



# **A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E A ATUAÇÃO DO “NOVO JUIZ” NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Beatriz Scherpinski Fernandes  
Daniela Braga Paiano  
Isabela Nabas Schiavon

**CAPÍTULO**  
**16**

## 1. Introdução

A sociedade contemporânea vive em um cenário de hipernormatividade e de controle das massas. Diante dessa conjuntura, se o homem dispensa a dimensão filosófica pode acabar se tornando escravo da técnica, mecanizado, distante da sua própria essencialidade e incapaz de determinar critérios racionais para conduzir as suas necessidades. A Filosofia busca as causas primeiras, procura explicar e desenvolve a crítica, favorecendo a liberdade humana de pensar.

Já a Filosofia do Direito é a própria Filosofia voltada para a realidade jurídica, compreende um pensar sobre o Direito, sobre a sua universalidade. Quando se pensa em Filosofia do Direito, deve-se refletir na relação da norma com a justiça, observa-se que a justiça não é apenas ideal ou teórica, mas se encontra intimamente relacionada com as estruturas materiais da sociedade.

A compreensão da realidade está relacionada com a perspectiva que se adota para a busca do saber, depende da maneira pela qual se observa e do viés que se pretende ter como enfoque. A conexão da Filosofia com as relações sociais marca, portanto, a questão entre pensamento, realidade e justiça.

A perspectiva do discurso jusfilosófico busca o conhecimento filosófico do fenômeno jurídico e o que existe de universal no Direito, a sua essência, o seu alcance finalístico. Nesse sentido, o viés jusfilosófico do Direito se apresenta como um componente essencial para a discussão teleológica e de entendimento da realidade, principalmente diante da constante mutação social frente à dinamicidade das relações sociais.

O pensamento jusfilosófico deve ser considerado, na contemporaneidade, como essencial à formação de uma consciência constitucional e democrática, indispensável à construção do Estado Democrático de Direito. A Filosofia do Direito, ao lado da Hermenêutica Constitucional, é responsável por apresentar ao juiz a investigação e a interpretação dos interesses e das necessidades humanas a partir de uma análise crítica e abrangente.

Diante dessa conjuntura, o estudo terá como objeto o exame da Hermenêutica Constitucional, sob o viés jusfilosófico. Dessa forma, a problemática da pesquisa fundamentar-se-á em investigar a influência da Hermenêutica Constitucional na atuação do *novo juiz* no Estado Democrático de Direito.

A pesquisa apresenta relevância na medida em que se coaduna com o cenário atual das aspirações da sociedade na solução de seus conflitos pelo Judiciário brasileiro. O objetivo da pesquisa é analisar de que forma o *novo juiz*

se utiliza da Hermenêutica Constitucional para interpretação dos casos e para fundamentação das decisões judiciais, a fim de compreender a extensão do neoconstitucionalismo no cenário jurídico da pós-modernidade. Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo, mediante extração discursiva do conhecimento, partindo de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas. A problemática da pesquisa foi desenvolvida em uma perspectiva descritiva e exploratória.

A fim de atingir o objetivo almejado, o estudo foi dividido em quatro partes. Primeiramente, abordará o tema da Filosofia e a sua relação com a nova Hermenêutica Constitucional, após versará sobre a atuação do *novo juiz* no ordenamento jurídico, posteriormente tratará do neoconstitucionalismo e das decisões judiciais e, por fim, discorrerá sobre uma perspectiva jusfilosófica na compreensão do Estado Democrático de Direito pelo *novo juiz* na seara da Hermenêutica Constitucional.

## 2. A Filosofia e a Nova Hermenêutica Constitucional

No formato atual de sociedade, o contexto social e, conseqüentemente, os ordenamentos jurídicos das nações, se modificam constantemente, sistemática que impõe a investigação e interpretação dos comportamentos e das regras de conduta vigentes a partir de um viés jusfilosófico.

Nesse sentido, a necessidade do intérprete se debruçar sobre questões sociais e jurídicas se dá em razão dessa mutabilidade social. De acordo com Alaôr Caffé Alves (2004, p. 98), “a exigência da hermenêutica é resultante do processo de transformação do próprio sistema jurídico, em face das alterações das bases socioeconômicas da sociedade”.

No estudo da hermenêutica, considera-se essencial estabelecer, inicialmente, uma relação entre esse modelo de interpretação e a própria Filosofia, diante da “proximidade da ideia de Hermenêutica com a de Filosofia” (GOMES, 2008, p. 49), já que “a filosofia, expressão da autoconsciência, está condicionada não só pelo passado, mas também pela vida do presente, pelo modo como se produz ou se reproduz a vida social e material no presente” (ALVES, 2004, p. 89).

A Filosofia pode ser compreendida como “a ciência dos objetos do ponto de vista da totalidade” (MORENTE, 1980, p. 31), sendo, portanto, “a disciplina que considera o seu objeto sempre do ponto de vista universal e totalitário” (MORENTE, 1980, p. 31). Todavia, a Filosofia se difere da ciência,

uma vez que o fazer filosófico não integra o fazer científico. Isso porque a ciência se relaciona a um corpo teórico inserido em interesses particulares de investigação, alinhados a um método, já a Filosofia se relaciona à condição de saber ordenado. A Filosofia não se ocupa, em sua essencialidade, com a comprovação ou verificação, nem ao menos para os cálculos ou quantificação da verdade, na realidade, “[...] o fazer filosófico requer uma atitude dialogal, em que a filosofia é essa experiência da racionalidade humana capaz de estabelecer aproximações e construir saberes” (PIRES, 2003, p. 39). A Filosofia se encontra em um espaço teórico que busca compreender o cotidiano e a sua história, por meio da razão.

