de subsunção é experimentado pelo denominado silogismo lógico, em que se tem a premissa do tudo ou nada (no conflito de regras, a escolha de uma revoga a outra). Nesse contexto sobrepungente do positivismo jurídico à época, “a percepção do processo interpretativo pela dogmática jurídica positiva era, em verdade, um reflexo de seu esforço em orientar-se pelos enunciados fundamentais da ciência moderna, dentre os quais assumem peculiar relevo: i) a separação rigorosa entre sujeito e objeto de conhecimento; ii) a idéia de causalidade formal e iii) a distinção entre senso comum e discurso científico.” (PEREIRA, Op. Cit. p. 27).

²³ Ao lado do conhecimento científico, o senso comum e saber prático são admitidos na apreensão racional da realidade o que era descartado no plano epistemológico.

interpretação jurídica – direta ou indiretamente – é interpretação constitucional, de forma que ela não deixa espaços vazios” (MOREIRA, 2009, p. 267).

O horizonte do texto constitucional, na fase de aplicação judicial, ocorre de forma “direta”, quando a decisão judicial se baseia em um princípio ou em qualquer norma constitucional, de sorte que o dispositivo aparece expressamente aplicado ao caso concreto. Já em relação a sua forma “indireta”, poderá ocorrer em dois momentos: primeiro, “por um juízo negativo” que é sempre presente, pois se o intérprete-aplicador ao fundamentar sua decisão não afastou a aplicação da lei por uma incompatibilidade com a Constituição (verificado via controle de constitucionalidade ou aplicação da teoria da recepção), isso implica que o dispositivo legal fundante passou por um juízo negativo com sucesso; e, segundo, “por um juízo finalístico”, baseado no postulado que toda decisão deve cumprir a Constituição e se orientar pelos seus objetivos, *v.g.*, no caso do Brasil, a dignidade da pessoa humana, a redução das desigualdades sociais, promoção do bem de todos sem discriminação – CF/88, arts. 1º e 3º (MOREIRA, 2009, p. 267-268).

Ademais, o fato de se afirmar que a partir do Neoconstitucionalismo “toda interpretação é constitucional”, de sorte que se concretize e se respeite a Constituição com maior rigor, é defendida em um estágio que se julga de alto refinamento e desenvolvimento constitucional, apropriando-se de um correto aproveitamento de critérios argumentativos-procedimentais, como a proporcionalidade, a razoabilidade, a coerência e a universalidade, aliada a “interpretação conforme a Constituição”, cuja mostra corrente a revela como importante “técnica” ou “método de trabalho”, a merecer ampliações e três possibilidades de uso neoconstitucional, sem dúvida, de grande aplicabilidade no Brasil²⁴ (MOREIRA, 2009, p. 274). A primeira delas comporta a situação de examinar (concretizar/intepretar) as leis à luz da Constituição, aproximando-se do mencionado juízo negativo; o segundo significado é quando surge mais de uma hipótese interpretativa, instante em que o tribunal competente firmará qual delas se coaduna ao texto constitucional e, assim, salva-se a norma legal, firma-se a orientação constitucional; finalmente, o terceiro sentido, sinônimo de derrotabilidade da norma-regra (levando-se em consideração a diferença de norma-princípio), só é verificável no caso concreto, quando, de forma excepcional, os efeitos da

²⁴ É bastante ilustrativo o recente controle de constitucionalidade exercido em face do Código Civil (CC, art. 1.723). Referido dispositivo foi objeto de impugnação por meio de ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, convertida esta em ADI, ao final julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, para o fim de “*determinar sua aplicabilidade não apenas à união estável estabelecida entre homem e mulher, como também à união estável constituída entre indivíduos do mesmo sexo*” (ADI 4277-DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Data de julgamento 06.5.11)

regra são retirados, por uma situação excepcionalmente não prevista, somente aparecendo em dadas circunstâncias *post factum* (MOREIRA, 2009, p. 274-276).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de conclusão, talvez até com certo distanciamento do tema, o que se percebe é que com o papel de destaque dado ao Poder Judiciário, sobretudo ao Tribunal Constitucional, a nova viragem hermenêutica trouxe em evidência constantes tensões entre Política e Direito.

Revolvendo este aspecto de tensão, note-se que a Constituição serve - ou deve servir - de paradigma à diferenciação entre os dois sistemas funcionais da sociedade moderna – complexa e pluralista, quais sejam, os sistemas político e jurídico no âmbito dos Estados. E o acoplamento daquela, utilizando-se a linguagem de Marcelo NEVES (2009, p. 56), ao mesmo tempo em que diferencia estes, serve de “ponte” que os une, criando uma racionalidade transversal específica²⁵, impedindo os efeitos destrutivos entre tais sistemas.

