

A NOVA ROUPA DO DIREITO CONSTITUCIONAL: NEO-CONSTITUCIONALISMO, PÓS-POSITIVISMO E OUTROS MODISMOS

Revista dos Tribunais | vol. 859/2007 | p. 81 - 91 | Mai / 2007
DTR\2007\339

Carlos Bastide Horbach

Doutor em Direito do Estado pela USP. Mestre em Direito do Estado e Teoria do Direito pela UFRGS. Professor dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito do UniCEUB. Advogado.

Área do Direito: Constitucional

Resumo: O presente trabalho analisa a interpretação da Constituição no Brasil e a influência que sofre do "neo-constitucionalismo" e do "pós-positivismo", fazendo uma comparação com as tradicionais teorias do direito constitucional brasileiro.

Palavras-chave: Direito constitucional - Interpretação constitucional - "Neo-constitucionalismo"

Abstract: This paper analyzes the interpretation of the Constitution in Brazil and the influence it suffers from "neo-constitutionalism" and "post-positivism", in comparison with the traditional theories of Brazilian Constitutional law.

Keywords: Constitutional law - Constitutional interpretation - "Neo-constitutionalism"

Sumário:

1.Introdução - 2.Legislação, jurisdição e guarda da Constituição - 3.Direito constitucional: novas e velhas modas - 4.A inconstitucionalidade como conceito emocional - 5.Conclusão - 6.Bibliografia

1. Introdução

Num determinado reino, vivia um monarca extremamente vaidoso, preocupado com sua aparência e com a observância das últimas imposições da moda. Assim, acorria ao reino um grande número de estilistas e alfaiates, que sabiam ter no Rei o cliente ideal. Eis que, certo dia, chegam ao país dois supostos modistas dispostos a obter vantagens dessa característica da personalidade do soberano. Em linhas gerais, esse é o começo do conto *A Roupas nova do Rei* de Hans-Christian Andersen.

Seguindo a narrativa, Andersen conta que os recém chegados - travestidos de estilistas renomados - apresentaram ao Rei um tecido excepcional, cuja principal qualidade era a de ser invisível aos olhos dos incompetentes e dos dissimulados. Ou seja, o tecido - de beleza extrema e preço incalculável - seria somente perceptível pela visão dos inteligentes, dos

competentes e dos sinceros.

A partir daí, cômicos de sua inteligência, competência e sinceridade, várias autoridades da Corte passaram a descrever com detalhes a beleza do tecido, que na verdade não existia, que não passava de uma invenção para tirar do Rei as mais altas quantias.

O final do conto é conhecido: estando todo o povo do Reino avisado das qualidades extraordinárias da nova roupa do monarca, aglomerou-se nas ruas para ver, maravilhado com a beleza do traje, o desfile de Sua Majestade, até que uma criança, numa simplória constatação, despertou a todos para a realidade: "O Rei está nu!".

Hoje, por outro lado, vários juristas brasileiros enxergam a existência de um novo direito constitucional, de um "neo-constitucionalismo", que a partir de um novo "marco teórico pós-positivista", abriria espaço para uma igualmente "nova hermenêutica" constitucional. Trata-se da roupa nova do direito constitucional brasileiro.

O objeto material deste estudo, portanto, é essa "roupa nova", é esse novo traje que estaria a ornar o direito constitucional brasileiro, após a Constituição Federal de 1988. Esse objeto será analisado sob a luz da tradicional doutrina constitucional brasileira, exatamente para delimitar qual a "nova hermenêutica".

Para tanto, será necessária a prévia fixação de um referencial teórico, que permita definir com clareza as funções típicas do intérprete da Constituição, separando-as dos demais agentes públicos; separação essa que permite o adequado funcionamento das instituições democráticas.

Desse modo, serão fixados esses pressupostos num primeiro momento, para que se proceda depois à abordagem dos aspectos específicos da "nova hermenêutica", do "neo-constitucionalismo" e do "pós-positivismo".

2. Legislação, jurisdição e guarda da Constituição

A análise proposta neste trabalho está, como antes afirmado, intimamente relacionada com o reconhecimento de que a guarda da Constituição, a legislação e a jurisdição são funções estatais independentes e com características próprias, não devendo ser confundidas por seus titulares.

Essa constatação - que está presente em toda uma tradição jurídica ocidental, em especial em autores germânicos - foi sistematizada por Cezar Saldanha Souza Junior.¹ Em síntese, o autor evidencia a existência de três níveis de produção jurídica, ontologicamente distintos, que se sucedem no tempo. Iniciando com a função juspolítica judicial, compondo concretamente os conflitos e julgando os indivíduos; passando para a necessidade de orientação genérica das condutas da comunidade, com "*pautas objetivas para dirigir o comportamento social*", no que se consolidou como sendo a função legislativa, gerando a produção de normas gerais e abstratas; e, finalmente, chegando ao nível de limitação desses poderes - no que constitui o grande postulado do constitucionalismo liberal - de fiscalização da obra do legislador, num mecanismo de controle de constitucionalidade que atinge o seu grau máximo de aprimoramento com os tribunais constitucionais, "um novo

poder político, (...) formado por juízes constitucionais".²

Há claramente, pois, três funções distintas: a jurisdição comum (ou ordinária), a legislação e a jurisdição constitucional; que demandam uma especialização crescente dos órgãos políticos e, por outro lado, exigem uma lógica própria de funcionamento e de interação.

Cezar Saldanha Souza Junior indica os caminhos dessa lógica de funcionamento, destacando a preeminência da função jurisdicional em relação às demais, ao afirmar que:

"(...) não é tanto o juiz, enquanto juiz, que existe para servir os legisladores; antes, as legislações é que existem para ajudarem o juiz a fazer Justiça no caso concreto. Também não é tanto a legislação que existe para fazer a grandeza ou preservar eficácia das constituições; antes, as constituições é que foram inventadas para defender, proteger e amparar as boas legislações, aprimorando, corrigindo e suprimindo as defeituosas".³

A subversão desse entendimento e a confusão dessas instâncias geram conseqüências teratológicas para o Estado de Direito. Isso tanto no sentido de a legislação ou a Constituição limitarem a área de atuação institucional do Juiz, quanto no sentido oposto, com o Juiz imiscuindo-se na legislação e na imposição de preceitos constitucionais.⁴

Entretanto, uma análise mais acurada do funcionamento das instituições brasileiras leva à conclusão de que se vive, hoje, num quadro de plena confusão entre esses níveis de produção jurídica, sem que se tenha uma fronteira nítida entre jurisdição, legislação e guarda da Constituição.

Essa situação decorre de vários fatores, mas principalmente de uma crise institucional, no sentido de uma estruturação de poderes. A concentração no Poder Judiciário das funções jurisdicional e de guarda da Constituição contribui para isso e esse problema já é notado, há muito, por juristas e políticos.⁵

Mas não é somente a falta de um arranjo institucional adequado que leva ao exercício confuso das funções jurisdicional, legislativa e de guarda da Constituição. Essa confusão decorre também - quiçá preponderantemente - de uma crise de mentalidade, que é objeto desta análise.

Cada uma das funções acima enumeradas requer de seu titular habilidades próprias, forjadas a partir de uma forma peculiar de ver o interesse público. As operações mentais requeridas do legislador são distintas das que orientam o Juiz, que, por sua vez, são diferentes das premissas que devem ser levadas em consideração pela guarda da Constituição. Em outras palavras, os diversos níveis de produção jurídica demandam de seus agentes um *modus operandi* específico, que não se confunde com o dos demais.

Ocorre, porém, que no Brasil de hoje essas lógicas - ou essas mentalidades - estão embaralhadas, há uma nítida confusão por parte dos agentes responsáveis pela legislação, pela jurisdição constitucional e, em especial, por parte dos agentes responsáveis pela jurisdição, nos quais se centrará este exame.

