

O Novo Constitucionalismo e a Interpretação Constitucional

Inocência Mártires Coelho

Presidente do IDP

SUMÁRIO: 1 Pluralismo existencial e pluralismo constitucional. Pluralidade de mundos constitucionalmente possíveis. O pluralismo como valor pré-constitucional e como princípio jurídico; 2 A constituição como estatuto jurídico do fenômeno político. A idéia de "constituição aberta" como texto receptivo a fatores axiológicos, ideológicos e socioculturais externos à sua normatividade e como ordenamento *de e para* a liberdade. Mudança com permanência do que não deve ser mudado: as decisões políticas fundamentais para a democracia; 3 O pluralismo político: sentido e alcance. Pluralismo na *polis*: pluralismo jurídico, político, econômico, étnico, lingüístico, religioso, educacional, científico, cultural etc. Pluralismo, democracia e tolerância. As sociedades avançadas e o *fato do pluralismo* como meio e modo de desenvolvimento da personalidade e de formação para o exercício da cidadania; 4 A "materialização" e a força normativa da constituição. Do apogeu da lei ao império da constituição. O efeito irradiador das normas constitucionais e da sua interpretação; 5 A constituição como sistema aberto de regras e de princípios e suas implicações hermenêuticas; 6 Distinção entre princípios e regras e sua relevância para a interpretação constitucional. As normas constitucionais como enunciados principiológicos. A ausência de hierarquia entre os princípios constitucionais e a conseqüente substituição de uma *ciência* para a sua articulação por uma *prudência* na sua ponderação; 7 Pluralismo, pré-compreensão, perspectivismo e intersubjetivismo na interpretação constitucional. Objetividade como intersubjetividade; 8 Pluralismo de métodos e de princípios hermenêuticos como decorrência da abertura e indeterminação dos enunciados constitucionais. Pré-compreensão e escolha das regras de interpretação. A pluralidade dos recursos hermenêuticos como veículo da liberdade dos operadores do direito; 9 Métodos e princípios da interpretação constitucional: resumo e crítica; 9.1 Métodos da interpretação constitucional; 9.2 Princípios da interpretação constitucional; 10 O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional; 11 A onipotência judicial e o deslocamento das grandes decisões políticas do Legislativo e do Executivo para o Judiciário; o século XIX e o apogeu do Legislativo; o século XX e a primazia do Executivo; o século XXI e a onipotência do Judiciário; 12 A posição institucional das cortes constitucionais e o controle jurisdicional da vida política a partir da "defesa" da constituição. Os tribunais constitucionais são guardas da constituição, e não testamenteiros do poder constituinte. A *palavra final* com os menos perigosos; 13 A necessidade de "controle do controle" para preservar a independência e a harmonia entre os poderes. O direito fundamental à *igualdade do método* e o dever de fundamentação das decisões como imperativo constitucional. Funda-

mentação interna e fundamentação externa: fundamentação da fundamentação ou fundamentação mias *profunda*. Estado *judicial* de direito ou Estado *constitucional* de direito? 14 O direito constitucional como "conjunto de matérias de construção" e o papel dos métodos e princípios da interpretação constitucional para ordenar o uso desses materiais. O trabalho dos intérpretes/aplicadores e a bagagem de padrões hermenêuticos da jurisprudência constitucional como parte integrante da constituição; 15 Limites da interpretação constitucional; 16 Mutações constitucionais.

1 PLURALISMO EXISTENCIAL E PLURALISMO CONSTITUCIONAL. PLURALIDADE DE MUNDOS CONSTITUCIONALMENTE POSSÍVEIS. O PLURALISMO COMO VALOR PRÉ-CONSTITUCIONAL E COMO PRINCÍPIO JURÍDICO

O ponto de partida destas reflexões é fundamentalmente de ordem filosófica, radicando-se no conceito metafísico de *pessoa* como singularidade e liberdade. É que, embora substancialmente iguais, como seres dotados de razão, também somos essencialmente diferentes, enquanto singularidades vocacionadas a decidir livremente sobre o nosso destino. O *pluralismo*, portanto, antes de ser um conceito jurídico ou político, é um valor filosoficamente ligado à idéia de pessoa.

Nesse sentido, a pessoa é uma categoria ontológica e pré-constitucional que há de ser considerada pelo constituinte como valor que dá suporte aos demais valores ou como valor-fonte da experiência ética. Em razão disso, todo ato constituinte, como decisão básica sobre o modo de ser da sociedade e do Estado, está desde o início condicionado por esse pressuposto fundamental, que, mesmo não mencionado expressamente nos textos constitucionais, ainda assim neles se presume existente como condição de legitimidade daquela decisão inaugural.

Em síntese, dado o *fato do pluralismo*, é a própria sociedade quem dispõe, em plebiscitos diários – como diria Renan¹ –, acerca do seu modo de viver, isto é, sob que princípios, regras, valores e diretrizes quer se organizar e, afinal, continuar existindo.

Como, por outro lado, é da essência da vida a constante mudança – *ninguém se banha duas vezes no mesmo rio* –, a sociedade continuamente renova ou reafirma aquelas decisões fundamentais, seja reformando a sua Carta Política, seja emprestando-lhe novos significados, por meio das chamadas mutações constitucionais, que outra coisa não significam senão leituras distintas e temporalmente adequadas desse mesmo texto fundador. Lembremos, a propósito, o ensinamento de Karl Loewenstein em célebre

1 Ernest Renan. Qu'est-ce qu'une nation? In: *Discours et Conférences*. Paris: Calmann-Lévy, [s.d.]. p. 307.

passagem da sua *teoria da constituição*, a nos dizer que qualquer carta política, embora integre apenas o *statu quo* existente ao tempo da sua promulgação, ainda assim, como todo ser vivo, jamais se conserva idêntica a si mesma, sujeita que está ao *panta rhei* heraclitiano da eterna transformação².

2 A CONSTITUIÇÃO COMO ESTATUTO JURÍDICO DO FENÔMENO POLÍTICO. A IDÉIA DE “CONSTITUIÇÃO ABERTA” COMO TEXTO RECEPTIVO A FATORES AXIOLÓGICOS, IDEOLÓGICOS E SOCIOCULTURAIS EXTERNOS À SUA NORMATIVIDADE E COMO ORDENAMENTO DE E PARA A LIBERDADE. MUDANÇA COM PERMANÊNCIA DO QUE NÃO DEVE SER MUDADO: AS DECISÕES POLÍTICAS FUNDAMENTAIS PARA A DEMOCRACIA

Fruto de uma decisão essencialmente política, toda lei fundamental deve ser vista e vivenciada como o *estatuto do poder*, não de qualquer poder, é claro, mas tão-somente do poder socialmente democrático, pois do contrário não há sequer falar em constituição.

A idéia de *constituição aberta*, por outro lado, tal como desenvolvida pelo jurista Pablo Lucas Verdú em *A constituição aberta e seus “inimigos”*³, é caudatária imediata do pensamento de Peter Häberle acerca da *sociedade aberta dos intérpretes da constituição*⁴ e, mediatamente, das reflexões pioneiras de Karl Popper na sua obra mestra *A sociedade aberta e seus inimigos*⁵, à qual se reportam não apenas Peter Häberle, mas todos quantos se dedicaram ao tema da democracia como pedra fundamental das sociedades políticas.

A despeito dessa filiação doutrinária, convém esclarecer que os “inimigos” da *constituição aberta* de Pablo Lucas Verdú – como ele explica⁶ – não são os mesmos da *sociedade aberta* de Karl Popper, antes se identificando com os adversários da *sociedade aberta dos intérpretes da constituição*, de Peter Häberle, cuja proposta hermenêutica aponta para a necessidade de se abrir a interpretação constitucional para outras instâncias sociais – que não apenas os agentes oficiais – porque todos os que vivem a constituição são *agentes conformadores da realidade constitucional e forças produto-*

2 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1976. p. 164.

3 VERDÚ, Pablo Lucas. *A constituição aberta e seus “inimigos”*. Madrid: Ediciones Beramar, 1993.

4 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

5 POPPER, Karl R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1974.

6 VERDÚ, Pablo Lucas. *A constituição aberta e seus “inimigos”*, p. 60-64.

ras de interpretação ou, se preferirmos, verdadeiros *fragmentos de constituição*, como *fatores reais de poder* que, necessariamente, estão presentes em toda carta política, como afirmou Lassalle, em 1862, na célebre conferência sobre a *essência da constituição*⁷.

