

# Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação

**Eduardo Ribeiro Moreira**

*Advogado no Rio de Janeiro. Professor de Direito Constitucional da EMERJ e da pós-graduação da Universidade Candido Mendes.*

## 1. UMA APRESENTAÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O tema que desenvolvo nesse artigo foi iniciado na pesquisa de minha tese “os direitos fundamentais em tempos de neoconstitucionalismo” sob orientação da professora Maria Garcia. Sem dúvida alguma seu trabalho inspira muitos alunos, desde o início da graduação até depois do término do doutorado. Isso é facilmente percebido em suas aulas no Grupo de Estudos Constitucionais (GEC) realizado um ou dois sábados por mês, onde compartilha, gratuitamente, sua pesquisa e temas de interesse com seus alunos, os quais se encontram em diversas faixas de idade, estudo e titulação. A harmonia encontrada permite que amigos se reúnam e até profissionais de outras áreas aprendam e dêem sua contribuição para nós juristas. Essa é apenas uma de suas atividades e que leva sua marca de promover estudos interdisciplinares para todos os verdadeiramente interessados.

Entre as linhas de pesquisas da professora Maria Garcia, talvez a mais antiga - dentre as que continua a desenvolver - seja a interpretação constitucional. Não é, portanto, à toa a pertinência do trabalho escolhido. A interpretação constitucional tem pontos de aprofundamento e redimensionamento com o neoconstitucionalismo. A ponto de se dizer, sem exagero, que o desenvolvimento do neoconstitucionalismo apontará o paradigma jurídico deste início de século.

Tal afirmação categórica não é nem um pouco leviana; ao contrário, caracteriza o movimento atual do direito. Hodiernamente, muitas teorias constitucionais vêm sendo veiculadas como uma descoberta individualmente considerada; todavia, elas são partes de um todo, isto é, uma estrutura jurídica que congrega vários elementos comuns em uma mesma direção. A teoria de direito que reúne as novas transformações constitucionais é o neoconstitucionalismo.

Poder-se-ia chamar de constitucionalismo contemporâneo ou simplesmente traduzir o vocábulo por 'o novo constitucionalismo', mas optamos por manter o vocábulo comum adotado no direito europeu-continental. Na verdade, a expressão 'constitucionalismo contemporâneo' poderia levar à falsa impressão de que estamos tratando de direito constitucional, quando o objeto é bem maior, traduzindo-se por um ambicioso projeto jurídico.

A revolução operada na atualidade com o implemento do Estado Constitucional-Democrático de Direito partiu do direito constitucional, o qual com sua capacidade unificadora e textura aberta permite caminhar com outros saberes, em especial a filosofia do direito. É por esse atrelamento - filosofia do direito e direito constitucional - que se vislumbra, no neoconstitucionalismo, uma teoria do direito que seja simultaneamente integradora e útil. Integradora, porque não se separa da política, das decisões, da sociedade e da ética-moral, todos elementos presentes em um saber cultural. Neste início de século, retoma-se o direito como expressão da justiça, agora com parâmetros de racionalidade bem trabalhados, os quais permitem falar em uma dimensão axiológica dentro da metodologia jurídica.

Assim, o direito do século XXI distancia-se das propostas de teorias de direito, até então, dominantes. Em primeiro lugar, é oposto ao positivismo, naquilo em que este mais se apoiava. Como todos sabem a estrutura do positivismo sustentava-se pela separação do direito com a moral e a política (e porque não em relação à economia, que não ocupava o papel que ocupa hoje). Em segundo lugar, também se afasta das inconsistências do jus-

naturalismo e nos poucos pontos em que poderia ser confundido com ele, pois o neoconstitucionalismo é fundado em propostas de incremento de racionalidade, como a festejada ponderação. Finalmente, e em terceiro lugar, o realismo jurídico e a sua dimensão sociológica não ficam descurados em uma proposta que age sobre o direito útil.

A dita utilidade encontra-se em voga, por exemplo, no papel que a jurisprudência - sobretudo a jurisprudência constitucional - emana como fonte do direito. Em uma classificação positivista, como a encontrada no art. 4º da LICC, a jurisprudência não seria verdadeira fonte do direito<sup>1</sup>; entretanto os costumes e a analogia, práticas bem diminutas na nossa tradição jurídica, seriam fontes secundárias estabelecidas em lei.

As fontes do direito atreladas às práticas constitucionais ficam mais bem disciplinadas sob uma teoria do direito útil e integradora. Ao falarmos em jurisprudência e fontes do direito, caminhamos para um sentido da globalização que tardou a chegar ao direito: a fusão de horizontes. O modelo norte-americano, de estudo de casos e força dos precedentes e de mecanismos jurídicos efetivos, de primazia da Suprema Corte, une-se ao sistema europeu-continental, de previsão de um catálogo de direitos fundamentais, de constitucionalismo forte e rígido e de controle de constitucionalidade abstrato das leis. No momento em que o direito, na prática, reuniu todas essas características, começamos a dar forma a uma teoria do direito que serve de proposta para os países ocidentais democráticos.

No espaço geográfico não se trata de uma teoria geral - como fora concebido o positivismo jurídico - mas, sim, de uma teoria adequada às democracias ocidentais<sup>2</sup> com pressupostos encontra-

---

<sup>1</sup> Até a Constituição de 1988 a jurisprudência recebia tratamento secundário, sendo estudada apenas para formalizar os recursos para o Supremo Tribunal Federal e aqueles que existissem divergência entre tribunais ou turmas. Sua verdadeira potencialidade não tardaria a ser descoberta na virada constitucional, assumindo a partir de então o papel de fonte.

