

NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E (IN)SEGURANÇA JURÍDICA: CARACTERÍSTICAS E CRÍTICA DA VIRADA LINGUÍSTICA NO INTERPRETAR DA CONSTITUIÇÃO

Juliana Cristine Diniz Campos¹

Felipe Braga Albuquerque²

Resumo

O artigo apresenta criticamente os principais elementos da nova hermenêutica constitucional, relacionando-a a um processo mais abrangente de transformação da teoria do Direito a partir da reviravolta linguístico-pragmática no campo filosófico. Analisa os impactos dos novos parâmetros hermenêuticos ao princípio da segurança jurídica.

Palavras-chave: Hermenêutica Constitucional. Reviravolta Linguística. Segurança Jurídica.

INTRODUÇÃO

O advento da Constituição Federal de 1988 num contexto de redemocratização e reestruturação do estado brasileiro ocasionou, para a dogmática jurídica nacional, um movimento teórico de revisão do modelo tradicional de interpretação e aplicação do direito. Uma verdadeira “renovação” do Direito Constitucional mostrou-se necessária frente aos desafios hermenêuticos que a estrutura normativa diferenciada da nova constituição apresentou aos seus intérpretes. Não apenas no que diz respeito à própria natureza das normas – marcadas por um maior nível de abstração – e à sua estrutura predominantemente principiológica e programática, mas igualmente quanto ao novo e extenso rol de direitos e programas previstos na constituição, a aplicação e efetivação do novo texto constitucional mostrou-se um desafio hermenêutico de grandes proporções para a comunidade jurídica.

As mudanças na interpretação do direito constitucional positivo brasileiro devem-se a fatores que não são exclusivamente teóricos, embora haja uma indissociável relação entre as contribuições da dogmática e a prática da aplicação do direito. Fatores como mudanças na composição das cortes superiores; hipertrofia do Poder

¹ Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Professora adjunta da Universidade Federal do Ceará - UFC, em regime de dedicação exclusiva. E-mail: julianacdcampos@gmail.com

² Doutor em Direito pela Universidade de Fortaleza. Professor adjunto da Universidade Federal do Ceará – UFC. E-mail: felipe_direito@hotmail.com

Judiciário; fortalecimento da esfera pública, caracterizado pelo crescimento da participação da imprensa na formação da opinião pública; mudanças ideológicas na condução governamental decorrentes dos processos eleitorais também podem ser indicadas como determinantes na construção de um novo ideário constitucional para o Brasil.

Bonavides, ao indicar a nova fase do constitucionalismo brasileiro, chega a afirmar que o direito constitucional clássico “seria hoje em sua dimensão exclusivista e unilateral uma espécie de artefato pré-histórico, inútil, sem préstimo para os combates sociais da atualidade” (BONAVIDES, 2013:384), indicando o surgimento de um novo constitucionalismo democrático apropriado ao estado social. Inspirada a comunidade pelo dito movimento de “renovação” dos cânones interpretativos, passa-se a designar tal movimento como o advento de uma “nova hermenêutica constitucional”, marcada pela busca de uma teoria adequada às características do novo texto normativo e aos anseios de realização do projeto de transformação social previsto na constituição. Barroso, identificado como um dos teóricos principais de tal movimento, afirma que “a redemocratização do Brasil impulsionou uma volta ao Direito”, sendo necessário “explorar as potencialidades positivas da dogmática jurídica, investir na interpretação principiológica, fundada em valores, na ética e na razão possível” (BARROSO, 2002:358-359).

Repetidos à exaustão, os postulados teóricos da nova hermenêutica constitucional constituem, hoje, uma espécie de “lugar comum” compartilhado por intérpretes e aplicadores do Direito quando se veem diante de problemas hermenêuticos relacionados à normatividade constitucional. Apesar da recepção ampla de tais postulados, é preciso ponderar se é possível falar no surgimento de um novo paradigma para a interpretação da constituição ou mesmo se as soluções teóricas apresentadas são, de fato, saídas seguras e fundamentadas para os impasses hermenêuticos.

Para Neves, “salvo algumas exceções, tratava-se, mais uma vez, de importação acrítica de construções teóricas e dogmáticas, sem o crivo seletivo de uma recepção jurídico-constitucionalmente adequada” (NEVES, 2013: IX). O que se observa, segundo o autor, é uma trivialização dos postulados teóricos capaz de emprestar a “qualquer tese, mesmo as mais absurdas, um tom de respeitabilidade” (NEVES, 2013: X). Streck, em texto crítico que caracteriza seu estilo, reprocha a fé “panprincipiológica” que associa os novos cânones hermenêuticos a uma “refundação” do positivismo (STRECK, 2011).

As críticas de autores como Neves e Streck são suficientemente profundas para provocar dúvidas e inquietações. Neste trabalho, o objetivo é apresentar o estado atual da hermenêutica constitucional do Brasil, num esforço de sistematização de seus principais postulados teóricos, para, na sequência, avaliar até que ponto as críticas apresentadas têm razão de ser e podem contribuir para o surgimento de uma verdadeira inovação hermenêutica na seara do direito constitucional. Busca-se entender, igualmente, em que medida a nova

hermenêutica constitucional representa, em termos práticos, o desprestígio (ou mesmo a completa desconsideração) do princípio da segurança jurídica, associado, pela tradição, ao modelo clássico de estado de direito liberal.

Subdividido em três tópicos, o estudo inicia o debate com uma breve apresentação da virada linguística no âmbito da tradição filosófica do Ocidente e seus reflexos sobre a hermenêutica jurídica. A intenção é demonstrar que os postulados da nova hermenêutica constitucional são, em verdade, desdobramentos das contribuições de filósofos como Gadamer, para quem a linguagem é o que caracteriza o pensar humano, “esse diálogo infinito com nós mesmos” (GADAMER, 2011:235). No segundo tópico, busca-se realizar uma sistematização do que se compreende por nova hermenêutica constitucional, apresentando seus autores, princípios e postulados principais. Por fim, conclui-se o argumento com a exposição de críticas ao novo modelo de interpretação constitucional e seus reflexos sobre o princípio da segurança jurídica.