Pois bem, esclarecendo o que entende por constituição *aberta*, diz-nos Pablo Lucas Verdú que é aquela carta política em que o texto e a sua interpretação são receptivos à influência de fatores axiológicos, ideológicos, sociais e culturais externos à sua normatividade formal, o que, de resto, coincide com o entendimento de outros juristas, como Friedrich Müller, por exemplo, para quem o teor literal de qualquer prescrição de direito positivo é apenas a “ponta do *iceberg*”, sendo todo o resto – talvez o mais significativo – constituído por fatores extralingüísticos, que, mesmo se o desejássemos, não poderiam ser fixados no texto dos enunciados jurídicos⁸.

Essa abertura, por outro lado, conquanto necessária para manter vivas e operantes as constituições, não pode dissolver a normatividade constitucional em um dinamismo absoluto que frustraria os seus objetivos como instrumento de ordenação/estabilização democrática da vida social. Noutras palavras, a constituição deve se manter aberta para que se mude o que nela deva ser mudado, mas, ao mesmo, fechar-se a novas decisões sobre aquilo que a experiência histórica já identificou como essencial à própria idéia de constituição e de Estado Democrático de Direito:

- a) império da lei: lei como expressão da vontade geral;
- b) divisão de poderes: legislativo, executivo e judicial;
- c) legalidade da administração: atuação conforme a lei, com suficiente controle judicial;
- d) direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal e efetiva realização material.

3 O PLURALISMO POLÍTICO: SENTIDO E ALCANCE. PLURALISMO NA *POLIS*: PLURALISMO JURÍDICO, POLÍTICO, ECONÔMICO, ÉTNICO, LINGÜÍSTICO, RELIGIOSO, EDUCACIONAL, CIENTÍFICO, CULTURAL ETC. PLURALISMO, DEMOCRACIA E TOLERÂNCIA. AS SOCIEDADES AVANÇADAS E O *FATO DO PLURALISMO COMO MEIO E MODO DE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E DE FORMAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA*

Muito embora a constituição brasileira, assim como tantas outras, utilize a expressão *pluralismo* agregando-lhe o adjetivo *político*, o que, à primeira

7 LASSALLE, Fernando. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988. p. 11-19.

8 MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 45.

vista, poderia sugerir a idéia de que esse princípio se refere apenas às preferências políticas e/ou ideológicas da sociedade, a sua abrangência é muito maior, significando pluralismo na *polis*, ou seja, um direito fundamental à *diferença* em todos os âmbitos e em todas as expressões do viver coletivo – tanto nas escolhas de natureza política quanto nas de caráter econômico, social e cultural – um direito fundamental, portanto, cuja essência Arthur Kaufmann logrou traduzir em frase de rara felicidade: *não só, mas também*⁹.

Destarte, falar em pluralismo político significa dizer que, respeitadas as poucas restrições estabelecidas na própria lei fundamental – pois nesse terreno é imperativa a *reserva de constituição* –, o indivíduo é livre para se autodeterminar e levar a sua vida como bem quiser, imune à intromissão de terceiros, provinda do Estado ou de particulares.

O mesmo se diga da idéia de *tolerância* – intimamente associada ao conceito de pluralismo – a significar que ninguém pode ser vítima de preconceitos, de ódio ou de perseguição pelo simples fato de ser diferente, como, infelizmente, tem acontecido no curso da História, em que pesem os esforços de quantos – ao que parece até agora pregando no deserto – nos advertem de que *o normal é ser diferente* e que os traços característicos de cada indivíduo não devem ser vistos como estigmas, mas, ao contrário, como expressão da metafísica singularidade das pessoas enquanto criaturas substancialmente distintas das demais.

Atente-se, a propósito, para bem delinear esse conceito, sobre o que nos diz Ricoeur¹⁰ a respeito das fases por que passou *o fato do pluralismo* até chegarmos aos dias atuais, em que se proclama o direito à diferença como inerente à própria dignidade da pessoa humana: a) inicialmente, tolera-se o que se desaprova, *mas não se pode impedir*; b) a seguir, tenta-se compreender as convicções contrárias às nossas, *mas sem aderir a elas*; c) finalmente, reconhece-se o *direito ao erro*, ou seja, o direito que todo indivíduo possui de acreditar no que bem entender e de levar a vida como lhe convier, com a só condição de que as suas escolhas pessoais não causem prejuízo a outrem, nem impeçam o exercício de igual direito pelos demais integrantes da comunidade.

4 A “MATERIALIZAÇÃO” E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. DO APOGEU DA LEI AO IMPÉRIO DA CONSTITUIÇÃO. O EFEITO IRRADIADOR DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E DA SUA INTERPRETAÇÃO

Diferentemente do constitucionalismo tradicional, que se desenvolveu a partir do século XIX em torno do art. 16 da *Declaração dos Direitos do*

9 KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. p. 520.

10 RICOEUR, Paul. Etapa atual do pensamento sobre a intolerância. *A intolerância*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 20-23.

Homem e do Cidadão, uma vigência cultural em que se proclamava a soberania da lei em detrimento da constituição, relegada à condição de simples instrumento de organização do poder e/ou de distribuição de competências entre os órgãos da soberania estatal; diferentemente disso, o constitucionalismo dos nossos dias encara a lei fundamental como uma unidade material em que se consubstancia determinada ordem de valores, a todos oponível, sobretudo e imediatamente ao legislador, seu intérprete/aplicador ordinário, que, em razão dessa mudança de paradigma, já não dispõe do texto constitucional para dele extrair comandos – segundo a doutrina kelseniana – em que *todo e qualquer conteúdo pode ser direito*¹¹.

É nesse sentido que se fala da *materialização* das constituições contemporâneas como repositórios de valores e princípios que, por vezes, se qualificam como prévios à própria elaboração constitucional, em confronto direto com a velha concepção do poder constituinte dito originário, que a doutrina tradicional usualmente qualifica como *inicial, autônomo e incondicionado*, mesmo sabendo que essa assertiva não passa de uma ficção, isto é, de um procedimento consistente em supor um fato ou uma situação diferentes da realidade para daí deduzir conseqüências jurídicas que, no caso, não resistem ao teste de *falsificação* diante das concretas experiências constitucionais. Essa nova postura, por outro lado, implica considerar-se a constituição como *reserva de legitimidade e fonte* do direito em sentido pleno, isto é, como sede de direitos e garantias fundamentais imediatamente aplicáveis – CFB, art. 5º, § 1º –, e não apenas como fonte das fontes do direito. Nisso consiste, em resumo, a *força normativa* da constituição que destronou a lei do pedestal em que se encontrava, pelo menos desde o século XVIII, para submetê-la a controles de validade formal e material, à luz das regras e dos princípios da Lei Maior. Quanto ao efeito irradiador das normas constitucionais e, por via de conseqüência, também da sua interpretação – principalmente em sede de jurisdição constitucional –, trata-se de um fenômeno que decorre, igualmente, da supremacia e da normatividade da constituição, na medida em que as normas de menor hierarquia têm na Lei Maior o seu referente fundamental e na interpretação dos seus dispositivos o vetor hermenêutico para a compreensão da totalidade do ordenamento jurídico.

Tudo isso, no entanto, pressupõe algo mais, ou seja, a *guarda* da constituição, confiada a tribunais supremos e independentes, institucionalmente situados fora e acima da tradicional tripartição dos poderes do Estado, como ressalta Cappelletti¹². É que, onde não existe controle de constitucionalidade, a rigor não há sequer falar em constituição como norma suprema porque, equiparada à legislação ordinária e desprovida de eficácia para avaliar a sua legitimidade, a Lei Maior se apequena e já não pode servir de fundamento de validade para o restante do ordenamento.

11 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974. p. 10.

12 CAPPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, p. 38, v. 3, 1961.

Não por acaso, mesmo Hans Kelsen, a despeito de todo o seu formalismo, viu-se na contingência de reconhecer que uma ordem jurídica como um todo, ou uma norma jurídica em particular, perde a *validade* – que para ele significava *existência* – quando deixa de ser *eficaz*¹³.