A grande questão é saber, portanto, quais são as causas dessa confusão, para que se possa buscar a solução para o problema; solução essa que se afigura como um pressuposto do funcionamento adequado de qualquer arranjo institucional, o vigente e todos os outros que

se pretenda implantar.

Qual a causa dessa embaralhação de mentalidades é uma pergunta praticamente impossível de responder. Passa pela formação jurídica, pelo recrutamento dos agentes jurídico-políticos, pela estruturação das carreiras jurídicas, etc.

Todavia, um aspecto se apresenta como o mais evidente e, sem dúvida, um dos mais importantes: trata-se da influência cada vez mais notada no Judiciário brasileiro da chamada "nova hermenêutica constitucional", calcada num pouco claro "pós-positivismo" e que tornaria patente o advento de um "neo-constitucionalismo".

Assim, entra-se no objeto principal deste estudo, a exposição da "nova hermenêutica", comparando-a com a tradicional, para demonstrar suas influências deletérias no agravamento da confusão entre os níveis de produção jurídica, em especial no seio do Poder Judiciário.

3. Direito constitucional: novas e velhas modas

A seguir, pois, serão comparadas a tradicional interpretação constitucional brasileira e a "nova hermenêutica". Para tanto, serão tomados como referenciais dois autores que representam - cada um a seu modo - as duas perspectivas de hermenêutica acima mencionadas: Carlos Maximiliano - o grande jurista de Santa Maria da Boca do Monte e autor das obras clássicas sobre a aplicação do direito no Brasil - e Luís Roberto Barroso - talvez o mais popular dos "neo-constitucionalistas" nacionais.

Essa "nova interpretação constitucional", segundo Barroso, em texto produzido com Ana Paula de Barcellos, seria o contraponto à tradicional interpretação literal e subsuntiva de dispositivos legais, com raízes na Escola da Exegese, na qual o juiz, seguindo a fórmula de Montesquieu, seria a boca que pronuncia as palavras da lei:

"A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vista à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido".⁶

Essa "nova interpretação" está, segundo o autor, baseada no "pós-positivismo", que "é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética".⁷

Em síntese, a nova hermenêutica é nova porque não faz do juiz um mero escravo da lei,

mas o coloca na posição de principal realizador do texto constitucional, concretizando princípios, que, graças ao pós-positivismo, passam a ter valor normativo.

Essa análise, com o respeito que merece, parte de uma caricatura da tradicional hermenêutica constitucional brasileira ou então do esquecimento das lições de seus principais expoentes.

Em primeiro lugar, Carlos Maximiliano já apontava em 1924, citando Jean Cruet, que "a tendência racional para reduzir o juiz a uma função automática, apesar da infinita diversidade dos casos submetidos a seu diagnóstico, tem sempre e por toda a parte soçobrado ante a fecundidade persistente da prática judicial".⁸ Desse modo, não há nada de novo em reconhecer que o juiz não é a boca que pronuncia as palavras da lei.

Por outro lado, abrindo o capítulo relativo à interpretação do texto constitucional, o mesmo Carlos Maximiliano, nos *Comentários à Constituição brasileira de 1891*, assenta que a interpretação é atividade ampla, que deve buscar auxílio em todos os dados da expressão jurídica que se dispõe, e, fazendo referência a Jhering, lembra que o intérprete tem a difícil tarefa de "deduzir de disposições isoladas o princípio que lhes forma a base, e desse princípio as conseqüências que dele decorrem", para mais adiante afirmar que a "Constituição deve condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem".⁹

Ou seja, também na tradicional hermenêutica o Juiz tem a função de concretizar a Constituição, inclusive seus princípios, que igualmente têm caráter normativo e que podem ser explícitos ou implícitos, como já asseverava John Marshall desde o conhecido caso *McCulloch vs. Maryland*, no qual foi formulada a teoria dos poderes implícitos.

Além disso, Barroso igualmente fixa os princípios da "nova hermenêutica" constitucional, que não são distintos dos tradicionalmente mencionados pela doutrina brasileira.

Primeiramente, apresenta o chamado *princípio da supremacia da Constituição*, o qual, segundo ele, "não tem um conteúdo próprio: ele apenas impõe a prevalência da norma constitucional, qualquer que seja ela".¹⁰ Ou seja, a Constituição é o diploma supremo de um ordenamento jurídico, que não admite como válidas outras normas com ele incompatíveis.

Comentando a Constituição de 1891, Carlos Maximiliano ressalta essa mesma máxima de interpretação:

"A Constituição é a lei suprema do país, contra sua letra ou espírito não prevalecem resoluções dos poderes federais, constituições, decretos ou sentenças estaduais, nem tratados ou quaisquer atos diplomáticos".¹¹

Depois, Luís Roberto Barroso menciona o *princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público*, que "funciona como fator de autolimitação da atuação judicial: um ato normativo somente deverá ser declarado inconstitucional quando a invalidade for patente e não for possível decidir a lide com base em outro fundamento".¹² Na "nova hermenêutica", portanto, os atos estatais são presumidos como constitucionais, até que ocorra uma declaração em contrário do órgão para tanto competente, declaração essa que é um último recurso a ser utilizado pelo intérprete.

Também Carlos Maximiliano analisa essa "inovação". Após destacar que a todos os poderes é dado interpretar a Constituição, reconhece que o Judiciário é o intérprete mais habilitado, ainda que deva observar alguns limites. Nesse sentido conclui: "Proclama-se a inconstitucionalidade apenas quando é absolutamente necessário fazê-lo para decidir a questão *sub judice*".¹³

Em terceiro lugar, Barroso trata do *princípio da interpretação conforme a Constituição*, decorrente da "confluência dos dois princípios anteriores":

"Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto".¹⁴

Carlos Maximiliano, por sua vez, assevera que "sempre que for possível, sem fazer demasiada violência às palavras, tão restritivamente se interprete a linguagem da lei que se torne constitucional a medida".¹⁵ Em outras palavras, sem abandonar o texto, a interpretação deve ser feita de modo a propiciar a conformidade com a Constituição.

A seguir, a análise de Luís Roberto Barroso se fixa no *princípio da unidade da Constituição*, segundo o qual as diversas partes do sistema constitucional devem conviver de modo equilibrado e harmonioso, sem confrontos inarredáveis. A Constituição deve ser interpretada como um todo harmônico.¹⁶

A recomendação de Carlos Maximiliano ao intérprete da Constituição é a mesma, apresentando somente uma formulação diversa:

"O todo deve ser examinado com o intuito de obter o verdadeiro sentido de cada uma das partes. Não se interpretam as leis por palavras ou frases isoladas e, sim, confrontando os vários dispositivos e procurando conciliá-los".¹⁷

Já o *princípio da efetividade*, também exposto por Barroso, é dirigido ao aplicador da norma constitucional que, "entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional".¹⁸ A efetividade busca assegurar, da melhor forma possível, os objetivos constitucionalmente consagrados.

Mais uma vez Carlos Maximiliano, mesmo sem utilizar a palavra "efetividade", exige que a interpretação torne reais, no presente e no futuro, os grandes objetivos do Estado:

"O código fundamental tanto provê no presente como prepara o futuro. Por isso é mister ser compreendido de modo que converta em realidade os grandes princípios de governo".¹⁹

Ou seja, a Constituição deve ser interpretada para realizar o melhor governo, para atingir seus fins, expressos nos grandes princípios nela inscritos.