O saber filosófico se diferencia das outras formas de conhecimento, especificamente na área da Filosofia do Direito, que no seu aspecto zetético vem investigar o fenômeno jurídico através da transdisciplinaridade com outros campos do conhecimento (CÂNDIDO, 2003, p. 61). Trata-se do campo investigativo do Direito, no qual os conceitos estão abertos a atualizações ou superações, levando-se em consideração não somente o conhecimento, mas também o agir humano no mundo (GOMES, 2008, p. 42).

Há de se observar que o ser humano, em suas ações no mundo, também realiza interações e um dos caminhos da Filosofia se dá nessas interações, por meio do diálogo, sem o qual não se faz possível realizar a busca dos saberes e avançar novos horizontes do conhecimento. No diálogo, é mais importante ser capaz de perguntar do que obter respostas sem reflexão, “a preponderância das perguntas sobre as respostas faz parte da atitude zetética inerente ao ato de filosofar, independentemente de qual seja o objeto de tal Filosofia. Isso vale também para a Filosofia do Direito” (GOMES, 2008, p. 45).

A Filosofia do Direito compreende “um pensar sobre o Direito. Não apenas a respeito de alguns fragmentos deste, mas sim, sobre sua totalidade, essência, universalidade e fins.” (GOMES, 2008, p. 45). Para Miguel Reale (1987, p. 10), a Filosofia do Direito tem uma missão que consiste na “crítica da experiência jurídica, no sentido de determinar as suas condições transcendentais, ou seja, aquelas condições que servem de fundamento à experiência, tornando-a possível”.

Partindo das funções e atribuições da Filosofia do Direito, verifica-se uma intenção de uma investigação desvinculada de pressupostos, visto que a “ênfase da investigação serve como forma de abrir os horizontes para outras possibilidades de sentido, para alternativas” (BITTAR; ALMEIDA, 2016, p. 66). Nesse aspecto, no âmbito jurídico, considerando a contínua evolução do Direito, o estudo de novas possibilidades se torna imperioso.

A Filosofia do Direito, ao lado da Hermenêutica e, em especial, da Hermenêutica Constitucional, tem, portanto, o importante papel de investigar, interpretar e compreender os interesses e as necessidades humanas a partir de uma análise crítica e abrangente, como, por exemplo, acerca do papel do homem e das instituições na sociedade.

Acerca do compreender, destaca-se que não significa, “em todo caso, estar de acordo com o que ou quem se compreende. Tal igualdade seria utópica. Compreender significa que eu posso pensar e ponderar o que o outro pensa.” (GADAMER, 2000, p. 23).

Para a compreensão da nova Hermenêutica Constitucional e de suas funções e exigências, imperioso se torna o breve estudo acerca de o que é um ordenamento jurídico e de o que é o Estado Democrático de Direito.

Para Miguel Reale (1994, p. 89), na noção de macromodelo de ordenamento jurídico, que se aplica ao ordenamento jurídico-estatal, o ordenamento jurídico consiste no “conjunto de normas que constituem o conteúdo das quatro fontes<sup>131</sup> do direito já analisadas, as quais, em virtude dessa vinculação direta ou indireta à soberania do Estado, no âmbito da incidência constitucional de cada povo, existem em *numerus clausus*” (grifo do autor).

O mesmo autor estabelece uma importante reflexão ao expor que o ordenamento jurídico não coincide apenas com o complexo de normas abrangido pela Constituição de cada país:

Na realidade a Constituição, sobretudo a de tipo liberal ou social-liberal, ao mesmo tempo que disciplina o ordenamento jurídico-positivo estatal, preserva outros tipos de ordenamento, de juridicidade não-estatal, como sistemas autônomos que consubstanciam a expressão da liberdade e da autonomia dos indivíduos e dos grupos em múltiplas e distintas formas de vida social (REALE, 1994, p. 90).

Na conclusão de sua análise sobre a temática, Miguel Reale (1994, p. 90) propõe que, em sentido técnico:

[...] ordenamento jurídico é apenas aquele componente da experiência jurídica que se põe e evolui como conteúdo das fontes que diretamente se submetem ao poder estatal, quer em razão de atos originários estatais (fontes legislativa e jurisdicional), quer derivadamente em virtude de atos, cuja autonomia normativa é reconhecida com validade jurídica própria (fontes costumeira e negocial).

**131** - Miguel Reale classificou as fontes do direito em quatro: lei, jurisprudência, costume e ato negocial. Sendo que a doutrina, na visão do autor trata-se de um instrumento complementar as fontes. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva: 2003, p.176-178.

Partindo da noção geral do macromodelo do ordenamento jurídico, estuda-se o ambiente necessário para o desenvolvimento harmônico da natureza humana que “somente pode ser construído no âmbito de uma sociedade democrática, que possibilite a realização das potencialidades humanas de forma mais plena possível. A construção de tal sociedade há de partir do ser humano e tê-lo como centro desse objetivo” (GOMES, 2013, p. 189).

Na contemporaneidade, é possível considerar que esse papel está atribuído ao Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal brasileira define a República Federativa do Brasil como tal.

A fórmula política de uma Constituição se trata “do elemento caracterizador da Constituição, principal vetor de orientação para interpretação de suas normas e, através delas, de todo o ordenamento jurídico” (GUERRA FILHO, 2005, p. 16-17). Pela sua dinamicidade ao se apresentar como um programa de ação, justifica-se o estudo da Constituição como um processo.

