

As diferentes concepções paradigmáticas de uma constituição e o surgimento da nova hermenêutica constitucional

Matheus Passos Silva

Resumo: Este texto tem por objetivo trazer ao leitor breves apontamentos sobre a construção de quatro paradigmas históricos vinculados à doutrina do constitucionalismo. Neste sentido, inicia-se com a apresentação das principais características que definem a constituição antiga (greco-romana). Em seguida parte-se para a apresentação do paradigma medieval, momento em que são apontadas as principais características do que seria o constitucionalismo da época. Posteriormente aborda-se o surgimento do estado moderno em seus dois momentos – o absolutista e o liberal, sendo este último visto como o terceiro paradigma constitucionalista. Por fim, mas ainda no âmbito dos paradigmas, é descrito aquele que na atualidade é chamado de neoconstitucionalismo. Uma vez apresentadas as definições destes paradigmas, parte-se para a argumentação acerca da mudança na forma como a hermenêutica jurídica funciona, ampliando sua esfera de atuação e seus métodos para transformar a Constituição em ponto-chave do ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Constituição. Mundo antigo. Idade média. Estado. Liberalismo. Neoconstitucionalismo. Hermenêutica constitucional.

Abstract: *This text aims to provide the reader with brief notes on the construction of four historical paradigms linked to the doctrine of constitutionalism. It begins with the presentation of the main characteristics that define the Ancient (Greco-Roman) constitution. Then the text goes into the presentation of the medieval paradigm, while discussing the main features of the constitutionalism. Later on, the text approaches the emergence of the modern state in its two forms – the absolutist and liberal, identifying the latter as the third constitutionalist paradigm. Finally, the text describes a fourth paradigm labeled by Latin American writers as neoconstitutionalism. With the four constitutional paradigms presented, the author focuses on changes in the way legal hermeneutics work. He argues that these changes have transformed the Constitution into a focal point of modern law.*

Keywords: *Constitution; Ancient Times; Middle Ages; State; Liberalism; Neoconstitutionalism; Constitutional hermeneutics.*

Introdução

A construção do constitucionalismo sob o qual atualmente se vive – chamado por muitos, especialmente na América Latina, de *neoconstitucionalismo* – não pode, nem deve, ser entendido como um processo que se iniciou do zero. Em outras palavras, há que se destacar que a construção de um pensamento que defende a supremacia de determinada lei, à qual

dá-se o nome de *Constituição*, como uma lei hierarquicamente superior às demais presentes no ordenamento jurídico de determinada sociedade é uma construção histórica e, como tal, precisa ser analisada em seus diferentes momentos para que fique bem clara a explicação de sua própria estruturação teórico-filosófica.

Contudo, antes de adentrar-se nos diferentes momentos históricos que serão neste texto brevemente explicados – o que aqui será chamado de *paradigma antigo*, referente especialmente ao momento histórico de predomínio grego e subsequentemente romano; em seguida vem o momento a ser chamado de *paradigma medieval*, que se estende, grosso modo, do século V ao século XV depois de Cristo; posteriormente surge o período a ser chamado de *paradigma liberal*, iniciado por volta do século XVI e que dura até a virada do século XIX para o XX; e por fim o *paradigma contemporâneo*, abarcando o que foi construído nos últimos 100 anos, com ênfase especial para o período pós-Segunda Guerra Mundial –, é importante ter-se em mente, conforme explicitado por Fioravanti¹ (2001, p. 12), que não se pretende aqui apresentar uma “história do constitucionalismo” que se inicia com os gregos e linearmente vem desembocar nos dias atuais. Conforme explicita o autor, não há que se procurar as “raízes” da atual teoria constitucional em algum elemento de destaque surgido *necessariamente* com a Magna Carta de 1215 ou com as primeiras estruturas da democracia grega com Clístenes ou Péricles. Assim, serão apresentados os principais pontos referentes aos quatro paradigmas apresentados anteriormente para que sejam percebidos os pontos de convergência e os pontos de divergência que levaram, por caminhos distintos, ao surgimento da atual teoria constitucionalista².

O paradigma antigo

É fato que a história do Ocidente – europeu, e subsequentemente também a história americana – se inicia com a civilização grega. Como se sabe, coube aos gregos a invenção da *filosofia* – aqui entendida em sua tradução literal, qual seja, a de *amizade ao saber*, ou seja, a busca pelo saber – e, com esta, a invenção de novas formas de pensar e de ver o mundo, dentre as quais destacam-se, para os objetivos deste texto, as ideias de *política* e de *democracia*.

É importante compreender logo de início a ideia de política grega: dadas as condições sociais daquele momento – às quais não se entrará aqui em detalhes –, cabia aos chamados *cidadãos livres* participarem do processo de tomada de decisão, sendo sua responsabilidade criar a lei

¹ O texto original de Maurizio Fioravanti se encontra em espanhol. Desta forma, deve o leitor ter claro que as traduções do espanhol para o português foram feitas exclusivamente pelo autor deste texto, sendo o mesmo responsável por quaisquer eventuais erros de tradução.

² O que se pretende aqui afirmar é que não se deve concluir de maneira *automática* que o que se tem na atualidade é obrigatoriamente consequência daquilo que existiu antes. Logicamente, há elementos atuais cuja origem pode ser identificada em momentos anteriores da história constitucional; contudo, também é inegável o fato de que inúmeros acontecimentos *não chegaram* aos nossos dias – daí não se poder afirmar categoricamente que “o que temos hoje decorre *necessariamente* do que ocorreu ontem”. Ainda, como destaca Fioravanti (2001, p. 12), não se pretende aqui “atualizar as doutrinas antigas e medievais” já que elas “pertencem a um tempo histórico preciso” – ou seja, não se busca, aqui, analisar tais períodos históricos com o olhar da contemporaneidade.

em assembleias públicas que tratavam de temas que diziam respeito a tudo aquilo que fosse *coletivo* dentro da *polis*.

Tal ação traz à mente, quase de maneira natural, a segunda ideia acima apresentada – qual seja, a de democracia. Assim, tem-se que os gregos são vistos como os “inventores” também da ideia de democracia, cabendo aqui ao leitor a ressalva de que, logicamente, a democracia grega em nada se assemelhava àquilo que atualmente é chamado de democracia. Assim, ao garantir aos cidadãos livres as condições de igualdade e de liberdade necessárias à sua participação na esfera pública, os gregos trouxeram à baila o ideal de coletividade no processo de criação da lei, pressupondo-se então que caberia a todo e qualquer cidadão participar ativa e diretamente de tal processo.

Contudo, é necessário ter em mente, conforme já afirmado, que a frase *processo de criação da lei por meio de um sistema democrático* guarda várias diferenças quando interpretada no momento atual ou no momento grego antigo. Em primeiro lugar, é importante ressaltar que a liberdade da Antiguidade greco-romana é diferente daquilo que se entende por liberdade no momento atual. Talvez aquele que mais bem tenha captado tal diferença tenha sido Benjamin Constant em seu texto *A liberdade dos antigos comparada com a dos modernos*. Neste texto Constant afirma que a liberdade dos antigos era entendida como a possibilidade de participação do indivíduo no processo de criação das leis, enquanto a liberdade dos modernos é aquela “liberdade de que são manifestações concretas as liberdades civis e a liberdade política (ainda que não necessariamente estendida a todos os cidadãos)” (BOBBIO, 1998, p. 323). Ainda neste contexto, citam-se aqui as palavras exatas de Constant, conforme indicadas por Bobbio (2000, p. 8):

O objetivo dos antigos [...] era a distribuição do poder político entre todos os cidadãos de uma mesma pátria: era isso que eles chamavam de liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança nas fruições privadas: eles chamam de liberdade às garantias acordadas pelas instituições para aquelas fruições.

Assim percebe-se pelo exposto que a ideia de *liberdade* existente naquele período histórico não guarda semelhanças com o momento atual. O próprio Constant, novamente citado por Bobbio (2000, p. 9), no continuar de sua fala, afirma que a liberdade que ele intitula como “dos modernos” é aquela que permite a “fruição pacífica da independência privada”. Em outras palavras, o que Constant quer dizer é que aquela liberdade dos antigos não garantia a liberdade efetiva do indivíduo já que levava à submissão completa do indivíduo à autoridade da comunidade, privando-o, portanto, da liberdade para tomar decisões na esfera privada de sua vida³: uma vez tomadas as decisões, o indivíduo não poderia voltar atrás e/ou ir contra a deliberação feita na assembleia pela coletividade.

Por sua vez, também o elemento democrático da Grécia antiga não guarda semelhanças com o conceito existente na atualidade, a não ser o nome e eventualmente a ideia de que o poder

³ Mais à frente no texto, na parte referente ao paradigma liberal, serão apresentadas reflexões sobre o porquê da liberdade dos modernos ser melhor, na visão de Constant, do que aquela dos antigos.

político surgiria de maneira ascendente, ou seja, do povo em direção ao estado^{4, 5}. Assim, se por um lado havia a liberdade de participar e também a igualdade na participação – já que a todos os homens livres era dada a prerrogativa de criar leis –, por outro tais elementos só estavam presentes porque estima-se que os mesmos eram usufruídos por apenas 10% da população total: aos escravos, idosos, mulheres, estrangeiros e homens livres sem descendência grega não era dado o direito de participar politicamente, não sendo, portanto, cidadãos no sentido político-jurídico.

Talvez seja este um dos motivos pelos quais os que são considerados como grandes pensadores da Antiguidade – Platão e Aristóteles principalmente, dentre outros – tenham sido contrários à ideia de democracia. Para Platão, em sua “hierarquia” das formas de governo, a única pior que a democracia é a tirania⁶; já Aristóteles considerava a democracia o “pior dentre os melhores”, ou o “melhor dentre os piores”, regimes de governo⁷. De maneira geral, estes dois autores viam a democracia como um regime ruim porque o mesmo não garantiria a *estabilidade constitucional* que talvez seja o elemento principal caracterizador daquilo que se buscava na Antiguidade clássica em termos político-jurídicos e que pode ser aqui representada pelo conceito de *mesótes* de Aristóteles (BITTAR, 2012, p. 137-144), ou, ainda, como afirma Fioravanti (2001, p. 16), por “um sistema de organização e de controle dos diversos componentes de dada sociedade” que fosse capaz de criar a ideia de “comum pertencimento político” entre os cidadãos.

É nesse contexto que surgiu a ideia aristotélica de *politeia*, que Fioravanti (2001, p. 19) indica como sendo o processo de busca pela melhor forma de governo adequada àquela situação social vivida pelos gregos durante o século IV antes de Cristo – situação social esta de ruptura, de conflito social e político causado, até certo ponto, pela própria existência do princípio democrático na Grécia antiga, o qual tenderia à tirania (da maioria). Deve-se entender a *politeia* não como uma Constituição em seu sentido contemporâneo, especialmente porque não havia vínculo algum com os conceitos atuais de *soberania* nem de *estado*, mas sim como a constituição da sociedade como um todo – ou seja, quais seriam os elementos constitutivos ideais para que a sociedade grega saísse da situação de conflito em que se encontrava e chegasse à estabilidade almejada.