Por fim, resta analisar o *princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade*, cujo fundamento está nas idéias de devido processo legal e de justiça. Segundo Barroso, o princípio determina que "uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema", permitindo "que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir

que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça do caso concreto".²⁰ A razoabilidade ou proporcionalidade faz com que os fins da norma constitucional sejam preservados, impedindo aplicações injustas.

Novamente sem utilizar exatamente os mesmos termos - proporcionalidade ou razoabilidade - Carlos Maximiliano chega, ao comentar o texto constitucional de 1891, às mesmas conclusões dos "neo-constitucionalistas". Em primeiro lugar, a interpretação da norma "para a melhor realização do fim constitucional nela embutido" é para Maximiliano uma obviedade:

"A regra superior, que sobrepuja a todas as outras e cuja inobservância é a causa de erros diários nos pretórios e no Parlamento, consiste em indagar o *fim da lei*, a razão de ser de uma providência legislativa, o objetivo que se teve em mira ao inserir um artigo ou parágrafo no texto constitucional".²¹

Por outro lado, desde os romanos não se admite a interpretação do Direito que venha a negar os fins em razão dos quais foi editada uma norma. Trata-se da expressão do famoso brocardo *summum jus, summa injuria*. Carlos Maximiliano assim aduz:

"Hoje a maioria absoluta dos juristas quer libertar da letra da lei o julgador, pelo menos quando da aplicação rigorosa dos textos resulte injusta dureza, ou até mesmo simples antagonismo com os ditames da equidade. Assim, vai perdendo apologistas na prática a frase de ULPIANO - *durum jus, sed ita lex scripta est* - 'duro direito, porém assim foi redigida a lei' - e prevalecendo, em seu lugar, o *summum jus, summa injuria* - 'do excesso do direito resulta a suprema injustiça'".²²

Em síntese, buscar pela interpretação, realizar o fim da lei, evitando injustiças, não é novidade alguma!

Com base nessa mais do que resumida análise, é possível concluir - a menos que Carlos Maximiliano seja o precursor da "nova hermenêutica" brasileira e John Marshall o pai do "pós-positivismo" - que não se está diante de uma revolução em termos de interpretação do texto constitucional.

Desse modo, evidenciado que não há diferenças substanciais entre a "nova hermenêutica constitucional" e a tradicional, mas diferenças meramente terminológicas. Cabe destacar que não se está diante, portanto, de uma nova teoria jurídica, mas da mesma teoria com novos nomes. É o vinho velho em odres novos...

Não sendo a "nova hermenêutica constitucional" uma teoria com traços próprios, caracteriza-se como uma formulação retórica que busca justificar uma realidade, qual seja, a extrapolação indevida das funções jurídico-políticas, em especial pelos responsáveis pela interpretação das leis e da Constituição, num claro movimento ideológico.

Com essa retórica, o intérprete pode, na "nova hermenêutica", dar ao texto o sentido que bem entender, partindo do pressuposto que não existe um sentido verdadeiro da norma, sendo sua tarefa um ato de vontade e não de conhecimento. A essas conclusões, opõe Manoel Gonçalves Ferreira Filho severa crítica:

"Na verdade, frases como 'a interpretação é ato de vontade', 'o intérprete produz a norma'

são extremamente enganosas, Justificam-se quando significam, 'entre vários sentidos possíveis, dada a ambigüidade do enunciado, que o legislador escolhe um deles; e como escolher é ato de vontade, a interpretação é um ato de vontade'; ou, 'lendo o enunciado, o intérprete dá sentido às expressões que ele usa e, assim, produz o sentido da norma, por isso ele produz a norma' (que não é evidentemente o conjunto de sinais expressos no papel). Mas são absurdas se querem dizer que o intérprete faz a norma de acordo com sua vontade, ou o justo que pressupõe. Ou, pelo menos, renegam o sistema do Estado de Direito, porque negam o primeiro de seus princípios - o da legalidade; contestam a democracia, na qual a lei é expressão da vontade geral; abandonam a separação de poderes, que reserva ao legislador o estabelecimento da lei".²³

Nesse mesmo sentido, Lenio Luiz Streck denuncia doutrinas que colocam o texto da norma em segundo plano, "realidade muito detectável em terras brasileiras, onde as posturas subjetivistas, com nítido viés pragmatista, pensam que o trabalho dos intérpretes - em especial dos juízes - diz respeito apenas às próprias convicções que eles têm acerca das necessidades sociais".²⁴

Na interpretação da lei ou da Constituição, os "neo-constitucionalistas" separam a termo do conceito, o conceito do preceito, o preceito da norma, a norma do texto e o texto do contexto, para, ao final dessa operação, fazer com que o dispositivo afirme exatamente o que desejam e, não raro, o contrário do que nele está escrito.

A essa realidade acresce outro problema, qual seja, a difusão da idéia de que a interpretação constitucional é tarefa simples, capaz de ser desenvolvida por qualquer pessoa, no que Peter Häberle chamou de *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*.

Häberle, no seu famoso texto de hermenêutica constitucional, reafirma algo que é quase óbvio na Ciência do Direito: o fato de que não só os juristas interpretam as normas, mas toda a sociedade sobre a qual a norma incide é chamada a interpretá-la. Desse modo, cidadãos, grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública seriam forças produtivas de interpretação constitucional. Mas, adverte:

"A forma de participação da opinião pública está longe de ser organizada ou disciplinada. Aqui reside uma parte da garantia de sua abertura e espontaneidade. Não obstante, os princípios e métodos de interpretação constitucional preservam o seu significado, exercendo porém uma nova função: eles são os 'filtros' sobre os quais a força normatizadora da publicidade (*normierende Kraft der Öffentlichkeit*) atua e ganha conformação. Eles disciplinam e canalizam as múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo".²⁵

No Brasil, a lição contida nesse parágrafo ficou - ao que tudo indica - esquecida. Aqui, a técnica jurídica não "filtra" a opinião pública, mas o senso comum tomou de assalto a técnica jurídica, transformando a interpretação constitucional num conjunto de clichês. Qualquer opinião é juridicamente válida, é tecnicamente viável!

À retórica perniciosa do "neo-constitucionalismo" e à vulgata brasileira da sociedade aberta dos intérpretes alia-se ainda um outro fator: A extensão analítica do texto constitucional e a indeterminação de muitos de seus preceitos.

Que a Constituição de 1988 é muito abrangente, dispõe sobre tudo, muito já se falou.

Assim, basta citar - como ilustração - um trecho de uma entrevista concedida pelo Ministro Célio Borja a uma revista de Brasília, no qual o jurista explica o porquê de a Constituição de 1988 apresentar traços antidemocráticos:

"Mas tenho que acrescentar que vejo um caráter antidemocrático nela... (...) Pela sua pretensão em engessar a sociedade, interferindo em quase tudo. Até em pensão alimentícia! Ora, isso deve ser tratado pelo direito comum. Além do mais, parece não ter limites, principalmente com relação ao poder do Estado em criar impostos".²⁶

Somando-se os três fatores aqui apresentados - nova hermenêutica constitucional, sociedade aberta e Constituição analítica - uma conclusão alarmante exsurge: a Constituição dispõe sobre tudo e tudo pode ser qualquer coisa, segundo o critério de qualquer um!

4. A inconstitucionalidade como conceito emocional

No contexto até aqui exposto, o conceito de inconstitucionalidade deixa de ser um conceito técnico, objetivo, e passa a ser um conceito pessoal, subjetivo e - por que não? - emocional.