Por outro lado, revela Neves, que o acoplamento estrutural da Constituição não é de harmonia, mas uma “relação paradoxal de complementação e tensão recíprocas²⁶”, permanentes, bem como de rupturas, entre política e direito.

Assim, nessa ambivalência e no plano reflexivo, para o sistema político ou racionalidade política²⁷, “a Constituição implica, então, uma circulação e contracirculação estrutural básica” entre administração, política, público e povo, com este fechando o sistema político e o público como elemento de abertura. Conquanto ao sistema jurídico ou

²⁵ A Constituição serve “não apenas como filtro de irritações e influências recíprocas entre sistemas autônomos de comunicação, mas também como instância da relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades particulares já processadas, respectivamente, na política e no direito.” Funciona como “‘pontes de transição’ entre ambos os sistemas, de tal maneira que pode desenvolver-se uma racionalidade transversal específica. (...) O que é predefinido politicamente é compreensível juridicamente mediante a Constituição”. (NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 62).

²⁶ A dimensão da complementaridade é entendida pelo fato de “a democracia sem Estado de direito e direitos fundamentais descaracteriza-se como ditadura da maioria”. A Dimensão de tensão permanente entre política e direito: evidenciada pelo “fato de as leis deliberadas democraticamente e aprovadas majoritariamente serem declaradas inconstitucionais, por ofenderem o Estado de direito e os direitos fundamentais”, bem como “no caso-limite, quando irrompe o poder constituinte democrático como impulso político para reconstrução geral e refundamentação do sistema estatal.” (*Idem*, p. 57-58).

²⁷ A Racionalidade específica da política é a Democracia. Implica, em relação ao sistema político, a consistência política no plano da autorreferência (fechamento político – povo) e a adequação à sociedade na dimensão da heterorreferência (abertura cognitiva – esfera pública), especialmente nos processos de decisão política, sendo a legitimidade sua fórmula de contingência que motiva a ação e a comunicação no âmbito político. (*Ibidem*. p. 70 e 73)

racionalidade do direito²⁸, ela, Constituição, fecha este sistema, permeando-lhe todos os âmbitos de validade, o material, o temporal, o pessoal e o territorial; e, enquanto norma(s) de normas, ela perpassa transversalmente todo o sistema jurídico, dando-lhe consistência, cuja abertura cognitiva ocorre com a sociedade complexa e pluralista (NEVES, 2009, p. 58-59).

A influência no “Estado Constitucional Brasileiro” é percebida na medida em que o Supremo Tribunal Federal - STF, enquanto guardião da Constituição e Corte Constitucional, vem adotando, em suas decisões, as novas técnicas de interpretação constitucional, advindas ou construídas pelo modelo neoconstitucional. Só para ilustrar, no ano de 2000, o STF manteve decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que reconheceu o papel do município, solidariamente com o Estado do RS, o dever de fornecer obrigatoriamente os medicamentos necessários ao tratamento da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), caso os pacientes não tivessem recursos financeiros e fossem soros positivos (MAIA, 2009, p. 154). Iniciaram-se, então, certas mudanças de posição do Judiciário brasileiro (como legislador positivo) frente às normas de eficácia limitada (normas programáticas²⁹), que, ante a omissão legislativa e executiva regulamentadora, chama para si a função de concretizar maximamente ditas normas constitucionais.

Ademais, tal é a sua importância que não se pode olvidar aqueles que vêm nele (judiciário), considerando o viés neoconstitucional, o fenômeno positivo da judicialização da política ou ativismo judicial³⁰, como última instância da sociedade na concretização efetiva de seus direitos fundamentais aplicados e cumpridos por parte do Estado.

²⁸ A Justiça é a racionalidade específica do direito. “Essa implica, em relação ao sistema jurídico, a ‘consistência jurídica’ no plano da autorreferência (fechamento normativo) e a ‘adequação’ ou ‘adequada complexidade’ à sociedade (abertura cognitiva), especialmente dos processos de decisão de casos jurídicos, sendo caracterizada como uma ‘fórmula de contingência’ porque motiva a ação e a comunicação no âmbito jurídico” (*Ibidem.* p. 63)

²⁹ Vale conferir a lição de José Afonso da SILVA ao estabelecer que as normas programáticas são aquelas “através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhe os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.” (*Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 138).