Essa concepção ‘procedimental’ da Constituição se mostra adequada a uma época como a nossa, apelidada já de ‘pós-moderna’, em que caem em descrédito ‘as grandes narrativas’ (*grand-récits*), legitimadoras de discursos científicos e políticos, não havendo mais um fundamento aceito em geral como certo e verdadeiro, a partir do qual se possa postular ‘saber, para prever’. Radicaliza-se, assim, a inversão da perspectiva temporal em que se legitima o Direito, com a introdução, nos sistemas políticos modernos, de uma constituição, quando o juridicamente válido o é não mais porque se encontra argumentos num passado, histórico ou atemporal (ordem divina, estado de natureza ou coisa do tipo), para justificá-lo (GUERRA FILHO, 2005, p. 18-19).

Na compreensão contemporânea da Constituição como um processo, retoma-se a importância da Filosofia do Direito e da Hermenêutica no papel de interpretação constante, em atenção ao seu desenvolvimento.

Nessa ideia hermenêutica, questiona-se: de onde veio a fórmula política do Estado Democrático de Direito?:

Historicamente, poder-se-ia localizar o seu surgimento nas sociedades européias recém-saídas da catástrofe da II Guerra, que representou a falência, tanto do modelo liberal do Estado de Direito, como também das fórmulas políticas autoritárias que se apresentaram como alternativa. Se em um primeiro momento observou-se um prestígio de um modelo social e, mesmo, socialista de Estado, a fórmula do Estado Democrático se firma a partir de uma revalorização dos clássicos direitos individuais de liberdade, que se entende não poderem jamais ser demasiadamente sacrificados, em nome da realização de direitos sociais. O Estado Democrático de Direito, então, representa uma forma de superação

dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado (GUERRA FILHO, 2005, p. 24).

Nesse sentido, a harmonização dos interesses situados nas esferas pública, privada e coletiva se torna o compromisso básico do Estado Democrático de Direito, sendo que, em relação a esta última, considerada como traço característico da pós-modernidade, “entidades coletivas requerem igualmente que se discipline suas atividades políticas e econômicas, de modo a que possam satisfazer o interesse coletivo que as anima, compatibilizando-o com interesses na natureza individual e política” (GUERRA FILHO, 2005, 24-25).

Logo, no Estado Democrático contemporâneo, o centro de decisões politicamente relevantes se direciona ao judiciário, que se torna um instrumento de participação política e exercício permanente da cidadania mediante a propositura de ações de dimensão constitucional ou de natureza coletiva (GUERRA FILHO, 2005, p. 26). Em razão desse deslocamento, o papel do *novo juiz* assume especial relevância, conforme se estudará mais adiante.

Diante do direcionamento pós-moderno das decisões politicamente relevantes ao judiciário, se evidencia a essencialidade da hermenêutica, compreendida por Hans Gadamer (2000, p. 18-19) como “uma visão fundamental acerca do que significa em geral, o pensar e o conhecer para o homem, na vida prática, mesmo se trabalhando com métodos científicos”.

Assim, estuda-se a Hermenêutica Constitucional, indispensável à concretização do Estado Democrático de Direito, a partir do direcionamento de Sergio Alves Gomes (2008, *passim*) sobre as suas necessidades, origens, características, objetivos e exigências.

A necessidade da Nova Hermenêutica Constitucional consiste na ideia de que:

Para ‘dar vida à Constituição’ do Estado Democrático de Direito exige-se uma hermenêutica que combata a morte do ideário democrático. Por isso, urge se pense em uma hermenêutica capaz de desenvolver em todos os intérpretes – e na democracia todos têm o direito e o dever de interpretar a Constituição, visando a sua compreensão - a consciência de que a Constituição deve ser entendida como algo muito superior a uma simples ‘folha de papel’ (lembrando da expressão de Lassalle). Tal compreensão há de estar presente na consciência de todos e deve ser exteriorizada de modo exemplar pelo comportamento de quem exerce o poder público e, sobretudo, daqueles a quem compete, institucionalmente, a defesa substancial e processual da Constituição, como é o caso dos que exercem a advocacia, integram o Ministério Público ou são órgãos do Poder Judiciário (GOMES, 2008, p. 321).



Nesse caminho, tendo como correta a compreensão da Constituição do Estado Democrático de Direito que percebe “uma síntese ética, política e jurídica resultante do caminhar da humanidade [...] um entendimento em torno de valores básicos da convivência a serem salvaguardados mediante o respeito a *princípios fundamentais de uma sociedade democrática*” (GOMES, 2008, p. 321, grifo do autor)”, entende-se que “somente a atitude hermenêutica pode produzir tal compreensão” (GOMES, 2008, p. 321).

Nessa reflexão, denota-se que a necessidade de uma Nova Hermenêutica Constitucional está diretamente relacionada ao próprio funcionamento dos preceitos da Constituição do Estado Democrático de Direito.

O termo “nova hermenêutica” surge da indispensável distinção entre esse modelo e àquele chamado de “velha hermenêutica” que, “fulcrada na visão positivista, valorizava mais os códigos em detrimento da Constituição e recusava juridicidade aos princípios”. (GOMES, 2008, p. 322).

Ao mesmo tempo em que não menospreza os códigos e métodos tradicionais de interpretação, a Nova Hermenêutica reconhece a sua insuficiência e “cria métodos e princípios de hermenêutica constitucional, sem a ilusão, porém, de transformá-los em dogmas capazes de solucionar, mediante mera aplicação técnica, questões que exigem prudente ponderação, como são as questões jurídicas em geral” (GOMES, 2008, p.322).