Alf Ross já identificava no conceito de "justiça" esse caráter emocional que no Brasil de hoje pode ser aplicado à constitucionalidade ou à inconstitucionalidade das leis:

"Invocar a justiça é com dar um soco na mesa: uma expressão emocional que faz da própria exigência um postulado absoluto. Esta não é uma maneira apropriada de obter compreensão mútua. É impossível ter uma discussão racional com quem apela à 'justiça', porque nada diz que pode ser questionado a favor ou contra. Suas palavras contêm persuasão, não argumento (...) A ideologia da justiça é uma atitude militante do tipo biológico-emocional, à qual alguém se incita para a defesa cega e implacável de certos interesses".²⁷

Assim, quem argumenta fazendo referência à "justiça" ou quem aplica a um caso concreto esse conceito, na verdade o faz em razão de certas compreensões particulares, que se amoldam como significado ao conceito, taxando algo de "justo" ou de "injusto". Como diria Ross, quando alguém, por exemplo, afirma ser contra uma lei por ser ela injusta, deveria dizer: "Esta regra é injusta porque sou contra ela".²⁸

Já no Brasil, em tempos de "neo-constitucionalismo", quando se afirma "sou contra esta lei porque é inconstitucional", está-se na verdade dizendo: "Esta lei é inconstitucional porque sou contra ela"!

Isso fica mais evidente - e também mais grave - quando essa atitude militante e emocional em relação à guarda da Constituição invade o Poder Judiciário, fazendo com que a opinião do intérprete transforme ou despreze o texto da lei, provocando uma subversão dos níveis de produção jurídica referidos no início deste estudo.

Exemplos dessa realidade são muitos na atual experiência judicante, que, pretendendo aplicar diretamente a Constituição e utilizando-se de mecanismos "pós-positivistas", impõe, em verdade, um totalitarismo hermenêutico à sociedade.

Citem-se, somente, alguns julgados nos quais se buscou uma concretização direta do princípio da dignidade da pessoa humana. Para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a lei do inquilinato é inconstitucional, porque contrária à dignidade da pessoa humana, quando permite o despejo de uma mãe cujo filho ficou paraplégico, ou seja, segundo os intérpretes a dignidade humana permite que se more de graça em imóvel particular de terceiro. O mesmo Tribunal considerou o instituto da reincidência penal inconstitucional, porque contrário à dignidade humana. Também contrário à dignidade humana, segundo o TJRS e o STJ, seria o corte de fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento. Por fim, o Tribunal gaúcho, numa demonstração quase de resistência histórica, sustenta que juros maiores de 12% ao ano são contrários à dignidade da pessoa humana.

Interpretações juridicamente possíveis? Do ponto de vista da "nova hermenêutica" talvez, mas completamente arbitrárias, *contra legem* e que põem em xeque o funcionamento do Estado de Direito, porque embaralham as funções de jurisdição comum, jurisdição constitucional e legislação.

Na verdade, essas decisões mostram como o "neo-constitucionalismo" faz com que o direito constitucional deixe de ser uma ciência objetivamente considerada e passe a ser a expressão emocional das intenções do intérprete, o que é reforçado com a conclusão de que, sob a ótica da dogmática constitucional, as velhas e novas técnicas de interpretação em nada diferem.

5. Conclusão

Ao fim desta análise, podem ser destacados os seguintes aspectos à guisa de conclusão.

Primeiramente, a produção jurídica compreende diferentes níveis, cuja confusão é prejudicial ao funcionamento das instituições num Estado democrático de Direito. Esta confusão pode decorrer de um deficiente arranjo institucional, incompatível com a realidade política do país; como pode estar relacionada com uma compreensão equivocada, por parte dos agentes responsáveis pelos diversos níveis, das atribuições que lhes são típicas, no que se chamou de crise de mentalidade.

No Brasil, em especial no que toca aos responsáveis pela interpretação das leis e da Constituição, essa crise de mentalidade resta cristalizada na "nova hermenêutica" constitucional, fundada num fluido pós-positivismo, que, por sua vez, caracterizaria o advento de um "neo-constitucionalismo"; termos esses que escondem, em realidade, uma atitude ideológica e militante do intérprete para se substituir aos demais níveis de produção jurídica.

Isso resta ainda mais evidente quando se comprova - como feito ao longo deste trabalho - que dogmaticamente a "nova hermenêutica" em nada difere da mais tradicional doutrina constitucionalista brasileira, apresentando como "novidades" conceitos centenários do direito constitucional pátrio.

Assim, voltando ao conto de Hans-Christian Andersen, devem os constitucionalistas brasileiros se perguntar se enxergam a nova roupa do direito constitucional, para responder com propriedade à seguinte pergunta: Está o direito constitucional, tal qual o

Rei, nu?

Seja qual for a inclinação teórica daquele que se faz a pergunta sob enfoque, a resposta será sempre negativa. Alguns continuarão vendo o maravilhoso tecido da nova roupa, cômicos de sua sapiência. Outros verão que o direito constitucional continua usando seu velho traje. Surrado, porém digno.

De qualquer forma, portanto, é certo que o direito constitucional brasileiro não está nu. Porém nus talvez estejam seus novos estilistas e alfaiates.

6. Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BORJA, Célio. Luz na escuridão - entrevista. *Brasília em dia*, ano 10, n. 501, 29 de julho a 4 de agosto de 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuindo para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição, trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*, edição fac-similar, Brasília: Senado Federal, 2005.

_____. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1994.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Direito constitucional, direito ordinário, direito judiciário. *Cadernos do PPGDir/UFRGS*, número II, março de 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Apresentação. *Hermenêutica constitucional*. Laurence Tribe e Michael Dorf. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

(1) Cezar Saldanha Souza Junior. Direito constitucional, direito ordinário, direito judiciário. *Cadernos do PPGDir/UFRGS*, número II, março de 2005, p. 7-18.

(2) Idem, p. 15.

(3) Idem, p. 16.

(4) Ibidem: "Enfim, as constituições não devem, nem podem, pretender substituir, jugular ou mesmo abafar as legislações, nem estas a juízes realmente juízes. Práticas e doutrinas com tal pretensão seriam verdadeiras monstruosidades totalitárias, a subverter a

dignidade humana (o fundamento de todo o direito), e a distorcer os valores fundamentais do ordenamento jurídico (as autênticas aspirações da dignidade humana, finalidades de todo o direito)".

(5) Há anos, por exemplo, propôs o Senador Pedro Simon (PMDB/RS) uma emenda constitucional para a criação, no Brasil, de um Tribunal Constitucional nos moldes europeus e, na última eleição presidencial, esta proposta foi defendida pelo ex-Governador Geraldo Alckmin, que no lançamento de sua candidatura afirmou ser necessário "fortalecer o Supremo Tribunal Federal como verdadeira Corte Constitucional, permitindo-lhe resolver de modo rápido e vinculativo os conflitos do interesse de grande parte da população".

(6) Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 332.

(7) Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, p. 336.

(8) Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, p. 60.

(9) Carlos Maximiliano. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 99.

(10) Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, p. 360.

(11) Carlos Maximiliano. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*, p. 108.

(12) Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, p. 361.

(13) Carlos Maximiliano. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*, p. 118.

(14) Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, p. 361.

(15) Carlos Maximiliano. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*, p. 119.

(16) Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, p. 362.

(17) Carlos Maximiliano. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*, p. 103.

(18) Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, p. 364.

- (19) Carlos Maximiliano. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*, p. 100.
- (20) Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, p. 363.
- (21) Carlos Maximiliano. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*, p. 109.
- (22) Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 182.
- (23) Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 379.
- (24) Lenio Luiz Streck. Apresentação. *Hermenêutica constitucional*. Laurence Tribe e Michael Dorf. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. xix.
- (25) Peter Häberle. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuindo para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 43-44.
- (26) Célio Borja. Luz na escuridão - entrevista. *Brasília em dia*, ano 10, n. 501, 29/julho a 4/agosto de 2006, p. 08.
- (27) Alf Ross. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1994, p. 267.
- (28) Idem.