<sup>2</sup> E assim, o neoconstitucionalismo, escapa também das problematizações acerca do universalismo vs. multiculturalismo.

dos na dita fusão de horizontes (defesa dos direitos fundamentais, constituição rígida, mecanismos de separação de poderes e de freios e contra-pesos etc.). Estes podem ser lidos como pressupostos do neoconstitucionalismo que aparece, com força e definição neste início de século, o seu marco temporal. É bem verdade que os seus pressupostos apareceram no pós-2ª Guerra Mundial, porém eles vieram se desenvolvendo desde então, até germinarem no neoconstitucionalismo, assim batizado por diversas publicações no início do século XXI.

## 2. AS POTENCIALIDADES DO NEOCONSTITUCIONALISMO

A proposta unificante apresenta-se primeiro - e nisso quase todos os que escreveram sobre o tema concordam - *como uma teoria de direito lida a partir do direito constitucional, e que é maximizada por elementos de filosofia de direito e de filosofia política, que permitem repensar os alicerces jurídicos: a teoria da norma, a teoria da interpretação, a teoria das fontes e, por fim, as transformações ocorridas nos diversos campos jurídicos (constitucionalização do direito).*

A teoria da norma não é mais a mesma, após o estudo de regras, dos princípios e dos critérios jurídico-procedimentais. Aquela que partia da lei e de seus estudos estáticos fica completamente transformada no neoconstitucionalismo. Somente o estudo aprofundado dos critérios jurídico-procedimentais (como a ponderação e a coerência) e sua repercussão na prática, aponta para um novo caminho, bem distante daquele encontrado na teoria da norma. Este é apenas um exemplo dessa mudança.

Distante ainda mais ficou a teoria das fontes do direito. Os princípios, última fonte no sistema positivado - art. 4º da LICC<sup>3</sup> -

<sup>3</sup> Art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.” A ordem em que aparecem as fontes subsidiárias à lei foi relacionada de forma decrescente que não poderia ser invertida; posição típica de um pensamento positivista.

passaram a ser a primeira fonte e, de forma antecedente, a reger a lei. Outros estudos, como o das normas de integração, perdem a importância para a jurisprudência e a irradiação dos direitos fundamentais. O que se dirá do estudo das antinomias entre regras, hoje colocadas em segundo plano em relação ao conflito de princípios - a ponderação. Mais um - *e apenas um* - exemplo da referida transformação.

A teoria da interpretação alcançou outro *status*, quando recebeu influências da filosofia do direito como: a tópica (e a retomada em se pensar o estudo de casos a partir dos problemas neles suscitados), a hermenêutica (e todos os métodos de interpretação conhecidos e incrementados pela metodologia constitucional contemporânea) e a argumentação jurídica (no tocante à justificação do intérprete) ficam integradas no neoconstitucionalismo. A partir daí se descobrem técnicas - como a derrotabilidade - e teorias ficam mais bem explicadas - como a que diz que toda interpretação jurídica, é antes de tudo interpretação constitucional. Estes dois pontos estudaremos, detalhadamente, mais à frente.

As transformações percorridas nos diversos campos jurídicos, lidas sob um dos subtítulos do neoconstitucionalismo: a constitucionalização do direito está em contínua expansão. Também, a título exemplificativo, poderíamos citar a possibilidade de ponderação no campo penal; o controle judicial das políticas públicas e da eficiência dos atos administrativos; as influências do direito comunitário na soberania constitucional; as respostas às questões sociais pelo direito civil-constitucional, hoje, uma realidade. Estes são, entre diversos outros, exemplos de temáticas práticas e integradas pelo neoconstitucionalismo que, por ser prático e útil, faz uma melhor leitura da sociedade, já que as teorias de direito tradicionais não são suficientes para dar conta da complexidade teórica e das novas práticas jurídicas que se desenvolveram. Constatemos apenas algumas dessas mudanças<sup>4</sup>:

---

<sup>4</sup>Tais mudanças foram percebidas ao longo dos últimos 50 anos e o quadro foi elaborado em boa parte com base em conversa com Alfonso Figueroa.

Tema	Como é tratado pelas Teorias Tradicionais do Direito	Como é tratado pelo Neoconstitucionalismo
Sociedade	Homogênea	Plural e Global
Moral	Monista, (sem correlação com o direito no positivismo jurídico) ou dos Valores (absoluta no jusnaturalismo)	Construtivista, com Parâmetros de Racionalidade prática e pretensão de Correção, que vai guiar todo o discurso jurídico e romper com a ordem daquilo que é.
Política	Estado de Direito (com especial atenção à coerção exercida pelo Poder Judiciário e aos atos do poder público)	Estado Constitucional (acrescenta uma especial atenção para as emanções do poder constituinte e do constituído - reformas constitucionais - e para o papel desempenhado pelo Tribunal Constitucional. Em primeiro plano, aparece a constante vigilância em torno dos direitos fundamentais, que permitem o direito como um todo alcançar novo status)
Desenho Institucional das Fontes do Direito	Lei em primeiro plano e demais fontes tidas como secundárias	Primazia da Constituição e da Jurisprudência emanada pelo Tribunal Constitucional
Teoria da Norma	Conjunto de Normas com configurações de regras	Primazia dos princípios preenchidos pela argumentação jurídica. Existência das normas políticas e dos critérios jurídico-procedimentais, além de regras e princípios com morfologia peculiar.
Teoria da interpretação	Regras para interpretação e quando estas não existirem, o intérprete é livre para julgar.	Metodologia constitucional apurada, considerando valores e criando conceitos como a derrotabilidade. Toda interpretação jurídica é interpretação constitucional.
Teoria do Direito	Positivismo (exclusivo ou inclusivo)	Neoconstitucionalismo

Por esta construção, *o neoconstitucionalismo como teoria do direito, pode ser compreendido como paradigma 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.*

A afirmação de transformação poderia soar exagerada se fosse considerado apenas aquilo que já vem, separadamente, sendo debatido. O neoconstitucionalismo, entretanto, não se encerra em proposta de teoria de direito, pois também deseja ser proposta de filosofia do direito e proposta de teoria política<sup>5</sup>. São nestas duas últimas, onde se revela a ambição do neoconstitucionalismo e em que aparecem inúmeras divergências. Muitos somente vêem possibilidade de um neoconstitucionalismo como teoria de direito e não querem que o direito invada campos como a moral ou a política. Existem muitos argumentos contrários, mas todos partem da maculação destas associações<sup>6</sup> e da ambigüidade teórica<sup>7</sup>.