A VIRADA RUMO À LINGUAGEM E SEUS REFLEXOS SOBRE A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

O advento de uma nova hermenêutica constitucional foi provocado tanto por fatores de ordem político-jurídica – como a transformação do modelo de estado no pós-segunda guerra mundial – como teórica. Isso porque o paradigma do estado democrático de direito surge no contexto de uma ampla transformação na tradição filosófica do Ocidente, também conhecida como a reviravolta linguístico-pragmática. Essa “coincidência” de transformações políticas e filosóficas acaba por impactar, também, a teoria do direito, na medida em que o fenômeno jurídico passa a ser compreendido sob o viés da linguagem, para além de um positivismo estritamente normativista. Essa virada rumo à linguagem, de certa forma, funciona como um reforço de fundamentação do modelo democrático de organização política, que se sustenta no ideal discursivo e comunicativo do consenso.

A “virada” em direção à linguagem que constitui a grande transformação filosófica do século XX é bem explicada por Gadamer. Isso porque, de acordo com o filósofo alemão, “todo pensar sobre a linguagem, pelo contrário, já foi sempre alcançado pela linguagem. Só podemos pensar dentro de uma linguagem e é justamente o fato de que nosso pensamento habita a linguagem que constitui o enigma profundo que a linguagem propõe ao pensar” (GADAMER, 2011: 176). A linguagem passa a ocupar o centro da reflexão filosófica, não como objeto de estudo, mas como verdadeira condição transcendental (condição a priori) de todo o pensar, já que todo pensar já é, desde o princípio, mediado por um ato linguístico.

Em um sentido mais profundo, a reviravolta linguístico-pragmática implica o reconhecimento da insuficiência do modelo de racionalidade construído por Kant, tendo em vista a compreensão do efeito da temporalidade e da história sobre a constituição da própria subjetividade. Isso porque sujeito racional não está

sozinho em sua tarefa de pensar e dizer o mundo, ele se define como existência culturalmente condicionada desde a origem. Seja através do simples aprendizado da fala, seja no compartilhamento de um modo de viver e sentir, seja na recepção e transformação de tradições culturais, o homem é, desde o nascimento, um ser em comunicação com outros seres, um ser temporal e espacialmente condicionado. O subjetivismo kantiano é confrontado, assim, pelo historicismo e se transforma em um “intersubjetivismo”.

O cerne da reflexão filosófica deixa de ser o sujeito e torna-se a linguagem, considerada instância intrascendível da expressividade do mundo (OLIVEIRA, 2006:13). Para Oliveira, a contribuição do filósofo alemão e sua interlocução com a filosofia transcendental kantiana é fundamental: Gadamer parte de Kant para ir além de Kant, na medida em que pretende precisamente mostrar que a constituição do sentido não é obra de uma subjetividade isolada e separada da história, mas só é explicável a partir de nossa pertença à tradição (OLIVIERA, 2006:227). É preciso reconhecer não só a relação eu-mundo, mas a relação entre as subjetividades, a relação eu-outro como condicionantes do processo de conhecimento.

O sujeito é um ser essencialmente histórico, cuja razão é exercida em função de seus pré-conceitos e pré-compreensões sobre o próprio mundo, os quais se manifestam através do discurso. Desse modo, o sujeito já desde sempre se “experimenta” no seio de um mundo de sentido, ao qual ele pertence e que nunca simplesmente pode tornar-se seu objeto (OLIVEIRA, 2006:230), na medida em que a consciência do sujeito é determinada pela história (OLIVEIRA, 2006:227).

A reviravolta linguístico-pragmática resultou no reconhecimento da intersubjetividade como elemento indispensável à razão, que passa a ser definida como razão discursiva, ou comunicativa. Esse pressuposto teórico-filosófico é essencial às teorias procedimentalistas, que utilizam o diálogo como procedimento legitimador das normas éticas, aí incluídas as normas morais e as normas jurídicas. A forma de garantir a validade das normas jurídicas é justamente a definição de condições ideais de diálogo entre os sujeitos, a fim de que as melhores razões prevaleçam no embate discursivo.

A análise de Costa pode ser bastante esclarecedora sobre a descoberta de uma nova forma de pensar a subjetividade e o pensar humano, surgida no século XX a partir do reconhecimento da comunidade da linguagem. São as palavras do autor:

Em nosso século, tem-se compreendido cada vez mais a articulação do sentido intersubjetivo do pensar e agir humanos e sua validação como constituída linguisticamente e de tal modo que a problemática da constituição da racionalidade do sentido e sua validade tem sido tematizada através de um novo horizonte, o horizonte da linguagem. Este horizonte tem como implicação que já não se pode mais tematizar o sentido racional da existência e atividades humanas sem a mediação do uso comunicativo da linguagem, ou seja, a partir de tal horizonte de

compreensão, a razão articuladora e portadora de sentido não poder ser entendida a não ser como razão comunicativa e intersubjetiva (COSTA, 2002:4).

A razão é entendida a partir de sua dependência da linguagem como instância mediadora, linguagem que, por sua vez, significa interação. Assim como não há a coisa-em-si como um objeto acessível ao sujeito, tal qual Kant esclareceu, também não há a coisa-para-o-eu, como uma racionalidade isolada, que pode conhecer o mundo independentemente do outro. O mundo, como uma totalidade de sentido, existe para a comunidade de sujeitos que, compartilhando os seus significados, lhe dão ordem, numa tarefa “articuladora”, para usar a expressão de Costa.

Essa transformação do paradigma da racionalidade empreendida pela filosofia ocidental não é alheia à teoria do direito. Também a ordem jurídica é entendida como uma construção mediada pela linguagem. Não só a norma é originada de um embate discursivo internalizado pelo poder legislativo, como a decisão sobre o “justo”, o “correto”, o “conforme” é tomada no âmbito de uma interação comunicativa simbolizada pelo processo judicial. Por esse motivo, o ato de criar o direito não pode ser um ato de exclusão do outro, entendido como a manifestação de um poder de império isolado, mas um processo que reconheça a existência de tantos argumentos quanto são os potenciais argumentantes.