A propósito, lembre-se, agora com Loewenstein, que só as constituições *normativas* – porque efetivamente dirigem o processo político – são dignas desse nome, sendo imprestáveis, para tal efeito, tanto as constituições *nominais*, de eficácia precária, quanto as cartas puramente *semânticas*, que não passam de simulacros de constituição, na medida em que nada dirigem, mas apenas “legitimam” a vontade dos *donos do poder*¹⁴. Em síntese, *supremacia da constituição*, *controle de constitucionalidade* e *jurisdição constitucional soberana* se integram e se complementam, mutuamente, para qualificar o Estado Contemporâneo como Estado *Constitucional* de Direito ou, se preferirmos, como Estado *Judicial* de Direito, dado o crescente protagonismo político do Judiciário, sobretudo dos órgãos da jurisdição constitucional, sem que isso implique quer a politização da justiça, quer a judicialização da política.

5 A CONSTITUIÇÃO COMO SISTEMA ABERTO DE REGRAS E DE PRINCÍPIOS E SUAS IMPLICAÇÕES HERMENÊUTICAS

Quando se qualifica a constituição como um sistema aberto de regras e de princípios o que se quer dizer, antes de tudo, é que os seus enunciados compreendem não apenas regras, mas também princípios, com prevalência desta segunda espécie normativa como normas genuinamente constitucionais; mais ainda, que o seu texto não só admite como até mesmo exige distintas e cambiantes interpretações, em ordem a contemplar, à luz dos valores do pluralismo e da tolerância, uma infinidade de mundos *constitucionalmente* possíveis, mas isso tudo sem prejuízo da *unidade* da constituição como cânone hermenêutico fundamental.

6 DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS E SUA RELEVÂNCIA PARA A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. AS NORMAS CONSTITUCIONAIS COMO ENUNCIADOS PRINCIPIOLÓGICOS. A AUSÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A CONSEQÜENTE SUBSTITUIÇÃO DE UMA *CIÊNCIA* PARA A SUA ARTICULAÇÃO POR UMA *PRUDÊNCIA* NA SUA PONDERAÇÃO

Das mais importantes para prática do direito, sobretudo do direito constitucional, essa distinção tem como base a estrutura normativo-mate-

13 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 40-42.

14 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*, cit., p. 216-222.

rial dos princípios jurídicos que integram a parte *dogmática* das constituições, com enormes reflexos na sua interpretação/aplicação e no próprio reconhecimento da especificidade da hermenêutica constitucional.

Em que pese a diversidade das teorias que pretendem apontar diferenças *qualitativas* entre regras e princípios, há um certo consenso em distinguir essas espécies normativas, levando em conta o fato de que, enquanto as *regras* possuem hipóteses de incidência ou supostos fáticos e conseqüências jurídicas previamente definidos, segundo a fórmula *se A, então B*, os *princípios* são enunciados abertos e indeterminados, nos quais não se identificam *a priori* esses elementos estruturais, do que decorre que a sua interpretação/aplicação, melhor dizendo, a sua *concretização*, fica sempre a depender das circunstâncias do caso concreto e do modo como, a seu critério – obviamente de modo fundamentado –, os operadores do direito tornam efetivos esses enunciados.

Como, por outro lado, a constituição não hierarquiza tais princípios, antes lhes confere igualdade de tratamento – até porque, numa sociedade aberta e pluralista, essa opção é um dado prévio à própria elaboração constitucional – muitos desses enunciados, sobretudo aqueles em que se consubstanciam direitos fundamentais, são mutuamente conflitantes, o que afasta desde logo a idéia de se cogitar de uma *ciência* para a sua articulação, substituída, por isso mesmo, pela *prudência* na sua ponderação.

7 PLURALISMO, PRÉ-COMPREENSÃO, PERSPECTIVISMO E INTERSUBJETIVISMO NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. OBJETIVIDADE COMO INTERSUBJETIVIDADE

Partindo-se do *fato do pluralismo* como prévio à decisão constituinte e da sua concreta positivação como princípio constitucional, tem-se como conseqüência compreender a constituição como *ordem aberta*, cujos enunciados, como dissemos, não só admitem como até mesmo exigem diversificadas leituras, de modo a preservar a unidade política e, conseqüentemente, as instituições democráticas.

Admitida, por outro lado, a pré-compreensão como um dado de realidade que limita e/ou condiciona a nossa visão das coisas, impõe-se assumir o perspectivismo como forma concreta, embora parcial, de apreensão dos objetos – tanto os objetos físicos quanto os espirituais – assim como a integração de outras perspectivas, vale dizer, de pontos de vista distintos dos nossos se quisermos ter acesso à totalidade do real.

Admitido esse ponto de partida, de resto comprovado pelas nossas vivências individuais, e reconhecida a impossibilidade de um conhecimento objetivo, sobretudo no âmbito das *coisas do espírito* – onde está situado o direito – emerge, naturalmente, o intersubjetivismo como procedimento ade-

quado para se alcançar, pragmaticamente, um mínimo de objetividade na interpretação das normas jurídicas, em geral, e dos preceitos constitucionais, em particular. Nesse sentido, considera-se *objetiva* aquela interpretação que for aceita pela maioria da comunidade hermenêutica, precisamente porque, atendo-se a cânones hermenêuticos socialmente compartilhados, assumiu como critério redutor de equívocos a busca *cooperativa* da verdade.

8 PLURALISMO DE MÉTODOS E DE PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS COMO DECORRÊNCIA DA ABERTURA E INDETERMINAÇÃO DOS ENUNCIADOS CONSTITUCIONAIS. PRÉ-COMPREENSÃO E ESCOLHA DAS REGRAS DE INTERPRETAÇÃO. A PLURALIDADE DOS RECURSOS HERMENÊUTICOS COMO VEÍCULO DA LIBERDADE DOS OPERADORES DO DIREITO

Parafraseando Gomes Canotilho¹⁵, devemos enfatizar que, atualmente, a interpretação constitucional deve ser vista como um *jogo concertado* de complementações e restrições recíprocas entre os diferentes *métodos e princípios* de que se utilizam os realizadores da constituição.

Por outro lado, em razão dessa variedade de recursos hermenêuticos e do modo, até certo ponto desordenado, como eles são utilizados, o primeiro e grande problema com que se defrontam os intérpretes/aplicadores da constituição parece residir, de um lado e paradoxalmente, nessa riqueza de possibilidades e, de outro, na inexistência de metacritérios que possam validar a escolha dos seus instrumentos de trabalho e resolver seus eventuais conflitos, seja em função dos *casos* a decidir, das *normas* a manejar ou, até mesmo, dos *objetivos* a se atingir em determinada situação hermenêutica, o que, tudo somado, aponta para a necessidade de um *balançar de olhos* entre o programa normativo e o âmbito normativo, entre a norma e a situação normada, tendo como eixo o valor *justiça*, em permanente configuração.

Em suma, desprovidos de uma teoria que sustente a seleção dos métodos e princípios com que trabalham a constituição, seus intérpretes/aplicadores acabam escolhendo esses instrumentos ao sabor de sentimentos e intuições pessoais – em resumo, a sua *pré-compreensão* –, um critério evidentemente aleatório que talvez lhes pacifique a consciência, mas que nada nos dirá sobre a racionalidade das suas opções.

Afinal de contas – para ficarmos apenas no âmbito das *leituras* da lei fundamental – o que significam, objetivamente, expressões tais como *unidade da constituição, concordância prática, interpretação conforme, exati-*

15 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1084.

dão funcional ou *máxima efetividade*, com que se rotulam os princípios da interpretação constitucional, se essas locuções, também elas, estão sujeitas a contradições e conflitos de interpretação? A que resultados, minimamente controláveis, podemos chegar partindo de métodos assemelhados e cuja esotérica denominação – *tópico-problemático*, *hermenêutico-concretizador*, *científico-espiritual* ou *normativo-estruturante*, por exemplo – mais confunde do que orienta os que adentram o labirinto da sua utilização? Como aplicar, com segurança, por exemplo, o multifuncional princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, essa espécie de *vara de condão* de que se valem as cortes constitucionais – e não apenas elas – para operar milagres que espantam crentes e ateus? Como usar, enfim, a velha tópica jurídica, se não existe acordo nem mesmo sobre o que significam os seus *tópicos* e se todos os que dela se utilizam parecem fazê-lo na exata medida em que, para qualquer problema, ela fornece enunciados a gosto do freguês?

