

O NOVO CONSTITUCIONALISMO: A HEGEMONIA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS E A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Fábio Campelo Conrado de Holanda
Procurador Federal em Boa Vista/RR
Mestre em Direito pela UFC

RESUMO: Delineou-se a atual conjuntura do pensamento jurídico constitucional, com seus reflexos no âmbito do processo. O neoconstitucionalismo representa um movimento em que a Lei Maior não se basta como parâmetro orientador da política, efetivando-se com a promoção de uma jurisdição constitucional atuante e expansiva, buscando estabelecer uma nova relação entre Moral e Direito.

ABSTRACT: The research provides a design for current conjuncture of constitutional juridical thought, with its reflects within such process. Neoconstitutionalism represents a movement where Law is not an enough guideline to politics, being accomplished with an active and extensive constitutional jurisdiction promotion, searching to establish a new relationship for Moral and Right.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo; princípios e jurisdição constitucional.

KEYWORDS: Neoconstitutionalism; principles and constitutional jurisdiction

SUMÁRIO: 1 O Segundo Pós-Guerra e o Advento da Constituição Brasileira de 1988; 2 A Relevância do Pós-Positivismo na Compreensão do Novo Cenário Constitucional; 3 Os Princípios Diante da Expansão da Jurisdição Constitucional; 4 Conclusões; 5 Referências.

1 O SEGUNDO PÓS-GUERRA E O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Antes de tratarmos do neoconstitucionalismo tal como discutido modernamente pela doutrina, cumpre traçarmos breve itinerário histórico do pensamento jurídico ocidental, partindo da prevalência das teses de Direito natural, de fundamentação metafísica, passando em seguida pela idolatria do Direito posto, concebido mediante a norma estatal até chegarmos aos atuais paradigmas da Teoria do Direito e da interpretação constitucional.

O jusnaturalismo moderno do século XVI defendia a existência de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorriam de uma norma estatal (tendo, inclusive, servido como um dos trunfos da burguesia nas revoluções liberais).

Tais convicções, entretanto, foram paulatinamente entrando em descrédito com a ascensão do positivismo que se opunha às idéias metafísicas e anticientíficas daquela corrente de pensamento. Assim, ao longo do século XIX, o Estado Liberal de Direito, diante da necessidade de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu, erigiu o princípio da legalidade¹ como fundamento para a sua

¹ O princípio da legalidade constituiu um critério de identificação do Direito, cuja validade não depende de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa.

imposição, alçando a lei a um ato supremo com o visio de eliminar as tradições jurídicas do absolutismo.

O positivismo jurídico é corolário dessa concepção de Direito, pois, partindo da idéia de que o Direito se resume à lei, limita a atividade do jurista à descrição da lei e à busca da vontade do legislador, não se preocupando com o conteúdo da norma.

O constitucionalismo moderno, pois, surgiu em um contexto de ruptura com o Antigo Regime, quando o homem se encontrava preso e determinado pelas explicações de caráter teológico. A Constituição política, tal como entendemos hoje, resulta de um movimento ocorrido na transição da monarquia absoluta para o Estado Liberal de Direito, do final do século XVIII, conhecido como constitucionalismo.

Pode-se conceituar o constitucionalismo como a ideologia que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.² Esta ideologia constitucional refletiu-se em várias concepções e nos diversos modelos de Constituição que surgiram ao longo da história.

O primeiro constitucionalismo, eminentemente liberal, voltava-se a garantir um espaço de atuação individual perante o Estado, evidenciando, sobretudo, a declaração de direitos e a separação dos poderes.

Em seguida, potencializado pela Revolução Industrial, surgiu o constitucionalismo social, decorrente do esgotamento do primeiro modelo, deflagrando um Estado prestador de serviços, preocupado em catalogar uma série de direitos sociais aos cidadãos. O rol de direitos fundamentais foi ampliado, abrangendo diversos direitos a prestações e à proteção da relação de trabalho.

Foram percebidas, porém, a complexidade da sociedade contemporânea e a insuficiência do Estado para atender às diversas demandas sociais, em que necessariamente deveria estar presente para controlar, fiscalizar ou conferir legalidade a determinadas relações sociais. Com isso, restou frustrada a expectativa em torno do cumprimento do ideário normativo posto.