Na outra posição, aqueles que apóiam a integração da teoria do direito às duas outras potencialidades vislumbradas no neoconstitucionalismo totalizante - de filosofia política e de filosofia do direito -, desejam que o direito ultrapasse fronteiras jamais trabalhadas com profundidade pelas demais teorias do direito. Nada mais fazem, estes autores, do que maximizar os postulados da conexão entre o direito e a moral - no neoconstitucionalismo como filosofia do direito - e da conexão entre o direito e a política - no neoconstitucionalismo como filosofia política. O campo a ser explorado a partir de então é vasto.

Exemplos do neoconstitucionalismo como filosofia do direito restariam na superação dos estudos das normas meramente descritivas e prescritivas; no papel do cientista do direito como observador externo; na separação entre direito e moral (seja ela

<sup>5</sup> Para ver uma classificação próxima, porém com temas debatidos na Europa - tripartindo o neoconstitucionalismo em teoria do direito, em filosofia política e em teoria do estado - ver Antonio Maia, "As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamentos acerca do neoconstitucionalismo". *In: Revista do Direito do Estado* nº 5, Jan-Mar 2007.

<sup>6</sup> Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Ed. Trotta, 2003.

<sup>7</sup> Suzana Pozzollo, "Un Constitucionalismo Ambíguo". *In: Carbonel, Miguel (coord). Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005.

total ou contingente), enfim de tudo aquilo que representa o *direito exclusivamente como ele é*. Desvincula-se também do direito como deve ser, da moral subjetiva, da filosofia dos valores e das fontes extrajurídicas. A filosofia do direito do neoconstitucionalismo é preocupada: com o cientista do direito conectado ao que ocorre no mundo; com as derivações concretas das leis; com a conexão do direito através de parâmetros de racionalidade e intersubjetivos; com a relação necessária com a moral e com a política, estas guiadas por uma pretensão de correção; com a preocupação de um direito avaliado por critérios de coerência e de proporcionalidade; com o direito exposto por uma sólida teoria da argumentação, enfim um direito que alcança outros patamares até onde ele pode ser. Todos estes conceitos-chave remontam às principais pesquisas em filosofia do direito também integradas pelo neoconstitucionalismo que lhes dá destinação útil<sup>8</sup>, verificadas, sobretudo, na fase de aplicação judicial<sup>9</sup>. Por tudo isso, o neoconstitucionalismo na dimensão de filosofia do direito é atraente tanto para juristas encantados com a filosofia, como para filósofos com vocação para o direito.

Já o neoconstitucionalismo como filosofia política redefine o papel dos elementos do estado num mundo cosmopolita; também tem orientação para ver o impacto das decisões constitucionais na população de uma maneira especial, a participação popular, que surge, por vezes, de uma (ainda crescente) cultura constitucional, já trabalhada no sentido de um sentimento ou patriotismo constitucional. Elementos de Estado, da crise de representatividade, de blocos continentais e de multiculturalismo, tudo isso é debatido dentro e a partir do viés constitucional na dimensão de filosofia política do neoconstitucionalismo<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Ao fazer isso o neoconstitucionalismo retira uma dos principais pesos da filosofia do direito, as inverossímeis acusações de sua pouca aplicabilidade prática.

<sup>9</sup> Não que essa seja a preocupação exclusiva do Direito, pois a fase de produção jurídica - até a fase pré-constitucional - deve ser cuidada pelo neoconstitucionalismo, sobretudo na vertente da filosofia política.

<sup>10</sup> Também podemos enxergar por outro viés, pois pensar, na atual conjuntura, a filosofia do direito ou mesmo a filosofia política dissociadas do direito constitucional é não saber como emergem as questões jurídicas, o que é o mesmo que não “saber o que é Filosofia do Direito, hoje”. Cf. Marcelo Cattoni, *Direito Política e Filosofia*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 136.

Entre essas múltiplas hipóteses de pesquisa, por hora, vamos nos ater a uma em particular, que representa um dos primeiros e mais importantes desenvolvimentos do neoconstitucionalismo: a teoria da interpretação.

### 3. NO NEOCONSTITUCIONALISMO TODA INTERPRETAÇÃO É INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O primeiro dos elementos que se fez notar foi a sobre-interpretção (que é mesmo que a interpretação das leis face a Constituição, no neoconstitucionalismo), que pode ser entendida como a interpretação no neoconstitucionalismo<sup>11</sup>. Foi a produção da hermenêutica constitucional que conformou as estruturas reais de poder à matéria constitucional jusfundamental e sustentou o desenvolvimento de uma produção constitucional de vanguarda. A evolução da interpretação constitucional, acentuadamente marcada nos últimos 60 anos, não parou no tempo, já que continua em expansão como elemento chave do pensamento crítico do direito. Os princípios operaram grande parte dessa transformação, antes última fonte subsidiária, hoje fonte principal, regendo a aplicação das leis. Por isso, toda e qualquer norma jurídica - não só as leis, mas a sua concretização, a jurisprudência - deve condicionar-se à sobre-interpretção dos princípios jusfundamentais. Essa é a característica mais importante do processo de constitucionalização do direito, em suma, a “teoria da interpretação a partir da Constituição parece que já não pode ser a mesma que a teoria da interpretação a partir da lei: as normas constitucionais estimulam outro gênero de raciocínio jurídico.”<sup>12</sup>

A teoria de interpretação constitucional e as técnicas de controle de constitucionalidade misturam-se no exercício da jurisdição constitucional, sobretudo, na tarefa de julgar a constitucionalidade de uma lei, e na tarefa interpretativa acerca dos direitos fundamentais.