Nesse sentido, Aristóteles elaborou a *politeia* como sendo uma espécie de *governo misto*, que traria em si as virtudes dos governos puros enquanto evitaria os vícios dos governos degenerados. Seria assim a *politeia* a forma responsável por pegar os elementos positivos de

⁴ Ainda que, como se sabe, a democracia tenha surgido de maneira descendente, por concessões feitas por Sólon, Clístenes e Péricles.

⁵ Ao longo de todo este texto optou-se pela grafia *estado* em vez de *Estado*, como é comum nos textos jurídicos.

⁶ Da melhor para a pior das formas de governo, Platão define a monarquia e a aristocracia, como modelos ideais, e a timocracia, a oligarquia, a democracia e a tirania como os governos reais, que, consequentemente, não são virtuosos (PLATÃO, 2002, p. 240).

⁷ Aristóteles estabeleceu dois critérios para a definição das formas boas e más de governo. O primeiro critério corresponde ao número de governantes: um, poucos ou muitos/todos. O segundo critério diz respeito ao objetivo do governo – se para o interesse coletivo, o que é bom, ou para o interesse privado, o que é ruim. Assim, tem-se a monarquia, a aristocracia e a democracia como governos bons, respectivamente de um, de poucos ou de muitos/todos, e a tirania, a oligarquia e a demagogia como governos ruins, também respectivamente de um, de poucos ou de muitos/todos (ARISTÓTELES, 2002, p. 89-90).

um e negativos de outro e, equilibrando-os, chegar ao meio-termo aristotélico. Como afirma Fioravanti (2001, p. 24):

[A politeia] se trata de uma constituição que repudia o método democrático de escolha dos cargos públicos pela sorte, mas também a eleição censitária própria das oligarquias; chega-se aos cargos públicos pelo método aristocrático da eleição dos melhores, mas tendo-se como base requisitos de renda muito baixos, de caráter democrático.

Para que se chegue a tal equilíbrio, Aristóteles enfatizava a ideia de existência de uma *classe média*, pois só esta seria capaz de se posicionar entre as demandas dos outros dois extremos – os ricos e pobres. Aqueles pertencentes à classe média, por possuírem tanto quanto lhes seria necessário, não teriam inveja da riqueza da classe superior; por outro lado, também não sofreriam “inveja social” por parte dos que eram mais pobres. Não haveria, assim, facções nem dissidências entre os cidadãos, fatos estes que levariam à instabilidade sócio-político-jurídica. A politeia seria, portanto, capaz de garantir “uma composição paritária e razoável das tendências e dos interesses presentes na sociedade” (FIORAVANTI, 2001, p. 25), o que levaria à estabilidade social almejada.

Não se pode esquecer, contudo, que este governo misto só funcionaria se estivesse presente outro elemento que recebe grande destaque na obra aristotélica, especialmente em seu texto *Ética a Nicômaco*: a virtude. Não se poderia pressupor o bom funcionamento de qualquer regime político se o ser humano que estivesse em seu comando não fosse virtuoso. Não é objetivo deste texto descrever o pensamento aristotélico sobre a virtude, mas é necessário destacar aqui que o homem precisaria ser “capaz de deliberar e de escolher o melhor, para si e para o outro” (BITTAR, 2012, p. 162). Em outras palavras, precisaria ser um homem justo, que agiria de acordo com a experiência prática adquirida, sob pena do sistema jurídico como um todo não vir a funcionar como se esperava.

O pensamento aristotélico foi retomado durante o período romano especialmente a partir das reflexões de Políbio. Apesar de continuar propugnando a ideia de *estabilidade*, este filósofo trouxe a ideia de que a estabilidade deveria ser buscada não necessariamente nos aspectos *sociais*, conforme proposto por Aristóteles, mas sim na própria esfera *política*. Não se deve entender, contudo, que estabilidade tem o mesmo sentido de *centralização*: “Com Políbio começa a ser possível um discurso sobre a constituição mista que se traduz essencialmente em uma teoria das magistraturas e do equilíbrio entre os poderes” (FIORAVANTI, 2001, p. 26). Este “princípio da contraposição entre os poderes” é sintetizado pelo equilíbrio existente entre cônsules, imperadores e o Senado, componentes aristocráticos da sociedade romana, de um lado, e o povo com suas assembleias populares de outro, como componente democrático. Como afirma Fioravanti (2001, p. 27), “o que muda é o fato de que agora a chamada à moderação e ao equilíbrio tende a se resolver essencialmente por um mecanismo produtor de limitações dos poderes, e parece não se referir aos cidadãos”: é a *disciplina do poder* que importava aos romanos.

Cícero, outro pensador romano, foi o responsável por “unir” as ideias aristotélicas às de Políbio. Em outras palavras, Cícero retomou a ideia de que as forças sociais em conflito deveriam abandonar os extremismos para poderem criar uma sociedade estável porque isto

seria o correto a fazer – seria “a vontade de praticar justiça o móvel da ação” (BITTAR, 2012, p. 179). Assim, torna-se necessária novamente a busca pelo meio-termo, pelo equilíbrio das forças em disputa – não o predomínio do rico ou do pobre, mas sim a virtude sustentando a esfera político-jurídica com o objetivo de se concretizar o “grande projeto de conciliação social e política” (FIORAVANTI, 2001, p. 30). A isto some-se a ideia de Políbio de equilíbrio entre poderes. Tal projeto é o que Cícero entende por *res publica*, ou seja, a *coisa pública*, cuja responsabilidade pelo cuidar é de todos.

O que surge com força da doutrina ciceroniana da *res publica* é um grande projeto de conciliação social e política, que chama a todas as forças a disciplinarem-se com o fim de fazer prevalecer em suas próprias fileiras – sejam as do povo ou as da aristocracia – a melhor parte e, também, os melhores homens, os mais íntegros moralmente, que sejam dotados de moderação suficiente que lhes permita dedicarem-se de maneira desinteressada ao cuidado da coisa pública (FIORAVANTI, 2001, p. 29, grifo no original).

Vale destacar ainda que o cuidado com a coisa pública ocorreria devido à ligação vista por Cícero entre as ideias de ética e de dever, que tem base na lei natural, e “cuja finalidade reside em guiar e governar o todo” (BITTAR, 2012, p. 191). Assim, Cícero acreditava que a virtude humana – elemento fundamental para a obtenção do equilíbrio na *res publica* – seria algo a ser naturalmente atingido, tendo-se em vista o fato de a virtude derivar, necessariamente, da lei natural.

Sintetiza-se assim a *Constituição dos antigos*⁸: muito mais que um documento escrito responsável por definir a estrutura do estado, entende-se tal Constituição como uma espécie de *conjunto de princípios* cujo objetivo central é garantir a estabilidade social por meio do equilíbrio entre as diversas forças sociais representadas aqui pelos três regimes políticos clássicos – a monarquia, a aristocracia e a democracia. Cabe a esta Constituição antiga buscar o que de melhor cada um desses regimes possui, chegando a um meio-termo que enalteça os pontos positivos de cada um ao mesmo tempo em que exclui – ou limita ao máximo – seus pontos negativos. Por fim, destaca-se que tal Constituição não pode nem deve ser vista como uma *imposição dos vencedores* na luta social, mas que, ao contrário, é histórica e, dentro das limitações sociais da época, coletivamente construída.

O paradigma medieval

Geralmente o adjetivo *medieval*, bem como outros análogos, traz conotação negativa: aquilo que é designado como “medieval” passa a ideia de ser antigo, arcaico e, principalmente, *ruim*. É desta forma que por muito tempo se vislumbrou a Idade Média como sendo a “terrível” *Idade das Trevas*, em oposição ao Renascimento e ao movimento cultural que lhe foi típico – o *Iluminismo*. Contudo, sabe-se atualmente que tal visão é ultrapassada e que a Idade Média foi, na verdade, o berço de inúmeras inovações técnicas e/ou sociais que, com modificações, foram utilizadas posteriormente, muitas delas até os dias atuais – a própria academia atual,

⁸ Do ponto de vista histórico, as contribuições oriundas do Cristianismo também se enquadrariam no paradigma antigo. Contudo, neste texto optou-se por falar sobre tais contribuições em outro momento.

entendida como espaço para estudos e seu aprofundamento, tem origem nas universidades medievais.

Não poderia ser diferente no âmbito da história do constitucionalismo: o período medieval foi pródigo em inovações constitucionais, muitas das quais deram origem – seja por afirmação, seja por negação – ao que existe na atualidade. Contudo, como se falou no início deste texto, não se pretende aqui mostrar as raízes medievais do constitucionalismo contemporâneo, mas sim apresentar brevemente os princípios basilares do constitucionalismo naquele período histórico.

Do ponto de vista histórico, a Idade Média se iniciou com a queda do Império Romano do Ocidente no ano de 476 e terminou com a queda de Constantinopla para os turcos otomanos em 1453. Nesse sentido, é possível afirmar que os primeiros séculos são aqueles em que a estrutura político-jurídica de Roma foi se desvanecendo ao mesmo tempo em que surgia em seu lugar a instituição Igreja⁹, que pretendeu o monopólio da administração daquele território anteriormente ocupado por Roma. Assim, o elemento definidor de unidade da Europa, especialmente da Europa ocidental, deixou de ser a vinculação *político-jurídica* ao Império Romano e passou a ser a vinculação *cultural* à Igreja.

Mesmo assim, é possível afirmar que, ao menos em um primeiro momento – correspondente de maneira genérica aos primeiros cinco séculos da Idade Média – a Igreja não conseguiu evitar o enfraquecimento da instância pública, representada pela visão greco-romana de participação coletiva, e a fragmentação do poder central, caracterizada pela existência de inúmeros governantes pós-romanos nos diferentes territórios surgidos com o fim do Império Romano. Assim, como primeira característica do paradigma medieval tem-se que durante este período o sistema social feudal estabeleceu uma inversão frente à visão helênica: enquanto nesta a esfera pública era onipresente e a esfera privada era ausente, no período feudal o indivíduo obedecia ao senhor feudal porque nasceu na terra que era do senhor feudal – em outras palavras, não havia instância pública, mas apenas instância privada na vida do indivíduo. É daí que as relações sociais se desenvolvem e, conseqüentemente, também o constitucionalismo medieval.

Assim, pode-se compreender que tal constitucionalismo se fundamentava em um conceito de direito que era baseado em relações pessoais, havendo, logicamente, grande confusão entre poder econômico, jurídico e político – o próprio exemplo da obediência ao senhor feudal por ter-se nascido em suas terras é exemplo desta confusão. É importante destacar também que apesar de a Igreja ser vista como fundamentadora filosófica da atual ideia de dignidade humana¹⁰, e apesar da Igreja ser a principal instituição política do período, não se podia

⁹ O termo *Igreja* aqui se refere de maneira genérica à Igreja Cristã, não se fazendo diferenciações entre católicos e ortodoxos.