A despeito de algumas objeções terminológicas impostas pela atualidade, Rui Barbosa já se mostrava atualizado quanto ao esgotamento do modelo constitucional da época, professando que não há, em uma Constituição, cláusula a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular a seus órgãos.³

Dissertando sobre a chamada "pré-história constitucional brasileira", Luis Roberto Barroso aborda a melancólica experiência política e constitucional do Brasil da Independência até a promulgação da Constituição de 1988:

A falta de efetividade das sucessivas Constituições Brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata. Prevaleceu entre nós a tradição européia da primeira metade do século, que via a lei fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí porque as Cartas Brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática. Uma história marcada pela insinceridade e pela frustração.⁴

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 40-50.

³ BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1934. p. 489.

⁴ BARROSO, Luis Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito

Os postulados clássicos do constitucionalismo (organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais) mostraram-se insuficientes para atender às expectativas desta realidade. Assim, o vocábulo *neoconstitucionalismo* tem sido utilizado para destacar relevantes transformações metodológicas, teóricas e ideológicas ocorridas no âmbito do Direito Constitucional no período histórico posterior ao término da Segunda Grande Guerra. Para Luiz Guilherme Marinoni

O neoconstitucionalismo exige a compreensão crítica da lei em face da Constituição, para ao final fazer surgir uma projeção ou cristalização da norma adequada que também pode ser entendida como "conformação da lei". Essa transformação da ciência jurídica, ao dar ao jurista uma tarefa de construção – e não mais de uma simples revelação –, confere-lhe maior dignidade e responsabilidade, já que dele se espera uma atividade essencial para dar efetividade aos planos da Constituição, ou seja, aos projetos do Estado e às aspirações da sociedade.⁵

Reconhece o neoconstitucionalismo a importância do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, epicentro dos variados direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Predisõe-se, com isso, a dar juridicidade aos princípios constitucionais e a reconhecer a existência de peculiaridades na interpretação e aplicação das leis a partir da Constituição.

Vê-se, pois, que o neoconstitucionalismo representa uma atitude constitucionalista na qual a Lei Maior não se basta como parâmetro orientador da política, efetivando-se com a promoção de uma jurisdição constitucional atuante e expansiva, buscando estabelecer uma nova relação entre Moral e Direito. A Constituição é tomada como norma que abarca um complexo de valores⁶, sendo referência para a solução de problemas em diversas áreas.

Segundo a doutrina moderna, as alterações mais importantes nesta compreensão constitucional são sistematizadas didaticamente em três aspectos distintos: histórico, filosófico e teórico, que ora passamos a debater.⁷

Quanto ao *marco histórico*, a despeito de controvérsias doutrinárias sobre a origem temporal da doutrina neoconstitucionalista⁸, a maioria dos estudiosos elege, na Europa continental, o constitucionalismo do pós-guerra, com a derrocada dos regimes fascista e nazista na Itália e Alemanha, respectivamente, como o marco histórico do neoconstitucionalismo. Neste sentido, Miguel Carbonell leciona que

El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas 'materiales' o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y

Brasileiro. In SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 272.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 48.

⁶ Robert Alexy afirma que os valores estão intimamente relacionados com os princípios, sendo estes mandamentos de otimização pertencentes ao âmbito deontológico e aqueles fazem parte do nível axiológico (conceito de bom, por exemplo). Assim, aquilo que no modelo dos valores é *prima facie* o melhor é, no modelo dos princípios, *prima facie* devido. *Ibidem*, pp. 144-153.

⁷ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 23 jul. 2008. p. 3.

⁸ Discordando desse marco temporal, Eduardo Ribeiro Moreira afirma: "Não nos parece que esse movimento já possa ser identificado no pós-Segunda Guerra. Basta ter em mente que até bem pouco tempo não se falava em quase nenhuma das teorias relacionadas como elementos do neoconstitucionalismo. Por isso preferimos ver o pós-Guerra Mundial como o momento em que as contribuições começaram a surgir, sendo a passagem de século o verdadeiro marco histórico neoconstitucionalista". 2008, p. 28.

objetivos. Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991.⁹

O constitucionalismo europeu do segundo pós-guerra adquiriu singularidade tão aguçada que, anos depois, refletiu-se uma nova e peculiar concepção política e jurídica, denominada neoconstitucionalismo. Tal momento histórico se notabilizou como a decadência do positivismo clássico, já que estes movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei.