Apesar de todas essas incertezas, existem juristas, hoje em maioria, que enaltecem as virtudes dessa riqueza instrumental com o argumento de que, em face da extrema complexidade do trabalho hermenêutico, todo pluralismo é saudável, não se constitui em obstáculo, antes colabora para a descoberta da verdade e, *racionalmente* aproveitado, em vez de embaraçar os operadores jurídicos, acaba ampliando o seu horizonte de compreensão e lhes facilitando a realização do direito. Nessa perspectiva, pode-se dizer que não passa de romantismo a idéia de um “retorno a Savigny”, cujos *elementos* da interpretação – *gramatical*, *lógico*, *histórico* e *sistemático* –, por demais simples, seriam insuficientes para *decodificar* uma realidade cada vez mais complexa¹⁶.

9 MÉTODOS E PRINCÍPIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: RESUMO E CRÍTICA

Renovando a advertência de que o manejo desses instrumentos hermenêuticos desenvolve-se como um *jogo concertado* de complementações e restrições recíprocas, passemos à análise dos diferentes métodos e princípios da interpretação constitucional.

9.1 Métodos da interpretação constitucional

a) Método jurídico ou hermenêutico-clássico

A constituição é uma *lei* e, por maior que seja a sua importância, pode e deve ser interpretada segundo as regras tradicionais. Têm aplicação, também a ela, portanto, os métodos de interpretação das leis em geral, como o genético, o filológico, o lógico, o histórico, o sistemático e o teleológico. Aban-

16 SAVIGNY, M. F. C. *Sistema del derecho romano actual*. 2. ed. Madrid: Góngora, t. I, [s.d.]. p. 188.

donando-se esses critérios, segundo os adeptos dessa proposta hermenêutica, a constituição expõe-se a deformações de viés interpretativo.

Esse método, que opera com a idéia de *verdade como conformidade*, pressupõe a existência de um sentido único e objetivo das normas constitucionais, sem ao menos discutir o protagonismo e a criatividade dos seus intérpretes/aplicadores.

b) Método tópico-problemático

A constituição é um sistema *aberto* de regras e de princípios, o que aponta para a possibilidade/necessidade de diferentes leituras dos seus enunciados. Pelo caráter fragmentário e pela indeterminação dos seus preceitos, ela é mais *problemática* do que *sistemática*, o que exige dos intérpretes/aplicadores maior abertura para o problema, obviamente sem descurar do sistema.

Sendo um problema toda questão que, em tese, comporta mais de uma solução, e não existindo critério para se escolher, objetivamente, quais os *tópicos* que devem ser considerados para resolver o problema – e essas fórmulas são várias e não raro contraditórias – o método tópico-problemático acaba descambando para um voluntarismo hermenêutico, na medida em que deixa a critério do operador constitucional a escolha do ponto de partida que reputar adequado para enfrentar a questão.

c) Método hermenêutico-concretizador

A realização constitucional começa pela pré-compreensão dos seus operadores, que devem concretizar os textos – naturalmente abstratos – a partir de uma dada situação histórica, que outra coisa não é senão o ambiente em que o problema é posto a seu exame, para solução à luz da constituição.

Como essa concretização é fortemente marcada pelo modo de ver dos intérpretes/aplicadores, e o texto é aberto a múltiplas leituras, o que resulta desse trabalho muitas vezes parece contradizer o texto, em que pese qualquer esforço para provar em contrário.

d) Método científico-espiritual

A constituição é o instrumento por excelência da integração jurídica, política, econômica e social, cumprindo essa múltipla função graças ao trabalho dos seus intérpretes/aplicadores, mesmo sem nenhuma *orientação* material nesse sentido, o que, tudo somado, aponta para a necessidade de se evitarem interpretações desagregadoras.

Essa falta de orientação, no entanto, pode conduzir a um integracionismo absoluto e sem critério, transformando o indivíduo em uma peça a mais e sem relevo, da gigantesca engrenagem social.

e) Método normativo-estruturante

Partindo das premissas de que *interpretar sempre foi também aplicar* – segundo advertência de Gadamer¹⁷ – e de que *a tarefa da interpretação consiste em concretizar a norma em cada caso*, esse método afirma a interdependência entre texto e realidade, entre o programa normativo e o âmbito normativo, entre a norma e a situação normada. Os textos vigoram na efetividade de seus comandos, mas essa efetividade depende de fatores extralingüísticos – de natureza social e estatal – que os enunciados jurídicos não podem apreender. O texto é, assim, apenas a ponta do *iceberg*, sendo tudo o mais, e talvez a parte mais significativa, constituído pela realidade situada além dos enunciados normativos.

Ao acentuar a importância dos fatores extratextuais para a efetividade dos comandos jurídicos, esse método acaba colocando as normas a reboque dos fatos e conferindo a estes a primazia na ordenação da realidade social.

f) Método da comparação constitucional

Defendido por Peter Häberle¹⁸, que propõe a sua canonização como “quinto” método de interpretação – ao lado dos quatro *elementos* desenvolvidos por Savigny –, o comparatismo constitui-se em procedimento fecundo e cada vez mais utilizado no contexto de integração/globalização do mundo contemporâneo. Em sede de direitos fundamentais, é da maior importância, na medida em que facilita o intercâmbio de experiências e o enriquecimento mútuo dos diversos ordenamentos.

Em que pese a sua crescente utilização, essa proposta hermenêutica não parece nova nem dotada de autonomia, pelo menos se levarmos em conta a longevidade do direito comparado enquanto técnica de busca de semelhanças e diferenças, entre distintos sistemas jurídicos, como recurso para a solução dos chamados *casos difíceis*.

9.2 Princípios da interpretação constitucional

a) Princípio da unidade da constituição

As normas da constituição, compondo um conjunto, não podem ser interpretadas isoladamente, sob pena de se comprometer a sua unidade e conduzir a contradições, redundâncias ou omissões. Aplica-se, aqui, a velha regra da interpretação sistemática, assim como a idéia de *círculo hermenêutico*, segundo a qual o sentido das partes e o sentido do todo são mutuamente dependentes.

17 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 489.

18 HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. México: UNAM, 2001. p. 162.

Este princípio repousa no postulado do *legislador racional*, que desde logo descarta como simplesmente aparentes e/ou fruto de leituras equivocadas os defeitos reais porventura detectados na obra do constituinte.

b) Princípio da concordância prática ou da harmonização

Intimamente ligado ao da unidade da constituição, este princípio hermenêutico consubstancia uma recomendação aos intérpretes/aplicadores no sentido de que, em situações de conflito entre bens ou valores dotados de igual proteção constitucional, procurem realizá-los da melhor maneira possível, em ordem a não sacrificar um em benefício do outro.

Essa conciliação é puramente formal ou principiológica, pois nas demandas reais – conflitos entre liberdade de informação e direito à privacidade, por exemplo – via de regra só um dos contendores terá acolhida por inteiro a sua pretensão, restando ao outro se conformar com a decisão que lhe for adversa.

c) Princípio da correção funcional

Também ligado ao princípio da unidade da constituição, esse princípio consiste, igualmente, em uma recomendação aos operadores da constituição para que observem o esquema de organização/separação de poderes e de funções estabelecido na Lei Maior, evitando interpretações que fomentem conflitos ou invasões de competência.

Na prática, esse princípio padece do vício da debilidade nos casos de imprecisão dos limites entre os territórios reservados a cada um dos poderes, quando os intérpretes tendem a optar, por gravidade, na direção do mais forte, comprometendo, assim, a força normativa da constituição.

d) Princípio da eficácia integradora

A partir da idéia de constituição como fator de integração – jurídica, política, econômica e social –, esse princípio orienta os intérpretes no sentido de construírem soluções tendentes à consecução desse objetivo fundamental.

Como a constituição é, por natureza, um sistema *aberto* de regras e de princípios e tem no pluralismo um dos seus valores supremos, essa integração não pode ser alcançada a qualquer custo, antes deve ser construída na diversidade, em momentos de tese e de antítese, de conflito e de conciliação, dando-se espaço e voz aos distintos fatores reais de poder.

e) Princípio da força normativa da constituição

Reduzido à sua expressão mais simples, esse princípio consubstancia um apelo aos operadores da constituição para que dêem prevalência àque-

las soluções que, ajustando historicamente o sentido das suas normas, densifiquem a imperatividade constitucional.