O processo, tomado em sentido amplo – legislativo, judicial, administrativo –, existe como meio para que se alcance a melhor razão, o melhor argumento nos conflitos acerca da interpretação das normas. Trata-se, assim, de uma organização em procedimento fundada na ideia de comunicação inclusiva. Em outros termos, tem-se a institucionalização da razão comunicativa no âmbito do estado pela ação do Direito.

Sendo o direito afetado pela reviravolta da linguagem, redescobrem-se os problemas da fundamentação e da aplicação das normas. O direito, para ser legítimo, precisa ser justificado, sob pena de perder sua aura de cientificidade. Buscando estabelecer uma relação entre a reviravolta linguística e a transformação epistemológica do direito, Duarte reconhece que o discurso de fundamentação é condicionado pela razão dialógica, ou comunicativa. Segundo o autor:

A tentativa de oferecer pautas justificativas que assegurem a racionalidade do método jurídico visando à busca de critérios objetivos para o controle das opções prático-morais incrustadas na formulação das decisões jurídicas deve se dar conta de que a fundamentação normativa do Direito, hoje, deve ser mediada desde os pressupostos discursivos inseridos na estrutura pragmática consolidada a partir de uma razão linguística (DUARTE, 2010:35).

Para o autor, um paradigma da racionalidade discursiva terá necessidade de construir uma nova Teoria do Direito (DUARTE, 2010:38). A transformação mencionada por Duarte passa necessariamente por uma nova compreensão da dinâmica jurídica possibilitada pela flexibilização das estruturas normativas tradicionais. O

reconhecimento da força normativa dos princípios traz para a teoria do direito a necessidade de adaptar a hermenêutica jurídica à baixa densidade normativa dos comandos principiológicos. A consequência fundamental é o reconhecimento de que o intérprete, diante da necessidade de ponderação de valores, possui uma razoável liberdade de criação argumentativa.

Em verdade, o reconhecimento da existência de normas com estrutura de princípios, caracterizadas pela sua baixa densidade normativa e pela aplicação da técnica da ponderação, sinaliza a necessidade de que o direito seja suficientemente plástico, flexível, para dar conta da pluralidade de pretensões, valores, condutas e eticidades existentes no corpo social. A constituição, assim, para fazer frente à diversidade, precisa ser ela mesma aberta, inclusiva, “principiológica”.

Após a reviravolta linguístico-pragmática se expandir pelo campo filosófico, tem-se uma nítida transformação do modo de compreender a própria teoria do direito, notadamente no que se refere à hermenêutica jurídica, que passa a ser compreendida a partir das contribuições da hermenêutica filosófica. Isso porque, enquanto até o século XIX, sobretudo após as contribuições de Schleiermacher, a hermenêutica podia ser compreendida como metodologia interpretativa, após a “virada” rumo à linguagem no século, tem-se a compreensão de que a hermenêutica é antes filosofia. Não se limita a prestar conta dos procedimentos que a ciência aplica. Trata igualmente das questões prévias à aplicação de qualquer ciência – como a retórica, tematizada por Platão (GADAMER, 2011: 369).

Mas o que importa para o Direito, afinal, que se tenha operado uma reviravolta no paradigma de racionalidade – que passa de uma perspectiva monológica para uma perspectiva dialogal? As transformações sobre a teoria do direito são, em verdade, profundas. Isso porque a determinação da linguagem como categoria por meio da qual todo o pensar se faz possível, como horizonte a partir do qual é possível compreender o próprio homem e o mundo, implica rever os conceitos de certeza e verdade tão caros à ciência em geral e, em especial, à ciência do direito de matriz positivista.

Os cânones hermenêuticos tradicionais trabalham a norma como elemento externo ao sujeito, que precisa ser compreendido e aplicado, em geral por um processo de subsunção, o qual, uma vez metodologicamente estruturado, é capaz de garantir a certeza e a segurança do resultado. Se é, desde sempre, falar em sentido unívoco para as normas jurídicas, se trabalhava, contudo, na perspectiva da existência de uma interpretação mais correta, que caberia ao intérprete definir. Partindo dessa lógica, todo aquele que seguir as técnicas interpretativas indicadas pela dogmática chegará ao mesmo resultado, por subsunção.

Com a transformação filosófica operada pela redescoberta da linguagem, os processos interpretativos tornam-se consideravelmente mais complexos e dinâmicos. Uma vez que tudo que se pode conhecer está no horizonte da linguagem, o entendimento do mundo – aí incluídas as normas jurídicas – pode ser definido como

um “processo comunicativo” permanente e inacabado. O sujeito que interpreta, por já estar impregnado de história e de linguagem, ao se debruçar sobre o objeto – que lhe aparece como texto, como mensagem comunicada – já carrega um horizonte de compreensão que interfere ativamente no modo como irá decifrar a mensagem. Dito de outro modo, cada sujeito/intérprete é uma realidade única de significados e história. Essa qualidade – sua imersão na historicidade da linguagem – é determinante no processo de interpretar o direito. Cada sujeito interpreta de um modo, a partir de um horizonte de compreensão próprio e individual – ainda que a linguagem seja o resultado de uma comunhão de significados socialmente estabelecida.

Gadamer recupera a ideia de círculo hermenêutico introduzida por Schleiermacher e a aprimora, ao indicar que a interpretação constitui um processo comunicativo representado por uma fusão de horizontes. Essa “circularidade” da compreensão tem o seguinte sentido, conforme explica Gadamer:

Por isso, uma consciência formada hermenêuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais (GADAMER, 2011: 358).

Dois pontos são indicados por Gadamer como “constantes” apriorísticas do ato de interpretação: a existência de pré-conceitos e da linguagem como mediadora de um processo de comunicação constante entre a coisa-em-si, isto é, a mensagem/texto, e o sujeito/intérprete. Interpretar, portanto, é superar a experiência universal de encobrimento através de um diálogo permanente com a coisa. O ir-e-vir da interpretação que menciona Gadamer, consiste justamente na plasticidade da fusão de dois horizontes de compreensão: o do autor, manifesto no texto, e o do intérprete. Ao interpretar, eu dialogo com um horizonte de compreensão, ampliando o próprio sentido do texto e da minha percepção inicial de seu projeto.