¹⁰ “O cristianismo retoma e aprofunda o ensinamento judaico e grego, procurando aclimatar no mundo, através da evangelização, a idéia [sic] de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual, pois Jesus chamou a todos para a salvação. Neste chamamento não ‘há distinção entre judeu e grego’ (são [sic] Paulo, Epístola aos Romanos, 10, 12), pois ‘não há judeu, nem grego, não há escravo nem livre, não há homem nem mulher, pois todos vós sois um só em Cristo Jesus’ (são [sic] Paulo, Epístola aos Gaiatas, 3, 28). Neste sentido, o ensinamento cristão é um dos elementos formadores da mentalidade que tornou possível o tema dos direitos humanos” (LAFER, 1988, p. 119).

considerar a existência de direitos humanos básicos especialmente porque não se podia vislumbrar a existência de algo semelhante ao atual estado contemporâneo, ainda que durante a Alta Idade Média tenha havido tentativas de emulação do estado¹¹.

Ainda no que diz respeito à Igreja, Fioravanti (2001, p. 35) afirma que não se pode pressupor tal instituição como dominadora ampla e absoluta das relações jurídicas durante o período. Segundo o autor, não se deve imaginar aquela época como sendo de domínio “do poder descendente de Deus a seus vigários na Terra e destes àqueles que ocupam distintos graus mais abaixo [na hierarquia social], segundo uma cadeia ferreamente ordenada em sentido hierárquico, com um único critério original de legitimação em sua cúpula”. Assim, ainda que a Igreja detivesse a primazia das relações sócio-político-jurídicas, não se pode pretendê-la como polo único e central do poder político-jurídico, posto que havia, hierarquicamente abaixo, uma verdadeira rede de relações sociais com polos de poder próprios e autônomos – eram as típicas relações medievais de suserania e vassalagem.

Outro ponto importante a se destacar neste período diz respeito à personalização e à hierarquização das relações sociais, cujo maior exemplo era o próprio sistema feudal. Nesse sentido, o poder político, e consequentemente as relações jurídicas entre os indivíduos, não era mais exercido de maneira horizontal, pelos cidadãos participando do ato criador da lei: ao contrário, as relações de poder se tornaram verticalizadas, realizadas pelos próprios indivíduos entre si por meio das relações de suserania e vassalagem, com a consequente transformação do aspecto jurídico da sociedade em contrato entre as partes. É nesse sentido que encontra guarida a frase “o *imperium* cede lugar ao *dominium*”, ou seja, deixou-se de obedecer ao imperador, possuidor da prerrogativa própria de administração do espaço público, e passou-se a obedecer ao senhor feudal, já que era ele que dominava aquele território ao qual o indivíduo era vinculado.

Tendo-se em mente tais características gerais da sociedade medieval, percebe-se, na montagem do paradigma medieval do constitucionalismo, que o que embasava as relações sociais – e, consequentemente, as relações jurídicas – era a *práxis*, ou seja, o cotidiano das pessoas. É nesse sentido que Fioravanti (2001, p. 35-6) afirma que havia uma “intrínseca limitação dos poderes públicos” na Constituição medieval, de maneira que aquilo que havia de mais importante na vida das pessoas, especialmente no que diz respeito às questões patrimoniais, ocorria *fora* do âmbito normativo (aqui entendido como *positivo* ou *positivado*): tais relações ocorriam devido “à força normativa autônoma e primária dos *costumes*” (grifo nosso). O autor afirma também que tais limitações fáticas à atuação dos indivíduos surgiram não porque alguém assim queria, mas devido ao próprio fim do Império Romano, ou seja, devido ao fim da estrutura político-jurídica então conhecida: na ausência de um centro oficial de poder, o costume levou à necessidade de autocontrole por parte dos cidadãos, até mesmo por questões de sobrevivência. Assim, em territórios reduzidos, em que comunidades muitas vezes autossustentadas viviam, coube ao costume estabelecer a regra do que era lícito e do

¹¹ A existência do Reino dos Francos e a criação do Império Carolíngio são exemplos de tal emulação.

que era ilícito fazer, não existindo, ao menos durante a Baixa Idade Média, espaço para o direito positivo¹².

Outro ponto de importância no entendimento desta Constituição medieval era a própria fragmentação do Direito, vinculada diretamente à característica anteriormente citada de limitação dos poderes públicos. Gerou-se com esta fragmentação – territorial, social, política, jurídica – uma série de ordenamentos jurídicos dentro do espaço feudal europeu, ordenamentos estes vinculantes dentre aqueles que a eles estavam devidamente submetidos, já que disso dependia a própria sobrevivência daquela comunidade. É como explica Fioravanti (2001, p. 37, grifo no original):

Se se podia conceber a constituição dos antigos como *uma ordem política ideal* em termos prescritivos, a constituição medieval poderia ser melhor entendida como *uma ordem jurídica dada*, a ser preservada, a ser defendida de todos aqueles que pretendiam introduzir alterações arbitrárias ao equilíbrio existente.

Uma vez desmembrado o Império Romano, uma vez perdido o referencial de ordem e segurança até então existente, buscou-se a sobrevivência, muitas vezes em grupos pequenos, em comunidades autônomas e fechadas em si mesmas, sendo que tal fechamento durou por gerações ao longo de séculos. Estabeleceu-se assim determinado costume, que passou a ser visto como a regra a ser seguida por todos daquela comunidade. Nesse contexto, a obrigatoriedade de determinado indivíduo em cumprir determinada função social passou a ser vista como vinculante, ou seja, tornava-se impossível a tal indivíduo cumprir outra função social porque ele *bem como os outros de sua própria comunidade* dependiam daquilo. Se o receio do indivíduo antigo era o surgimento de um tirano que pudesse fragilizar o entendimento moral dos demais na vida em sociedade, enfraquecendo a unidade política, o receio do indivíduo medieval era o surgimento de alguém *arbitrário* que pudesse alterar aquela ordem da vida com direitos e deveres consuetudinários e, portanto, com força vinculante entre os indivíduos. O equilíbrio passou a ser buscado não mais pela atitude moral do indivíduo, mas sim pela atitude de respeito do mesmo às regras, aos limites e aos pactos contratuais estabelecidos como consequência da necessidade prática de sobrevivência daqueles que viviam em conjunto em determinada coletividade.

O período da Baixa Idade Média trouxe mudanças a este sistema jurídico não apenas pela mudança social ocorrida com o próprio feudalismo – seu auge se situa entre os séculos XI e XIII –, mas também pelo fato de que estas mesmas condições sociais deram origem a um pensamento mais teorizado a respeito do papel do direito no dia-a-dia do indivíduo, bem como sobre a necessidade de se buscar uma melhor Constituição em sentido jurídico propriamente dito. É neste sentido que Fioravanti (2001, p. 43-4) afirma que um dos símbolos desta nova forma de pensar a constituição medieval foi São Tomás de Aquino, cujo objetivo maior era a criação daquilo que continua sendo possível de ser chamado de *constituição mista*, como chamariam os antigos, mas com conteúdo completamente distinto do período antigo: no Medievo a constituição mista pretendia encampar a presença não apenas do rei,

¹² Aqui a expressão *direito positivo* é utilizada de maneira genérica como oponente ao direito consuetudinário, originário do costume.

mas também dos barões, dos magistrados, dos oficiais dos reinos, dos bispos e dos senhores feudais, de maneira que tais grupos sociais agora inseridos no arranjo constitucional pudessem, sempre que possível, auxiliar ao rei na forma de conselheiros, evitando sua transformação em tirano¹³. Esta era a forma de conciliar o elemento social aristocrático com o elemento democrático, criando assim uma “verdadeira e autêntica doutrina do regime político monárquico”.

Tal doutrina não deve ser vista, contudo, como algo vinculado à ideia de “exaltação do rei acima de tudo”. O que se pretendia era criar uma forma de *união social* baseada na ideia de que “o que diz respeito a todos deve ser aprovado por todos” que pudesse criar *estabilidade* naquela sociedade. Não é de se surpreender que tal fato – a estabilidade – tenha voltado à tona no discurso jurídico: passados alguns séculos de incerteza social na Alta Idade Média, na Baixa Idade Média voltou-se a ter certa certeza no que concernia à vida em sociedade. O símbolo desta estabilidade, desta certeza, não poderia ser outro que não a monarquia. Frise-se aqui: o que garantia a certeza era a *monarquia*, não o *rei*. “A primeira [a Coroa], isenta de todas as formas de decadência e alienação, a segunda [o rei], inevitavelmente destinada a passar” (FIORAVANTI, 2001, p. 44). Assim, quando algo dizia respeito a todos¹⁴, cabia a todos decidir como agir naquela situação, já que a monarquia buscava representar a todos e não apenas a um ou outro indivíduo ou grupo social: “o príncipe não pode decidir por ele mesmo, e ninguém pode deixar o príncipe [decidir] sozinho” (FIORAVANTI, 2001, p. 45). Ao mesmo tempo, percebe-se que tal processo levou a uma progressiva limitação do poder do rei e daqueles que se encontram ao seu redor, já que as decisões pressupunham um processo de aprovação coletiva em nome da monarquia como um todo.

Este processo é chamado por Fioravanti (2001, p. 46) de *supremacia da comunidade política*, entendendo-se por comunidade política as próprias relações sociais que movem determinada sociedade. Segundo o autor, tal conceito implica a “supremacia do todo sobre as partes”, com o rei tendo supremacia aos demais da sociedade não necessariamente por ser “melhor” do que os demais, mas sim porque o rei simbolizava a totalidade daquela própria sociedade, sendo sua supremacia expressa diretamente pela Constituição. Nas palavras do autor (2001, p. 46):

Será cada vez mais relevante saber como a comunidade representa, no plano político – com o rei e junto ao rei –, o conjunto de poderes e das relações existentes dentro dela, qual o direito utilizado e que função tem o rei na produção deste direito, e em geral quais são os direitos efetivamente

¹³ “Em poucas palavras, [...] a constituição mista medieval se dirige a *limitar* esses mesmos poderes [públicos]” (FIORAVANTI, 2001, p. 56, grifo no original). Ou ainda: “Em outras palavras, a lei fundamental é a expressão da unidade, da existência de um universal que compreende distintas partes, mas também, e ao mesmo tempo, [é a] garantia da permanência de maneira separada daquelas partes, ainda que dentro do universal. [...] [O caráter misto da constituição é] a convicção dos homens de então de poder reconhecer a unidade política comum partindo de realidades políticas *já formadas*, que constituiriam certamente parte integrante daquela unidade, mas sempre sabendo que existe uma lei fundamental que garante a permanência da identidade específica de cada parte, de cada componente do todo” (FIORAVANTI, 2001, p. 63, grifo no original).

¹⁴ Destaca-se que a palavra “todos” neste contexto diz respeito basicamente aos dois estamentos superiores da sociedade de então, quais sejam, o clero e a nobreza.

assegurados e até onde pode chegar, frente a tais direitos, a extensão das prerrogativas do rei.

Percebe-se, pelas palavras acima, que a Constituição medieval agregava em sua composição elementos que organizavam a estrutura social, ou seja, buscava definir as funções de cada um de seus componentes e, mais importante, o limite da atuação de tais poderes, preservando e limitando o poder político de cada grupo. Garantia-se, desta forma, ao menos a possibilidade da convivência pacífica entre diferentes esferas de poder na comunidade por meio de um equilíbrio que, ainda que fosse precário, estava definido na forma de contratos entre estes diferentes grupos sociais. Como exemplo deste tipo de contrato ao qual está se referindo aqui tem-se a *Magna Carta* de 1215:

A *Carta* tinha precisamente o significado de um contrato, subscrito pelo rei e por todos os líderes, laicos e eclesiásticos, tendo por objeto próprio o conjunto de direitos que por tradição competiam ao clero, aos vassalos do soberano, a todos os homens livres, aos mercadores, à comunidade da cidade de Londres (FIORAVANTI, 2001, p. 47, grifo no original).