<sup>11</sup> Em oposição à tese da interpretação promovida pelo positivismo jurídico. Cf. Prieto Sanchís, **Positivismo y Constitucionalismo**, México: Ed. BEMP, 1999, p. 37.

<sup>12</sup> Cf. Luis Prieto Sanchís, **Positivismo y Constitucionalismo**, citado, p. 22.

A interpretação no neoconstitucionalismo tem um significado ainda mais abrangente. Toda decisão legislativa<sup>13</sup> ou judicial<sup>14</sup> está pré-regulada por uma norma constitucional. A produção legislativa, como todos sabem, é aberta ao controle de constitucionalidade, momento em que a interpretação constitucional mais se manifesta<sup>15</sup>.

*Já o fenômeno que ocorre com a interpretação nas fases de aplicação judicial revela que toda interpretação jurídica - direta ou indiretamente - é interpretação constitucional, de forma que ela não deixa espaços vazios.*

A vinculação do texto constitucional, como tarefa de interpretação, dá-se (1) *de forma direta*, quando a decisão judicial se baseia em um princípio ou em qualquer norma constitucional, aplicada no caso - mencionando-se expressamente o dispositivo constitucional. Aí, aparece a Constituição concretizada.

A interpretação é *indireta em dois momentos*. No primeiro, por um juízo negativo sempre presente, que ocorre quando não se faz menção a uma inconstitucionalidade, o que significa que o dispositivo legal que fundamenta a decisão passou por um juízo negativo com sucesso; em confronto com as normas constitucionais, o dispositivo legal, base para a decisão, sobreviveu - não é com a Constituição incompatível -, juízo antecedente ao próprio exame do mérito concreto.

No segundo momento, é indireta a interpretação constitucional, por um juízo finalístico, já que toda decisão deve cumprir a Constituição e se orientar pelos objetivos nela destacados. Em tese toda decisão deveria orientar-se por atender a um fim constitucional. Como no caso brasileiro da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais que aparecem respectivamente como princípios estruturantes e objetivos da nação e que devem pautar os resultados das produções jurídicas.

<sup>13</sup> Cf. Riccardo Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. In Carbonel, Miguel (coord). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Madrid, Ed. Trotta, 2005, p. 54.

<sup>14</sup> Cf. Luis Roberto Barroso, Prefácio - “O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público”, p. XII-XIII. In: *Interesse Público vs. Interesse Privado*. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2007.

<sup>15</sup> Aí lembramos a atuação da comissão de constituição e justiça, o veto do Presidente da República pela lei contrária à Constituição e todos os demais momentos em que a Constituição é invocada para obstruir ou direcionar um projeto de lei.

*Desses três exercícios de hermenêutica - o direto, o indireto negativo e o indireto finalístico - é que se extrai a inescapável conclusão de que toda interpretação jurídica é antes de tudo uma interpretação constitucional.*

#### **4. MEDIDA DA INTERPRETAÇÃO: INTEGRAÇÃO DO INTÉRPRETE COM O MÉTODO E COM O TIPO DE CASO**

O acentuado avanço da interpretação constitucional permite que se desenvolvam teorias e metodologias constitucionais construtivistas, aptas a responder aos anseios das relações sociais, o que revela o grau de integridade da interpretação no neoconstitucionalismo.

É confiando na capacidade de interpretação do texto constitucional, com força transformadora, que a moldura dos princípios se mostra aberta ao preenchimento e às gradações. A Constituição, com espaços para a sua conformação, leva a uma otimização do texto constitucional, pela capacidade do intérprete e melhor uso do direito, sem excessos.

Interessante realizar juízo de sobre-interpretação acerca do que se entende por *preceito fundamental*. Sabe-se que não é o mesmo que direito fundamental, pois não teria sentido atribuírem-se duas terminologias com significado unívoco. Há quem sustente que preceitos fundamentais, a serem resguardados pela ação de descumprimento, são todas as cláusulas pétreas, acrescidas dos demais direitos fundamentais e dos princípios sensíveis<sup>16</sup>. Esse é um bom ponto de partida, mas que não pode ficar fechado, como aponta Nagib Slaibi, que deixa a cargo da interpretação constitucional a delimitação do que é preceito fundamental<sup>17</sup>, porque tal conteúdo é tópico e pode mudar no tempo - o que não é fundamental pode passar a ser considerado no futuro, em verdadeira mutação constitucional. A expressão *preceito fundamental* possui um conteúdo mínimo, mas sua delimitação é preenchida por via da sobre-interpretação (neo)constitucional.

<sup>16</sup> Cf. Guilherme Peña de Moraes, *Direito Constitucional - Teoria da Constituição*, Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2003, p. 291.

<sup>17</sup> Cf. Nagib Slaibi, *Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 338.