A NOVA ROUPA DO DIREITO CONSTITUCIONAL: NEO-CONSTITUCIONALISMO, PÓS-POSITIVISMO E OUTROS MODISMOS

Revista dos Tribunais | vol. 859/2007 | p. 81 - 91 | Mai / 2007
DTR\2007\339

Carlos Bastide Horbach

Doutor em Direito do Estado pela USP. Mestre em Direito do Estado e Teoria do Direito pela UFRGS. Professor dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito do UniCEUB. Advogado.

Área do Direito: Constitucional

Resumo: O presente trabalho analisa a interpretação da Constituição no Brasil e a influência que sofre do "neo-constitucionalismo" e do "pós-positivismo", fazendo uma comparação com as tradicionais teorias do direito constitucional brasileiro.

Palavras-chave: Direito constitucional - Interpretação constitucional - "Neo-constitucionalismo"

Abstract: This paper analyzes the interpretation of the Constitution in Brazil and the influence it suffers from "neo-constitutionalism" and "post-positivism", in comparison with the traditional theories of Brazilian Constitutional law.

Keywords: Constitutional law - Constitutional interpretation - "Neo-constitutionalism"

Sumário:

1.Introdução - 2.Legislação, jurisdição e guarda da Constituição - 3.Direito constitucional: novas e velhas modas - 4.A inconstitucionalidade como conceito emocional - 5.Conclusão - 6.Bibliografia

1. Introdução

Num determinado reino, vivia um monarca extremamente vaidoso, preocupado com sua aparência e com a observância das últimas imposições da moda. Assim, acorria ao reino um grande número de estilistas e alfaiates, que sabiam ter no Rei o cliente ideal. Eis que, certo dia, chegam ao país dois supostos modistas dispostos a obter vantagens dessa característica da personalidade do soberano. Em linhas gerais, esse é o começo do conto *A Roupas nova do Rei* de Hans-Christian Andersen.

Seguindo a narrativa, Andersen conta que os recém chegados - travestidos de estilistas renomados - apresentaram ao Rei um tecido excepcional, cuja principal qualidade era a de ser invisível aos olhos dos incompetentes e dos dissimulados. Ou seja, o tecido - de beleza extrema e preço incalculável - seria somente perceptível pela visão dos inteligentes, dos

competentes e dos sinceros.

A partir daí, cômicos de sua inteligência, competência e sinceridade, várias autoridades da Corte passaram a descrever com detalhes a beleza do tecido, que na verdade não existia, que não passava de uma invenção para tirar do Rei as mais altas quantias.

O final do conto é conhecido: estando todo o povo do Reino avisado das qualidades extraordinárias da nova roupa do monarca, aglomerou-se nas ruas para ver, maravilhado com a beleza do traje, o desfile de Sua Majestade, até que uma criança, numa simplória constatação, despertou a todos para a realidade: "O Rei está nu!".

Hoje, por outro lado, vários juristas brasileiros enxergam a existência de um novo direito constitucional, de um "neo-constitucionalismo", que a partir de um novo "marco teórico pós-positivista", abriria espaço para uma igualmente "nova hermenêutica" constitucional. Trata-se da roupa nova do direito constitucional brasileiro.

O objeto material deste estudo, portanto, é essa "roupa nova", é esse novo traje que estaria a ornar o direito constitucional brasileiro, após a Constituição Federal de 1988. Esse objeto será analisado sob a luz da tradicional doutrina constitucional brasileira, exatamente para delimitar qual a "nova hermenêutica".

Para tanto, será necessária a prévia fixação de um referencial teórico, que permita definir com clareza as funções típicas do intérprete da Constituição, separando-as dos demais agentes públicos; separação essa que permite o adequado funcionamento das instituições democráticas.

Desse modo, serão fixados esses pressupostos num primeiro momento, para que se proceda depois à abordagem dos aspectos específicos da "nova hermenêutica", do "neo-constitucionalismo" e do "pós-positivismo".

2. Legislação, jurisdição e guarda da Constituição

A análise proposta neste trabalho está, como antes afirmado, intimamente relacionada com o reconhecimento de que a guarda da Constituição, a legislação e a jurisdição são funções estatais independentes e com características próprias, não devendo ser confundidas por seus titulares.

Essa constatação - que está presente em toda uma tradição jurídica ocidental, em especial em autores germânicos - foi sistematizada por Cezar Saldanha Souza Junior.¹ Em síntese, o autor evidencia a existência de três níveis de produção jurídica, ontologicamente distintos, que se sucedem no tempo. Iniciando com a função juspolítica judicial, compondo concretamente os conflitos e julgando os indivíduos; passando para a necessidade de orientação genérica das condutas da comunidade, com "*pautas objetivas para dirigir o comportamento social*", no que se consolidou como sendo a função legislativa, gerando a produção de normas gerais e abstratas; e, finalmente, chegando ao nível de limitação desses poderes - no que constitui o grande postulado do constitucionalismo liberal - de fiscalização da obra do legislador, num mecanismo de controle de constitucionalidade que atinge o seu grau máximo de aprimoramento com os tribunais constitucionais, "um novo

poder político, (...) formado por juízes constitucionais".²

Há claramente, pois, três funções distintas: a jurisdição comum (ou ordinária), a legislação e a jurisdição constitucional; que demandam uma especialização crescente dos órgãos políticos e, por outro lado, exigem uma lógica própria de funcionamento e de interação.

Cezar Saldanha Souza Junior indica os caminhos dessa lógica de funcionamento, destacando a preeminência da função jurisdicional em relação às demais, ao afirmar que:

"(...) não é tanto o juiz, enquanto juiz, que existe para servir os legisladores; antes, as legislações é que existem para ajudarem o juiz a fazer Justiça no caso concreto. Também não é tanto a legislação que existe para fazer a grandeza ou preservar eficácia das constituições; antes, as constituições é que foram inventadas para defender, proteger e amparar as boas legislações, aprimorando, corrigindo e suprimindo as defeituosas".³

A subversão desse entendimento e a confusão dessas instâncias geram conseqüências teratológicas para o Estado de Direito. Isso tanto no sentido de a legislação ou a Constituição limitarem a área de atuação institucional do Juiz, quanto no sentido oposto, com o Juiz imiscuindo-se na legislação e na imposição de preceitos constitucionais.⁴

Entretanto, uma análise mais acurada do funcionamento das instituições brasileiras leva à conclusão de que se vive, hoje, num quadro de plena confusão entre esses níveis de produção jurídica, sem que se tenha uma fronteira nítida entre jurisdição, legislação e guarda da Constituição.

Essa situação decorre de vários fatores, mas principalmente de uma crise institucional, no sentido de uma estruturação de poderes. A concentração no Poder Judiciário das funções jurisdicional e de guarda da Constituição contribui para isso e esse problema já é notado, há muito, por juristas e políticos.⁵

Mas não é somente a falta de um arranjo institucional adequado que leva ao exercício confuso das funções jurisdicional, legislativa e de guarda da Constituição. Essa confusão decorre também - quiçá preponderantemente - de uma crise de mentalidade, que é objeto desta análise.

Cada uma das funções acima enumeradas requer de seu titular habilidades próprias, forjadas a partir de uma forma peculiar de ver o interesse público. As operações mentais requeridas do legislador são distintas das que orientam o Juiz, que, por sua vez, são diferentes das premissas que devem ser levadas em consideração pela guarda da Constituição. Em outras palavras, os diversos níveis de produção jurídica demandam de seus agentes um *modus operandi* específico, que não se confunde com o dos demais.

Ocorre, porém, que no Brasil de hoje essas lógicas - ou essas mentalidades - estão embaralhadas, há uma nítida confusão por parte dos agentes responsáveis pela legislação, pela jurisdição constitucional e, em especial, por parte dos agentes responsáveis pela jurisdição, nos quais se centrará este exame.