A *Magna Carta* trouxe não apenas a função mais conhecida de limitação dos poderes do rei, mas, mais ainda, trouxe a ideia de definição das regras básicas da *comunidade política* anteriormente citada, definindo o conjunto de direitos e as relações sociais existentes nesta comunidade. Com a legitimidade obtida por meio de sua aceitação entre todos os grupos sociais – o rei, os líderes sociais (senhores feudais) e toda a comunidade política¹⁵ –, a *Magna Carta* garantiu e reforçou a ideia de uma única Constituição como lei certa e verdadeira da Inglaterra do século XIII que era capaz de criar um espaço institucional próprio para a tomada de decisão – espaço este criado e garantido pela própria *Magna Carta* (FIORAVANTI, 2001, p. 48-9). A lei fundamental do país seria, portanto, o conjunto de costumes solenemente aprovados, dotado da autoridade do rei com o consenso dos senhores feudais e que dizia respeito a toda a comunidade política, ou seja, à *res publica* em sua totalidade (FIORAVANTI, 2001, p. 50), com o objetivo de fazer com que todas as forças sociais fossem capazes de se reconhecerem no plano político representado pela Constituição, reforçando a ideia de pertencimento comum à mesma entidade política e à mesma cidadania (FIORAVANTI, 2001, p. 55).

Como síntese da Constituição medieval tem-se a presença de alguns elementos, quais sejam: 1) O direito medieval era fundamentado em relações pessoais que, por sua vez, se originaram do costume, sendo este consequência das ações necessárias à sobrevivência das distintas comunidades fragmentadas territorialmente que surgiram com o fim do Império Romano; 2) Ao contrário do que geralmente se imagina, a Igreja, ainda que tivesse importância e influência fundamental na manutenção de uma *cultura* “europeia”, não impunha as regras “de cima para baixo”, já que a rede de relações sociais criadas durante a Alta Idade Média formava a verdadeira sustentação das comunidades então existentes; 3) A Constituição medieval, ainda que criada como consequência das relações sociais fragmentadas – ou seja, ainda que fosse uma espécie de *contrato geral* entre os indivíduos –, era personalizada, no

¹⁵ Percebe-se aqui a presença, respectivamente, do elemento monárquico, do aristocrático e do democrático, elementos estes que são tipicamente definidores da ideia de constituição mista.

sentido de que cada grupo social – ou seja, de maneira genérica cada feudo – tinha o seu próprio direito; 4) Houve o surgimento da ideia de *comunidade política*, especialmente na Baixa Idade Média, entendida como a própria rede de relações sociais que dava sustentação à Constituição, sendo tal rede composta pelo rei, pelos senhores feudais e pelos demais componentes da sociedade medieval, o que atribui o caráter de *constituição mista* à Constituição medieval; 5) A capacidade de delimitação, e conseqüentemente de limitação, das funções exercidas por cada um destes grupos sociais na comunidade política, sendo tal delimitação consequência de fatores históricos vinculados ao costume¹⁶ que, uma vez enraizados na comunidade política, serviram de direcionamento às demais leis criadas posteriormente na forma de contratos.

O paradigma liberal

Aquele que pode ser entendido como o *paradigma liberal* do constitucionalismo tem início, conforme a divisão temporal feita no início deste texto, a partir do século XVI, estendendo seu âmbito de atuação até o momento da virada do século XIX para o século XX. Como o próprio adjetivo indica, o paradigma *liberal* tem como principal característica a defesa das liberdades individuais, sendo estas vistas como o principal *valor* a ser defendido pelas constituições surgidas neste período. É neste contexto que a ideia de “liberdade dos modernos”, conforme definida por Benjamin Constant, ganhou fôlego: preza-se a liberdade do indivíduo frente à atuação do estado e/ou da sociedade de maneira que seja competência do estado garantir o ambiente social propício ao desenvolvimento desta liberdade individual.

Contudo, o correto entendimento do paradigma constitucionalista liberal pressupõe a compreensão de outro processo histórico de fundamental importância que se considera ter ocorrido, de maneira genérica, entre os séculos XVI e XVIII – qual seja, o surgimento do *estado moderno*. É esta instituição que, de maneira direta ou indireta, fará com que surja o próprio constitucionalismo liberal do século XIX e início do século XX.

De maneira sintética¹⁷, considera-se que a instituição *estado moderno* surgiu a partir do século XVI por meio da gradativa centralização do poder nas mãos de um rei. A frase anterior, ainda que venha a ser um “clichê” no âmbito da teoria geral do estado, traz em si importante significado no que concerne aos objetivos deste texto: o de que este rei passou agora a exercer o poder político *por si mesmo*, quebrando a estrutura medieval de que o rei seria “superior” aos demais, mas reconheceria e, conseqüentemente, respeitaria os demais componentes da *comunidade política*. Assim, no estado moderno não existe mais o rei, mas sim o *soberano*, destacado dos súditos. Tal característica, juntamente com outras que são típicas deste período – como a alteração, na esfera econômica, do modo de produção feudal para o mercantilista; na esfera cultural, a separação cada vez mais profunda entre estado e Igreja¹⁸;

¹⁶ Fatores estes que, conforme Fioravanti (2001, p. 67), darão origem, ao menos na Inglaterra, à ideia de *common law*.

¹⁷ Não é objetivo deste texto falar a respeito do surgimento do estado moderno. Por tal motivo, a apresentação deste fenômeno será feita de maneira geral, sem que se entre nos detalhes específicos dos autores aqui apresentados. A respeito do processo de formação do estado moderno, ver Silva (2014a).

¹⁸ Ainda que os reis absolutistas, logicamente, não prescindissem do apoio político, econômico e principalmente ideológico da Igreja.

no âmbito social, a separação entre as esferas pública e privada¹⁹; e no âmbito jurídico, a ideia de *mínimo jurídico*²⁰ – fez surgir aquilo que se tornou conhecido como *período absolutista* do estado, cuja fundamentação filosófica se encontra nos textos de Jean Bodin e de Thomas Hobbes.

Contudo, ao mesmo tempo em que o estado como instituição se fortalecia por meio dessa visão absolutista²¹, o próprio século XVI já trazia o germe do que seria a sua antítese – o pensamento liberal, que daria origem ao *estado liberal*. Assim, a Reforma Protestante, ocorrida em 1517, já defendia a ideia central do liberalismo clássico – a de defender o indivíduo contra as ações do estado, ou seja, de garantir que a liberdade individual seja protegida pelo estado contra as ações deste próprio estado ou ainda contra as ações da própria sociedade²² (BOBBIO, 1998, p. 701). Nesse sentido, o maior exemplo do pensamento liberal aplicado à esfera político-jurídica e que aqui é tomado como precursor do liberalismo é o inglês John Locke, que defendeu em seus textos a ideia liberal de que *público é público, privado é privado* – ou seja, de que o estado interferiria na vida dos cidadãos apenas se houvesse conflitos entre os mesmos²³.

A verdadeira relevância de Locke na história do constitucionalismo está nisto: em ter sido o primeiro a formular de maneira clara e firme, no âmbito da constituição dos modernos, a distinção fundamental entre poder *absoluto* e poder *moderado*. O primeiro é aquele em que um único indivíduo, seja o rei ou a assembleia, exerce os poderes Executivo e Legislativo, e o segundo é aquele em que estes dois poderes são distintos e pertencem a dois sujeitos distintos. Em suma, a primeira e fundamental máxima do constitucionalismo é precisamente esta, segundo a qual quem detém o formidável poder de fazer a lei não pode nem deve dispor dos recursos e dos meios de governo, incluindo o também formidável poder de coação sobre os indivíduos; e quem dispõe destes não pode, por sua vez, ser titular do poder Legislativo (FIORAVANTI, 2001, p. 93, grifo no original).

¹⁹ Diferentemente do que ocorria na Idade Média, em que a própria noção de *comunidade política* (esboçada nas páginas anteriores deste texto) trazia embutida em si a ideia de que aquilo que era típico da esfera privada precisava ser transposto para a esfera pública sob a forma de contratos para que pudesse existir e ser usufruída pelos indivíduos.

²⁰ Entendido como a existência de leis que regulamentavam apenas aquelas relações sociais que precisavam de regulamentação.

²¹ A qual não pode/deve ser vista como necessariamente negativa, já que talvez seja difícil imaginar o surgimento de uma instituição que seja responsável por deter o monopólio legítimo do uso da força física dentro de determinado território, como diria Max Weber, sem esse processo de concentração da possibilidade de exercício do poder nas mãos de uma pessoa ou grupo.

²² Tem-se por um lado, mais visível, que o liberalismo busca defender as ações privadas individuais da interferência do estado, que é visto como instituição opressora e limitadora dos direitos individuais. Contudo, não se pode esquecer aqui de que o pensamento liberal também se volta à opressão da sociedade, no sentido de que determinadas formas de democracia surgidas no século XVIII – destaque aqui para as proposições de Rousseau – também são duramente criticadas do ponto de vista liberal porque, se colocadas em prática, também limitariam ou tirariam a liberdade individual. A esse respeito ver Bobbio (2000, p. 8-10).

²³ O que não se pode pressupor que ocorreria com frequência, pois já que os indivíduos viviam bem no estado de natureza lockeano, com poucos ou mínimos conflitos entre si, e se a natureza dos próprios indivíduos não seria alterada com a passagem do estado de natureza para o estado de sociedade, não haveria então o porquê de se pressupor que no estado de sociedade os conflitos aumentariam, o que ensejaria a atuação mais acentuada do estado.

É necessária a compreensão deste pensamento liberal tendo-se por base a doutrina dos direitos naturais, ou *jusnaturalismo*²⁴, doutrina sobre a qual o liberalismo se sustenta (BOBBIO, 2000, p. 11). Deve-se ter tal doutrina em mente porque são estes direitos naturais que farão com que Locke tenha defendido a ideia de um *governo misto*, ou seja, a situação existente “quando as funções de governo são distribuídas por diferentes grupos sociais – realeza, nobreza e povo”, fazendo com que o exercício do poder deixe de ser “prerrogativa exclusiva de qualquer um dos grupos, forçando-os à colaboração, com o que a convivência civil é aprimorada e a liberdade preservada” (LIMONGI, 1998, p. 250). Esta era a estrutura típica do modelo inglês, exemplo de constituição do período moderno, com a presença da Coroa representando a monarquia, da Câmara dos Lordes representando a aristocracia e da Câmara dos Comuns representando a democracia.