Para Sergio Alves Gomes (2008, p. 323), o nascimento da Nova Hermenêutica Constitucional decorre de fatores que se resumem no desenvolvimento da consciência ético-jurídica, segundo a qual chegam-se, entre outras, às seguintes percepções: “a Constituição [...] deve ser o elemento catalisador de toda a ordem jurídica”, que “a justificativa para o posicionamento da Constituição no topo da hierarquia das normas componentes do ordenamento jurídico [...] decorre da [...] percepção racional e democrática de relevância, para o indivíduo e a sociedade, em se conseguir o respeito e a realização prática de tais valores, com o intuito de construir um convívio justo e pacífico”, e que a Constituição “compõe-se de um conjunto de normas em forma de princípios e regras conectados a valores a serem concretizados por meio do *Estado Democrático de Direito*” (grifo do autor).

Entre os princípios que regem a lógica democrática, estão o da razoabilidade, do entendimento e da argumentação, apostando em uma capacidade racional e afetiva do ser humano, visto que “laços de solidariedade, capazes de garantir a pluralidade de valores que produzem, por exemplo, a distinção de um Estado-nação em relação aos demais” (GOMES, 2008, p. 332).

No aprofundado estudo de Sergio Alves Gomes (2008) acerca da



Nova Hermenêutica Constitucional são apresentadas quatorze exigências a serem atendidas para a construção do Estado Democrático de Direito, a serem apresentadas adiante.

Exige-se “a) interpretação adequada e respeito exemplar da Constituição pelo Poder Constituído, em sua tríplice divisão de atividades: legislação, administração e jurisdição”; “b) uma teoria do Direito que seja adequada a trabalhar com as perspectivas do Estado Democrático de Direito” e a “c) percepção do Estado Democrático de Direito como paradigma superador de outros que o antecederam historicamente (absolutista, liberal, social, socialista...)” (GOMES, 2008, p. 333-336).

No âmbito da Nova Hermenêutica Constitucional, portanto, a interpretação da Constituição, pelos três poderes, deve estar adequada aos princípios e objetivos definidos em seu texto, além de que a teoria do Direito deve estar alinhada ao paradigma democrático estatal. Ademais, o hermenauta deve ter como esclarecida a percepção de superioridade do Estado Democrático de Direito frente os modelos anteriores, em especial em razão da possibilidade de compreensão da natureza humana e de suas necessidades fundamentais.

Seguindo no estudo das exigências, propõe-se a “d) formação adequada do intérprete comprometido com a Democracia, e, conseqüentemente, com a defesa da Constituição do Estado Democrático de Direito”; “e) no que concerne à Constituição e ao Estado, exige-se o desenvolvimento de uma Teoria Constitucional e de uma Teoria do Estado em consonância com o Estado Democrático de Direito” e “f) investimento maciço e prioritário em educação” (GOMES, 2008, p. 336-344).

A necessidade de formação adequada do intérprete impõe uma formação humanística, que realmente lhe dê uma base a ser utilizada futuramente no ato interpretativo, como a forma de valorar a vida e o ser humano, o que se relaciona com a importância da formação do ser humano crítico e reflexivo, não apenas no ambiente do estudo jurídico, mas em toda a sociedade, desde a educação básica.

Ainda, é exigida a “g) percepção pelos ‘poderes constituídos’, de que no Estado Democrático de Direito é a legitimidade que garante a diferenciação entre o abuso de poder e o exercício correto deste”; e o “h) desenvolvimento de uma compreensão da Constituição capaz de produzir um *sentimento constitucional* de respeito e fidelidade aos propósitos que ensejam a opção pela Democracia e pelo Estado Democrático de Direito” (GOMES, 2008, p. 344-345, grifo do autor).

Sobre a legitimidade, determina-se que:

[...] a legitimação de seus atos não se confunde com a mera legalidade destes. A Democracia não se contenta com a lei. Exige que esta esteja em consonância com os valores e princípios constitucionais, entre os quais figura com proeminência a justiça. Portanto, no Estado Democrático de Direito, ato legítimo não é apenas o ato legal, mas sim, aquele que acrescenta ao requisito da legalidade o da legitimidade, sem a qual não se realiza a *justiça*. Isso assim é porque o Estado Democrático de Direito é paradigma estatal comprometido com a concretização histórica também da justiça. (GOMES, 2008, p. 344, grifo do autor).

Em relação ao sentimento constitucional, merece destaque a percepção de que este somente é possível no presente paradigma estatal, no qual o ser humano se tornou o centro do Estado.

Exige também a “i) percepção de que a hermenêutica constitucional – fiel à idéia de *conexão* presente nas ações do deus grego Hermes em suas mensagens que ligavam os mortais ao Olimpo - é uma constante elaboração de *conexões produtoras de sentido*”; e que, “j) em razão do contido na letra anterior, a nova hermenêutica não parte do nada. É inclusiva de múltiplos conhecimentos que interessam ao Direito para o auto-esclarecimento deste” (grifos do autor) (GOMES, 2008, p. 345).

Para Sergio Alves Gomes (2008, p. 319-320) , a teoria constitucional busca o:

[...] significado da Constituição no âmbito do Estado Democrático de Direito, significado este, construído com o auxílio de várias perspectivas em diálogo, dentre as quais participam: Teoria do Direito, Filosofia do Direito, Teoria do Estado, Filosofia Política, Antropologia Filosófica, Sociologia Jurídica... todas elas levadas em conta pela Hermenêutica Constitucional.