Deflagrou-se, assim, a discussão em torno do ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como estrutura meramente formal. A dignidade da pessoa humana, como dito, passou a ser o núcleo dos valores da tutela jurídica.

A Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã) de 1949 e a criação do Tribunal Constitucional Federal (inaugurado em 1951) significaram a pujante evolução do novo Direito Constitucional na Europa. Outros fatos também difundiram a idéia de uma nova mentalidade constitucional, como o advento da Constituição Italiana de 1947 e a redemocratização de Portugal (1976) e Espanha (1978).¹⁰

A novidade, portanto, não reside em nenhum destes traços isoladamente, mas precisamente na conjugação deles, pois foi na convergência das tradições constitucionais que se permitiu conceber um modelo de Constituição que fosse ao mesmo tempo um limite ou garantia e uma norma diretiva fundamental.

Naturalmente, tais acontecimentos tiveram reflexos, ainda que tardios, na sociedade brasileira, influenciando a compreensão nacional em torno das novas feições do constitucionalismo. A Constituição de 1988 exige sua efetividade e marca o início da maturidade institucional do País. Segundo observa Eduardo Cambi

Nestes quase vinte anos de Constituição, sem embargo as constantes reformas constitucionais operadas no texto original, permitiram a construção, paulatina, de uma importante cultura jurídica de valorização do sentimento constitucional. As sérias crises institucionais surgidas no país, nestas duas décadas, como o *impeachment* de um presidente aos gravíssimos indícios de corrupção que vêm sendo apurados pelas comissões parlamentares de inquéritos, encontraram na Constituição e na jurisdição constitucional as soluções políticas e jurídicas – criticáveis ou não – para a manutenção da estabilidade democrática.¹¹

Indiscutivelmente, o marco do renascimento constitucional do nosso País se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (e a adoção do Estado Democrático de Direito), responsável por viabilizar a transição do regime autoritário imposto pelos militares para nossa mais longa estabilidade institucional da história.

Paulatinamente, a aplicação da Constituição vem se expandindo em todos os campos jurídicos, forçando uma modernização das normas infraconstitucionais, ao ponto de o debate sobre a recepção de leis ter se instaurado no discurso da reavaliação de todos os ramos do Direito pátrio.

Entende a doutrina que o processo de constitucionalização vem se instituindo em três níveis: legislativo (com a produção de leis de acordo com a Constituição);

⁹ CARBONEL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 9-10.

¹⁰ Os direitos humanos foram concebidos como resposta à beligerância da primeira metade do século XX, tendo se afirmado nas décadas seguintes, quando toda a ideologia constitucionalista se expandiu, concebendo uma revolução material a partir dos direitos fundamentais com forte carga valorativa.

¹¹ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. , Vitória, *Panóptica* ano 1, n. 6, p. 1-44, fev. 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. p. 1-44.

judicial (com as decisões fundamentadas à luz dos princípios fundamentais) e político-social (neste tocante, no Brasil ainda não se alcançou um nível de conscientização da sociedade civil acerca dos valores constitucionais).¹²

Para Luigi Ferrajoli, o (neo)constitucionalismo não é somente uma conquista e um legado do passado, sendo também um programa normativo para o futuro, sob dois aspectos: primeiro, porque os direitos previstos pelas constituições internas e declarações internacionais devem ser garantidos e concretizados (o garantismo é a outra face do constitucionalismo). Segundo, porque o paradigma da democracia constitucional, sendo ainda embrionário, pode e deve ser expandido em três direções: significar a garantia de todos os direitos (não somente os de liberdade e sociais); destinar sua aplicação em face de todos os poderes (não só os públicos, mas também os privados); e repercutir não somente no Direito Interno, mas também internacionalmente.¹³

2 A RELEVÂNCIA DO PÓS-POSITIVISMO NA COMPREENSÃO DO NOVO CENÁRIO CONSTITUCIONAL

O *marco filosófico* deste novo Direito Constitucional é o pós-positivismo, identificado nos grandes momentos constituintes do século passado, acentuando a hegemonia axiológica dos princípios, revestidos de normatividade, de modo a sepultar definitivamente a doutrina jusnaturalista e o velho positivismo ortodoxo.

A compreensão da lei com base na Constituição expressa outra configuração do positivismo, que pode ser qualificada de positivismo crítico ou de pós-positivismo, porque submete a lei a princípios materiais de justiça e aos direitos fundamentais.