Estabelecem-se aqui os fundamentos do *estado civil*, quais sejam, o livre consentimento dos indivíduos para o estabelecimento da sociedade civil; o livre consentimento da comunidade para a formação do governo; a proteção dos direitos de propriedade pelo estado; o controle do poder Executivo pelo poder Legislativo; o controle do governo pela sociedade; e a existência de direitos naturais inalienáveis do indivíduo à vida, liberdade e à propriedade (MARRAFON, 2014). Tem-se assim, ao menos em termos históricos, o embrião daquilo que viria a ser posteriormente conhecido como *estado de direito*, ou seja, aquele estado cuja função principal reside na proteção aos direitos naturais fundamentais – ideia surgida a partir do pensamento liberal de Locke. Tal estado é limitado porque os direitos fundamentais preexistem ao estado, aprisionando a ação estatal por meio de uma constituição que contemple tais direitos, além da existência do princípio da separação de poderes para garantir a concretização dos direitos fundamentais²⁵.

Também é importante compreender, no âmbito do paradigma liberal, a separação criada neste momento entre *estado* e *governo* – ou seja, entre a instituição, por um lado, e as pessoas que se inserem em tal instituição, por outro. Bobbio (1998, p. 553) define governo como “o conjunto de pessoas que exercem o poder político e que determinam a orientação política de uma determinada sociedade”. Tal definição, contudo, é ampla; Bobbio (1998, p. 554, grifo nosso) vai além e afirma que

[...] o Governo coincide com o poder executivo, ou melhor, com os órgãos de cúpula desse poder, com a execução do aparelho de funcionários, que tem a função de colaborar no funcionamento dos serviços públicos, dando execução às decisões do Governo, e que é a administração pública.

Da definição proposta se segue também que os *órgãos legislativos e judiciários não fazem parte diretamente dos órgãos de Governo*, ainda que

²⁴ “Doutrina segundo a qual todos os homens, indiscriminadamente, têm por natureza e, portanto, independentemente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de alguns poucos ou de apenas um, certos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade – direitos esses que o Estado, ou mais concretamente aqueles que num determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência a seus comandos devem respeitar, e portanto não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte de outros” (BOBBIO, 2000, p. 11).

²⁵ Ainda que, como se sabe, a ideia de separação de poderes propriamente dita tenha surgido não com Locke, mas com Montesquieu, já no século XVIII, “com uma finalidade de recíproca limitação” de um poder em relação a outro (FIORAVANTI, 2001, p. 98).

estes exerçam seu poder em concorrência mais ou menos direta, mais ou menos ampla, segundo os casos, com os primeiros. Naturalmente, o fato de que tais órgãos concorram para o exercício do poder implica também que podem delimitar e controlar de qualquer maneira a ação do Governo.

É esta separação entre estado e governo, que Fioravanti indica como sendo originária de Kant, que irá permitir o exercício da liberdade individual dentro do estado constitucional liberal: “o que verdadeiramente importa, sobretudo para a tutela do essencial princípio da liberdade, não é tanto estar governados por uma república ou por uma monarquia, mas sim que ambas, cada uma com suas características, se organizem mediante formas de governo antidespóticas” (FIORAVANTI, 2001, p. 127)

Deve-se também destacar aqui o momento que talvez seja o ápice do pensamento liberal: o final do século XVIII, que trouxe consigo as Revoluções Americana e Francesa, com as consequentes e respectivas Constituições de 1787 e de 1791. Tais revoluções são de fundamental importância porque elas deram a tônica das principais características que seriam encampadas pelo paradigma liberal de uma constituição, cujas características são sintetizadas conforme se segue.

- 1) *Estado de direito, com consequente controle e previsibilidade da intervenção estatal.* Conforme dito anteriormente, o estado de direito se caracteriza, dentre outros, pelo fato de ter uma especificidade jurídica bem definida (*ver ponto 2 abaixo*). Nesse sentido surge o princípio da legalidade, que define que cabe ao estado fazer *apenas* aquilo que a lei lhe permite. Consequentemente, o estado passa a ser *controlado* – chega-se assim àquele que talvez seja o principal objetivo do liberalismo – e também *previsível em suas ações*, já que se espera que a lei que define os limites da atuação do estado seja de conhecimento de todos.
- 2) *Limitação jurídica do poder (teoria do constitucionalismo).* O controle do estado, bem como a esperada previsibilidade de suas ações, não é decorrente da “mera” existência da lei. Em outras palavras, não se pode afirmar que um estado que possua leis deixou, automaticamente, de ser um estado absolutista e se transformou em um estado liberal – basta que se lembre que o estado absolutista proposto por Hobbes era um estado baseado na lei²⁶. É nesse sentido que o movimento liberal propõe a *limitação jurídica do poder* por meio de uma *teoria do constitucionalismo* composta dos seguintes itens:
 - a. *Império da lei por meio do controle de constitucionalidade:* verificou-se como necessário o controle das ações parlamentares por meio da ação do poder Judiciário. Nesse sentido, destaque deve ser dado àquilo que foi proposto no art. nº 78 d’*Os artigos federalistas*: “todo ato de um poder delegado que contrarie a mandato [*sic*] sob o qual é exercido é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido” (MADISON, 1993, p. 480).

²⁶ No que concerne a tal ponto, o que muda, do estado absolutista para o estado liberal, é a *origem* da lei: enquanto que no estado absolutista cabe ao rei criá-la como achar melhor, sem nenhum tipo de constrangimento ou de limitação, no estado liberal dá-se grande ênfase à função parlamentar, ou seja, ao parlamento, sendo este o responsável pela criação da lei conforme as limitações jurídicas – *constitucionais* – estabelecidas.

- b. *Princípio da legalidade*: conforme dito acima, por princípio da legalidade no âmbito do estado entende-se a definição de limites claros, rígidos e precisos a respeito de até onde pode o estado atuar; caso o estado vá além do que a Constituição lhe permite, caracterizar-se-ia uma ilegalidade.
- c. *Separação de poderes*: considera-se a separação de poderes proposta por Montesquieu e aperfeiçoada pelos autores americanos d'*Os artigos federalistas* como elemento basilar para o constitucionalismo liberal, já que foi por meio deste princípio que surgiu a ideia de *freios e contrapesos* de maneira que um ramo do poder limite o outro, gerando equilíbrio na atuação do estado e, conseqüentemente, a sua moderação – o que, do ponto de vista liberal, garantiria a não-intervenção do estado na vida privada dos indivíduos.
- d. *Direitos fundamentais*: especialmente com as emendas de 1791 à Constituição americana²⁷, os direitos naturais passaram a ser vistos como direitos humanos. Esses direitos naturais, assim, se transformaram em direitos *fundamentais* “inerentes à condição humana, cuja existência e validade independem de outorga por parte do Estado” (BARROSO, 2013, p. 99).
- 3) *Emergência das grandes codificações e exigência de sistematização do direito*. Tudo o que foi afirmado nos pontos anteriores só poderia ocorrer caso houvesse, de alguma forma, a aceitação popular²⁸. Ao mesmo tempo, dado o caráter *institucionalizado* do estado por meio da separação entre estado e governo, e sendo o estado visto como instituição neutra, acima de todos os grupos e facções e que poderia vir a ser ocupado por qualquer uma delas, tornou-se necessário codificar e sistematizar tais elementos típicos do estado liberal de maneira a garantir a desejada estabilidade às relações sociais como um todo.

À guisa de conclusão do paradigma liberal, deve-se ter em mente que os direitos fundamentais garantidos por tal constitucionalismo – e até mesmo dele exigidos – correspondem *exclusivamente* àqueles direitos que foram consagrados pela doutrina como sendo os *direitos de primeira dimensão*, ou seja, direitos que garantem as *liberdades individuais* frente à atuação do estado – genericamente entendidos como os direitos civis e políticos vinculados à

²⁷ Não há que se entender aqui desmerecimento algum aos acontecimentos da Inglaterra de um século antes. Contudo, Sarlet deixa claro que os documentos ingleses têm importância, mas são de tipo diferente daqueles oriundos dos americanos. Assim, segundo Sarlet (2013, p. 268-9), “embora tais documentos (no caso da Inglaterra) tenham passado a integrar a tradição constitucional inglesa, os direitos neles reconhecidos não podem ser equiparados (ainda mais no que diz com o estado de coisas dos séculos XVII e XVIII) aos direitos fundamentais atualmente consagrados nas constituições. A despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa [Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão], de 1789, foram os direitos consagrados nas primeiras emendas incorporadas à Constituição norte-americana (a partir de 1791) que vieram a marcar a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. [...] Com efeito, a nota distintiva da supremacia normativa (no sentido da vinculação do próprio Estado às cláusulas constitucionais), acompanhada, logo a seguir, da garantia do controle judicial da constitucionalidade das leis e atos do poder estatal por meio da Suprema Corte, acabou resultando, muito embora tal processo tenha sido lento e diferenciado de país para país, na consagração da noção de direitos fundamentais como direitos de hierarquia constitucional, oponíveis pelo cidadão ao Estado”.

²⁸ Não se entrará aqui no mérito de quem é considerado povo, especialmente porque tal definição, ao menos do século XVIII a meados do século XX, é variável de estado para estado.

prestação negativa do estado. Não havia neste período (especialmente no século XIX) qualquer preocupação jurídica com questões sociais, já que estas eram vistas como uma das esferas da atuação privada do indivíduo que deveriam ser protegidas de qualquer tipo de ação do estado.

O paradigma contemporâneo

O século XIX é considerado como sendo o momento em que a doutrina liberal estava em seu auge. Este é o momento em que o paradigma liberal se afirma e se reforça, não apenas na esfera jurídica²⁹, mas também, e talvez principalmente, na esfera econômica³⁰. Como afirma Bobbio (1998, p. 690, grifo no original)

[...] fala-se numa “era liberal”, que começa com a Restauração (1815) e termina, ou com as revoluções democráticas de 1848, ou com a modificação do clima ético-político após 1870, quando começam a predominar a *Realpolitik*, o nacionalismo e o imperialismo, na política; o hedonismo, o materialismo e a irracionalidade, na ética (Croce); ou com a Primeira Guerra Mundial e a crise do contexto liberal que a ela se seguiu (De Ruggiero, Laski). Fala-se numa era liberal, não apenas porque neste período toma-se consciência da liberdade como valor supremo da vida individual e social, mas também porque a liberdade é a categoria geradora que explica todo um conjunto de comportamentos políticos e sociais intimamente relacionados entre si.

Como se percebe pela citação presente na nota de rodapé nº 31, o paradigma constitucional liberal era indiferente às relações sociais porque estas, conforme anteriormente afirmado, faziam parte da esfera privada do indivíduo, não cabendo ao estado, nesta visão, regulamentar tais relações. Nesse contexto, devem-se destacar especialmente as relações trabalhistas do período, entendidas sob uma perspectiva do sistema econômico vigente – o capitalismo – cujo objetivo central é o lucro. Assim, a título de breve exemplo, suponha-se o empregador “A” que, no exercício de suas liberdades individuais características do período, oferecesse uma vaga de emprego com salário de R\$ 300 (trezentos reais) por mês. O indivíduo “B”, desempregado, poderia, também no exercício de suas liberdades individuais, aceitar tal emprego, mesmo que trabalhasse das 7 h às 22 h com apenas 30 minutos de tempo livre para almoço e mais 30 minutos de tempo livre para seu jantar. Em uma perspectiva liberal, os direitos do indivíduo “A” estariam sendo garantidos pelo estado tanto quanto aqueles do indivíduo “B”. Nessa situação hipotética ambos estabeleceriam uma relação trabalhista sem serem pressionados por ninguém – nem pelo estado, nem pela sociedade. Estariam ambos sendo livres, exercendo seus respectivos direitos civis à liberdade individual: o indivíduo “A”

²⁹ “O Código Civil chamado Napoleônico (com justeza) representa a mistura que o próprio Napoleão conseguiu empreender no governo francês: o liberalismo e o conservadorismo. Entretanto, faz-se necessário destacar que as principais conquistas [liberais] da Revolução [Francesa] – *igualdade perante a lei, liberdade religiosa e abolição dos resquícios feudais* – foram consolidados dentro do Código” (CASTRO, 2001, p. 261, grifo nosso).