Nesse sentido, a contribuição da Filosofia para a Hermenêutica Constitucional está na visão universalista, no comprometimento do estudo a partir do todo.

Por fim, o autor apresenta as seguintes exigências: “k) a nova hermenêutica constitucional exige recusa ao retrocesso”; “l) a nova hermenêutica constitucional não compactua com a indiferença”; “m) a nova hermenêutica constitucional quer relacionar o ter e o ser para que o ter (ter poder, bens materiais...) em excesso, nas mãos de poucos, não impossibilite o desabrochar do ser de milhões de seres humanos”; “n) a nova hermenêutica constitucional, ao buscar a superação dos unilateralismos juspositivista e jusnaturalista, requer seja o horizonte jurídico ampliado para a compreensão das razões humanas

que fundamentam o Direito” (GOMES, 2008, p. 347-352).

A recusa ao retrocesso, em especial em matéria de direitos humanos e fundamentais, é necessária para impedir a perda de conquistas “que trazem em sua base a expansão da consciência ética, política e jurídica da humanidade” (GOMES, 2008, p. 347). Já a exigência de não compactuar com a indiferença se relaciona a importância da dignidade de todos no Estado Democrático de Direito.

A relação do ter e do ser também se mostra como uma importante reflexão, já que demonstra a superação do patrimonialismo exacerbado e a busca pela prevalência da dignidade da pessoa humana.

Após apresentar as quatorze exigências da nova hermenêutica constitucional a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, destacou o autor que “perceber a conexão que deve existir entre o Estado, sua Constituição, o Direito e os seres humanos é passo fundamental a ser dado pela nova hermenêutica constitucional” (GOMES, 2008, p. 352).

Compreende-se, portanto, que o teor ético, presente em todas as exigências estudadas, consiste na própria garantia da dignidade da pessoa humana a partir da valorização do ser humano como sujeito de direitos, e se concretiza e se expressa a partir de princípios norteadores da convivência pacífica e harmônica.

Com o cumprimento de todas as exigências da Nova Hermenêutica Constitucional, verifica-se como possível o alcance dos objetivos e princípios do Estado Democrático de Direito, desde que tais exigências sejam também consideradas na interpretação a ser realizada pelo *novo juiz*, que surge da necessidade de reestruturar essa função a partir da opção da sociedade pela instituição do Estado Democrático de Direito, e que se depara com questões como lacunas normativas, a ideia da proporcionalidade, formalismos e subjetividades.

### 3. A Atuação do “Novo Juiz”

A figura do *novo juiz*<sup>132</sup> surge da necessidade de se reestruturar essa função, tendo em vista a opção da sociedade, refletida no texto constitucional, pela instituição do Estado Democrático de Direito. O *novo juiz* deixa de ser um magistrado inanimado, inerte e inexpressivo e passa a ser aquele que

---

132 - Tal expressão, *novo juiz*, é trazida ao texto com base na compreensão e nos ensinamentos de Sergio Alves Gomes, na seguinte obra: GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica Constitucional**: Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008, p. 361.

visa corrigir as desigualdades presentes nas relações entre os indivíduos a partir de um “[...] conhecimento teórico e prático suficientes para encontrar solução juridicamente válida e justa, inclusive quando inexistente previsão legal e específica para o caso.” (GOMES, 2008, p. 376).

Nesse sentido, o *novo juiz*, como o intérprete que atua no Estado Democrático de Direito, precisa fundamentar suas decisões utilizando-se de uma argumentação convincente, bem necessita “ser capaz de ver além das questões formais e procedimentais do Direito” (GOMES, 2008, p. 373).

O *novo juiz*, tem uma atuação voltada não somente para as regras, mas também se utiliza dos princípios constitucionais, que são o reflexo dos valores adotados pela sociedade na norma jurídica, com a função de interpretar o Direito e de o aplicar de maneira diversa em relação aos juízes dos modelos de Estado anteriores ao Estado democrático.

No Estado Democrático de Direito, o *novo juiz*, não se encontra adstrito à aplicação mecânica da lei, não é *la bouche de la loi* (a boca da lei), pautando-se também nos princípios inseridos na Constituição como postulados democráticos postos pela vontade da sociedade em ordenar o convívio social, os quais todos se submetem, inclusive o juiz.

Tendo em vista a significação do *novo juiz* no Estado Democrático de Direito, Sergio Alves Gomes (2008, p. 376-377) destaca o seu caráter conciliador e terapêutico. Sobre o tema, explica que “estão abertas muitas possibilidades para o juiz atuar como conciliador entre as partes” e, quando age adequadamente, “o resultado de sua atuação é, do ponto de vista das patologias sociais, uma verdadeira terapia. Uma *terapia* exercida por meio do melhor dentre os *remédios jurídicos*: a Justiça” (GOMES, 2008, p. 376-377, grifo do autor).

No exercício do papel de conciliador e terapêutico, o juiz necessita de um saber de ponderação e prudência para, mesmo em meio a um conflito, abrir o caminho do diálogo entre as partes. Isso porque, quando as pessoas passam a ser corresponsáveis pela solução do conflito e não somente o judiciário, trata-se de uma mudança cultural pela qual as partes tomam para si a responsabilização pelos conflitos e tal situação enseja soluções mais eficazes.

Surge, então, a cultura da pacificação na qual se ganha-ganha, diferente da cultura da judicialização e resolução pela sentença onde se ganha-perde. Por essa perspectiva verifica-se que apenas através da resolução integral do conflito (lide processual e lide sociológica) é que se realiza a pacificação social.