*“Ora, os chamados preceitos constitucionais fundamentais carregaram para a dogmática brasileira a discussão acerca da importância das normas constitucionais, obrigando a que se procedesse a uma distinção pautada não na estrutura interna, mas sim na relevância (externa, axiológica) das normas constitucionais.”<sup>18</sup>*

O preceito fundamental está muito ligado à proteção fundamental do mínimo existencial que o Estado deverá garantir a todo custo - muitos desses preceitos não podiam constar no controle concentrado, como os advindos de lei municipal, ou de leis anteriores à Constituição. Essa é a tarefa dos intérpretes da Constituição. O papel do intérprete deu uma guinada rumo à importância maior, após os trabalhos realizados pela argumentação jurídica que verifica se as opções tomadas pelo intérprete estão de acordo com a justificação produzida. A hermenêutica constitucional, por sua vez, verifica as metodologias utilizadas e os procedimentos aplicados. Vê-se que uma não se aperfeiçoa sem a outra; mais do que nunca, hermenêutica e argumentação jurídica devem ser estudadas de forma conectada, pois a justificação representada pelo intérprete e o processo interpretação, representado pela metodologia constitucional adequada ao caso, se complementam. A eles se junta o problema, isto é, o tipo de caso que deve ser julgado. O tipo de caso estudado, a partir do problema apresentado, passando pelas soluções já apresentadas e eliminando aquelas que não servem, é típico pensamento tópico. Tal raciocínio, comum nos Estados Unidos, ganhou importância desde a tópica e, com a fusão de horizontes, passou a ser uma realidade do nosso direito, o que pode ser verificado com o aumento do interesse pelos precedentes. O tipo de caso, o intérprete e sua argumentação e o método absorveram, respectivamente, com o passar dos anos, elementos de filosofia do direito, como a tópica, a argumentação jurídica e a hermenêutica filosófica.

---

<sup>18</sup> Cf. André Tavares, *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*, São Paulo: Método, 2006, p. 97.

Os momentos de deliberação constitucional são, para muitos, mais importantes do que os momentos de mudança formal do texto constitucional, pois esses momentos extraordinários resultam em transformações constitucionais que devem ser adotadas pelos Tribunais.<sup>19</sup> Mais do que nunca se estudam os casos julgados pelo STF, com as mais variadas análises. Hoje, a tarefa de interpretar o Direito está muito ligada à Constituição e às figuras dos seus intérpretes, a ponto de não se falar quase em hermenêutica jurídica, mas, sim, em interpretação constitucional.

## 5. INTERPRETAÇÃO E METODOLOGIA CONSTITUCIONAL

A hermenêutica constitucional é o campo de estudo da tarefa da interpretação por natureza. A abertura do texto constitucional enterrou, de uma vez por todas, a noção de que somente o texto legal, que não fosse claro, deveria ser interpretado<sup>20</sup>. Toda norma carrega, direta e potencialmente o elemento disposicional de ser interpretado à luz da Constituição. A tarefa de interpretação, como o conhecimento melhor do texto, equivale à tarefa de aplicação do Direito<sup>21</sup>. Não são dois momentos separados, como se imaginava nos estudos da hermenêutica clássica.

O processo de concretização do texto constitucional, sob análise filosófica, nada mais é que o fechamento do círculo hermenêutico, e não de indeterminação como se fazia crer. A concretização da norma constitucional<sup>22</sup>, antes de ser estudada como metodologia constitucional<sup>23</sup>, deve ser vista como finalidade da atividade interpretativa melhor explorada no neoconstitucionalismo.

A metodologia dos trabalhos de interpretação constitucional, embora não ocupe mais o centro do debate constitucional,

---

<sup>19</sup> Cf. José Ribas Vieira, *Teoria da Mudança Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 92.

<sup>20</sup> Konrad Hesse divaga sobre a necessidade de interpretação constitucional toda vez que a Constituição não permita de plano dar uma resposta concludente. Cf. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 35.

<sup>21</sup> Cf. Hans Gadamer, *Verdade e Método I*, 5ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2003, p. 406.

<sup>22</sup> Cf. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1998, p. 1221.

<sup>23</sup> Cf. Konrad Hesse, *A Força Normativa da Constituição*, Porto Alegre: Sergio Antonio Ferris, 1991, p. 58.

merece cuidados e adequamentos. Não existem meta-regras de uso correto das metodologias constitucionais; isso seria um sobreplano metodológico exagerado, em que se daria tanta importância ao conhecimento das metodologias que estariam em um sobreplano, além do direito substancial, dos princípios e das normas constitucionais, que, por sua vez, ainda têm de ser correlacionados aos fatos, pela argumentação jurídica, pelas normas processuais e os demais conhecimentos multidisciplinares, em cada caso; verdadeiro trabalho do juiz Hércules<sup>24</sup>. Estes estudos completos devem ser exigidos dos juízes e representantes das partes nas Cortes Supremas e nos Tribunais, na solução dos casos difíceis e trágicos.

As metodologias de interpretação constitucional devem estar, sim, adequadas à teoria do direito adotada para eliminarem-se, a partir de então, as incoerências entre elas. Nesse sentido, podem perfeitamente ser diferentes as metodologias aplicadas em um mesmo contexto, até em um mesmo caso (caso a decisão seja tomada por órgão colegiado). Bom exemplo é a aplicação do princípio da unidade constitucional, que prega a coerência e a leitura integrada das normas constitucionais, de um lado, com a ponderação, que é critério<sup>25</sup> (para muitos, método<sup>26</sup>; para outros princípio<sup>27</sup>; para outros, regra<sup>28</sup>) para a solução de conflito entre normas constitucionais. Em uma interpretação constitucional mais tradicional, a convivência entre as duas metodologias<sup>29</sup> não era

<sup>24</sup> No sentido de juiz Hércules, usado por Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*.

<sup>25</sup> No sentido de se entender como postulado, cf. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios* (3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003), já como critério de Legitimação, tese defendida por Ricardo Lobo Torres, se aproxima da idéia de critério procedimental, sem conteúdo próprio.

<sup>26</sup> Cf. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*. Citado.

<sup>27</sup> Cf. Luis Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2ª d. São Paulo. Editora Saraiva, 1998.

<sup>28</sup> Cf. Jane Reis, *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Editor Renovar, 2006, p. 362.