Este momento pós-positivista, que defende a normatividade e a vinculatividade dos princípios, faz destes, valores jurídicos supremos da sociedade, servindo como parâmetros de aplicação do Direito pelo Estado e pela sociedade civil, avesso ao discurso do direito voltado à metafísica ou ao formalismo. Filosoficamente, a nova idéia de Constituição superou a identificação do Direito com a lei, sem retomar a compreensão metafísica proposta pelo Direito natural.

Desenvolveu-se a distinção entre regras e princípios para outorgar força normativa a estes, ampliando a efetividade da Constituição. Os princípios deixam de ter aplicação meramente secundária como forma de colmatar lacunas (tese do "positivismo inclusivo" ou moderado)¹⁴ para atuar como protagonistas na interpretação jurídica, de modo a superar as correntes teóricas que ainda sustentavam um Direito formado apenas pelas regras estritas, vistas como únicos preceitos dotados de juridicidade.¹⁵

¹² O movimento neoconstitucionalista não é uma realidade universal porque não pretende atingir a todos os países, excluindo os não democráticos (com sistema constitucional sem garantias ou em excessiva restrição aos direitos fundamentais) ou os que confundem suas fontes normativo-constitucionais com fontes teleológicas. MOREIRA, 2008, pp. 27-29.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. In CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 72-73.

¹⁴ Esta corrente jusfilosófica defendida em Hart significou um avanço em relação ao chamado positivismo exclusivo ou inflexível de acordo com os pressupostos clássicos de Hans Kelsen, que pregava a separação completa entre o Direito e a Moral; porém, ainda assim, não há como compatibilizá-lo com o neoconstitucionalismo.

¹⁵ Paulo Bonavides indica que a juridicidade dos princípios passa por três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista, explicando que: "Na primeira, os princípios habitavam numa esfera de abstração e sua normatividade era bastante duvidosa, contrastando com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça. Esta fase dominou a dogmática dos princípios até o advento da Escola Histórica do Direito. O advento da Escola Histórica do Direito e a elaboração dos Códigos (onde os princípios entraram como fonte subsidiária) precipitaram a decadência do Direito Natural clássico, fomentando, ao mesmo passo, desde o século XIX até a primeira metade do século XX, a expansão doutrinária do positivismo jurídico que, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas carentes de normatividade, decretaram sua irrelevância jurídica." 1997, p. 232.

Abriu-se caminho para um conjunto de amplas e ainda inacabadas reflexões em torno do Direito, sua função social e sua interpretação, incluindo a definição das relações entre valores, princípios e regras (aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*) e a Teoria dos Direitos Fundamentais.

O Texto Constitucional aparece como fundamento de validade de qualquer atividade hermenêutica. O arejamento proporcionado pelos princípios faz com que possamos continuar inseridos no padrão de juridicidade sem cairmos em posições míopes que reduzam a regulamentação de casos concretos às hipóteses restritas das regras.

Cumprir destacar que a diferença entre o pensamento formalista e a reflexão neoconstitucionalista é que o segundo consegue alcançar as transformações práticas dentro do sistema jurídico (neste ponto se afasta por completo de qualquer tese jusnaturalista, pois não sai do sistema nem defende valores universais). Leciona Eduardo Ribeiro Moreira que

Não é mais o momento de um direito avalorativo, tampouco de um direito impregnado de valores carregados por preferências pouco científicas, como as defendidas pelos adeptos do jusnaturalismo, ou mesmo de uma ética dos valores espiritualistas. A estrutura do neoconstitucionalismo – desde logo revelamos – é construtivista, racional-ponderadora e argumentativa, três fatores que podem ser considerados como de inegabilidade dos pontos de partida. E é nesse ponto que começa a se traçar a essência do neoconstitucionalismo: *uma teoria do direito preocupada em transformar o que não deve ser e com a pretensão de corrigir aquilo que racionalmente pode ser aperfeiçoado (idéia do 'pode ser')*. *Nesses dois termos, o neoconstitucionalismo é essencialmente voltado para a pretensão de correção e para a transformação.*¹⁶

O neoconstitucionalismo, como teoria que se opõe ao constitucionalismo positivista (ou seja, em sua perspectiva filosófica do pós-positivismo), traduz-se na vitória do modelo constitucional no Brasil e terá sua implementação definitivamente realizada somente após a gradual afirmação da democracia em nossa sociedade.