A pacificação social vai além da resolução da lide processual, solucionando também a lide sociológica, que é um fim almejado pelo Estado

Democrático de Direito e pelo *novo juiz*, uma vez que por meio da utilização dos meios consensuais de solução dos conflitos se garante o direito fundamental ao acesso à justiça com fins à ordem jurídica justa.

#### 4. O Neoconstitucionalismo e as Decisões Judiciais

O neoconstitucionalismo tem sua origem na Espanha e na Itália (SARMENTO, 2009, p. 114), com o movimento teórico de revalorização do Direito Constitucional no período pós Segunda Guerra Mundial, consistindo em uma crescente aplicação dos princípios, em contraposição ao modelo normativo restrito (MÖLLER, 2011, p. 282). Sobre o neoconstitucionalismo, Alfonso García Figuera (2003, p. 164) aduz que reflete “a teoria, ou conjunto de teorias que proporcionaram uma cobertura justeórica conceitual e/ou normativa, da constitucionalização do Direito em termos normalmente não positivistas”.

No neoconstitucionalismo, influenciado pelo fundamento jusfilosófico da teoria pós-positivista, os princípios têm valor de norma jurídica. Segundo Dworkin (2002, p. 36) o princípio é “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 de moralidade”. Dessa forma, reconhece-se a força normativa dos princípios constitucionais revestidos de uma carga axiológica voltada para a dignidade da pessoa humana, base fundante do Estado Democrático de Direito.

No Brasil, com o advento da Constituição de 1988, que alcançou o status de norma jurídica, e do processo de redemocratização do país, o Judiciário passou a desempenhar maior protagonismo na Justiça brasileira. Foi consagrada no art. 5º, inc. XXXV da Constituição, a inafastabilidade da tutela judicial, houve também a criação dos remédios constitucionais e foram ampliados e robustecidos os mecanismos de controle de constitucionalidade.

Nessa fase, o neoconstitucionalismo brasileiro passa a enfatizar o caráter normativo dos princípios constitucionais e a estudar as peculiaridades da sua aplicação, projetando os princípios sobre o campo de influência dos direitos fundamentais, superando antigos dogmas e definindo um novo paradigma marcado pela valorização dos princípios, por uma maior flexibilidade na hermenêutica jurídica, destacando-se a ponderação e a abertura da argumentação jurídica à moral, também pela constitucionalização

do Direito e pela atuação do Judiciário na implementação dos princípios constitucionais (SARMENTO, 2009, p. 129).

No Brasil, deve-se atentar para que a valorização dos princípios e da ponderação no novo paradigma da constitucionalização do Direito não venha atrelada a discricionariedade das decisões, que devem sempre serem justificadas e fundamentadas. Nesse sentido, é necessário que se observem

[...] os riscos para a democracia de uma judicialização excessiva da vida social, os perigos de uma jurisprudência calcada numa metodologia muito aberta, sobretudo no contexto de uma civilização que tem no “jeitinho” uma das suas marcas distintivas, e os problemas que podem advir de um possível excesso na constitucionalização do Direito para a autonomia pública do cidadão e para a autonomia privada do indivíduo (SARMENTO, 2009, p. 114).

Na visão de Daniel Sarmento (2009, p. 131-132), a tendência é de que o paradigma do neoconstitucionalismo se consolide em razão da formação dos novos juízes sob a égide dessa teoria contemporânea, bem como pela descrença do povo nos partidos políticos e no desprestígio do Poder Legislativo imbuído de escândalos de corrupção, aproximando a Justiça com a opinião pública, isto é, as decisões do *novo juiz* com a vontade de constituição da sociedade.

## **5. Hermenêutica Constitucional: uma perspectiva jusfilosófica na compreensão do Estado Democrático de Direito pelo “Novo Juiz”**

A compreensão da realidade está relacionada com a perspectiva que se adota para a busca do saber, depende da maneira pela qual se observa e do viés que se pretende ter como enfoque. A conexão da Filosofia com as relações sociais marca a questão entre pensamento e realidade. A linha filosófica e as bases ideológicas adotadas por cada um reflete a própria realidade em que se vive, as dimensões reais da própria vida, a forma de se encarar o mundo (ALVES et al, 2004, p. 77-78).

A sociedade é um conjunto de relações sociais, de relações interpessoais. Mas, também as relações estruturais constituem a sociedade, que se dão pela relação dos homens entre si mediante bens, coisas, objetos (ALVES et al, 2004, p. 78). Em uma perspectiva funcionalista ou organicista, tem-se a visão

de que a realidade existe de forma harmônica. Todavia, na verdade, existem contradições na sociedade, divergências entre as forças sociais, antagonismos entre grupos e interesses opostos.

Em um ambiente democrático o indivíduo é parte da sociedade em sua singularidade, mas também como parte integrante do todo, da coletividade, do governo do povo para o povo. Assim, para que o povo governe de forma democrática, é necessário que o indivíduo tenha consciência não apenas de sua dignidade, mas também da dignidade do outro, com quem compartilha um núcleo de valores básicos em comum (GOMES, 2008, p. 241).