<sup>29</sup> Continuamos a considerar a ponderação de interesses critério argumentativo-procedimental, porém, na prática, ela é trabalhada, muitas vezes, como método de trabalho constitucional, além de ser argüida, outras inúmeras vezes, como princípio constitucional. O que importa é utilizá-la corretamente, com o trabalho de suas fases - subprincípios da ponderação -, o seu preenchimento argumentativo, a verificação de direitos fundamentais realmente existentes e não alegados ao vazio. O estudo de parâmetros para limitar os exageros da ponderação e as reais possibilidades de confronto complementam a teoria. A leitura de Alexy parece estruturar norma jurídica em três vertentes, pois além de princípios

tida como possível<sup>30</sup>, ou ao menos questionável. Quando se quer criticar o uso de metodologias constitucionais, aponta-se a unidade e a ponderação como determinantemente antagônicas, o que não corresponde à potencialidade das duas metodologias. Isso se explica pela teoria do direito constitucional, que revela a concepção dos limites da efetividade constitucional em dado momento. Sob uma teoria do direito restritiva e deveras positivista tais metodologias não conseguem conviver no ordenamento. Diversamente, hoje, em uma concepção neoconstitucional, ponderação e unidade constitucional convivem, harmoniosamente, trabalhando-se as duas até em um mesmo caso concreto, sem qualquer prejuízo. O purismo metodológico-constitucional não faz parte da tradição luso-brasileira nem resulta, necessariamente, em aprimoramento jurídico.

Canotilho, por exemplo, ao tratar da interpretação das normas constitucionais, vai ao outro extremo ao elencar todas as metodologias encontradas em outros autores, acrescentando as dimensões da tópica, da argumentação jurídica, da sociologia jurídica (método científico-espiritual), da estrutura da linguagem, com a pragmática, e, ainda um catálogo de princípios da interpretação constitucional, que se misturam a pressupostos constitucionais - como a força normativa da Constituição, a justeza constitucional ou a supremacia da Constituição -, enfim<sup>31</sup>, mistura que revela

---

e regras, aparecem os critérios procedimentais, como, por exemplo, a própria ponderação ou a universalidade. Essa valiosa divisão tripartida da norma é uma das mais valiosas contribuições de Alexy, ainda que ele não tenha incluído as políticas - normas de políticas públicas - para nós complemento essencial para a consideração da norma em quatro fases: princípios, regras, políticas públicas e procedimentos a elas inerentes.

<sup>30</sup> Para tanto, vale ver as críticas de Konrad Hesse quanto à reunião entre a unidade constitucional e a ponderação entre normas constitucionais em conflito (**A Força Normativa da Constituição**, citado, p. 49). Na época que Hesse escreveu a ponderação, tida por ele como metodologia constitucional, não havia sido desenvolvida e aplicada como foi posteriormente aos trabalhos desenvolvidos por Alexy e seus seguidores. O *status* alcançado depois da divulgação da **Teoría de los Derechos Fundamentales** reformulou a aplicação do instituto, visto com outros olhos, a qual, por sua vez, colaborou, e muito, para a instauração do atual momento do neoconstitucionalismo.

<sup>31</sup> Para ver o extenso rol anunciado, vale confrontar, Gomes Canotilho, **Direito Constitucional**, citado, p. 201 a 245. O próprio Canotilho, ao tratar dos princípios da interpretação constitucional estabelece três critérios tão abrangentes, que quase toda a matéria constitucional pode ali ser enquadrada. São os princípios: "(1) relevantes para a decisão (=

que muito do conhecimento acerca da interpretação constitucional pode se transformar em metodologias de trabalho, com uma adaptação do intérprete.

O neoconstitucionalismo não defende critérios de cientificidade metodológica, mas não os despreza. A erudição acerca das diversas metodologias constitucionais aumenta a capacidade de encontrar meios que traduzam com maior respeito possível a força normativa da Constituição e a vontade constitucional. Usar somente os métodos clássicos - interpretação gramatical, histórica, sistêmica e teleológica, resulta em limitar o raio de ação dos intérpretes. A escolha dos métodos traduz as preferências do intérprete até por outros ramos do conhecimento, como a história, a sociologia, a filosofia, a economia, entre outros, que se encaixam, respectivamente, a título sugestivo, nas metodologias histórica, científico-espiritual, tópica e o pragmatismo-consequencialista. O intérprete da Constituição mais preparado deverá utilizar as metodologias mais aptas a defender e tornar efetivo o texto constitucional. Em matérias multidisciplinares, como as que são levadas ao Supremo Tribunal Federal, o correto conhecimento das diversas metodologias constitucionais representará grande reforço na melhor decisão dentre as possíveis. As metodologias múltiplas não são um mal em si, mas seu uso distorcido e abusivo poderá resultar em prejuízo interpretativo.

Um aviso necessário: as metodologias devem ser argumentativamente justificadas, e, quando em um caso similar adotar-se outra metodologia constitucional, em respeito ao princípio da universalidade<sup>32</sup> e da coerência, deve ser justificada, expressamente,

---

resolução) do problema prático (princípio da relevância); (2) metodicamente operativos no campo do Direito Constitucional, articulando Direito Constitucional formal e material, princípios jurídicos funcionais (princípio da interpretação conforme a Constituição) e princípios jurídicos materiais (ex: princípio da unidade da Constituição, princípio da efetividade dos direitos fundamentais); (3) constitucionalmente praticáveis, isto é, susceptíveis de ser esgrimados na discussão de problemas constitucionais dentre da 'base de compromisso' cristalizada nas normas constitucionais (princípio da praticabilidade)". A metodologia não é muito rigorosa, preferindo o mestre português arrolar todo o catálogo sobre interpretação constitucional encontrada, para dar suporte técnico aos estudantes. Cf. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, citado, p. 1186.