A apresentação breve das contribuições da filosofia gadameriana para o desenvolvimento da hermenêutica filosófica é suficiente para indicar a necessidade de uma completa transformação dos cânones hermenêuticos tradicionais, sobretudo no que tange à interpretação da constituição. Na medida em que as exigências sociais em relação ao estado crescem significativamente com o advento do estado democrático de direito, as cartas constitucionais também se transformam, normativa e estruturalmente, de modo que suas normas passam a se apresentar na forma de textos marcados por uma incompletude semântica e altos níveis de abstração – exigindo do intérprete uma posição muito mais ativa em relação à determinação do sentido de seu texto. É nesse contexto de transformação filosófica que começam a surgir os principais postulados para o advento de uma “nova hermenêutica constitucional”.

No item seguinte, serão enfrentadas as principais características da nova hermenêutica constitucional, a fim de que se possa avaliar em que medida a influência da reviravolta linguístico-pragmática representou um processo de desconstrução das bases valorativas e científicas sobre as quais se ampara a ideia de estado de direito.

UMA “NOVA” HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL?

Deve-se a autores como Luís Roberto Barroso o esforço sistematizador de uma teoria mais ou menos coerente em torno do problema da interpretação constitucional³. O pensamento de Barroso, que corrobora a conclusão a que se chegou no item anterior, é no sentido de que:

A grande virada na interpretação constitucional deu-se a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas 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: 2007: 274-5).

Fica evidente a dimensão constitutiva do intérprete na tarefa de construção do significado da norma, a partir da interpretação. Aplicar o texto constitucional não se resume mais a uma tarefa de subsunção, mas decorre de uma práxis política qualificada pela incompletude e pelo encobrimento característico da linguagem.

A nova hermenêutica constitucional seria, assim, uma forma inovadora de compreender o fenômeno de interpretar a constituição, fundado na percepção de que as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo (BARROSO, 2007: 275). O que está em destaque, portanto, é a percepção da norma como uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas (BARROSO, 2007: 275).

Essa “plasticidade” hermenêutica que caracteriza a “moderna interpretação da constituição” seria derivada de “um estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal, que tanto prosperou na época do Estado Liberal” (BONAVIDES, 2013: 491). O grande problema, como aponta o constitucionalista, é a “fraqueza” teórica advinda de tal plasticidade de métodos. Isso porque “a manipulação dos

³ Gilmar Mendes e Inocêncio Coelho também constituem referências bibliográficas importantes, na medida em que foram responsáveis pela tradução e importação das inovações teóricas vividas pelo Direito Constitucional Alemão desde o advento da Lei Fundamental de Bonn, ainda que não se encontre nos textos dos autores uma referência expressa ao panorama filosófico invocado. Para Silva, a doutrina alemã parece gozar de uma posição privilegiada, já que, por razões desconhecidas, tudo o que é produzido na literatura jurídica germânica parece ser encarado como revestido de uma aura de cientificidade e verdade indiscutíveis (SILVA, 2007:116). O acesso às fontes alemãs foi igualmente intermediado por autores portugueses como Joaquim Canotilho e Jorge Miranda, cuja influência sobre o meio acadêmico brasileiro é sensível.

fins e do sentido faz deveras fácil o tráfego a soluções de conveniência, a conclusões pré-concebidas, a subjetivismo” (BONAVIDES, 2013:491).

Numa síntese simplificadora, é possível apontar, seguindo o texto de Barroso, os seguintes elementos caracterizadores da nova hermenêutica constitucional: a) o reconhecimento da existência de duas estruturas normativas diferenciadas, os princípios e as regras, o que implicou um reforço para a força vinculante dos princípios, os quais passaram a ter sua normatividade proclamada⁴; b) a utilização da técnica da ponderação para a solucionar conflitos entre normas constitucionais de natureza principiológica, em lugar da subsunção, considerada inadequada para o novo “tipo” normativo relativo aos princípios; c) a existência de “princípios instrumentais da interpretação constitucional”, cujo rol não se mostra preciso, tendo em vista as discrepâncias encontradas entre os diversos autores, ainda que se siga, de um modo geral, o panorama indicado por Konrad Hesse.

Em primeiro lugar, tem-se a distinção entre princípios e regras, cujo impacto sobre a teoria constitucional foi determinante. Isso porque a carta constitucional do estado do bem-estar social é caracterizada pela positivação de um extenso rol de direitos, objetivos, programas e políticas públicas relacionadas a prestações sociais – tais como educação, saúde, assistência e previdência. Na medida em que a constituição alcança conteúdos até então deixados na esfera puramente política ou no âmbito da legalidade infraconstitucional, tem-se como reflexo importante a introdução de normas cujo comando não é claramente aplicável, preciso, na medida em que dependem da complementação normativa da legislação infraconstitucional. Normas, portanto, cuja generalidade e abstração alcançam níveis consideravelmente mais elevados, como é o caso do artigo 205 da constituição brasileira vigente⁵.

O dispositivo mencionado no parágrafo antecedente é elucidativo, na medida em que contempla termos cujo significado é aberto, não tendo o intérprete uma definição unívoca: o que se pode entender por “pleno desenvolvimento da pessoa?” ou por “preparo para o exercício da cidadania”? A constituição de 1988 está permeada de normas cuja estrutura não permite uma aplicação pura e simples por subsunção, demandando parâmetros e técnicas de interpretação diferenciadas.

É preciso que se diga que não houve, com a nova hermenêutica constitucional, a “descoberta” dos princípios, que, de certa forma, já eram contemplados como fontes alternativas do direito mesmo pela hermenêutica jurídica clássica, na forma dos chamados princípios gerais do Direito. O que a “nova hermenêutica” busca reconhecer é o caráter de norma jurídica atribuído aos princípios, ou seja, a sua positividade. Igualmente inovadora é a percepção da estrutura diferenciada dessa categoria normativa, a demandar o aprimoramento da hermenêutica tradicional. Desse modo, como esclarece Neves, “ao discutir-se a distinção entre princípios e regras,

⁵ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

tanto no plano da teoria geral do direito quanto da dogmática constitucional, o debate dirige-se à caracterização de tipos normativos”, de modo a que se possa verificar se “ambas as categorias estão abrangidas pelo conceito de norma” (NEVES, 2013:1).