Em que pese o seu objetivo, esse apelo padece igualmente do vício da debilidade naquelas situações de grave conflito entre a constituição e a realidade constitucional, quando os fatores reais de poder acabam se impondo e rasgando a constituição *folha de papel*.

f) Princípio da máxima efetividade

Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da constituição, do qual configura um subprincípio, esse cânone orienta os intérpretes/aplicadores a interpretar as normas constitucionais de modo a otimizar-lhes a eficácia, sem alteração do seu conteúdo.

Como a interpretação é um jogo concertado de complementações e restrições recíprocas entre os diferentes métodos e princípios da hermenêutica constitucional, toda a vez que se expande qualquer desses cânones tende-se a comprimir os demais, o que contraria tanto a regra da unidade da constituição quanto a da concordância prática ou da harmonização, entre outras.

g) Princípio da interpretação conforme a constituição

Situado, também, no âmbito do controle de constitucionalidade, este princípio consubstancia uma *regra de bom aviso* no sentido de que, entre regras infraconstitucionais de múltiplos significados, deve-se optar pelo significado que as tornem compatíveis com a constituição; ou, ainda, entre duas ou mais interpretações igualmente conformes, escolher-se a que melhor corresponda às decisões do constituinte.

Levada ao extremo, como não raro acontece, essa *conformação* acaba se realizando, indevidamente, ao preço de se alterar o sentido inequívoco de uma norma infraconstitucional para adequá-la de qualquer jeito à constituição, o que significa desrespeitá-la, pois não é dado ao intérprete/aplicador a prerrogativa de *desfazer* a norma conformada e substituí-la por outra, de todo diversa da que emanou do legislador. Nesse sentido, costuma-se dizer que o legislador tem o “direito” de produzir normas inconstitucionais, mas não cabe aos intérpretes “violarem” esse direito, constitucionalizando-as de qualquer maneira.

h) Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade

Utilizado, em regra, para aferir as restrições de direitos, embora tenha aplicação para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios, esse princípio consubstancia uma pauta axiológica ligada às idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins.

Pela sua extrema latitude semântica, no entanto, ele tem servido de *vara de condão* para operar milagres que espantam tanto crentes quanto agnósticos e ateus, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais, cujas normas, de si expansivas, encontram nesse princípio o principal fermento para o seu inexorável crescimento.

i) Princípio da presunção de constitucionalidade das leis

Embora, a rigor, não seja um princípio da interpretação especificamente constitucional, mas antes uma *regra de bom aviso* usada no controle de constitucionalidade, essa presunção acaba operando no âmbito da hermenêutica constitucional, pois a decisão sobre a validade/aplicabilidade de qualquer norma infraconstitucional exige que ela seja confrontada com a Lei Maior.

Avaliado criticamente, esse princípio parece desnecessário ou configura um truísmo porque toda lei é, congenitamente, constitucional e só perde esse atributo quando declarada ilegítima em decisão definitiva da corte constitucional.

10 O NOVO CONSTITUCIONALISMO E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

No âmbito do novo constitucionalismo, como lembra Rubio Llorente¹⁹, para quem isso já se constitui em pensamento generalizado, a doutrina da interpretação é considerada como núcleo essencial da teoria da constituição e do direito constitucional, assim como da teoria do Estado e, em certa medida, até mesmo da própria Teoria do Direito, em decorrência do fato de que o Estado contemporâneo é precisamente um Estado *Constitucional* de Direito, ou seja, um Estado que tem na constituição o seu referente fundamental.

Em que pese, à primeira vista, tratar-se de uma importante contribuição dos constitucionalistas contemporâneos para a evolução do pensamento jurídico, em verdade, essa afirmação não encerra nada de novo, porque a interpretação sempre ocupou posição singular no âmbito do direito, em geral, a ponto de o mestre Kelsen, em sua clássica *teoria geral do Direito e do Estado*²⁰, haver lembrado antigo ensinamento de um certo bispo Hoadly, para quem o verdadeiro legislador não é aquele que por primeiro escreve ou transmite verbalmente quaisquer normas jurídicas, mas o que dispõe de autoridade absoluta para *interpretá-las*; uma assertiva de resto semelhante à que formularam, em épocas distintas, Hobbes²¹ e

19 LLORENTE, Francisco Rubio. Prólogo. In: GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. XVII.

20 KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del estado*. México: UNAM, 1969. p. 182-183.

21 HOBBS, Thomas. *Leviatã*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 220.

Perelman²², para os quais o legislador não é aquele por cuja vontade, no passado, se editaram as leis atualmente em vigor, mas aquele que, no presente, podendo revogá-las ou interpretá-las *autenticamente*, prefere conservá-las operantes com o sentido em que estão sendo aplicadas.

O que de singular existe em todo esse contexto, com enorme reflexo no âmbito do direito, em geral, e do direito constitucional, em particular, deve-se à conjugação de múltiplos fatores, os quais, embora repercutam no evento hermenêutico, dele não se originam enquanto atividade interpretativa.

Primeiramente, o reconhecimento da *força normativa* da constituição e do seu papel como fonte material do direito, direta e imediatamente aplicável, e não mais como simples estatuto de organização e/ou de distribuição de competências entre os diferentes órgãos da soberania estatal, como ocorria na Europa do século XIX; em segundo lugar, a singularidade da estrutura normativo-material dos *princípios* como normas genuinamente constitucionais, cujos enunciados – lapidares, esquemáticos, abstratos, elásticos, indeterminados e, por isso, portadores de múltiplos significados – demandam uma nova abordagem hermenêutica, em que a clássica subsunção silogística, tida como necessária e suficiente para a interpretação/aplicação das regras de direito, cede o lugar à técnica da *ponderação* como procedimento adequado à *concretização* dessas fluidas espécies normativas, e, finalmente, como consequência de tudo isso, um acentuado protagonismo dos intérpretes/aplicadores da constituição, reconhecidamente conducente à *onipotência judicial*, sobretudo no âmbito das cortes constitucionais, em razão do papel hegemônico e da mais absoluta liberdade de que desfrutam para, na *defesa* da Lei Maior, atribuir-lhe significados que muitas vezes consubstanciam verdadeiras – pelo menos aos olhos dos críticos mais atentos – alterações no texto constitucional, algo de todo impensável à época de Montesquieu, para quem, em obediência ao dogma da separação dos poderes, o juiz era apenas a boca que pronunciava as palavras da lei, e o Judiciário, um poder de certa maneira nulo²³.

Ilustrativa dessa nova realidade é a revolucionária jurisprudência das cortes constitucionais desenvolvida a partir da técnica de *interpretação das leis conforme a constituição*, cujo manejo, cada vez mais ousados, lhes permite *construir* decisões substancialmente legislativas, em que pesem os esforços de quantos ainda sustentam, com evidente constrangimento, que tais decisões, a despeito das críticas que suscitam, ainda se contêm nos marcos normativos traçados pela constituição.

Descrevendo esse estado de coisas no ordenamento jurídico italiano, um panorama de resto coincidente, no essencial, com o que já ocorre no

22 PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 625.

23 MONTESQUIEU. De L'Esprit des Lois. In: *Oeuvres Complètes de Montesquieu*. Chez Lefrèvre, Éditeur, Tome Premier, 1839. p. 196.

Brasil – como se comprova na erudita tese de doutoramento de José Adércio Leite Sampaio²⁴, o mestre Riccardo Guastini²⁵ ressalta que em seu país essa atividade legislativa heterônoma reveste-se da maior importância, sendo desenvolvida tanto pela Corte Constitucional quanto pela magistratura comum, o que evidencia tratar-se de prática generalizada, em que pese o velho dogma da separação dos poderes.

No âmbito da Corte Constitucional, ele nos aponta as seguintes espécies de interpretação conforme ou de adequação das leis à constituição:

1. decisões *interpretativas em sentido estrito*, compreendendo duas subespécies:
 - 1.1 sentenças *interpretativas de rechaço*;
 - 1.2 sentenças *interpretativas de aceitação*.
2. decisões *manipuladoras*, compreendendo também duas subespécies:
 - 2.1 sentenças *aditivas*;
 - 2.2 sentenças *substitutivas*.