<sup>32</sup> Cf. Robert Alexy, *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001.

a nova opção, que pode levar a uma mutação da jurisprudência constitucional. A fidelidade à metodologia utilizada, reiteradamente, em casos similares, e a justificação de maior carga argumentativa adequada no uso de novas metodologias são muito mais importantes, no exercício da prática forense, do que criar novas metodologias de interpretação.

Um dos motivos pelo qual a metodologia constitucional perdeu a hegemonia no discurso jurídico foi a percepção de que metodologias diversas podem levar a um mesmo resultado - embora isso não aconteça repetidamente - e, mais, uma mesma decisão, que não mencione expressamente a metodologia constitucional utilizada, ao ser analisada por diferentes intérpretes, pode apontar leituras metodológicas distintas sobre o mesmo texto. Daí assiste razão a Gadamer quando afirma que, depois de escrito, o texto não pertence ao autor, pois o texto “fala” com o intérprete. E tal se verifica nos livros, artigos, sentenças proferidas que, muitas vezes, ganham destinação para além - quando não diversamente - da vontade original do autor<sup>33</sup>.

A sobre-interpretação da Constituição -, com essa gama de metodologias existentes -, a ser exercida com liberdade e responsabilidade, é defendida em um estágio de alto desenvolvimento constitucional. No neoconstitucionalismo este estágio é alcançado com o correto aproveitamento dos critérios argumentativo-procedimentais, como a razoabilidade, a proporcionalidade, a coerência e a universalidade, não só no mérito e no direito processual, mas também no debate sobre a metodologia constitucional, sobretudo, quando ela for diferente da costumadamente usada, mal-aplicável, ou de contexto duvidoso. Tal debate encerra um ciclo constitucional de mais alto refinamento, como já foi observado na Suprema Corte dos Estados Unidos.

---

<sup>33</sup> Cf. Hans Gadamer, *Verdade e Método II*, Petrópolis, Editora Vozes, 2002, p. 507. Vale lembrar que Gadamer, até pelo momento histórico vivido, é grande crítico da importância do método, isto é, do exagero metodológico que impregnava as ciências, em especial a hermenêutica. Cf. *Verdade e Método I*, citado, p. 29 e *Verdade e Método II*, p. 389.

## 6. INTERPRETAÇÃO NEOCONSTITUCIONAL E A DESCOBERTA DA DERROTABILIDADE

Um importante tema identificado com a interpretação constitucional, a *interpretação conforme a Constituição merece ampliações e (três) possibilidades de usos no neoconstitucionalismo*. Tais usos serão de grande aplicabilidade no direito constitucional brasileiro. Trata-se de ver as possibilidades de interpretar as leis à luz da Constituição.

É, sem dúvida, terminologia polissêmica e pouco explorada a interpretação conforme a constituição - ao menos em suas outras duas acepções. Para começar, alguns entendem que é apenas técnica de controle de constitucionalidade, já outros alegam que é matéria de interpretação constitucional, antes de tudo. Sobre a impropriedade em se identificar a interpretação conforme a Constituição como regra de interpretação constitucional, André Tavares afirma:

*“A interpretação conforme a Constituição haveria de ser melhor entendida como um método de trabalho desenvolvido dentro da atividade de controle de constitucionalidade do que como, propriamente, mais uma fórmula puramente interpretativa.”*<sup>34</sup>

Luis Roberto Barroso entende diversamente, pois considera a interpretação conforme antes de tudo, técnica de interpretação constitucional. Alega o autor que qualquer interpretação que tenha como parâmetro a Constituição é interpretação constitucional, portanto, ao se excluírem interpretações de um dispositivo, a Constituição é a verdadeira fonte da valoração.

Para o neoconstitucionalismo, a interpretação conforme a Constituição tem três significados e o *primeiro deles é literal*, ou seja, o de interpretar as leis à luz da Constituição. Esse significado tem sido esquecido, equivocadamente, pois a menção de um dispositivo à luz de sua direção constitucional é interpretação conforme a Constituição, ainda que a única extraível da norma. O

<sup>34</sup> Cf. André Tavares, *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*, citado, p. 135.

contrário seria negar o sentido lingüístico da expressão: o de que toda lei deve passar por um crivo de constitucionalidade, ou como afirmamos anteriormente, um juízo indireto negativo. Este exercício, na maioria das vezes imperceptível e não expresso, é interpretação conforme a Constituição. A doutrina, todavia, somente lembra o segundo sentido.

O *segundo sentido* é o da interpretação conforme ocorre quando está presente mais de uma hipótese interpretativa, momento em que o tribunal competente dirá qual delas está mais apropriada ao texto constitucional. É uma maneira de salvar a norma legal e firmar orientação constitucional. Este é o sentido freqüentemente atribuído pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Exemplos podem ser pensados em lei que tenha mais de uma possibilidade interpretativa, quando o tribunal aponta qual interpretação é inconstitucional - e, portanto, não pode mais ser realizada - e assim salva o teor da norma. A norma escrita é preservada e uma interpretação é proibida. Bom exemplo brasileiro ocorreu com a promulgação do Estatuto do Idoso. Os artigos 75-77 regulavam a necessária participação do Ministério Público em todos os processos em que pessoa com mais de 60 anos fosse parte.<sup>35</sup> Isso levaria a um prejuízo para o Ministério Público e atrasaria todos os processos em que idosos estivessem envolvidos. Ao julgar a questão, o STF decidiu que se tratava do caso de interpretar conforme a Constituição, os dispositivos - art. 75-77 do Estatuto do Idoso -, para dar sentido a intervenção por parte do Ministério Público somente nas lides em que o idoso se encontrasse desprotegido ou com necessária atenção especial. Os dispositivos restaram preservados, apenas a interpretação que entendesse obrigatória a participação do Ministério Público em todos os feitos de idosos é que não poderia mais ser aplicada.