E esses valores básicos com sentido comum são colocados na norma jurídica, criando uma conexão entre ética e o direito, isto é, um “dever-ser que seja, ao mesmo tempo, ético e jurídico” (GOMES, 2015, p. 3). Diante disso, Sergio Alves Gomes (2015, p. 3) elucida que para que se crie uma conexão entre a ética e direito é necessário que haja “cooperação entre consciência, vontade e sensibilidade humana”. A consciência implica na compreensão interna do que significa “ser humano”, já a vontade é compreendida pela motivação em criar um “mundo melhor” e, por fim, a sensibilidade humana “permite a intuição emocional dos valores e o consequente reconhecimento da pessoa humana como valor capaz de congrega a vivência dos demais valores” (GOMES, 2015, p. 3).

Isso posto, nos traz uma reflexão no sentido de questionar e buscar entender que na falta de um desses elementos é que muitos indivíduos não enxerguem ou não conseguem vislumbrar a conexão entre a ética e o direito, e nesse caso, a consciência, a vontade e a sensibilidade humana são elementos inerentes à própria condição de ser humano, sem as quais pode-se dizer que não há humanidade, que não há preocupação com a dignidade do ser humano e que se está a um passo da barbárie, do autoritarismo e do totalitarismo.

É por isso que se faz importante que o indivíduo “além de ser livre para escolher, tenha plena consciência das consequências de suas escolhas e exercite livremente sua vontade ao fazê-las” (GOMES, 2015, p. 8) e, nessa tomada de consciência, é que se reconhece que existem sim valores mínimos universais que visam garantir a boa convivência entre os seres sociáveis, e que reconheçam o respeito mútuo e a dignidade humana do outro. Tais valores mínimos é que compõem os direitos humanos, tidos como universais e reconhecidos pelos Estados, no âmbito internacional, na Declaração dos Direitos Humanos de 1948.

No âmbito interno, a Constituição é a norma jurídica, é o documento que reflete o estado atual da sociedade e os seus anseios, é uma “expressão



ideológica que organiza a convivência política de uma estrutura social” (GUERRA FILHO, 2005, p. 16), que guia e orienta a interpretação de todo o ordenamento jurídico. Ademais, para Guerra Filho (2005, p. 16), a Constituição é um processo, pelo qual o seu texto é continuamente construído e reconstruído pela sociedade. Nesse sentido, a Hermenêutica Constitucional atua na construção do Estado Democrático de Direito quando busca a efetivação dos princípios constitucionais, nela incluídos como reflexo dos valores da sociedade, cabendo ao *novo jui* encontrar a melhor interpretação e compreensão do conflito.

Assim, para o *novo jui* a “hermenêutica consistirá, em síntese na busca da compreensão da realidade posta como objeto de interpretação, isto é, objeto a respeito do qual se pergunta pelo significado, pelo sentido” (GOMES, 2008, p. 48). E a hermenêutica constitucional busca a compreensão da esfera jurídica por meio dos pressupostos, fundamentos e valores constitucionais.

Isso porque a efetivação do Estado Democrático de Direito depende do sentido atribuído à Constituição que se dá dentro dos espaços de possibilidades para a atuação da Hermenêutica Constitucional. Dessa forma, a construção do sentido das normas, deve considerar que o Estado Democrático de Direito possui dimensões jurídicas, éticas, políticas, econômicas, sociais e histórico-culturais que representam valores sociais (GOMES, 2008, *passim*).

A atuação da Hermenêutica Constitucional na construção do Estado Democrático de Direito é possível quando se compreende o “sentido de constituição”, quando se desenvolve a consciência, bem como quando se forma uma “vontade de constituição” e um “sentimento constitucional” que é fruto de uma educação voltada e desenvolvida para a convivência democrática (GOMES, 2008, p. 383).

A Constituição não deve ser vista unicamente sob o seu aspecto formal, mas também pela perspectiva da justiça material, uma vez que os princípios constitucionais são essenciais para a realização das possibilidades inerentes ao ser humano. A concretização do Estado Democrático de Direito, portanto, depende fundamentalmente da “vontade de constituição”, do agir, do desejo de transformar a realidade jurídica, política e social para melhor, por meio do agir humano no mundo. Segundo preceitua Sergio Alves Gomes (2008, p. 402), encontram-se no homem “as raízes das possibilidades transformadoras de tudo aquilo que só muda mediante a concorrência da vontade humana. Daí decorre também que, quando a transformação de algo depende do querer humano, nada muda sem a atuação do querer”.

Deve-se observar que as vontades não podem ser exercidas de

forma absoluta, busca-se o equilíbrio no Estado Democrático de Direito, onde limites são impostos ao exercício da liberdade individual na busca por uma convivência justa e pacífica entre os indivíduos que vem a compor uma coletividade, em razão do convívio social, do bem-estar social, visando-se conciliar as múltiplas liberdades, os direitos individuais e os demais direitos, quais sejam sociais, econômicos, culturais e ambientais, possibilitando o desenvolvimento das tantas dimensões da pessoa humana e um convívio mais justo e solidário entre os humanos (GOMES, 2008, p. 393), e esse deve ser o norte do *novo juiz*.

A concretização de um Estado Democrático de Direito no plano material não acontece com a mera promulgação do texto constitucional, isso porque a “vontade de constituição”, entendida como boa vontade, é que orienta as ações humanas para a efetivação da Constituição e dos seus valores, “em cuja base está o respeito ao princípio maior da democracia: dignidade da pessoa humana” (GOMES, 2008, p. 404).