Para Neves, conforme a compreensão de Ronald Dworkin, cujo impacto sobre os autores da nova hermenêutica constitucional é notório, “os princípios atuam como estímulos à construção de argumentos que possam servir a soluções satisfatórias de casos, sem que estas se reduzam a opções discricionárias” (NEVES, 2013: XVII), o que garantiria, pelo menos no plano hipotético, maior segurança jurídica.

Dworkin, assim como Rawls⁶, busca reabilitar uma concepção de justiça que se apresente como um contra modelo ao positivismo “rígido” de Hart, ao propor uma leitura do Direito mais próxima da moralidade. Para Dworkin, princípio pode ser entendido como um “padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2010:36). Os princípios atuam, assim, como “canais” de abertura semântica da constituição à contingência, à plasticidade dos sentidos extraídos do texto das normas constitucionais. Expressões como “dignidade humana” ou “função social da propriedade”, para além de um sentido unívoco imediatamente compreensível e aplicável, funcionam como núcleos complexos de sentido que ensejam múltiplas interpretações e podem ser manejadas nas mais diversas circunstâncias de aplicação normativa.

De acordo com os teóricos da nova hermenêutica, os princípios seriam caracterizados por uma maior “vagueza semântica”, um nível de imprecisão de sentido maior do que o encontrado nas regras, que seriam imediatamente aplicáveis. Esse o entendimento exposto por Barroso e Barcellos:

Princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do princípio. (BARROSO; BARCELLOS, 2007: 281)

Conforme indica Barroso, há pelo menos um consenso sobre o qual trabalha a doutrina em geral: princípios e regras desfrutam igualmente do status de norma jurídica e integram, sem hierarquia, o sistema

⁶ Rawls faz questão de dissociar o seu modelo de justiça como equidade de uma moral específica de natureza consuetudinária. Partindo da ideia fundamental de que a sociedade funciona como um sistema equitativo de cooperação social, Rawls propõe uma concepção de justiça que só exija um consenso mínimo quanto à estrutura básica da sociedade, a partir da adoção de princípios gerais de justiça que possam ser aceitos por todos na postura reflexiva da posição original. Para Rawls, qualquer concepção de justiça que se vincule a uma moral específica, religiosa ou não, é impraticável no panorama de um pluralismo razoável presente nas sociedades democráticas. Cf. RAWLS, 2001:26.

referencial do intérprete (2007:282). Considerando a distinção estrutural e qualitativa entre princípios e regras, tem-se, como desdobramento teórico, a utilização da técnica da ponderação como método de aplicação específico aos conflitos envolvendo princípios. Para o doutrinador carioca, a ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente (BARROSO, 2007:287).

Neves rebaterá fortemente a compreensão tradicional sobre a diferenciação entre as normas-princípio e as normas-regra, ao indicar que a distinção entre princípios e regras fundada na maior vagueza semântica daquelas em relação a estas não é sustentável, na medida em que também as regras podem conter espaços de indeterminação que deverão necessariamente ser trabalhados e preenchidos pelo intérprete. Conforme o constitucionalista, “tanto no plano legal quanto no plano constitucional, nós encontramos regras que apresentam caráter de imprecisão semântica, tornando-a extremamente dependente do contexto de aplicação” (NEVES, 2013:15).

A técnica da ponderação, assim como a distinção entre princípios e regras (e também o reconhecimento da força normativa das normas principiológicas), são atribuídas pelos autores da nova hermenêutica constitucional como uma “conjugação” das ideias de Robert Alexy e Ronald Dworkin, como indicam Barroso e Barcellos. Tal conjugação “dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional da matéria” (BARROSO; BARCELLOS, 2007:280).

. Neves aponta a diferença entre as concepções teóricas de Hart e Dworkin. Segundo seu trabalho, Dworkin contrapõe seu modelo principiológico à “noção hartiana da textura aberta do direito, conforme a qual as situações não reguladas por regras ficariam no âmbito da discricionariedade (em sentido forte) do juiz” (NEVES, 2013:51). Ao reconhecer a normatividade própria dos princípios, Dworkin aponta sua função de vinculação dos juízos “naquele espaço em que as regras não fossem suficientes para a solução do caso” (NEVES, 2013:52). Desse modo:

Os princípios, ao contrário das regras, possuem, segundo Dworkin, “a dimensão do peso ou importância”. Quando há entrecruzamento entre princípios, cumpre definir qual é o mais relevante para a solução do caso. Daí por que dois princípios em colisão podem ser simultaneamente válidos. (NEVES, 2013:53).

Percebe-se que a distinção fundamental no que tange aos princípios e regras diz respeito à técnica de aplicação. Isto porque, em caso de colisão entre duas regras, a solução se dá no plano da invalidade de uma delas em benefício da outra, na forma do “tudo-ou-nada”: ou a norma é válida ou não. Os princípios, em contrapartida, “implicam diferenças analógicas de peso, não comportam exceções suscetíveis de enumeração em enunciados mais amplos que as incorporem” (NEVES, 2013: 53).

Ávila, em sua crítica ao que se convencionou chamar de “neoconstitucionalismo”, que engloba a nova hermenêutica constitucional, esclarece que não há, entre regras e princípios, qualquer distinção de natureza hierárquica, inexistindo, na constituição vigente, a primazia de uma categoria sobre outra. Para o autor, “as regras têm a função de eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder”, com a virtude de gerar “ganhos de previsibilidade e justiça”. (ÁVILA, 2009:4).

O autor é veemente na crítica do subjetivismo decorrente de uma excessiva utilização dos princípios para solução de casos onde há claras opções legislativas. Não seria possível, dentro de um panorama jurídico rigoroso, “simplesmente desconsiderar as soluções legislativas, quando encontradas no exercício legítimo do princípio democrático, mesmo que com base em princípios que pretende ‘otimizar’” (ÁVILA, 2009:18). Ao privilegiar a aplicação dos princípios, mediante ponderação, ainda que se possa superar o problema através de regras é, para o autor, uma atitude que afronta a constituição, sob o argumento de efetivá-la.