³⁰ Esse fenômeno de decisão jurídica é fruto da pluralidade normativa e não apenas, como querem alguns, (mera) violação da separação dos poderes, mas sim uma situação de substituição do legislador pelo juiz em virtude do microcosmo judicial de *governance*. Consoante CANOTILHO, “o ativismo judiciário compreende-se como uma das alterações estruturais da uniformização jurídica do espaço. O juiz vai ocupar o posto do legislador afirmando-se o primado do *jurisdicto* sobre o *legislato*”. Detalhe o espaço fica aberto ao *jurisdicto* desde que haja omissão legal. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O ativismo judiciário...*, p. 9). “Este é um fenômeno mundialmente conhecido e caracteriza-se por uma postura ativista dos juízes, que passam a interpretar criativamente o direito, ocasionando assim uma espécie de transferência do poder legislativo, antes concentrado nos poderes legislativo e executivo, para os juízes e tribunais. Por outro lado, a interferência dos tribunais no campo político torna-se visível nos países democráticos, devido à utilização

Por isto, destaco dois pontos principais do Neoconstitucionalismo: primeiro, o uso da ponderação como técnica de interpretação (moral) constitucional na resolução dos chamados *hard cases* (casos difíceis), cuja pré-compreensão³¹ é fator capital e, finalmente, a afirmação positiva da inexistência de um sistema político completamente imune à influência constitucional, em cujo cenário o papel dos tribunais constitucionais é fundamental.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Neoconstitucionalismo: Entre a ciência do direito e o direito da ciência**. Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp> >. Acesso em: 25 de setembro de 2011.

BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet :< <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> >. Acesso em: 25 de setembro de 2011.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica Jurídica Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O ativismo judiciário: entre o nacionalismo, globalização e a pobreza**. Tema Inaugural. Coimbra: Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, *mimeo*, 07 nov. 2008.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2ed. Madrid: Trotta, 2005.

_____. (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos**. Madrid: Trotta, 2007

cada vez maior de procedimentos judiciais por parte de agências executivas e legislativas, bem como através do exercício do controle de constitucionalidade” (TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, p. 02. In: LOIS, Cecilia Caballero et al. *Diálogos Institucionais e Democracia: Novas configurações constitucionais para a proteção e guarda dos direitos nas sociedades pluralista*).

³¹ “A pré-compreensão decorre do conjunto de experiências do intérprete e do contexto social em que se insere.” Assim, a tarefa de interpretar está calcada em alguém que já carrega preconceitos sobre a questão posta, condicionada sempre aos valores, crenças e vivências daquele que interpreta, cuja solução imediatista deverá ser confirmada à luz do ordenamento jurídico. (GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 320. In: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, 2006, p. 47)

CIARAMELLI, Fabio. **Instituciones y normas: Sociedade global y filosofia del derecho**. Madrid: Trotta, 2009.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. 2 ed. São Paulo: Landy, 2010.

ESCUDEIRO, Rafael. **Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral**. Madrid: Thomson-Civitas. Cuadernos Vivitas, 2004.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Vozes, 1997.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Trad. Geraldo de Carvalho (Trad.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?**. Madrid: Tecnos, 1995.

LOIS, Cecília Caballero; COSTA E SILVA, Rafael Vasconcelos de Lima. **Diálogos Institucionais e Democracia: Novas configurações constitucionais para a proteção e guarda dos direitos nas sociedades pluralistas**. Material escrito utilizado em sua Conferência: *STF e as Questões Políticas: Um Desafio da Democracia*, proferida no II Congresso de Estudos Jurídicos do Centro Acadêmico Cromwell de Carvalho e Escola Superior de Advocacia do Piauí, com o tema “Dilemas do Constitucionalismo Contemporâneo”, realizado de 01 a 03 de setembro de 2011, em Teresina – Piauí – Brasil.

MAIA, Mário Sérgio Falcão. **A Recepção da Teoria Neoconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro**. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 5, p. 151-163, outubro/2009. Publicado na Revista Eletrônica do Portal “E-governo, Inclusão Digital e Sociedade do Conhecimento” dos programas de direito e engenharia de gestão do conhecimento da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, 03 de março de 2011. Disponível na internet: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33287-42426-1-PB.pdf> > Acesso: 25 de setembro de 2011.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e Sistema Constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**. Florianópolis: Habitus, 2008.

MESQUITA, Ivonaldo da Silva. **Uma Introdução ao Neoconstitucionalismo como compreensão ao Novo Constitucionalismo na América Latina**. Caderno de Estudos Ciência e Empresa, Tersina, Ano 8, n. 2, nov. 2011, p. 1-10. Disponível na internet: <<http://www.faete.edu.br/revista/UMA%20INTRODU%C7%C3O%20AO%20NEOCONSTITUCIONALISMO.pdf>> Acesso: 09 de setembro de 2012.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação*, in: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcos (Coord.). **20 Anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Maria Luísa Ribeiro Ferreira (Trad.). Lisboa: Edições 70, 1969.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RODRIGUES, Carlos Eduardo López. **Introdução ao Pensamento e Obra Jurídica de Karl Larenz**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. 7 ed. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Concretização Constitucional**; in: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcos (Coord.). **20 Anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.