<sup>35</sup> Lei nº 10.741/2003: Art. 75. Nos processos e procedimentos em que não for parte, atuará obrigatoriamente o Ministério Público na defesa dos direitos e interesses de que cuida esta Lei, hipóteses em que terá vista dos autos depois das partes, podendo juntar documentos, requerer diligências e produção de outras provas, usando os recursos cabíveis.  
Art. 76. A intimação do Ministério Público, em qualquer caso, será feita pessoalmente.  
Art. 77. A falta de intervenção do Ministério Público acarreta a nulidade do feito, que será declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado.

O *terceiro sentido da interpretação conforme a Constituição* é verificado somente no caso concreto, quando, excepcionalmente os efeitos da regra são retirados, por uma situação excepcionalmente não prevista (*post factum*). O terceiro uso da interpretação conforme a Constituição é sinônimo de derrotabilidade da norma-regra, que funciona como uma propriedade disposicional que aparece no neoconstitucionalismo. Lembrando as lições de Alfonso Figueroa<sup>36</sup>, a propriedade disposicional não se manifesta de forma plena, somente quando dadas certas circunstâncias *post factum*, ela poderá se manifestar. Distinta é uma propriedade categórica, que é imanente, automática e plena e sempre se manifestará. A disposicionalidade dos princípios vem sendo argüida, e quanto a isso não há dúvida pela sua abertura e gradação. O que defendemos, contudo, é permitir ir além com a disposicionalidade das regras. Sempre se ensinou que elas valem no tudo ou nada e que não são decididas por ponderação e isso continua valendo. Ocorre que as regras em situações excepcionais, que não cumpram o objetivo ou a finalidade constitucional, devem ser derrotadas, e como consequência devem ser afastadas do caso concreto e não formar jurisprudência.

Esse é um dos grandes avanços sustentados pelo neoconstitucionalismo, pois afasta as exceções que combatem a ponderação, sobretudo para aqueles que se afirmam em (errada) concepção de que as regras se resolvem por ponderação. Esse raciocínio - de que as regras se resolvem por ponderação - advindo da filosofia analítica desconstrutivista, no fundo almeja afastar o uso da ponderação e limitar a principiologia constitucional. São, na verdade, exemplos excepcionais, buscados para romper com a ordem da ponderação, dos princípios da lógica neoconstitucional. Mas, na verdade, esses exemplos têm carga de derrotabilidade e ficam encaixados na teoria de direito neoconstitucionalista pelo terceiro sentido da interpretação conforme a constituição. A derrotabilidade ou terceiro sentido de interpretação conforme a constituição mantém o funcionamento do sistema (neo)constitucional, sem abalos. Muitas das afirmações para deslegitimar a ponderação,

<sup>36</sup> Cf. Alfonso García Figueroa, "La Teoría del Derecho en Tiempos del Neoconstitucionalismo". In: Carlos, Miguel (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Madrid. Editora Trotta, 2005.

como as realizadas por Humberto Avila, no Brasil,<sup>37</sup> ou os exemplos trazidos por Frederick Schauer,<sup>38</sup> caem por terra. Eles são, na verdade, hipóteses de derrotabilidade da norma.

## 7. CONCLUSÃO

O caminho trilhado para a construção e aceitação de uma teoria do direito não é nada fácil. A reconstrução exposta apresenta o neoconstitucionalismo como a teoria de direito mais afeiçãoada às propostas jurídicas existentes no Brasil. De uma só vez dá uma opção aos críticos da teoria *geral* do direito, fornecendo uma proposta de direito útil, que satisfaz os anseios da sociedade, ao apresentar um direito transformador e que reúne dispersas construções da doutrina e da jurisprudência constitucional, formando uma proposta integradora. Ademais, as meramente citadas potencialidades do neoconstitucionalismo desdobram-se em fascinantes possibilidades de pesquisa. Já era hora de pensar o direito constitucional conectado à filosofia.

Destacamos neste *paper* o papel revitalizado da interpretação no neoconstitucionalismo, o qual é significativo, pois atesta a capacidade dos intérpretes da Constituição de um país, afasta-se do positivismo jurídico - que veda a interpretação fora da moldura - e do jusnaturalismo - que busca valores externos ao sistema - e concretiza a pretensão de correção.

A concretização das transformações na interpretação se dá nos momentos de aplicação, legitimação e fundamentação dos seus elementos práticos. O neoconstitucionalismo postula uma interpretação da Constituição, em todos os momentos, pois toda interpretação jurídica é interpretação constitucional, como cabalmente ficou demonstrado, seja nos momentos diretos, seja nos momentos indiretos (negativo e objetivo).

A teoria da interpretação não pode ser vista com olhar fragmentado, pois os intérpretes - da constituição aberta e axiológica - devem estar em igual grau de importância às metodologias, ao

<sup>37</sup> Cf. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, citado.

<sup>38</sup> Cf. Frederick Schauer, *Playing by the rules*. Claredon Press, Oxford, 2002.

caso e aos precedentes considerados. Todos estes elementos interpretativos devem ser integrados pela filosofia do direito.

A derrotabilidade deve ser difundida como um conceito-chave que afeta a prática e impõe revisão das críticas dirigidas ao aproveitamento de uma teoria pró-princípios. A derrotabilidade ou terceira forma de interpretação conforme a constituição começa a ser desenvolvida, e tem tudo para alcançar as cortes constitucionais.

Resta dizer que tudo aqui foi afirmado com base em um conteúdo jurídico existente, contextualizado na Constituição, enfim, basta que se divulgue e aplique o Direito direito. 📄