A grande questão é saber, portanto, quais são as causas dessa confusão, para que se possa buscar a solução para o problema; solução essa que se afigura como um pressuposto do funcionamento adequado de qualquer arranjo institucional, o vigente e todos os outros que

se pretenda implantar.

Qual a causa dessa embaralhação de mentalidades é uma pergunta praticamente impossível de responder. Passa pela formação jurídica, pelo recrutamento dos agentes jurídico-políticos, pela estruturação das carreiras jurídicas, etc.

Todavia, um aspecto se apresenta como o mais evidente e, sem dúvida, um dos mais importantes: trata-se da influência cada vez mais notada no Judiciário brasileiro da chamada "nova hermenêutica constitucional", calcada num pouco claro "pós-positivismo" e que tornaria patente o advento de um "neo-constitucionalismo".

Assim, entra-se no objeto principal deste estudo, a exposição da "nova hermenêutica", comparando-a com a tradicional, para demonstrar suas influências deletérias no agravamento da confusão entre os níveis de produção jurídica, em especial no seio do Poder Judiciário.

3. Direito constitucional: novas e velhas modas

A seguir, pois, serão comparadas a tradicional interpretação constitucional brasileira e a "nova hermenêutica". Para tanto, serão tomados como referenciais dois autores que representam - cada um a seu modo - as duas perspectivas de hermenêutica acima mencionadas: Carlos Maximiliano - o grande jurista de Santa Maria da Boca do Monte e autor das obras clássicas sobre a aplicação do direito no Brasil - e Luís Roberto Barroso - talvez o mais popular dos "neo-constitucionalistas" nacionais.

Essa "nova interpretação constitucional", segundo Barroso, em texto produzido com Ana Paula de Barcellos, seria o contraponto à tradicional interpretação literal e subsuntiva de dispositivos legais, com raízes na Escola da Exegese, na qual o juiz, seguindo a fórmula de Montesquieu, seria a boca que pronuncia as palavras da lei:

"A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vista à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido".⁶

Essa "nova interpretação" está, segundo o autor, baseada no "pós-positivismo", que "é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética".⁷

Em síntese, a nova hermenêutica é nova porque não faz do juiz um mero escravo da lei,

mas o coloca na posição de principal realizador do texto constitucional, concretizando princípios, que, graças ao pós-positivismo, passam a ter valor normativo.

Essa análise, com o respeito que merece, parte de uma caricatura da tradicional hermenêutica constitucional brasileira ou então do esquecimento das lições de seus principais expoentes.

Em primeiro lugar, Carlos Maximiliano já apontava em 1924, citando Jean Cruet, que "a tendência racional para reduzir o juiz a uma função automática, apesar da infinita diversidade dos casos submetidos a seu diagnóstico, tem sempre e por toda a parte soçobrado ante a fecundidade persistente da prática judicial".⁸ Desse modo, não há nada de novo em reconhecer que o juiz não é a boca que pronuncia as palavras da lei.

Por outro lado, abrindo o capítulo relativo à interpretação do texto constitucional, o mesmo Carlos Maximiliano, nos *Comentários à Constituição brasileira de 1891*, assenta que a interpretação é atividade ampla, que deve buscar auxílio em todos os dados da expressão jurídica que se dispõe, e, fazendo referência a Jhering, lembra que o intérprete tem a difícil tarefa de "deduzir de disposições isoladas o princípio que lhes forma a base, e desse princípio as conseqüências que dele decorrem", para mais adiante afirmar que a "Constituição deve condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem".⁹

Ou seja, também na tradicional hermenêutica o Juiz tem a função de concretizar a Constituição, inclusive seus princípios, que igualmente têm caráter normativo e que podem ser explícitos ou implícitos, como já asseverava John Marshall desde o conhecido caso *McCulloch vs. Maryland*, no qual foi formulada a teoria dos poderes implícitos.

Além disso, Barroso igualmente fixa os princípios da "nova hermenêutica" constitucional, que não são distintos dos tradicionalmente mencionados pela doutrina brasileira.

Primeiramente, apresenta o chamado *princípio da supremacia da Constituição*, o qual, segundo ele, "não tem um conteúdo próprio: ele apenas impõe a prevalência da norma constitucional, qualquer que seja ela".¹⁰ Ou seja, a Constituição é o diploma supremo de um ordenamento jurídico, que não admite como válidas outras normas com ele incompatíveis.

Comentando a Constituição de 1891, Carlos Maximiliano ressalta essa mesma máxima de interpretação:

"A Constituição é a lei suprema do país, contra sua letra ou espírito não prevalecem resoluções dos poderes federais, constituições, decretos ou sentenças estaduais, nem tratados ou quaisquer atos diplomáticos".¹¹

Depois, Luís Roberto Barroso menciona o *princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público*, que "funciona como fator de autolimitação da atuação judicial: um ato normativo somente deverá ser declarado inconstitucional quando a invalidez for patente e não for possível decidir a lide com base em outro fundamento".¹² Na "nova hermenêutica", portanto, os atos estatais são presumidos como constitucionais, até que ocorra uma declaração em contrário do órgão para tanto competente, declaração essa que é um último recurso a ser utilizado pelo intérprete.

Também Carlos Maximiliano analisa essa "inovação". Após destacar que a todos os poderes é dado interpretar a Constituição, reconhece que o Judiciário é o intérprete mais habilitado, ainda que deva observar alguns limites. Nesse sentido conclui: "Proclama-se a inconstitucionalidade apenas quando é absolutamente necessário fazê-lo para decidir a questão *sub judice*".¹³

Em terceiro lugar, Barroso trata do *princípio da interpretação conforme a Constituição*, decorrente da "confluência dos dois princípios anteriores":

"Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto".¹⁴

Carlos Maximiliano, por sua vez, assevera que "sempre que for possível, sem fazer demasiada violência às palavras, tão restritivamente se interprete a linguagem da lei que se torne constitucional a medida".¹⁵ Em outras palavras, sem abandonar o texto, a interpretação deve ser feita de modo a propiciar a conformidade com a Constituição.

A seguir, a análise de Luís Roberto Barroso se fixa no *princípio da unidade da Constituição*, segundo o qual as diversas partes do sistema constitucional devem conviver de modo equilibrado e harmonioso, sem confrontos inarredáveis. A Constituição deve ser interpretada como um todo harmônico.¹⁶

A recomendação de Carlos Maximiliano ao intérprete da Constituição é a mesma, apresentando somente uma formulação diversa:

"O todo deve ser examinado com o intuito de obter o verdadeiro sentido de cada uma das partes. Não se interpretam as leis por palavras ou frases isoladas e, sim, confrontando os vários dispositivos e procurando conciliá-los".¹⁷

Já o *princípio da efetividade*, também exposto por Barroso, é dirigido ao aplicador da norma constitucional que, "entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional".¹⁸ A efetividade busca assegurar, da melhor forma possível, os objetivos constitucionalmente consagrados.

Mais uma vez Carlos Maximiliano, mesmo sem utilizar a palavra "efetividade", exige que a interpretação torne reais, no presente e no futuro, os grandes objetivos do Estado:

"O código fundamental tanto provê no presente como prepara o futuro. Por isso é mister ser compreendido de modo que converta em realidade os grandes princípios de governo".¹⁹

Ou seja, a Constituição deve ser interpretada para realizar o melhor governo, para atingir seus fins, expressos nos grandes princípios nela inscritos.