3 OS PRINCÍPIOS DIANTE DA EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Sob a *perspectiva teórica*, três fatores revolucionaram a compreensão em torno da aplicação do Direito Constitucional: a) o reconhecimento da força normativa da Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; e c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Fredie Didier Jr. leciona que

Vive-se, atualmente, uma fase de renovação do estudo do Direito Constitucional. Há diversas manifestações disso: a) parte-se da premissa de que a Constituição tem força normativa e, por consequência, também têm força normativa os princípios e os enunciados relacionados aos direitos fundamentais; b) pela expansão da jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade difuso e concentrado, como é o caso do Brasil); c) desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional (com a valorização dos princípios e o desenvolvimento dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade). A essa fase deu-se o nome de Neoconstitucionalismo ou pós-positivismo.¹⁷

¹⁶ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008. p. 18-19.

¹⁷ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 1, 10. ed. Salvador: JusPodium, 2008. p. 27.

Dissertando sobre estes marcos teóricos do paradigma constitucional, Eduardo Ribeiro Moreira defende a posição de que a Teoria do Direito já não é mais descritiva, e sim prática, real, útil, com uma concretude preocupada com a eficácia verificável exposta pela prática, isto é, a “decidibilidade” constitucional (conjunto de técnicas de decisão em matéria constitucional) que norteiam a prática forense, como as decisões do Supremo Tribunal Federal.¹⁸

Com a superação do modelo positivista que imperou nos anos que antecederam a 2ª Grande Guerra, a norma constitucional passou a gozar de *status* de norma jurídica (e não apenas um documento de cunho essencialmente político), sendo imperativa e suscetível de produzir efeitos jurídicos.

Afirmar que a norma constitucional é uma disposição jurídica imperativa significa que o efeito por ela pretendido deverá ser imposto coativamente pela ordem jurídica caso não se realize espontaneamente, como nos demais comandos jurídicos.

O alargamento da jurisdição constitucional também pode ser vinculado à herança do segundo pós-guerra, haja vista que até então vigorava na Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo (hoje, na Europa, somente Holanda, Luxemburgo e o Reino Unido adotam este modelo), diferente do modelo estadunidense que era inspirado na supremacia da Constituição. Cômico da nova rotina implementada nas cortes constitucionais e dos novos parâmetros interpretativos a serem aplicados, Miguel Carbonell afirma que

En parte como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando también de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *Drittwirkung*), el principio *pro personae*, etcétera.¹⁹

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe na perspectiva incidental desde a Constituição de 1891, porém, o controle concentrado só foi introduzido com a Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Destaque-se, entretanto, que a verdadeira expansão da jurisdição constitucional se deu a partir da Constituição Federal de 1988, com a ampliação dos legitimados ativos (não mais exclusivamente o Procurador-Geral da República), a criação da ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A supremacia das cortes controladoras da Constituição, pressuposto do neoconstitucionalismo, é preservada por meio da jurisdição constitucional, na medida em que os tribunais encarregados de defender a Constituição priorizam a tutela dos direitos fundamentais. A força vinculante da Constituição (inserta nos julgados destas cortes) propicia que estes direitos penetrem nos poderes instituídos e na sociedade.

Diz-se que a estruturação do neoconstitucionalismo ocorre por meio de uma interpretação construtivista, racional-ponderadora e argumentativa, impondo-se que os julgados da cortes constitucionais vislumbrem a Constituição como algo vivo

¹⁸ MOREIRA. op. cit., 2008, p. 35-38.

¹⁹ CARBONEL, op. cit., 2007, p. 10.

e com certa margem de elasticidade capaz de acompanhar a mutações constitucionais por que passa o seu texto.²⁰

Confirmando esta orientação, Gustavo Zagrebelsky leciona que a característica (não acidental) da Constituição é sua natureza de princípio, e os princípios são normas naturalmente abertas aos desenvolvimentos do futuro (esta natureza prospectiva também foi realçada por Humberto Ávila):