³⁰ “Apesar de avanços liberais profundos, o Código Napoleônico era um *código de proteção à propriedade burguesa*: dos cerca de 2.000 artigos que possui, 7 dizem respeito ao trabalho e 800, à propriedade privada. Os sindicatos e as greves são proibidas, mas a associação de empregadores permitida. Em uma disputa judicial sobre salários é o testemunho do patrão e não dos empregados que deve ser levado em conta” (CASTRO, 2001, p. 261, grifo nosso).

exerceu seu direito à propriedade de sua empresa, oferecendo o emprego livremente com as condições que bem quis, e o indivíduo “B” exerceu livremente seu direito a aceitar o trabalho sob aquelas condições, sem ser obrigado por ninguém a fazê-lo. Na perspectiva liberal não se questionaria se tal salário conseguiria garantir as condições mínimas de vida ao trabalhador porque a decisão de se submeter a tal relação de trabalho foi livre, sem nenhum tipo de coação social ou estatal.

Nesse contexto, o paradigma contemporâneo teve seu início filosófico ainda durante a “vigência” do paradigma liberal, em meados do século XIX. Este é o período em que surgem inúmeros trabalhos de filósofos questionando a desigualdade social então existente na Europa ocidental. Dentre estes destaca-se Karl Marx, que ao longo do século XIX publicou inúmeros trabalhos nos quais mostrava que o sistema capitalista gerava desigualdade e que tal desigualdade se refletia na esfera político-jurídica (SILVA, 2014b, p. 30-5). Movimentos sociais que questionavam a desigualdade social da época surgiam com frequência, tendo talvez o principal destes sido a Comuna de Paris em 1871.

Finalmente, em 1883 surgiu na Alemanha o primeiro ordenamento jurídico referente à previdência social, sendo que este movimento em prol dos direitos sociais conseguiu se concretizar do ponto de vista constitucional com as Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919 (NOLASCO, 2012). Este período – final do século XIX até a ascensão do nazismo – será chamado neste texto de *primeira fase* do paradigma constitucional contemporâneo, sendo que talvez a maior preocupação desta primeira fase era a de positivar os direitos sociais, seja na forma de leis infraconstitucionais, seja na forma de direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

A constituição democrática do século XX, a partir de Weimar, pretende superar os limites fixados pela forma constitucional anterior, estatal e parlamentar. Em poucas palavras, já não pretende se limitar à definição dos poderes e ao processo legislativo para garantir os direitos; mais que isso pretende, sobretudo, significar a existência de alguns princípios fundamentais geralmente compartilhados, que o exercício do poder soberano constituinte do povo colocou na base da convivência civil. A partir daqui começa uma nova história que, em boa medida, consiste na busca dos *mecanismos institucionais* necessários para a tutela e para a concretização destes princípios fundamentais (FIORAVANTI, 2001, p. 150, grifo no original).

A construção do paradigma contemporâneo como um todo foi brevemente interrompida com o surgimento de regimes totalitários na Europa e com a Segunda Guerra Mundial. Tais eventos, contudo, não acabaram com o aspecto *social* desta fase do constitucionalismo: ao contrário, após a Segunda Guerra Mundial o que se viu foi a emergência do chamado *estado de bem-estar social* (SILVA, 2008, p. 12-3) e do chamado *neoconstitucionalismo*, entendido como uma nova forma de interpretar as constituições contemporâneas de maneira que aqueles direitos sociais incorporados às constituições na primeira fase do paradigma contemporâneo – doutrinariamente conhecidos como *direitos de segunda dimensão* – fossem realmente *efetivados* na realidade social dos indivíduos. A esse respeito veja-se a seguir a definição de Barroso (2013, p. 264, grifo no original) sobre o que seria o neoconstitucionalismo – chamado por ele de *pós-positivismo*:

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica.

Entra-se assim naquilo que será chamado neste texto de *segunda fase* do paradigma constitucional contemporâneo: após a Segunda Guerra Mundial não se busca apenas a concretização dos direitos previstos nas constituições, mas também – e principalmente – uma nova forma *não exclusivamente positivista de interpretar a Constituição*. Assim, Barroso (2013, p. 270) identifica o pós-positivismo como uma terceira forma de se interpretar o Direito³¹, fundamentada claramente em elementos morais e políticos: seria função do pós-positivismo questionar “o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente”. Ainda, conforme indica Marrafon (2010, p. 125, grifo no original), “a filosofia do direito está se construindo com a invasão da filosofia no direito”. Assim, sendo o Direito um fenômeno social complexo, intrinsecamente relacionado à ideia de poder, espera-se logicamente que sua concretização esteja diretamente vinculada à estrutura do estado ao qual se refere, já que depende de “escolhas valorativas consideradas juridicamente relevantes” bem como do papel que se espera ser desempenhado pelo estado frente à sociedade (MARRAFON, 2010, p. 126).

Tal “invasão” da filosofia no direito se relaciona a uma característica típica do paradigma contemporâneo do constitucionalismo: a valoração dos *princípios* e não apenas daquilo que é norma posta, no sentido de estar positivada. Nesse contexto, Barroso (2013, p. 271-2) afirma que o pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo) busca fazer “a reentronização dos valores na interpretação jurídica”, ou seja, fazer com que o Direito seja entendido não apenas com base naquilo que está literalmente escrito, mas também com base em valores (morais, inclusive) que permitam “uma reaproximação entre o Direito e a ética”. Ainda segundo Barroso (2013, p. 272), “o neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito”, esta última sendo responsável pela presença do aspecto principiológico no Direito, em especial no processo de interpretação dos comandos constitucionais, interpretação esta que varia conforme o momento e o lugar porque dependentes diretamente dos elementos subjetivos que compõem a história de vida dos envolvidos. O autor afirma que alguns destes princípios já estão presentes de longa data, tais quais a liberdade e a igualdade, ainda que seu sentido possa ter sido alterado ao longo do tempo, e que outros “sofreram releituras e revelaram novas sutilezas” – dentre estes Barroso destaca a democracia, a ideia de república e a de separação dos poderes. Por fim, ainda incluindo no rol de princípios básicos do neoconstitucionalismo, Barroso apresenta o princípio da dignidade humana e o da razoabilidade, tendo estes dois últimos sido desenvolvidos mais recentemente na filosofia do direito.

³¹ A primeira forma seria a jusnaturalista, com “fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva”, enquanto a segunda seria o positivismo, cuja maior característica seria “a aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética” (BARROSO, 2013, p. 270).

Além de tais ideias, Marrafon (2010, p. 132) também destaca os principais eixos que fundamentam o questionamento neoconstitucional em relação ao paradigma liberal anteriormente em vigor:

- 1) A compreensão da Constituição, em sua totalidade, como norma, inclusive os dispositivos entendidos como programáticos. Tal compreensão levou ao questionamento a respeito da *eficácia das normas constitucionais* e dos *limites da atuação jurisdicional*, ambos inexistentes sob a perspectiva do paradigma liberal constitucional.
- 2) O surgimento dos Tribunais Constitucionais, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, levou a certa “submissão” do poder Legislativo frente ao poder Judiciário por meio do controle de constitucionalidade exercido por tais Tribunais. Tal fato contrasta claramente com a primazia que o poder Legislativo tinha sob o paradigma liberal.
- 3) O entendimento de que os direitos fundamentais se tornaram “compromisso do intérprete”, ou seja, do magistrado, ao mesmo tempo em que realizam “vinculação do legislador” à sua defesa intransigente, coadunando-se com o que foi exposto no item 1 acima (toda a Constituição sendo compreendida como norma).
- 4) O questionamento das ações realizadas pelo próprio estado, cuja estrutura, ao final do século XX, é neoliberal (SILVA, 2008), mas que precisa concretizar “um grande rol de direitos sociais” (MARRAFON, 2010, p. 132), gerando um conflito entre a política neoliberal e a prestação de direitos sociais.

Tal questionamento leva à clara perspectiva neoconstitucional de *expansão* das ações estatais, especialmente por meio da interpretação abrangente feita pelo poder Judiciário que vincula as ações do poder Executivo ao mesmo tempo em que limita aquelas do poder Legislativo, já que o estado precisa atuar não apenas para *garantir* os direitos fundamentais de maneira normativa no texto constitucional mas também para *concretizá-los* na realidade, na prática da vida dos indivíduos. Tal perspectiva de ampliação das ações estatais é necessária como consequência da aplicação dos princípios – vistos como uma espécie de “ponte” entre o Direito e a moral – a determinada sociedade, princípios estes que servem de norte para todo o ordenamento jurídico (MARRAFON, 2010, p. 135). Neste sentido, Mendes (2014, p. 115) afirma que

é típico das constituições atuais a incorporação de valores morais ao domínio jurídico, não se limitando as Cartas a simplesmente discriminar competências e limitar a ação do Estado – indo-se além, para injetar índole jurídica a aspirações filosóficas e princípios ético-doutrinários. As constituições contemporâneas absorvem noções de conteúdo axiológico e, com isso, trazem para a realidade do aplicador do direito debates políticos e morais.

Com base em todo o exposto, chega-se assim à síntese do paradigma contemporâneo do constitucionalismo, cujas características estão claramente presentes na citação abaixo transcrita, conforme o entendimento de Barroso (2013, p. 288-9, grifo no original)³²:

O novo direito constitucional, fruto das transformações narradas neste capítulo, tem sido referido, por diversos autores, pela designação de *neoconstitucionalismo*. O termo identifica, em linhas gerais, o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica. [...] Não é possível ignorar a revolução profunda e silenciosa ocorrida no direito contemporâneo, que já não se assenta apenas em um modelo de regras e de subsunção, nem na tentativa de ocultar o papel criativo de juízes e tribunais.

Percebe-se, pelo exposto, que o neoconstitucionalismo é um sistema constitucional *aberto*, ou seja, que pode ser atualizado à luz da realidade social à qual se aplica³³. Ao mesmo tempo, existe claramente uma conciliação dos princípios com um sistema de regras postas, ou seja, os princípios não se concretizam por si só: eles precisam de uma regra já existente para que possam vir a ser concretizados. Desta forma, tem-se que aquilo que se entende por *norma* do ponto de vista neoconstitucional não é apenas a regra ou o princípio: a norma corresponde à *junção de princípios e regras*, sendo estas interpretadas por aqueles. São tais características que fazem com que os princípios constitucionais se situem no centro do sistema jurídico como um todo e se tornem irradiantes para o restante do sistema jurídico. O neoconstitucionalismo muda, portanto, a própria teoria do direito, que passa a ser pensada tendo como ponto de partida a Constituição – com princípios dela originários e irradiantes a todo o ordenamento jurídico – e não mais os diversos ramos do Direito.