Por fim, resta analisar o *princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade*, cujo fundamento está nas idéias de devido processo legal e de justiça. Segundo Barroso, o princípio determina que "uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema", permitindo "que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir

que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça do caso concreto".²⁰ A razoabilidade ou proporcionalidade faz com que os fins da norma constitucional sejam preservados, impedindo aplicações injustas.

Novamente sem utilizar exatamente os mesmos termos - proporcionalidade ou razoabilidade - Carlos Maximiliano chega, ao comentar o texto constitucional de 1891, às mesmas conclusões dos "neo-constitucionalistas". Em primeiro lugar, a interpretação da norma "para a melhor realização do fim constitucional nela embutido" é para Maximiliano uma obviedade:

"A regra superior, que sobrepuja a todas as outras e cuja inobservância é a causa de erros diários nos pretórios e no Parlamento, consiste em indagar o *fim da lei*, a razão de ser de uma providência legislativa, o objetivo que se teve em mira ao inserir um artigo ou parágrafo no texto constitucional".²¹

Por outro lado, desde os romanos não se admite a interpretação do Direito que venha a negar os fins em razão dos quais foi editada uma norma. Trata-se da expressão do famoso brocardo *summum jus, summa injuria*. Carlos Maximiliano assim aduz:

"Hoje a maioria absoluta dos juristas quer libertar da letra da lei o julgador, pelo menos quando da aplicação rigorosa dos textos resulte injusta dureza, ou até mesmo simples antagonismo com os ditames da equidade. Assim, vai perdendo apologistas na prática a frase de ULPIANO - *durum jus, sed ita lex scripta est* - 'duro direito, porém assim foi redigida a lei' - e prevalecendo, em seu lugar, o *summum jus, summa injuria* - 'do excesso do direito resulta a suprema injustiça'".²²

Em síntese, buscar pela interpretação, realizar o fim da lei, evitando injustiças, não é novidade alguma!

Com base nessa mais do que resumida análise, é possível concluir - a menos que Carlos Maximiliano seja o precursor da "nova hermenêutica" brasileira e John Marshall o pai do "pós-positivismo" - que não se está diante de uma revolução em termos de interpretação do texto constitucional.

Desse modo, evidenciado que não há diferenças substanciais entre a "nova hermenêutica constitucional" e a tradicional, mas diferenças meramente terminológicas. Cabe destacar que não se está diante, portanto, de uma nova teoria jurídica, mas da mesma teoria com novos nomes. É o vinho velho em odres novos...

Não sendo a "nova hermenêutica constitucional" uma teoria com traços próprios, caracteriza-se como uma formulação retórica que busca justificar uma realidade, qual seja, a extrapolação indevida das funções jurídico-políticas, em especial pelos responsáveis pela interpretação das leis e da Constituição, num claro movimento ideológico.

Com essa retórica, o intérprete pode, na "nova hermenêutica", dar ao texto o sentido que bem entender, partindo do pressuposto que não existe um sentido verdadeiro da norma, sendo sua tarefa um ato de vontade e não de conhecimento. A essas conclusões, opõe Manoel Gonçalves Ferreira Filho severa crítica:

"Na verdade, frases como 'a interpretação é ato de vontade', 'o intérprete produz a norma'

são extremamente enganosas, Justificam-se quando significam, 'entre vários sentidos possíveis, dada a ambigüidade do enunciado, que o legislador escolhe um deles; e como escolher é ato de vontade, a interpretação é um ato de vontade'; ou, 'lendo o enunciado, o intérprete dá sentido às expressões que ele usa e, assim, produz o sentido da norma, por isso ele produz a norma' (que não é evidentemente o conjunto de sinais expressos no papel). Mas são absurdas se querem dizer que o intérprete faz a norma de acordo com sua vontade, ou o justo que pressupõe. Ou, pelo menos, renegam o sistema do Estado de Direito, porque negam o primeiro de seus princípios - o da legalidade; contestam a democracia, na qual a lei é expressão da vontade geral; abandonam a separação de poderes, que reserva ao legislador o estabelecimento da lei".²³

Nesse mesmo sentido, Lenio Luiz Streck denuncia doutrinas que colocam o texto da norma em segundo plano, "realidade muito detectável em terras brasileiras, onde as posturas subjetivistas, com nítido viés pragmatista, pensam que o trabalho dos intérpretes - em especial dos juízes - diz respeito apenas às próprias convicções que eles têm acerca das necessidades sociais".²⁴

Na interpretação da lei ou da Constituição, os "neo-constitucionalistas" separam a termo do conceito, o conceito do preceito, o preceito da norma, a norma do texto e o texto do contexto, para, ao final dessa operação, fazer com que o dispositivo afirme exatamente o que desejam e, não raro, o contrário do que nele está escrito.

A essa realidade acresce outro problema, qual seja, a difusão da idéia de que a interpretação constitucional é tarefa simples, capaz de ser desenvolvida por qualquer pessoa, no que Peter Häberle chamou de *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*.

Häberle, no seu famoso texto de hermenêutica constitucional, reafirma algo que é quase óbvio na Ciência do Direito: o fato de que não só os juristas interpretam as normas, mas toda a sociedade sobre a qual a norma incide é chamada a interpretá-la. Desse modo, cidadãos, grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública seriam forças produtivas de interpretação constitucional. Mas, adverte:

"A forma de participação da opinião pública está longe de ser organizada ou disciplinada. Aqui reside uma parte da garantia de sua abertura e espontaneidade. Não obstante, os princípios e métodos de interpretação constitucional preservam o seu significado, exercendo porém uma nova função: eles são os 'filtros' sobre os quais a força normatizadora da publicidade (*normierende Kraft der Öffentlichkeit*) atua e ganha conformação. Eles disciplinam e canalizam as múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo".²⁵

No Brasil, a lição contida nesse parágrafo ficou - ao que tudo indica - esquecida. Aqui, a técnica jurídica não "filtra" a opinião pública, mas o senso comum tomou de assalto a técnica jurídica, transformando a interpretação constitucional num conjunto de clichês. Qualquer opinião é juridicamente válida, é tecnicamente viável!

À retórica perniciosa do "neo-constitucionalismo" e à vulgata brasileira da sociedade aberta dos intérpretes alia-se ainda um outro fator: A extensão analítica do texto constitucional e a indeterminação de muitos de seus preceitos.

Que a Constituição de 1988 é muito abrangente, dispõe sobre tudo, muito já se falou.

Assim, basta citar - como ilustração - um trecho de uma entrevista concedida pelo Ministro Célio Borja a uma revista de Brasília, no qual o jurista explica o porquê de a Constituição de 1988 apresentar traços antidemocráticos:

"Mas tenho que acrescentar que vejo um caráter antidemocrático nela... (...) Pela sua pretensão em engessar a sociedade, interferindo em quase tudo. Até em pensão alimentícia! Ora, isso deve ser tratado pelo direito comum. Além do mais, parece não ter limites, principalmente com relação ao poder do Estado em criar impostos".²⁶

Somando-se os três fatores aqui apresentados - nova hermenêutica constitucional, sociedade aberta e Constituição analítica - uma conclusão alarmante exsurge: a Constituição dispõe sobre tudo e tudo pode ser qualquer coisa, segundo o critério de qualquer um!

4. A inconstitucionalidade como conceito emocional

No contexto até aqui exposto, o conceito de inconstitucionalidade deixa de ser um conceito técnico, objetivo, e passa a ser um conceito pessoal, subjetivo e - por que não? - emocional.