No que respeita à magistratura ordinária, Guastini observa que a interpretação conforme ou de adequação ocorre sempre que, em qualquer processo, o juiz rechaça uma exceção de ilegitimidade constitucional, aduzindo que essa pretensão é manifestamente infundada, porque o dispositivo questionado é suscetível de interpretação conforme a constituição. Ademais, esclarece esse jurista italiano que tal procedimento é avalizado tanto pela Corte de Cassação, quanto pelo Conselho de Estado e pela própria Corte Constitucional.

Quanto às espécies de decisões interpretativas em sentido estrito, diz-nos Guastini que as sentenças *interpretativas de rechaço* são aquelas em que, diante de um dispositivo legal que admite duas interpretações – uma conforme e outra contrária à constituição –, a Corte Constitucional declara infundada a questão de inconstitucionalidade, *sob a condição de que se extraia do dispositivo sob exame uma norma compatível com a constituição*. Dessa maneira, o enunciado, enquanto tal, permanece válido, mas só poderá ser interpretado de maneira conforme à constituição, o que significa dizer que, implicitamente, e sob pena de vir a considerá-la nula, a Corte proíbe que se dê ao citado dispositivo interpretação contrária à constituição.

24 SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

25 GUASTINI, Ricardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Porrúa, 200. p. 47-49; *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano; Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 63-67.

Já as sentenças *interpretativas de aceitação*, que acarretam a anulação de decisões submetidas à Corte Constitucional, são as que decorrem de julgados das instâncias ordinárias que optaram por interpretações ofensivas à constituição, muito embora os dispositivos questionados comportassem a extração de normas compatíveis com a Lei Maior. Nesses casos, o Tribunal Constitucional declara que a questão de legitimidade constitucional tem fundamento e anula a interpretação escolhida pela magistratura comum, via de regra pela Corte de Cassação. Em suma, como resultado dessa decisão, a Corte Constitucional não anula o dispositivo *mal interpretado*, mas apenas uma das suas interpretações, dizendo que esse preceito é inconstitucional se interpretado de modo contrário à constituição ou *na parte em que expressa uma norma inconstitucional*. Também nesse caso, registra Guastini, o preceito questionado continua válido, mas a norma extraída da sua interpretação inconstitucional é anulada em caráter definitivo e com eficácia *erga omnes*.

Quanto às chamadas decisões *manipuladoras* ou *normativas*, assim se consideram as sentenças de aceitação em que a Corte Constitucional não se limita a declarar a inconstitucionalidade das normas que lhe são submetidas, mas, agindo como legislador positivo, modifica (manipula) diretamente o ordenamento jurídico, adicionando-lhe ou substituindo-lhe normas, a pretexto ou com o propósito de adequá-lo à constituição. Daí a existência das chamadas sentenças *aditivas* e *substitutivas*, como subespécies das decisões normativas ou manipuladoras.

Denominam-se sentenças *aditivas* aquelas em que a Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade de uma disposição, *na parte em que não expressa determinada norma*, que deveria conter para ser compatível com a constituição. Via de regra, esse tipo de sentença decorre da aplicação do princípio da igualdade, naquelas situações em que alguma lei concede um benefício a certo grupo de pessoas, deixando de contemplar outros indivíduos que se encontram em igualdade de condições com os beneficiados. Nesses casos, a Corte declara inconstitucional a norma *na parte em que não confere o mesmo tratamento ao grupo por ela excluído*. Como, por outro lado, essa parte da norma não existe, até porque não integra formalmente o texto – e o texto é o *portador do significado*, como adverte Ricoeur²⁶ –, o que a Corte faz, a rigor, é criar uma norma autônoma que estende aos excluídos o benefício concedido apenas aos indivíduos expressamente contemplados no(a) texto/norma objeto de julgamento. Daí se dizer, prossegue Guastini, que nesses casos, a rigor, a Corte não declara a inconstitucionalidade do(a) texto/norma que delimita o universo dos seus beneficiários – o que lhes cancelaria o benefício sem concedê-lo aos demais –, e sim de outra norma, implícita, extraída do texto com o argumento *a contrario*, ou seja, daquela norma que nega o mesmo direito a indivíduos merecedores de idêntico trata-

26 RICOEUR, Paul. *Ensaio de interpretação bíblica*. São Paulo: Novo Século, 2004. p. 63.

mento. Isso só é possível – arremata Guastini – porque se entende que a anulação de uma norma que nega determinado direito implica a concessão do direito por ela negado.

Quanto às sentenças *substitutivas*, assim se consideram aquelas decisões em que a Corte declara a inconstitucionalidade de um preceito *na parte em que expressa certa norma em lugar de outra*, substancialmente distinta, que dele deveria constar para que fosse compatível com a constituição. Atuando dessa forma, a Corte não apenas anula a norma impugnada, como também a substitui por outra, essencialmente diferente, criada pelo próprio tribunal, o que implica a produção heterônoma de atos legislativos ou de um *direito judicial*, como o denomina Prieto Sanchís²⁷, para quem tais normas já nascem enfermas porque desprovidas de fundamento democrático. Apesar dessa ressalva, esse mesmo jurista pondera que, muito embora os juízes não ostentem uma legitimidade de origem, de que desfruta o parlamento por força de eleições periódicas, é de se reconhecer à magistratura uma legitimidade de exercício, de resto passível de controle pela crítica do seu comportamento.

Diante desse panorama não soa descabida a advertência de que estamos caminhando para uma onipotência judicial ou, se preferirmos, para um novo *governo dos juízes*, em que as grandes decisões políticas, como já acentuado, vão se deslocando do âmbito do Legislativo e do Executivo para o do Poder Judiciário.

Ilustrativo desse *judiciarismo* é o fato de que, em alguns países centrais, ao mesmo tempo em que as Cortes Constitucionais controlam o Poder Legislativo, e os Tribunais de Contencioso Administrativo, as ações do Poder Executivo, as Cortes de Cassação impõem a sua visão do direito aos demais órgãos do Poder Judiciário – como ressalta Alfonso García Figuerola, citando Guastini²⁸ – e tudo isso no âmbito de uma estrutura fechada e fortemente hierarquizada²⁹, que nos sugere comparar essa nova ordem jurídica a um modernista edifício judicial, construído sobre os escombros da velha pirâmide normativa de Kelsen.

Procurando apontar os traços mais significativos desse novo constitucionalismo, concordam os estudiosos em caracterizá-lo pelas notas indicadas a seguir, expressivas o bastante para que o consideremos substancialmente distinto de todas as experiências constitucionais precedentes:

- a) mais constituição do que leis;
- b) mais juízes do que legisladores;

27 SANCHOS, Luis Prieto. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993. p. 118.

28 GUASTINI, Ricardo. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 168.

29 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: EDIAR, 1994. p. 91-118.

- c) mais princípios do que regras;
- d) mais ponderação do que subsunção;
- e) mais concretização do que interpretação.

Vistos em conjunto, e sem necessidade de maiores reflexões, pode-se dizer que esses traços configuram e sintetizam uma verdadeira mudança de paradigmas ou, se preferirmos, uma autêntica subversão dos esquemas de pensamento do constitucionalismo tradicional, tal como ele surgiu e se desenvolveu, do final do século XVIII até praticamente todo o século XX.

Para fundamentar essa assertiva, comecemos pela *prevalência da constituição*, que antes se considerava como fonte mediata ou, simplesmente, como fonte das fontes do direito, conferindo-se à lei a função de regular de forma direta, imediata e soberana, todas as relações sociais, e ao legislador a mais ampla liberdade de conformação, sob o entendimento de que a lei – expressão sempre *renovada* da vontade geral – era congenitamente legítima, e os seus autores, como representantes e/ou tradutores dos anseios do povo, não deveriam se submeter a controle ou censura estranhos aos parlamentos.

Sob o novo constitucionalismo, a constituição, que outrora era um simples catálogo de competências e de fórmulas exortativas que não vinculavam o legislador – nesse sentido ela era apenas um texto político sem pretensão de injuntividade –, assume, agora, a função de norma suprema e de fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, compondo um conjunto de regras e de princípios dotados de força normativa própria e imediatamente eficaz, rebaixando-se a lei, antes soberana, à condição de ato infraconstitucional, sujeito a controle de legitimidade, formal e material, em face da constituição. Esse controle, por outro lado, é confiado a todos os agentes oficiais da sua interpretação/aplicação, desde os órgãos da jurisdição ordinária, que habitualmente a manejam, até as cortes constitucionais, que estão acima dos demais poderes e, por isso mesmo, desfrutam de prerrogativas infinitamente maiores do que as que eram reconhecidas ao legislador recém-destronado.