Da hermenêutica jurídica à hermenêutica constitucional

No contexto do que foi explicitado anteriormente, especialmente no âmbito da transição do paradigma liberal para o paradigma contemporâneo³⁴, percebe-se que a mudança entre estes paradigmas implica não apenas em uma nova forma de se escrever o texto constitucional – com o acréscimo de direitos como aqueles de *segunda e terceira dimensões*³⁵ – mas também, e principalmente, implica em uma nova forma de *interpretar* o texto constitucional,

³² O trecho abaixo transcrito traz, em seu original, algumas notas de rodapé – aqui excluídas – que identificam leituras complementares a alguns dos termos apresentados.

³³ Tal situação social claramente está relacionada não apenas à do indivíduo que demanda determinado direito conforme à Constituição, mas também, e talvez principalmente, em relação ao juiz que irá decidir seu pleito.

³⁴ Lembre-se o leitor de que estes termos correspondem, respectivamente, à interpretação positivista e interpretação pós-positivista, ou ainda como, respectivamente, interpretação constitucional e interpretação neoconstitucional.

³⁵ Não se entrará neste texto no âmbito do conteúdo de cada uma destas dimensões, nem no debate doutrinário sobre a existência ou não de outras dimensões para além das três tradicionalmente estabelecidas. Para um aprofundamento no tema o leitor pode se remeter a Sarlet (2013), Segunda Parte, Cap. 2, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 259-277.

principalmente no que concerne à *função social* que a Constituição tem no sentido de se buscar, pelo paradigma contemporâneo, a *justa concretização* dos direitos fundamentais.

De maneira geral, tem-se como definição de hermenêutica jurídica *tradicional* – aqui associada ao paradigma liberal – como “a parte da ciência jurídica que estuda os processos de interpretação da lei e de captação do direito aplicável ao caso [concreto]”. Essa hermenêutica tradicional tem como processos a *interpretação*, ou seja, se utiliza de técnicas e procedimentos especiais para “descobrir” quais são os princípios aplicáveis ao caso concreto, bem como qual seria o “verdadeiro” sentido do texto legal; em seguida parte-se para a *aplicação* do direito, ou seja, para a adaptação dos preceitos contidos nas normas jurídicas e interpretados às situações fáticas; por fim tem-se o que se chama de *integração*, entendendo-se tal etapa como o preenchimento das lacunas legais referentes ao caso em análise (MARRAFON, 2014). Parte-se do princípio de que a hermenêutica tradicional é um tipo de pensamento baseado na neutralidade e na imparcialidade do intérprete da lei: daí a ideia de “captação” do direito aplicável que se exprime no surgimento da ideia de “operador do direito” – um ente *abstrato* que enxerga o direito “de fora” por não estar inserido no problema para o qual busca solução.

Por meio da hermenêutica tradicional tem-se que “interpretar a Constituição é igual a interpretar a lei” (MARRAFON, 2014). Nessa visão não haveria diferença entre interpretar a Constituição e uma lei infraconstitucional, sendo este o posicionamento típico das Constituições liberais do século XIX e primeira metade do século XX³⁶.

No âmbito da interpretação tradicional englobada pelo paradigma liberal da constituição, Barroso (2013, p. 314) identifica os seguintes como “elementos clássicos da interpretação jurídica: gramatical, histórica, sistemática e teleológica”. E continua: “nenhum desses elementos pode operar isoladamente, sendo a interpretação fruto da combinação e do controle recíproco entre eles”. Em síntese, “a interpretação [...] deve levar em conta o texto da norma (interpretação gramatical), sua conexão com outras normas (interpretação sistemática), sua finalidade (interpretação teleológica) e aspectos do seu processo de criação (interpretação histórica)”. Estes critérios também são apresentados por Mendes (2014, p. 117-8) como fundamentadores da interpretação constitucional, que são chamadas por este autor de “regras tradicionais de interpretação”.

Marrafon (2014) sintetiza o processo de interpretação jurídica por meio da hermenêutica tradicional presente no paradigma liberal chamando-o de *positivismo formalista*, sendo o mesmo composto pelas seguintes características:

- 1) Estado liberal de direito baseado em quatro princípios básicos: 1.1) Princípio da legalidade; 1.2) Princípio da separação dos poderes com primazia do poder Legislativo; 1.3) Princípio da independência judicial; 1.4) Princípio de direitos públicos negativos (garantia da liberdade individual).

³⁶ Conforme visto anteriormente, ainda que o paradigma contemporâneo tenha surgido já ao final do século XIX, é apenas após a Segunda Guerra Mundial que ele se torna efetivo.

- 2) Teoria do direito fundada em: 2.1) Sistema fechado, hierárquico e formal; 2.2) Teoria do ordenamento jurídico calcado nos dogmas da *completude* e da *coerência*; 2.3) A norma corresponde necessária e exclusivamente à regra positivada³⁷.
- 3) As relações entre direito e política são claramente distintas das relações entre direito e moral. Em outras palavras, existe clara separação entre os conceitos de direito, política e moral³⁸.
- 4) É necessário fortalecer e resguardar sempre que possível a segurança jurídica e o formalismo, ou seja, as regras jurídicas postas, principalmente no sentido de garantir a hierarquia das normas com prioridade para a Constituição³⁹.
- 5) Interpretação com base na teoria tradicional da hermenêutica: o juiz, *ser racional*, se depara com o texto legal, extrai dele a verdade e a reconstrói no plano das ideias – plano do *dever-ser* –, tomando a decisão e aplicando-a ao caso concreto com base naquilo que está explícito no texto. Desta forma, todos que lerem o mesmo texto – tanto o texto legal quanto o que exprime a decisão do juiz – chegarão às mesmas conclusões, ou seja, chegarão à *verdade real*, garantindo-se consequentemente a segurança jurídica.
- 6) Embasamento no paradigma da filosofia da consciência: espera-se que o sujeito seja racionalmente consciente a respeito dos textos lidos, por meio do pensamento abstrato, conforme o *dever-ser*.

Nesta visão “liberal-positivista” a ênfase está na *norma* escrita, ou seja, na *regra*, na qual estaria contida a prescrição a respeito de o que se fazer no caso concreto em análise. Este, por sua vez, é o *problema*, de onde se extrairiam claramente os elementos fáticos para sua solução. Por fim atua o *intérprete*, cujas funções são a de identificar qual seria a melhor norma aplicável ao problema, a de revelar o seu sentido e a de fazê-la incidir sobre o caso em questão (BARROSO, 2013, p. 331). Em suma, “acreditava-se piamente na objetividade da atividade interpretativa e na neutralidade do intérprete” (BARROSO, 2013, p. 331).

Percebe-se que os itens acima elencados trazem embutidos em si mecanismos que, sem dúvida, serviram para se interpretar o texto constitucional no âmbito da forma liberal de se enxergar o direito e a política. Contudo, novas demandas sociais e coletivas surgidas a partir da segunda metade do século XX suscitaram a necessidade de alteração destes mecanismos de interpretação, visto que os mesmos, de maneira geral, se fundamentam na *rigidez positivista* que se mostrou incapaz de responder satisfatoriamente a tais novas demandas. A título de exemplo, a clara distinção entre direito, política e moral, característica típica da visão

³⁷ Mesmo a eventual possibilidade de uma interpretação mais “aberta”, fundada em costumes, por exemplo, precisa estar positivada – vide art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: o juiz só pode aplicar a analogia ou os costumes porque a lei assim o permite.

³⁸ “Justiça e injustiça nada têm a ver com validade de determinado direito positivo; é essa a nota distintiva entre Direito e Ética [na visão de Kelsen]. A validade de uma ordem jurídica não vem contrariada pelo simples fato de que o Direito se tenha construído contra a moral. O que é válido prepondera sobre o que é justo, pois o que é válido está de acordo com os modos de existência normativa de dado ordenamento jurídico; o que é justo, por sua vez, está no plano das especulações, dos valores etc. e aceitar que o justo prepondera com relação ao válido é trocar o *certum* pelo *dubium*” (BITTAR, 2012, p. 410-1, grifo no original).

³⁹ Nesta perspectiva apenas por meio da “pirâmide de Kelsen” se concretizaria a segurança jurídica.

liberal, se mostra insuficiente para solucionar uma demanda tal qual a de uniões homoafetivas, como ocorreu recentemente no Brasil. Ainda neste mesmo contexto, a aplicação *rígida* do princípio da legalidade impediria tais uniões, tendo-se em vista o texto da norma (interpretação gramatical, conforme Barroso) prevista no art. 226 e §§ da Constituição Federal de 1988.

Com o paradigma constitucional contemporâneo – e com a consequente necessidade de efetivar os comandos constitucionais sob uma perspectiva vista como sendo mais justa, moral, *humana*, e não meramente mecanicista – mudou-se também a maneira de se analisar o papel da hermenêutica no âmbito da interpretação legal – e principalmente constitucional. Desta feita, Larenz, citado por Marrafon (2014), traz novo conceito de o que seria a interpretação nesta “nova” hermenêutica: “interpretar é uma atividade de mediação pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático”. Esta definição traz claramente a importância que é dada na atualidade à teoria que defende que o intérprete da lei é não apenas um ente *abstrato*, mas sim um indivíduo que faz parte do próprio processo de interpretação constitucional e que, por sê-lo, não pode ser neutro, já que suas preferências irão indubitavelmente interferir em sua própria análise do caso concreto e nas decisões que irá tomar.

Importância ainda maior deve ser dada no que diz respeito à interpretação do próprio texto constitucional. Percebe-se, com o advento do paradigma contemporâneo, uma perspectiva de superação da visão liberal caracterizada pela existência de especificidades da norma constitucional que são ausentes da lei infraconstitucional – tais como seu *status jurídico* de lei fundamental com princípios irradiantes, seu conteúdo sustentado por ideias gerais e abstratas fundamentadas em princípios, a própria natureza da linguagem do texto constitucional – mais geral e abstrata que a linguagem do texto infraconstitucional – e, não menos importante, o caráter político do texto constitucional (BARROSO, citado por MARRAFON, 2014). Tais especificidades demandam uma teoria particular da interpretação da Constituição, de maneira que a hermenêutica constitucional se destaca e se diferencia da hermenêutica jurídica, sendo esta entendida como a interpretação da lei infraconstitucional. Barroso (2013, p. 330) chama esta nova forma de se interpretar a Constituição de *nova interpretação constitucional*. Para o autor

não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização (BARROSO, 2013, p. 331).

Pelo paradigma contemporâneo, a norma se torna não o *fim*, mas sim o *início* do processo de solução do caso concreto, já que não possui em si mesma “todos os elementos para determinação do seu sentido” (BARROSO, 2013, p. 331). Além disso, ela deixa de ter caráter meramente abstrato porque sua validade está determinada não apenas pelo aspecto gramatical – o texto da norma em si – mas também pela sua existência na realidade – ou seja,

só existe norma se ela for concretizada⁴⁰. Por sua vez, o *problema* trazido ao juiz deixa de se caracterizar apenas pelo conjunto de fatos “para se transformar no fornecedor de parte dos elementos que irão produzir o Direito”, já que “fato e realidade são elementos decisivos para a atribuição de sentido à norma” (BARROSO, 2013, p. 332). Por fim, o intérprete não mais se separa do objeto a ser interpretado: “em várias situações, o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis” (BARROSO, 2013, p. 333).