La propensión al futuro es la esencia de la constitución y la naturaleza particular de sus normas es el mejor testimonio. Quien, en nombre de los orígenes, esto es, de la fidelidad a una 'constitución inerte', entiende que cualquier nueva exigencia constitucional debe manifestarse no a través de reformas, con el objetivo de que se garanticen de esa manera la separación de los poderes y la certeza del derecho, desconoce tanto la función de la jurisprudencia como la importancia de la duración en la vida constitucional. Es decir, desconoce la función de la constitución. Una Constitución que sobrevive con incesantes modificaciones se degrada al nivel de una ley ordinaria y la materia constitucional se confunde con la lucha política cotidiana. [...] El objetivo de la jurisprudencia y de la reforma es concurrente. Las líneas de mutuo respeto son elásticas, como consecuencia de la discrecionalidad en que, con distinta medida, se mueven a la una y la otra. Por eso pueden entrar en colisión y donde los procedimientos de reforma, con los cuales el legislador podría contener la expansión de la discrecionalidad judicial, son particularmente gravosos, el riesgo que corren las cortes es el de convertirse en una fuente incontrolada y ser así rechazadas por la comunidad en la que operan.²¹

O desenvolvimento da uma nova dogmática da interpretação constitucional é, assim, também um dos marcos teóricos do neoconstitucionalismo, sendo de realçar que houve uma reestruturação das fontes do Direito, postando-se os princípios constitucionais como fonte primeira, de modo a determinar que, quando uma lei seja interpretada, o será à luz destes parâmetros.

Há de se ressaltar, porém, que a nova interpretação constitucional não abandonou os elementos clássicos da interpretação (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), a despeito de haver revitalizado a hermenêutica jurídica, ressaltando a importância dos princípios sobre as regras, e adotando uma técnica em que não há lacunas no sistema jurídico. Este há de ser completado por princípios, direitos fundamentais e diretrizes fundamentais.

Neste contexto, ganham destaque na doutrina nacional os chamados *princípios da interpretação constitucional*, quais sejam: 1) unidade da Constituição; 2) concordância prática; 3) conformidade funcional (preocupação em não subverter o esquema organizatório-funcional); 4) efeito integrador (primazia a critérios que favoreçam a integração política e social); 5) força normativa da Constituição; 6) máxima efetividade; e 7) interpretação conforme a Constituição.

Há de se realçar, porém, que, na óptica de Virgílio Afonso da Silva, até mesmo estes princípios merecem ressalvas quanto ao seu propósito de viabilizar a moderna interpretação constitucional, já que em nada se diferenciam dos cânones tradicionais de interpretação, além de não permitirem a aplicação conjunta com

²⁰ Dissertando sobre o que considera ser o *sentido plástico* da Constituição, identificado na mobilidade necessária a projetar sua força normativa na realidade social, política, econômica e cultural do Estado, Raul Machado Horta pondera: “Considerando a natureza obrigatória da norma constitucional, o preenchimento das regras constitucionais pela legislação ordinária demonstra, entretanto, que a Constituição dispõe de plasticidade. A plasticidade permitiria a permanente projeção da Constituição na realidade social e econômica, afastando o risco da imobilidade que a rigidez sempre acarreta. A Constituição plástica estará em condições de acompanhar, através do legislador ordinário, as oscilações da opinião pública e da vontade do corpo eleitoral. A norma constitucional não se distanciará da realidade social e política. A Constituição normativa não conflitará com a Constituição real. A coincidência entre a norma e a realidade assegurará a duração da Constituição no tempo”. 1995, p. 240.

²¹ 2007, p. 98-99.

outros métodos de interpretação da Constituição. Quanto a estes, o referido autor critica o atual *sincretismo metodológico* veiculado pela doutrina brasileira (fenômeno que atravança as discussões acerca da interpretação constitucional).²²

A interpretação constitucional pressupõe uma discussão acerca da idéia de Constituição, da tarefa do Direito Constitucional, da interação da realidade constitucional com a realidade política do Brasil e da contextualização e evolução histórica dos institutos constitucionais brasileiros. Dissertando sobre a concepção de Constituição como paradigma, Manuel Aragón Reyes acentua que:

Lo que ya resulta hoy como un lugar común es el pensamiento jurídico (y político) más solvente, es que la Constitución es norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable, que garantiza la limitación del poder inexorablemente sobre la condición libre de los propios ciudadanos. Es decir, la Constitución no es otra cosa que la juridificación de la democracia, y así debe ser entendida.²³

De fato, a Constituição deve ser compreendida como um sistema normativo dinâmico, em que a realidade fática e a normativa se encontram em uma relação de reciprocidade. Dissertando sobre a Constituição como sistema aberto de regras e princípios, Celso Ribeiro Bastos e Samantha Meyer-Pflug alertam para a noção de que:

Para que o texto constitucional se apresente capaz de acompanhar estas transformações, faz-se imprescindível que ele contenha normas jurídicas que veiculem diretrizes gerais, valores. A constituição deve, portanto, conter princípios gerais veiculadores desses valores e aptos a abarcar estas três transformações sem, contudo, alterar o conteúdo essencial da lei fundamental, que deve permanecer imutável. [...] O texto constitucional tem como traço fundamental o conter preceitos indeterminados, polissêmicos, sintéticos e abstratos – o que acaba por ampliar a atividade do intérprete, na exata medida em que as normas necessitam ter seu conteúdo delimitado.²⁴

O atual entendimento da Constituição descurada destes elementos se identifica com uma posição explicável pela letargia histórica e sua desconexão relativa à dinâmica que a afirmação e expansão da Carta Magna produz. Assim, em face deste cenário naturalmente “aberto” da normatividade constitucional, ganha relevo a compreensão em torno dos princípios, já que estas espécies normativas têm a missão de agregar os múltiplos valores inseridos no âmbito da Constituição²⁵, orientando a atuação do intérprete no afã de aproximar, o máximo possível, o conteúdo da norma à realidade social que a circunda.²⁶

4 CONCLUSÕES

A constitucionalização do Direito é produto da interpretação no neoconstitucionalismo (chamada por alguns de sobreinterpretação), viabilizando a harmonia da Constituição com as relações sociais. Assim, caracteriza-se a hermenêutica constitucional como um atualizador das normas constitucionais,

²² SILVA, 2007, p. 118-133.

²³ REYES, 2007, p. 32.

²⁴ BASTOS; MEYER-PFLUG, 2007, p. 150-157.

²⁵ Já na Antiguidade, Heráclito de Éfeso dizia que “o contrário é convergente e dos divergentes nasce a mais bela harmonia, e tudo segundo a discórdia”. PESSANHA, 2000, p. 88.

²⁶ O princípio da igualdade, por exemplo, não tem o mesmo formato da época da Revolução Francesa, em que se buscava a mera igualdade formal, vedando o tratamento desigual entre as pessoas que se encontravam na mesma situação. Hoje, busca-se também a igualdade material, ou seja, uma igualdade de oportunidades, de condições.

levado a cabo sem qualquer mudança formal no texto da Constituição. Tal atividade encontra limites nos próprios princípios que fundamentam o sistema constitucional, não sendo permitido subverter a essência (aquilo sem o que a coisa deixa de ser o que é) dos valores contidos na norma.²⁷

Neste sentido, uma das condições do moderno constitucionalismo é a capacidade evolutiva das constituições, sendo certo que uma qualidade importante deste movimento consiste na capacidade de os textos se adaptarem às circunstâncias sociais mediante interpretação, sem promover alterações nas suas redações originárias.

Enfim, parece fora de dúvida que a moderna doutrina constitucional e a atuação da jurisdição constitucional não se encerram nos acanhados limites do reconhecimento formal de um extenso rol de direitos fundamentais. Reclama-se a conduta do Poder Judiciário no sentido de dar efetividade ao romântico catálogo previsto, abandonando uma compreensão mecânica da normatividade constitucional e a estabelecendo uma postura dialógica e dinâmica com a sociedade no sentido de executar as promessas veiculadas. Realização parece ser a palavra de ordem atualmente.

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1934.

BARROSO, Luis Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. In SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 23 jul. 2008.

BASTOS, Celso; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. , Vitória, *Panóptica* ano 1, n. 6, p. 1-44, fev. 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONEL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 1, 10. ed. Salvador: JusPodium, 2008.

²⁷ “En ningún caso puede la reforma constitucional ser llevada hasta modificar los principios supremos de la Constitución existente. Tales principios son límites (lógicos) infranqueables para la reforma constitucional”. GUASTINI, 2007, p. 25.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. In CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de Constitución. In *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

PESSANHA, José Américo Motta. *Os pré-socráticos: fragmentos, doxografia e comentários*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

REYES, Manuel Aragón. *La Constitución como paradigma*. In CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

SILVA, Alexandre Garrido da. *Pós-positivismo e Democracia: em defesa de um neoconstitucionalismo aberto ao pluralismo*. Disponível na Internet em: <http://conpedi.org/manaus///arquivos/anais/bh/alexandre_garrido_da_silva.pdf>. Acesso em 23 jul. 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces Constitucionales. In CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.