Como conseqüência necessária e imediata da supremacia e da aplicabilidade direta dos preceitos constitucionais, tem-se a segunda característica desse novo constitucionalismo – *mais juízes do que legisladores* – a sinalizar para o reconhecimento dos julgadores como legítimos criadores do direito, e não como simples reveladores de uma suposta e indefinível vontade da lei ou do legislador, que, enquanto tais, não resolvem os problemas suscitados pela convivência humana. Afinal de contas, como ensina Emilio Betti³⁰, o intérprete não trabalha com meras suposições, mas apenas com o *feito* ou o *falado*.

30 BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975. p. 28.

Quanto à terceira característica do novo constitucionalismo – *mais princípios do que regras* –, o que temos diante de nós é a constatação de que, hoje em dia, reconhecida a não-coincidência entre texto e norma, os preceitos tidos como genuinamente constitucionais apresentam-se sob a forma de enunciados abertos e, por isso, portadores de múltiplos significados, a serem revelados/atribuídos por seus intérpretes/aplicadores em cada situação hermenêutica. Nesse sentido, todo enunciado é plurinormativo, existindo mais normas do que texto no corpo da constituição.

Intimamente ligada a essa terceira nota distintiva, a rigor apenas uma conseqüência do que nela se contém, a quarta característica do movimento neoconstitucionalista – *mais ponderação do que subsunção* – traduz a singularidade da chamada interpretação especificamente constitucional, enquanto hermenêutica de princípios, em cujo âmbito não podemos torná-los operativos utilizando o raciocínio silogístico e a técnica da subsunção, pelo simples fato de que esses instrumentos só têm aplicação a preceitos cuja hipótese de incidência e suas conseqüências jurídicas vêm previamente determinadas pelo legislador, conforme o clássico enunciado *se A então B*, em que o elemento *A* representa o suposto fático cuja ocorrência, no mundo real, atualiza o elemento *B*, no mundo do direito. Como nos princípios jurídicos – enquanto pautas axiológicas abertas e indeterminadas – esses elementos não são estabelecidos, desde logo, pelo legislador, até porque traduzem apenas razões para que se decida num ou noutro sentido, o modo de aplicá-los exige que os intérpretes/aplicadores avaliem essas razões, optando, afinal, pela solução que se lhes mostre *correta e justa* à luz do caso concreto. Por isso é que se diz que, num conflito entre princípios constitucionais, funciona como hipótese de incidência o próprio caso sob apreciação e, como conseqüência jurídica, a do princípio que vier a prevalecer. Nesse sentido, lembrando Carlos Cossio, em citação de Castanheira Neves, dir-se-ia que, à semelhança das leis, também é possível aplicarem-se princípios por subsunção, mas só depois de os escolhermos por valoração³¹.

Quanto a quinta e última característica do novo constitucionalismo – *mais concretização do que interpretação* – para bem compreendê-la devemos ter presente, mais uma vez, a distinção entre regras e princípios, as primeiras a demandarem a descoberta do seu sentido, seja ele o que foi idealizado subjetivamente pelo legislador empírico, seja o que, independentemente da sua vontade ou mesmo à sua revelia, veio a se fixar objetivamente no texto e, como tal, há de ser levado em conta pelos intérpretes/aplicadores; os segundos, os princípios jurídicos, cuja abertura semântica não nos permite falar de apenas um, mas de múltiplos significados, postos à disposição dos seus operadores para que os concretizem à luz das peculiaridades do caso. A propósito, dir-se-ia, lembrando idéia de Böckenförde, que,

31 NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 172.

enquanto a interpretação é uma indagação sobre o conteúdo e o sentido de algo *precedente*, a concretização é o preenchimento criativo de uma pauta que se abre para o *futuro* e que permite aos seus intérpretes/aplicadores optar pela *leitura* que lhes parecer mais adequada à realização da justiça como referente fundamental da idéia de direito³².

Diante de tudo quanto foi exposto, parece plenamente justificada a assertiva que serviu de ponto de partida para estas nossas reflexões – a doutrina da interpretação é o núcleo essencial da teoria da constituição e do direito constitucional, assim como da teoria do Estado e, em certa medida, até mesmo da própria teoria do direito – na medida em que os traços fundamentais do novo constitucionalismo, a depender do ponto de vista em que os analisemos, podem ser causa ou consequência da interpretação constitucional.

11 A ONIPOTÊNCIA JUDICIAL E O DESLOCAMENTO DAS GRANDES DECISÕES POLÍTICAS DO LEGISLATIVO E DO EXECUTIVO PARA O JUDICIÁRIO; O SÉCULO XIX E O APOGEU DO LEGISLATIVO; O SÉCULO XX E A PRIMAZIA DO EXECUTIVO; O SÉCULO XXI E A ONIPOTÊNCIA DO JUDICIÁRIO

Diante desse panorama, em que a prurivocidade de sentidos, comum aos textos e às ações, é trazida à luz do dia sob a forma de conflitos de interpretações, como afirma Paul Ricoeur³³, tudo acaba por desaguar no âmbito hermenêutico e, conseqüentemente, no campo de manobra em que atuam os juízes e tribunais, como agentes políticos socialmente legitimados a dirimir tais conflitos.

Como, por outro lado, os textos jurídicos sabidamente comportam diversas leituras, e os critérios de que se utilizam seus intérpretes/aplicadores não obedecem a padrões objetivos – até porque tais padrões não existem e se existissem careceriam de objetividade –, por tudo isso as decisões afinal proferidas acabam refletindo a particular compreensão dos julgadores sobre o que lhes parece correto e justo em cada situação hermenêutica. Daí a preocupação de juristas do maior relevo com a possibilidade de se descambar para uma efetiva onipotência judicial, cujos efeitos já se fazem sentir com o deslocamento – aplaudido por uns e criticado por outros – das grandes decisões políticas do âmbito do Legislativo e do Executivo para o do Poder Judiciário.

32 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 126-127.

33 RICOEUR, Paul. *Do texto à ação*. Porto, Portugal: RÉS [s.d.], p. 206.

12 A POSIÇÃO INSTITUCIONAL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS E O CONTROLE JURISDICIONAL DA VIDA POLÍTICA A PARTIR DA “DEFESA” DA CONSTITUIÇÃO. OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS SÃO GUARDAS DA CONSTITUIÇÃO, E NÃO TESTAMENTEIROS DO PODER CONSTITUINTE. A PALAVRA FINAL COM OS MENOS PERIGOSOS

Em que pese esse fato consubstanciar um rompimento com a compreensão tradicional do princípio da separação, da independência, do equilíbrio e da harmonia entre os poderes do Estado, forçoso é concluir-se que se trata de um fenômeno absolutamente normal, de resto decorrente não apenas da materialização e da força normativa da constituição, mas também do surgimento da jurisdição constitucional, deliberadamente instituída fora e acima dos demais poderes do Estado para, sem peias jurídicas de qualquer espécie, desempenhar livremente a função, que lhe é congênita, não de senhora, mas de intérprete final e guarda da constituição.

13 A NECESSIDADE DE “CONTROLE DO CONTROLE” PARA PRESERVAR A INDEPENDÊNCIA E A HARMONIA ENTRE OS PODERES. O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE DO MÉTODO E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES COMO IMPERATIVO CONSTITUCIONAL. FUNDAMENTAÇÃO INTERNA E FUNDAMENTAÇÃO EXTERNA: FUNDAMENTAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO OU FUNDAMENTAÇÃO MAIS PROFUNDA. ESTADO JUDICIAL DE DIREITO OU ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO?