Alf Ross já identificava no conceito de "justiça" esse caráter emocional que no Brasil de hoje pode ser aplicado à constitucionalidade ou à inconstitucionalidade das leis:

"Invocar a justiça é com dar um soco na mesa: uma expressão emocional que faz da própria exigência um postulado absoluto. Esta não é uma maneira apropriada de obter compreensão mútua. É impossível ter uma discussão racional com quem apela à 'justiça', porque nada diz que pode ser questionado a favor ou contra. Suas palavras contêm persuasão, não argumento (...) A ideologia da justiça é uma atitude militante do tipo biológico-emocional, à qual alguém se incita para a defesa cega e implacável de certos interesses".²⁷

Assim, quem argumenta fazendo referência à "justiça" ou quem aplica a um caso concreto esse conceito, na verdade o faz em razão de certas compreensões particulares, que se amoldam como significado ao conceito, taxando algo de "justo" ou de "injusto". Como diria Ross, quando alguém, por exemplo, afirma ser contra uma lei por ser ela injusta, deveria dizer: "Esta regra é injusta porque sou contra ela".²⁸

Já no Brasil, em tempos de "neo-constitucionalismo", quando se afirma "sou contra esta lei porque é inconstitucional", está-se na verdade dizendo: "Esta lei é inconstitucional porque sou contra ela"!

Isso fica mais evidente - e também mais grave - quando essa atitude militante e emocional em relação à guarda da Constituição invade o Poder Judiciário, fazendo com que a opinião do intérprete transforme ou despreze o texto da lei, provocando uma subversão dos níveis de produção jurídica referidos no início deste estudo.

Exemplos dessa realidade são muitos na atual experiência judicante, que, pretendendo aplicar diretamente a Constituição e utilizando-se de mecanismos "pós-positivistas", impõe, em verdade, um totalitarismo hermenêutico à sociedade.

Citem-se, somente, alguns julgados nos quais se buscou uma concretização direta do princípio da dignidade da pessoa humana. Para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a lei do inquilinato é inconstitucional, porque contrária à dignidade da pessoa humana, quando permite o despejo de uma mãe cujo filho ficou paraplégico, ou seja, segundo os intérpretes a dignidade humana permite que se more de graça em imóvel particular de terceiro. O mesmo Tribunal considerou o instituto da reincidência penal inconstitucional, porque contrário à dignidade humana. Também contrário à dignidade humana, segundo o TJRS e o STJ, seria o corte de fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento. Por fim, o Tribunal gaúcho, numa demonstração quase de resistência histórica, sustenta que juros maiores de 12% ao ano são contrários à dignidade da pessoa humana.

Interpretações juridicamente possíveis? Do ponto de vista da "nova hermenêutica" talvez, mas completamente arbitrárias, *contra legem* e que põem em xeque o funcionamento do Estado de Direito, porque embaralham as funções de jurisdição comum, jurisdição constitucional e legislação.

Na verdade, essas decisões mostram como o "neo-constitucionalismo" faz com que o direito constitucional deixe de ser uma ciência objetivamente considerada e passe a ser a expressão emocional das intenções do intérprete, o que é reforçado com a conclusão de que, sob a ótica da dogmática constitucional, as velhas e novas técnicas de interpretação em nada diferem.

5. Conclusão

Ao fim desta análise, podem ser destacados os seguintes aspectos à guisa de conclusão.

Primeiramente, a produção jurídica compreende diferentes níveis, cuja confusão é prejudicial ao funcionamento das instituições num Estado democrático de Direito. Esta confusão pode decorrer de um deficiente arranjo institucional, incompatível com a realidade política do país; como pode estar relacionada com uma compreensão equivocada, por parte dos agentes responsáveis pelos diversos níveis, das atribuições que lhes são típicas, no que se chamou de crise de mentalidade.

No Brasil, em especial no que toca aos responsáveis pela interpretação das leis e da Constituição, essa crise de mentalidade resta cristalizada na "nova hermenêutica" constitucional, fundada num fluido pós-positivismo, que, por sua vez, caracterizaria o advento de um "neo-constitucionalismo"; termos esses que escondem, em realidade, uma atitude ideológica e militante do intérprete para se substituir aos demais níveis de produção jurídica.

Isso resta ainda mais evidente quando se comprova - como feito ao longo deste trabalho - que dogmaticamente a "nova hermenêutica" em nada difere da mais tradicional doutrina constitucionalista brasileira, apresentando como "novidades" conceitos centenários do direito constitucional pátrio.

Assim, voltando ao conto de Hans-Christian Andersen, devem os constitucionalistas brasileiros se perguntar se enxergam a nova roupa do direito constitucional, para responder com propriedade à seguinte pergunta: Está o direito constitucional, tal qual o

Rei, nu?

Seja qual for a inclinação teórica daquele que se faz a pergunta sob enfoque, a resposta será sempre negativa. Alguns continuarão vendo o maravilhoso tecido da nova roupa, cômicos de sua sapiência. Outros verão que o direito constitucional continua usando seu velho traje. Surrado, porém digno.

De qualquer forma, portanto, é certo que o direito constitucional brasileiro não está nu. Porém nus talvez estejam seus novos estilistas e alfaiates.

6. Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BORJA, Célio. Luz na escuridão - entrevista. *Brasília em dia*, ano 10, n. 501, 29 de julho a 4 de agosto de 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuindo para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição, trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*, edição fac-similar, Brasília: Senado Federal, 2005.

_____. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1994.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Direito constitucional, direito ordinário, direito judiciário. *Cadernos do PPGDir/UFRGS*, número II, março de 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Apresentação. *Hermenêutica constitucional*. Laurence Tribe e Michael Dorf. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

(1) Cezar Saldanha Souza Junior. Direito constitucional, direito ordinário, direito judiciário. *Cadernos do PPGDir/UFRGS*, número II, março de 2005, p. 7-18.

(2) Idem, p. 15.

(3) Idem, p. 16.

(4) Ibidem: "Enfim, as constituições não devem, nem podem, pretender substituir, jugular ou mesmo abafar as legislações, nem estas a juízes realmente juízes. Práticas e doutrinas com tal pretensão seriam verdadeiras monstruosidades totalitárias, a subverter a

dignidade humana (o fundamento de todo o direito), e a distorcer os valores fundamentais do ordenamento jurídico (as autênticas aspirações da dignidade humana, finalidades de todo o direito)".

(5) Há anos, por exemplo, propôs o Senador Pedro Simon (PMDB/RS) uma emenda constitucional para a criação, no Brasil, de um Tribunal Constitucional nos moldes europeus e, na última eleição presidencial, esta proposta foi defendida pelo ex-Governador Geraldo Alckmin, que no lançamento de sua candidatura afirmou ser necessário "fortalecer o Supremo Tribunal Federal como verdadeira Corte Constitucional, permitindo-lhe resolver de modo rápido e vinculativo os conflitos do interesse de grande parte da população".

(6) Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 332.

(7) Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, p. 336.

(8) Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, p. 60.

(9) Carlos Maximiliano. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 99.

(10) Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, p. 360.

(11) Carlos Maximiliano. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*, p. 108.

(12) Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, p. 361.

(13) Carlos Maximiliano. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*, p. 118.

(14) Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, p. 361.

(15) Carlos Maximiliano. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*, p. 119.

(16) Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, p. 362.

(17) Carlos Maximiliano. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*, p. 103.

(18) Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, p. 364.

- (19) Carlos Maximiliano. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*, p. 100.
- (20) Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, p. 363.
- (21) Carlos Maximiliano. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*, p. 109.
- (22) Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 182.
- (23) Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 379.
- (24) Lenio Luiz Streck. Apresentação. *Hermenêutica constitucional*. Laurence Tribe e Michael Dorf. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. xix.
- (25) Peter Häberle. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuindo para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 43-44.
- (26) Célio Borja. Luz na escuridão - entrevista. *Brasília em dia*, ano 10, n. 501, 29/julho a 4/agosto de 2006, p. 08.
- (27) Alf Ross. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1994, p. 267.
- (28) Idem.