Barroso (2013, p. 333-4) finaliza sua breve explanação sobre a *nova interpretação constitucional* afirmando que o paradigma da interpretação constitucional tradicional foi alterado quando ocorreu:

- 1) *A superação do formalismo jurídico*. Não se pode esperar que o texto constitucional traga previamente todas as situações fáticas da sociedade. Assim, a resposta aos problemas jurídico-sociais deve ser construída, muitas vezes com elementos que fogem ao âmbito exclusivamente normativo.
- 2) *O advento de uma cultura jurídica pós-positivista*. Já que o intérprete não pode se limitar àquilo que está escrito no texto constitucional, precisará buscar argumentos para sua interpretação em outras fontes, tais como a moral, a política, a economia, a psicologia e a sociologia, dentre outras, indo além do que está positivamente normatizado.
- 3) *Ascensão do direito público e centralidade da Constituição*. Enquanto o século XIX – liberal por excelência – se caracterizou pelo direito privado, o século XX se caracterizou pela prevalência do direito público, em especial da Constituição, que se tornou o elemento central dos ordenamentos jurídicos nas sociedades ocidentais. Isto fez com que toda interpretação jurídica fosse, direta ou indiretamente, constitucional, já que o texto constitucional passou a irradiar seus valores e princípios a todo o ordenamento jurídico.

Percebe-se pelo exposto que essa *nova interpretação constitucional* pressupõe a presença clara dos ideais, das ideias e das ideologias do magistrado, de maneira que o texto constitucional sirva apenas como ponto de partida para uma interpretação globalizante a respeito do problema estabelecido. Neste contexto Sarlet (2013, p. 218) afirma que “chegar ao resultado ou resposta constitucionalmente correta depende [...] dos atores, ou seja, dos sujeitos aos quais incumbe a interpretação, mas também dos métodos, técnicas e princípios (ou critérios) dos quais se valem os agentes do processo interpretativo”. A este respeito veja-se o que afirma Marrafon (2010, p. 180-1, grifo no original):

Desde uma perspectiva (neo)constitucionalista defende-se que o direito, concebido como uma ordem substitutiva da justiça, manifesta-se na forma

⁴⁰ Ver também Sarlet (2013, p. 217): “[...] Texto e norma não são idênticos, de modo que a norma é sempre resultado já (em maior ou menor articulação com um ou mais textos) de um ato de interpretação. [...] Peter Häberle sublinha que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, já pelo fato de que a norma jurídica não resulta de uma decisão prévia, mas é aplicada no tempo e integrada na realidade pública por intermédio do ato interpretativo, no âmbito do que o mesmo Peter Häberle designou de uma interpretação necessariamente contextualizada.”

de um sistema constitucional aberto, composto de normas-princípio e normas-regra.

Esse sistema é caracterizado pela autonomia operativa em relação a outras ordens sociais, o que denota a existência de uma *ratio* interna a partir da Constituição, Lei Fundamental, que lhe garante a unidade (ligação de cada parte com o todo) e também de uma logicidade própria, que lhe deve conferir coerência (relação de organização entre os seus elementos).

Tais apontamentos servem para destacar a ideia de que uma Constituição precisa ser vista como uma “ponte”, nas palavras de Streck (citado por MARRAFON, 2014): “Não há, pois, um texto constitucional abstrato, universalizante, como não há, do mesmo modo, uma ponte abstrata, universal (uma generalidade de ponte) que não uma as margens, que não ligue estradas e que não comunique pessoas”. Em outras palavras, significa dizer que uma Constituição só é uma Constituição se ela estiver ligada às demais normas do sistema jurídico, irradiando seus valores em normas infraconstitucionais. Deve-se olhar, portanto, para a função que a Constituição desempenha no âmbito do ordenamento jurídico como um todo: a função de “ponte” jurídica. Para que tal função possa ser bem exercida, Marrafon (2014) elenca os seguintes elementos como fundantes do paradigma contemporâneo do constitucionalismo:

- 1) Estado de bem-estar social fundamentado nas seguintes características: 1.1) Força do poder Executivo, em um primeiro momento, e posteriormente do poder Judiciário⁴¹; 1.2) Ação fundada em atos públicos subjetivos positivos, que garantem direitos prestacionais e de participação política; 1.3) Princípios análogos aos do estado liberal (legalidade, separação de poderes, independência judicial e direitos públicos negativos) acrescidos da constante busca por igualdade material com base em um compromisso constitutivo que entende que o estado é a locomotiva do desenvolvimento social com base no projeto constitucional já estabelecido⁴²; 1.4) Finalidade do estado: conciliar liberalismo econômico com direitos sociais e democracia material.
- 2) A teoria do direito no paradigma contemporâneo se funda em um sistema constitucional aberto, que pode ser atualizado à luz da realidade social à qual se aplica, atuando em conciliação com um sistema de regras claramente definido, mas no qual a norma é entendida como o conjunto de regras e também – e especialmente – de princípios.
- 3) O direito, a política e a moral são elementos que estão completamente entrelaçados, embasando todo o processo de interpretação constitucional⁴³.
- 4) O estado busca conciliar a segurança jurídica com elementos de justiça, por um lado, e o formalismo (regras jurídicas) com conteúdo material embasado nos princípios irradiados a partir da Constituição, por outro.

⁴¹ Como se verifica na atualidade no Brasil.

⁴² Não sendo o estado, contudo, o único “motor” da economia.

⁴³ O entrelaçamento entre estes conceitos pode ser feito diretamente pelo poder Judiciário, por meio de seus juízes, ou por meio de uma maior participação popular que enfatize o aspecto democrático do atual modelo de estado. Ver a esse respeito Marrafon (2010, p. 139-161).

- 5) A interpretação constitucional precisa ser fundamentada necessariamente nas experiências de vida do juiz, inclusive considerando-se o local de nascimento, a família e, principalmente, a linguagem utilizada. Desta maneira o texto legal é apre(e)ndido pelo intérprete com base em suas experiências pessoais próprias, não se chegando a uma pretensa “verdade real” – o que faz com que as interpretações sejam distintas.
- 6) Embasamento no paradigma do ciclo hermenêutico: abertura da mente do intérprete para novas ideias a partir da leitura de novos conteúdos linguísticos, os quais são necessariamente alterados ao longo do tempo⁴⁴. O pensamento necessariamente se vincula a um objeto, a uma realidade concreta, não a algo abstrato. Desta forma, as respostas “corretas” ao problema interpretado pelo juiz se originariam de uma espécie de consenso entre pares que possuem o mesmo grau de conhecimento do assunto.

Tais características são sintetizadas por Marrafon (2010, p. 162-3) como sendo o *modelo hermenêutico fenomenológico*, que “melhor compreende a problemática inerente à tomada de decisão judicial”. Tal metodologia seria a que permitiria

que o magistrado desconfie de seus pré-juízos e de suas verdades (conscientes ou não). Mais ainda, [esta metodologia permite] que ele [magistrado] se detenha sobre o caso e possa redefinir, a todo tempo, a perspectiva a partir da qual “observa” – no sentido existencial aqui atribuído – o ordenamento jurídico, os fatos, os argumentos levantados, as provas, a doutrina e a jurisprudência, entre os inúmeros vetores determinantes para o deslinde do caso em julgamento (MARRAFON, 2010, p. 214).

Ainda segundo o autor, tal procedimento é obrigatório porque apenas assim poderia o magistrado despir-se de seus pré-conceitos, já que a “antecipação pré-compreensiva ou inconsciente na determinação do sentido dado aos entes, via de regra, encobre a sua verdade” (MARRAFON, 2010, p. 214). Aí está o aspecto fenomenológico do método, já que ele permite que os fatos se revelem por si mesmos, suplantando a “verdade” pré-concebida do magistrado.

Termina-se este texto com breve reflexão a respeito da situação brasileira na atualidade. Conforme apontado por Silva (2008, p. 20), na América Latina há uma confusão de modelos estatais em vigor e tal fato se verifica presente no atual estado brasileiro, o qual, em determinados momentos, adquire postura neoliberal e, em outros, postura mais social. É nesse contexto que Marrafon (2014) afirma que o Brasil se enquadra em um *constitucionalismo tardio* devido ao fato de estarem presentes na sociedade, ao mesmo tempo, três paradigmas filosófico-jurídicos: 1) O “paradigma medieval”, com “caciques” locais, ausência da atuação do estado, presença de líderes não-estatais e pluralismo jurídico; 2) O paradigma liberal, com destaque para a defesa dos direitos de primeira dimensão, especialmente à vida, à igualdade e à propriedade; 3) O paradigma contemporâneo, por meio de grande inclusão econômica com ascensão social e amplo trânsito em diferentes partes do

⁴⁴ “O sujeito inicial era ‘A’; após a leitura de um texto, será o sujeito ‘A + experiência adquirida pelo tempo’, e assim sucessivamente” (MARRAFON, 2014).

globo. Será das relações dialéticas entre tais paradigmas, bem como de definição mais clara acerca da estrutura do estado, que surgirá o constitucionalismo brasileiro do século XXI.

Referências

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martins Claret, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de filosofia do Direito*. Eduardo C. B. Bittar, Guilherme Assis de Almeida. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. 11ª ed. Trad. Carmen C. Varriale *et al.*; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

_____. *Liberalismo e democracia*. 6ª ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito – Geral e Brasil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Tratta, 2001.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIMONGI, Fernando Papaterra. “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco Correia (Org.). *Os clássicos da política*. 10ª ed. São Paulo: Ática, 1998. P. 243-287.

MCCLELLAND, J. S. *A history of western political thought* [recurso eletrônico] Londres, Reino Unido: Taylor & Francis e-Library, 2005.

MADISON, James. *Os artigos federalistas, 1787-1788*: edição integral. James Madison, Alexander Hamilton, John Jay; apresentação Isaac Kramnick; tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Teoria da Constituição e Hermenêutica Constitucional*. Aulas ministradas no Instituto Brasiliense de Direito Público. Datas das aulas: 12/04/2014, 26/04/2014, 10/05/2014, 24/05/2014, 13/06/2014, 14/06/2014 e 20/06/2014. Brasília: [s.n.], 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOLASCO, Lincoln. Evolução histórica da Previdência Social no Brasil e no mundo. *Conteúdo Jurídico*. Brasília/DF: 01 mar 2012. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35915&seo=1>>. Acesso em 26 jul. 2014.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Matheus Passos. *Breve história da formação do estado moderno* [recurso eletrônico]. Brasília: Vestnik, 2014a.

_____. Origens dos modelos de estado de bem-estar social e de estado neoliberal. *Revista do curso de Direito da Faculdade Projeção*. Ano 3, nº 4 (janeiro/julho 2008). Brasília: Vestcon, 2008.

_____. *Relações entre estado e democracia na teoria política contemporânea* [recurso eletrônico]. Brasília: Vestnik, 2014b.