Essa hegemonia judicial, entretanto, para se compadecer com o estado de direito, em cujo âmbito não há espaço para o arbítrio, há de ser exercida de conformidade com padrões mínimos de razoabilidade, motivo por que, sem o propósito de inviabilizar o exercício da jurisdição, tem-se como absolutamente indispensável – até porque se trata de um imperativo constitucional – exigir-se dos juízes que motivem e justifiquem, exaustivamente, as suas decisões, de modo a torná-las controláveis pela sociedade. Nesse contexto, já se fala de um direito fundamental à *igualdade de método*, vale dizer, de um direito a que os intérpretes/aplicadores meçam a todos com o mesmo metro, sem que isso implique, o que seria absurdo, tratar igualmente os desiguais nem desigualmente os iguais. Noutras palavras, trata-se especialmente no âmbito da jurisdição constitucional – é de controlar os controladores e exigir-lhes que fundamentem a própria fundamentação dos seus votos, isto é, que levem a cabo uma fundamentação *mais profunda*, até porque também faz parte do ideário do novo constitucionalismo o reconhecimento de que o direito constitucional – como anota Juan Fernando López

Aguilar³⁴ – já não é apenas o que prescreve o texto da Lei Maior, mas também toda a *bagagem de padrões hermenêuticos* desse bloco normativo, incorporada na jurisprudência constitucional. Caso contrário, frustrando as expectativas de quantos defenderam se lhes atribuísse a palavra final sobre a constituição – sob a crença de que eles seriam os menos vocacionados a violar os direitos dos cidadãos –, juízes onipotentes tendem a se transformar em algozes, com a agravante de que seus desmandos podem ser disfarçados em atos de *defesa* da constituição. Por tudo isso, convém deixar claro que só podemos admitir um Estado *judicial* de direito caso essa locução não signifique o abandono do Estado *constitucional* de direito, em cujo interior não existem senhores nem soberanos – como adverte Kriele³⁵ –, sendo os agentes políticos meras criaturas constitucionais, cujos poderes ou prerrogativas só se consideram legítimos precisamente porque advindos da constituição. Com esse reparo, pode-se dizer que a expressão Estado *judicial* de direito – tão cara aos chamados *juízes para a democracia* – até certo ponto não passa de um modismo fadado a ter vida curta, na exata medida em que não compromete nem desfigura o genuíno Estado *constitucional* de direito.

14 O DIREITO CONSTITUCIONAL COMO “CONJUNTO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO” E O PAPEL DOS MÉTODOS E PRINCÍPIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA ORDENAR O USO DESSES MATERIAIS. O TRABALHO DOS INTÉRPRETES/APLICADORES E A BAGAGEM DE PADRÕES HERMENÊUTICOS DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL COMO PARTE INTEGRANTE DA CONSTITUIÇÃO

Em uma das suas obras mais festejadas – *O direito dúctil* –, Gustavo Zagrebelsky afirmou que, dado o fato do pluralismo nos dias atuais, o direito constitucional passou a ser visto como um conjunto de *materiais de construção*, embora o edifício concreto resultante da sua utilização não seja obra da constituição enquanto tal, mas de uma política constitucional que verse a respeito das possíveis combinações desses materiais³⁶. Noutras palavras, trata-se de abandonar a idéia da existência de um ponto unificador tomado como axioma – a constituição como centro de gravidade e, ao mesmo tempo, como pólo irradiador de diretrizes uniformes e inalteráveis, diretamente capazes de executar um projeto predeterminado de vida em comum – e passar a concebê-la como plataforma, ponto de partida ou, ainda, como um feixe de possibilidades para distintas conformações da sociedade e do

34 AGUILAR, Juan Fernando López. *Lo constitucional en el derecho: sobre la idea e ideas de constitución y orden jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 60.

35 KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del estado*. Buenos Aires: Depalma, 1980. p. 150.

36 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1999. p. 13.

Estado, todas igualmente legítimas, na medida em que se achem compreendidas no leque das alternativas propiciadas pelo compromisso constitucional.

Diante dessa visão caleidoscópica da constituição, torna-se evidente que a sua compreensão/realização pressupõe o domínio de métodos e princípios adequados à sua interpretação/aplicação, instrumentos esses que, no particular, funcionam como condição de possibilidade para a correta invenção/descoberta das múltiplas *saídas* propiciadas pelo texto constitucional.

Igualmente importante nessa tarefa desbravadora de novos caminhos, porque integra o direito constitucional, como registrado acima, é a *bagagem de padrões hermenêuticos* desse bloco normativo incorporada na jurisprudência constitucional, na exata medida em que nos revela os diversos sentidos, igualmente válidos e operativos, que ao longo do tempo vão sendo atribuídos aos preceitos da Lei Maior. Isso tudo porque, no âmbito do direito constitucional, talvez com mais intensidade do que nos outros ramos do direito, é por meio da jurisprudência que as suas normas – não os seus textos! – nascem, se desenvolvem e se regeneram, em constante mutação, para atender às necessidades sempre renovadas da convivência humana.

15 LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O tema dos limites da interpretação, obviamente, não é restrito à hermenêutica constitucional, antes se colocando como problema em todos os domínios da comunicação humana. No campo da experiência jurídica, no entanto, esse problema assume especial relevo, na medida em que, pelo menos no âmbito estatal, toda interpretação assume caráter normativo, o que significa dizer que o sentido atribuído a qualquer enunciado jurídico – desde que observado o *devido processo hermenêutico* – implica o dever de observá-lo tal e como foi estabelecido pela autoridade competente, em que pesem eventuais críticas dos inconformados com essa interpretação.

A idéia de impor limites à interpretação, por outro lado, atende igualmente ao princípio da *segurança jurídica*, que estaria comprometida se os operadores do direito pudessem atribuir qualquer significado aos preceitos jurídicos, à revelia das regras usuais de interpretação, que, no caso, funcionam como instrumentos de controle e/ou de racionalização da atividade hermenêutica e, de resto, são congênitos à própria idéia de Estado *constitucional* de direito.

Nos regimes absolutistas, ao contrário – como ensina Gadamer³⁷ –, não é possível hermenêutica alguma, porque os *donos do poder* não só detêm e/ou retêm a prerrogativa de editar as normas que lhes convêm, como

37 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, p. 401.

igualmente e *melhor do que ninguém* podem “explicar” as suas ordens a cada instante, dando-lhes o significado que bem entenderem, ainda que essas imposições de sentido contrariem os cânones da interpretação, que para eles não têm nenhuma importância. Em síntese, nesses regimes autoritários, porque a vontade e não a razão é quem dita as leis, não há lugar para qualquer atividade hermenêutica, simplesmente porque o sujeito que interpreta é, ao mesmo tempo, aquele que a todo momento cria e/ou manipula o objeto da interpretação – a norma por ele editada –, inviabilizando, assim, a interpretação como evento cognitivo, cujo pressuposto fundamental é, precisamente, a radical distinção entre sujeito e objeto na relação do conhecimento.

16 MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Como todos os preceitos jurídicos, também os enunciados constitucionais, como objetos culturais, estão sujeitos às vicissitudes hermenêuticas inerentes às coisas do espírito, entre as quais avultam as constantes mudanças de significado, a compasso das transformações, igualmente permanentes, no prisma histórico-cultural de aplicação do direito. A essa luz, denominam-se mutações constitucionais – de resto uma subespécie das mutações normativas em geral – aquelas alterações do sentido dos preceitos da constituição, independentemente de se manter inalterado o texto, objeto dessas novas interpretações. Formas de atualização, preservação e regeneração da força normativa da constituição, essas alterações de sentido colaboram, ademais, para a preservação do respeito ao texto constitucional, na medida em que mantêm a indispensável sintonia entre as normas e a realidade constitucional, entre o programa e o âmbito normativo da constituição, sem necessidade de se apelar para as sempre desgastantes alterações textuais, quer sejam emendas, reformas ou revisões.

Mesmo assim, ou por isso mesmo, é preciso que se estabeleçam limites para essas mutações constitucionais, sob pena de, a pretexto de lhe atualizar o sentido, seus intérpretes/aplicadores acabarem por substituir o texto em vez de simplesmente concretizá-lo em cada situação hermenêutica. Afinal de contas, se o texto é o *portador do significado*, como já enfatizamos, citando Paul Ricoeur, então toda reconstrução que implique substituí-lo por um outro já não se compreende no conceito de *interpretação*, por mais amplo que seja o sentido que se possa atribuir a este vocábulo. Em síntese, lembrando palavras de Kant, citadas por Castanheira Neves³⁸, “é necessário que alguma coisa seja para que alguma coisa seja dita”. Sem o texto não é possível a *sua* interpretação.

38 NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 272.