A polarização percebida entre os constitucionalistas brasileiros leva em conta tanto a dimensão do impacto que a distinção entre princípios e regras gerou sobre a aplicação da constituição como da perfeita compreensão do papel do intérprete na tarefa de aplicar a normatividade constitucional. Entre os defensores de um “neoconstitucionalismo” na forma de uma nova hermenêutica, identifica-se uma ideologia política que vincula a tarefa hermenêutica a um projeto de realização da constituição na forma de um ganho de efetividade. Não raras vezes a redefinição do papel do Poder Judiciário na forma de um ativismo judicial encontra ressonância nos novos paradigmas interpretativos sistematizados por Barroso⁷. No pólo oposto, para os críticos do movimento, a perda de rigor teórico e a falta de parâmetros seguros de aplicação do direito podem gerar uma perda da força normativa da constituição, implicando, ainda, num nível mais grave, na desconstrução do sentido de segurança jurídica e o ideal de estabilização de expectativas normativas que é próprio do direito positivado, conforme se avaliará no item seguinte.

OS DESCAMINHOS DA “NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL” E O IMPACTO SOBRE O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

É inegável que a retórica da chamada “nova hermenêutica constitucional” tem encontrado adeptos nos mais variados espaços da esfera pública, constituindo, hoje, um discurso cujo apelo não é apenas teórico, mas, sobretudo, ideológico. O propósito “libertador” de uma hermenêutica da flexibilidade é coerente com uma releitura do papel do Poder Judiciário como “concretizador” do projeto constitucional, de modo que um

⁷ Para Tavares, “a ampliação do espaço “tradicional” do juiz constitucional (entre Judiciário e Tribunal Constitucional), na tutela da Constituição e sua supremacia (quer dizer, para além de um mero legislador negativo, na expressão cunhada por Kelsen) foi viabilizada, dentre outras ocorrências, pela abertura semântica das constituições, em sua contemplação principiológica do discurso dos direitos humanos, pela supremacia da constituição, pela vinculação dos legislativos aos direitos fundamentais consagrados e, sobretudo, pela necessidade de retirar do espaço político certas opções” (TAVARES, 2012:66).

crescente ativismo judicial acarreta, inevitavelmente, o manejo de recursos hermenêuticos cujos limites são marcados por ambiguidades e vagueza semântica.

Como pontua Melo Jorge, “a escolha por um dos métodos hermenêuticos raramente é feita de modo claro pelas cortes e, na prática, resolve-se em uma questão argumentativa e não propriamente hermenêutica” (MELO JORGE, 2014:510). Não é possível deduzir, a partir de um estudo abrangente sobre a práxis judicial e, mais especificamente, sobre o controle de constitucionalidade, quais são as técnicas, os princípios ou o modelo de racionalidade decisória utilizado pelo Poder Judiciário brasileiro em seu ofício de “intérprete autêntico” da ordem jurídica. O que se chama de Nova Hermenêutica Constitucional é, desse modo, não uma teoria precisa e clara sobre a interpretação da constituição, mas um apanhado de referências teóricas estrangeiras que, muitas vezes, pouco dialogam entre si e dizem pouco sobre os problemas constitucionais da realidade brasileira, tendo Silva já apontado as insuficiências do sincretismo metodológico à brasileira (SILVA, 2007:115).

Em estudo de referência, Dimoulis aponta as insuficiências das orientações pós-positivistas no Brasil. Segundo o autor:

As nossas análises permitem formular duas conclusões. Primeiro, deixam claro que os autores nacionais que se intitulam pós-positivistas, baseando sua abordagem em uma rejeição do positivismo jurídico e constituindo, na atualidade, a corrente que predomina nos debates sobre a teoria do direito não possuem uma clara orientação teórica, limitando-se a uma retomada de posturas idealistas do passado e fazendo referências ecléticas a autores estrangeiros cujas obras são teoricamente incompatíveis entre si e, seguramente, não podem ser classificadas em uma única corrente (DIMOULIS, 2006:62).

Uma nova hermenêutica tem se mostrado resultado de um esforço não apenas dogmático, mas de uma ressignificação do papel republicano do Poder Judiciário no Brasil e da releitura das tradicionais relações entre Poder Judiciário e Poder Legislativo, tendo, por isso, uma forte conotação política. Em uma interpretação dos limites de sua própria competência constitucional, tem o Poder Judiciário reconhecido ser detentor de uma tarefa mais ativa na conformação dos interesses sociais em torno dos conteúdos normativos constitucionalmente protegidos, como, por exemplo, a propriedade, a liberdade de expressão, a gestão e estruturação do orçamento público.

Uma explicação possível para essa falta de parâmetros interpretativos rigorosos pode estar na existência de um ambiente favorável ao esgotamento de uma oposição cara ao positivismo tradicional – a distinção entre a dimensão legislativa e a dimensão normativa do Direito (GRAU, 2014:41). Um sentido “forte” de separação de poderes reconhece a existência de duas funções que, se não são antagônicas, não podem se confundir se o objetivo é a preservação do Estado de Direito estável: a função de elaboração do texto legal e a função de aplicação/interpretação desse texto, na forma de uma norma de decisão, a sentença. De acordo com essa

perspectiva, tem-se uma reserva de poder (e competência) para Legislativo e Judiciário, de modo que as atuações de cada poder que não se confundem, nem se superpõem, cabendo ao Legislativo oferecer parâmetros claros e objetivos de aplicação do Direito, cuja tarefa é finalizada e integrada pelo Judiciário. Com a crescente crise de legitimidade no Poder Legislativo, observa-se uma crença na capacidade compensatória do Poder Judiciário no papel de concretização de direitos.

O fato é que a nova hermenêutica constitucional esgota a dicotomia entre função legislativa e função normativo-decisória, ao supervalorizar o princípio como norma-base da ordem constitucional e levar a técnica da ponderação às últimas consequências, estabelecendo uma hierarquia questionável entre regras e princípios. Há um esvaziamento da legalidade infraconstitucional, se entendida esta como limite objetivo e conformações à criatividade judicial e interpretativa do Direito. Sendo a norma validamente produzida no espaço decisório constituído pelo congresso, não deveria ser possível ao intérprete/aplicador simplesmente desconsiderá-la sob o argumento de realização da constituição ou de um parâmetro ainda mais abstrato, a justiça. Quem enfatiza as consequências da dita banalização para a saúde da democracia é Grau:

Outra, na banalização dos “princípios” (entre aspas) da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial do primeiro, concebido como um princípio superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto – o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade “corrigir” o legislador, invadindo a competência deste.