Ao passo que a má vontade, seja por ação ou por omissão, é vista como um empecilho à realização dos valores constitucionais e mantém o status quo, as injustiças, os privilégios, a corrupção e as desigualdades e caminha para a destruição do sistema jurídico (GOMES, 2008, p. 406-407) e impede a concretização dos direitos fundamentais, que nada mais são do que os direitos humanos internalizados no âmbito do direito brasileiro. O valor da primazia da dignidade da pessoa humana adotado constitucionalmente representa que o sistema nacional de proteção interage com o sistema internacional, buscando proporcionar uma maior efetividade para a tutela e promoção de direitos fundamentais (PIOVESAN, 2004, p. 93-94).

Por fim, o grande obstáculo para a concretização dos direitos fundamentais no Brasil se dá pela dificuldade enfrentada pela Hermenêutica Constitucional na formação e difusão de uma consciência capaz de compreender e desejar a concretização dos valores democráticos, ao passo que uma vez esclarecidos sobre o núcleo ético-jurídico da convivência democrática, muitas possibilidades são abertas para a construção do Estado Democrático de Direito (GOMES, 2008, p. 390-391).

Na Nova Hermenêutica, os princípios constitucionais (justiça, liberdade, igualdade e dignidade) são vistos como alicerces que sustentam a ordem jurídica e não mais apenas em um plano teórico de compromisso de valores (GOMES, 2008, p. 57). Esses princípios, valores e fins do Direito dialogam não só com a Hermenêutica Constitucional, mas também com a Filosofia do Direito.

A Hermenêutica Constitucional (nova hermenêutica) adotada pelo *novo juiz* se destina a superar a oposição entre jusnaturalismo e juspositivismo, vislumbrando novas possibilidades hermenêuticas, novas compreensões que posicionam a Constituição no centro do ordenamento jurídico como na virada de Copérnico e que interpretam o Direito tendo como norte a garantia e efetividade dos direitos fundamentais, tal qual preceitua o neoconstitucionalismo.

## 6. Conclusão

Buscou-se com o presente estudo esclarecer o significado e a importância da Nova Hermenêutica Constitucional, que surge em superação à chamada Velha Hermenêutica por ter como objetivo compreender além do positivismo dos códigos, já que se atenta a diversos ramos de estudo como a Filosofia e a Antropologia.

Diante do contexto contemporâneo do Estado Democrático de Direito, no qual o ser humano, suas necessidades e a relevância da sua dignidade se apresentam como norteadores das regras e princípios constitucionais, concluiu-se que a Nova Hermenêutica Constitucional não deve se limitar à positividade das leis, mas sim considerar questões históricas, a formação do intérprete e, especialmente, o agir ético.

Apartir dos objetivos que pautam a Nova Hermenêutica Constitucional, surgiu o papel do *novo juiz*, que passou a corrigir desigualdades presentes nas relações entre os indivíduos a partir de um conhecimento teórico e prático, necessário na fundamentação de suas decisões.

Na significação do *novo juiz* diante do Estado Democrático de Direito, verificou-se que ele trabalha não somente com regras, mas também com princípios, e tem a função de interpretar o Direito e de o aplicar de maneira diversa em relação aos juízes dos modelos anteriores de Estado, que aplicavam a lei de forma mecânica, como *bouches de la loi*.

Em conclusão, considerou-se que alguns dos desafios encontrados pelo *novo juiz* do Estado Democrático de Direito devem ser resolvidos com base na Hermenêutica Constitucional e com fundamento nos princípios constitucionais, reflexos do neoconstitucionalismo.

O *novo juiz* é capaz de perceber a insuficiência da velha hermenêutica calcada no mecanicismo e automaticidade dos métodos de solução dos

conflitos estabelecidos com base exclusivamente nas regras jurídicas, ao passo que observa que o novo paradigma da constitucionalização do Direito é principiológico, tendo como fundamento a argumentação, o raciocínio jurídico e os valores da sociedade, normatizados nos princípios constitucionais.

## Referências:

ALVES, Alaôr Caffé. As Raízes Sociais da Filosofia do Direito: uma visão crítica. *In: ALVES, Alaôr Caffé et al. O que é filosofia do direito?* Barueri: Manole, 2004.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CÂNDIDO, Celso. A Filosofia Hoje. *In: HELFER, Inácio; ROHDEN, Luiz; SCHEID, Urbano. O que é Filosofia?* São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nélson Boeira. São Paulo: Martins Fontes: 2002.

FIGUEROA, Alfonso García. La Teoría del Derecho em Tiempos de Constitucionalismo. *In: CARBONEL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. Da palavra ao conceito: a tarefa da hermenêutica enquanto filosofia. *In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

GOMES, Sergio Alves. A teoria tridimensional do direito segundo Miguel Reale: por um humanismo jurídico comprometido com a justiça. *In: ANDRÉASSA JUNIOR, Gilberto; AMARAL, Leticia Mary Fernandes do. Novos rumos do direito*. Curitiba: Juruá, 2013.

GOMES, Sergio Alves. Exigências dos Direitos Humanos como Núcleo Ético Jurídico e Político da Democracia. *In: ARAÚJO JUNIOR, Miguel Ettinger; AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos (orgs.). Estudos em Direito Negocial: Relações Privadas e Direitos Humanos*. Birigui: Boreal, 2015.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional: Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

MÖLLER, Max. **Teoria Geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORENTE, Manuel Garcia. **Fundamentos de filosofia**: Lições Preliminares. 8 ed. São Paulo: Mestre Jou, 1980.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, O Princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, 2004.

PIRES, Cecília. Filosofia, como pronunciá-la? *In*: HELFER, Inácio; ROHDEN, Luiz; SCHEID, Urbano. **O que é Filosofia?** São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2003.

REALE, Miguel (coord.). **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva: 2003, p.176-178.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *In*: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.