A racionalidade formal do direito moderno, direito positivo, direito posto pelo Estado, não pode – por certo não é fácil dizê-lo; dizê-lo exige serenidade – ser substituída por uma racionalidade de conteúdo que, fatal e irremediavelmente, será resolvida, no bojo da díade violência/direito, pelo primado do primeiro termo. (GRAU, 2014:18)

A existência de uma “ética da legalidade” impõe, assim, limites ao poder judicante que se apresentam como limites hermenêuticos, não institucionais. Se é problemático falar de uma autocontenção, pelo simbolismo negativo de uma declarada passividade do Poder Judiciário, é possível reconhecer, todavia, um espaço bem delimitado ao Poder Judiciário de competência para interpretação dos limites de sua própria competência. Dito de outro modo, ao Poder Judiciário não pode ser permitido estabelecer ou mesmo ampliar os limites de sua atividade de intérprete autêntico da ordem jurídica, sob pena de: a) esvaziamento da função legislativa; b) excessiva judicialização das questões, levando ao esgotamento da administração da Justiça; c) desconsideração completa do sentido de segurança jurídica.

Uma escola com os propósitos da nova hermenêutica constitucional parece pertencer a uma tendência antiformalista que não é apenas local, mas alcança a cultura jurídica ocidental como um todo⁸ e se identifica como

⁸ Nos Estados Unidos a escola intitulada Critical Legal Studies apresentou uma releitura antiformalista da ordem jurídica. A simultaneidade de estudos e manifestos nos mais variados países com enfoque semelhante pode indicar a existência de uma reação

um descrédito e desconfiança do legislador. Pérez-Luño, em análise do movimento teórico-jurídico identificado como “desconstrutivista”, menciona uma verdadeira transformação do sentido de lei no constitucionalismo global como consequência e efeito da pós-modernidade. Uma leitura pós-moderna do direito levaria, assim, a uma ruptura com valores como racionalidade e universalidade em benefício de preferências particularistas. Há o reconhecimento de uma multiplicidade de ethos pela sociedade, levando a uma fragmentação e uma abertura à contingência. Esse movimento acaba por afetar o significado e a função da lei como fonte primordial do Direito: um verdadeiro descrédito da legislação é observado, o que acarreta uma crise do próprio paradigma formalista-legislativo (PÉREZ-LUÑO, 2014:130). A lei, entendida como expressão abstrata e generalista de uma ordem universal, é associada a uma visão estática do Direito, incapaz, segundo tal movimento teórico, de realizar a justiça. Mostrou-se necessário flexibilizar, abrir o formalismo do sistema jurídico a cânones hermenêuticos mais fluidos.

Para o autor, uma radical descrença da legislação e uma recusa ao modelo do estado de direito pode ter efeitos perniciosos, por levar ao abandono de valores que permanecem básicos. É aconselhável, assim, “optar por um programa de reabilitação de legislação, de acordo com as exigências das mudanças jurídicas no presente, em vez de renunciar às pressas ao papel que as leis têm desempenhado e ainda cabe a elas como garantia cidadã nas sociedades democráticas” (PÉREZ-LUÑO, 2014: 140). Embora reconheça a tendência desconstrutivista como uma realidade, a crítica de Luño é ao abandono completo de um projeto civilizatório representado pela Modernidade e pela Ilustração, quando o preferível seria uma adaptação no sentido do reconhecimento do pluralismo como um dado da realidade do presente ao qual o sistema jurídico precisará responder adequadamente.

Se é possível reconhecer um abuso no manejo de princípios e técnicas de ponderação que é, além de doutrinário, de praxis judicial, há de se questionar as razões pelas quais as críticas à chamada nova hermenêutica constitucional ainda são, em grande medida, tímidas ou ineficazes para fazer frente a esse movimento desconstrutivista. No estudo de Neves é possível encontrar uma explicação para o que ele chama de “superadequação” do “principalismo” à realidade social e política brasileira (NEVES, 2013:189).

Para o constitucionalista, há um distanciamento entre direito/constituição da realidade social, sendo certo que o poder econômico e as outras esferas sociais acabam por impor “bloqueios difusos” contra a “satisfatória concretização e realização” da normatividade constitucional. Esses bloqueios impõem uma “baixa capacidade de reprodução” consistente do Direito, que perde efetividade. Uma teoria fundada em um principalismo exacerbado acaba por favorecer essa subordinação do Direito às influências das demais esferas sociais, na medida em que os princípios “podem mais facilmente ser articulados para encobrir soluções que minam a consistência da ordem jurídica a favor de interesses particularistas que pressionam a solução do caso”

ao universalismo enquanto projeto da Modernidade europeia. Sobre os Critical Legal Studies, Cf. KELMAN, Mark. A guide to critical legal studies. Harvard University Press, 1987.

(NEVES, 2013:190). Uma nova hermenêutica constitucional pode se mostrar útil, portanto, a um manejo mais flexível da constituição, dando ares de cientificidade a um verdadeiro voluntarismo judicial. Segundo o raciocínio de Neves, uma prática jurídica inconsistente permeada pelo abuso dos princípios torna o Direito suscetível das “pressões sociais as mais diversas” (NEVES, 2013:191).

A legalidade, referida por Neves como “consistência”, simbolizada pelo modelo de regras, teria a função fundamental de estabilizar o direito em relação às pressões dos mais variados interesses sociais e poderia ter o seu reforço de legitimidade pelo incremento do espaço de deliberação público, oficial e inclusivo simbolizado pelo Poder Legislativo e, em menor escala, pelo Executivo. Essa estabilidade constitucional é importante se se considera a constituição como o ponto fundamental a partir do qual alguma unidade é possível: a decisão comum sobre as estruturas mais básicas da sociedade, sobre as quais deve haver consenso⁹.

Feito esse apanhado da nova hermenêutica constitucional e suas principais críticas, o que se pode constatar é a ausência de um sistema de pensamento claro acerca do ato interpretativo enquanto práxis constitutivas do Direito. Uma teoria hermenêutica jurídica há de pertencer a um todo mais abrangente, uma determinada teoria do direito e da norma, na forma de conceitos, princípios e métodos bem definidos, que não costumam ser enfrentados ou indicados pelos teóricos adeptos da “nova” hermenêutica. Se um novo constitucionalismo se apresenta como uma negação do formalismo tradicional simbolizado pelo pensamento de teóricos como Hart, não é possível precisar que concepção de Direito foi colocada em seu lugar. Há, nesse sentido, uma desconstrução da teoria jurídica como um todo.

Para além desse problema epistemológico, a falta de uma referência ética – no sentido de uma justiça material – que possa orientar a atividade interpretativa somada a artifícios hermenêuticos ambíguos e vagos tornam a decisão judicial uma incógnita: um ato de vontade. Há, desse modo, um paradoxo: se é a constituição o parâmetro objetivo de controle de justiça das demais normas, tem-se, com a nova hermenêutica constitucional, um modelo de interpretação da constituição que permite desconsiderar ou flexibilizar seus dispositivos normativos sob o argumento de realização da justiça. Para realizar o justo se transforma e ressignifica o próprio parâmetro de justiça. Como sustentar, portanto, uma teoria cuja conclusão é a negação da força normativa da constituição escrita sob o argumento de realização do projeto constitucional?

CONCLUSÕES

Apontar as deficiências e incongruências da nova hermenêutica constitucional tem como conclusão óbvia a necessidade de se repensar o destino do formalismo jurídico e, ainda, do positivismo como um todo. Ao que parece, ainda é cedo para apontar uma “morte” do positivismo e de sua pretensão de fornecer para a aplicação

⁹ Cf. RAWLS, John. *Justice as fairness: a restatement*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

do direito parâmetros objetivos e verificáveis conforme uma concepção abstrata de norma. Se uma nova hermenêutica surge da superação do positivismo tradicional na forma de um pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, caracterizado por um retorno aos valores e ao conteúdo ético do Direito, é preciso perceber o que foi efetivamente perdido nessa passagem e se os ganhos foram suficientemente bons para justificar essa perda.

Alguns dos valores caros ao positivismo como doutrina filosófica – a cientificidade e a crença na força civilizatória da razão – estão na gênese da concepção liberal de estado de Direito, que parte do pressuposto da capacidade de organização da arena política pela ordem jurídica. O ganho é a previsibilidade, a segurança nas relações amparada pela pré-definição das regras a partir das quais os conflitos de interesses serão superados. A previsibilidade, entendida como segurança jurídica, depende de um direito escrito, legislado, suficientemente forte para vincular não apenas indivíduos, mas o próprio estado, seja na forma do Poder Executivo, seja na voz da atividade jurisdicional.

Uma completa subversão da concepção de lei como fonte autêntica e primordial do Direito e a supervalorização de princípios em detrimento de regras não é o caminho seguro de um reforço valorativo das ordens jurídicas contemporâneas, justamente porque submetem a realização do Direito a um voluntarismo sem objetividade ou critério. Um reforço de racionalidade argumentativa pode ser sentido se, no caminho de se repensar o positivismo tradicional, se transforma a visão clássica de direito a partir da influência da reviravolta linguística.

Essa influência precisa, contudo, ser refletida. O reconhecimento de que a interpretação é uma dimensão constitutiva do Direito não implica transformar o ato de interpretação em um ato de vontade discricionário, nem implica uma filiação a qualquer relativismo ético. Em seu papel de ciência histórica, o Direito precisa ser enfrentado sob uma perspectiva hermenêutica, mas condicionado pela objetividade e pela materialidade da norma positivada. Há, portanto, na gênese do fenômeno jurídico uma relação entre estabilidade e contingência. Longe de recair em uma renovação de um fetichismo legalista, essa perspectiva remete à necessidade de se resgatar os discursos sobre validade e sobre legitimidade da norma, a fim de que se possa orientar, com mais precisão, os caminhos da tarefa de interpretar a constituição.

NEW CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS AND LEGAL SECURITY: A CRITICAL OVERVIEW OF THE LINGUISTIC TURN AND THE INTERPRETATION OF CONSTITUTION

Abstract

This article analyses main elements of new constitutional hermeneutics. The study intends to comprehend the new constitutional hermeneutics relations with the global transformation of theory of law caused by the philosophical linguistic turn. It also analyses the impact in legal security principle caused by the development of new guidelines in interpretation.

Keywords: Constitutional Hermeneutics. Linguistic Turn. Legal Security.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. NEOCONSTITUCIONALISMO": ENTRE A "CIÊNCIA DO DIREITO" E O "DIREITO DA CIÊNCIA". *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 08 de dezembro de 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Direito e democracia: revista de ciências jurídicas*, São Paulo 3.2 (2002): 345-384.

BLOTTA, Vitor S. L. *Habermas e o Direito: Da Normatividade da Razão à Normatividade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013.

COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem como se aplicam. Porto Alegre, ano 1, n.5, p. 23-37, jul. /set. 2004.

COSTA, Reginaldo da. *Ética do Discurso e Verdade em Apel*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito: Aproximação à Metodologia Discursiva do Direito*, 2ª ed. São Paulo: Landy, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**, v. II, tradução de Enio Giachini, 6ª edição. Petrópolis: Vozes, 2011.
GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: interpretação/aplicação do direito e os princípios**, 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

KELMAN, Mark. **A guide to critical legal studies**. Harvard University Press, 1987.

MELO JORGE, Nagibe de. Ativismo judicial, discricionabilidade e controle: uma questão hermenêutica? In: **Quaestio Iuris**, vol.07, nº. 02, Rio de Janeiro, 2014, pp. 509-532.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Manfredo. **A Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2006.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PÉREZ-LUNO, Antonio Enrique. A desconstrução da lei no constitucionalismo global. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 6, n.2, julho-setembro, 2014, pp.129-141.

RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.) **Interpretação Constitucional**, 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, pg. 115-144.

STRECK, Lênio. O Panprincipiologismo e a “Refundação Positivista”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2011, p. 221-242.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Trabalho enviado em 03 de fevereiro de 2015.

Aceito em 14 de março de 2015.