

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ENTRE O DECISIONISMO E A RACIONALIZAÇÃO

Maria Juliana Dionisio de Freitas¹

RESUMO: O presente artigo traça, em linhas sucintas, o panorama atual da interpretação constitucional a partir da análise político-jurídica da Constituição e a relevância da prática criadora da norma pelo julgador buscando, despretensiosamente, analisar o caráter decisionista, subjetivo e racional da decisão jurídica, frente o necessário critério científico do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Decisionismo. Direitos Fundamentais. Interpretação Constitucional.

ABSTRACT: This article outlines in brief lines the current situation of constitutional interpretation from the political and legal analysis of the Constitution and the relevance of the creative practice of rule by the judge seeking, unpretentiously, analyze the decisionistic character, subjective and rational legal decision facing the necessary scientific criteria of the right.

KEYWORDS: Decisionism. Fundamental Rights. Constitutional Interpretation.

INTRODUÇÃO

A modernidade vivenciada pelas culturas e ciências ocidentais trouxe legados e influências inegáveis aos estudos sobre as sociedades, o homem, as leis, etc. A primazia pelo método da demonstrabilidade, da certeza, do exato, o isolamento perfeito entre sujeito e objeto trouxe uma mudança de paradigma notável, resumido em três eixos: a sobrevalorização dos processos visual, quantitativo e o disjuntivo. Trabalhos realizados por Galileu, Da Vinci e Descartes representam bem essa nova postura do pensamento humano.

A ciência do Direito, como não poderia deixar de ser, recebeu as impressões destes séculos da razão e teve no positivismo jurídico sua maior expressão metodológica de como os juristas deveriam aplicar as normas. Os valores e princípios orientadores estruturais e funcionais das ações humanas foram, em companhia de toda forma de subjetivismo, então, afastados das práticas das ciências com fulcro único de purificar a ciência através unicamente da razão, meio legítimo para realizar a decisão normativamente correta, válida e legítima. Era a ruptura com qualquer resquício de relativismo restante do conhecimento dos antigos.

¹ Especialista com Pós-graduação em Educação em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Alagoas (2013). Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (2015 -). Graduação em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (2009). Advogada, OAB-AL 9191.
E-mail: judionisio@hotmail.com

O homem moderno, rechaçando a contribuição para o conhecimento de épocas anteriores e desobrigado das amarras morais, sob o corolário da autonomia e liberdade, encontra as justificativas e as possibilidades para o exercício incontido de inúmeras arbitrariedades.

O Positivismo Jurídico tem sido a melhor expressão do período moderno no direito. Era a desvinculação do metafísico, do poder do soberano e a valorização do homem, da liberdade. O fundamento e legitimidade do Direito eram encontrados na expressão da vontade e a lei era a expressão válida e real dessa mesma.

Assim, o período representou o império da norma, a lei era a única responsável por dizer o que era conforme o Direito, se não existisse disposição normativa, positivada, o direito era indiferente à existência ou validade de determinada relação, proteção. De acordo com Ballesteros (1989, p.17) apud Cianciardo (2006, p.26):

Como se ha dicho, las exigencias de cientificidad lógico-matemática de la modernidad no permiten acceder racionalmente a las realidades meta-empíricas. La ciencia jurídica eludirá las sospechas de metafísica que la atenazan exaltando hasta el cansancio la importancia jurídica de la ley positiva. Desde esta perspectiva, únicamente será Derecho aquello que dicta el legislador, y una persona tendrá derechos sólo si así lo ha establecido la ley. Surge así la dicotomía Derecho objetivo - derecho subjetivo, que dominará la Teoría del Derecho contemporánea, sobre todo hasta el quiebre que se produciría en el pensamiento jurídico como consecuencia de los excesos del nazismo durante la segunda guerra mundial. Desde entonces entrarán en escena otras herramientas conceptuales, aunque nunca se abandonará del todo la división de la realidad jurídica entre ley y facultad.

Era a tentativa de validar o Direito como ciência aplicando-lhe os métodos de objetividade das ciências naturais, empíricas. Assevera Cianciardo (2006, p.31):

Según Bobbio, '[e]l positivismo jurídico surge como consecuencia del esfuerzo por convertir al Derecho en una auténtica ciencia que posea los mismo caracteres que las ciencias físico-matemáticas, naturales y sociales. Ahora bien, el rasgo fundamental de la ciencia, según las diferentes corrientes del positivismo filosófico, consiste en su neutralidad valorativa, o sea, en la distinción entre juicios de hecho y juicios de valor y en la rigurosa exclusión de estos últimos del horizonte del científico, quien debe formular únicamente juicios de hecho' (BOBBIO, N., El positivismo jurídico [...], op. cit., p. 145). El iusfilósofo italiano explica las razones de la neutralidad valorativa positivista con las siguientes palabras: '[p]ara un positivista la ciencia debe excluir de su ámbito los juicios de valor ya que pretende alcanzar un conocimiento puramente objetivo de la realidad, mientras que dichos juicios de valor son siempre subjetivos (o personales) y por ello incompatibles con la exigencia de objetividad'.

Inevitável também é concluir que tal modelo científico jurídico, baseado em exacerbada pureza racionalista, no “juiz boca da lei”, quedou-se por insustentável manter-se como corolário das relações humanas, dado o fato destes serem também intrinsecamente valorativas e subjetivas sem que sejam irracionais.

Parece que a confusão se revela no emprego dos conceitos de objetividade e subjetividade, vez que, usualmente são compreendidos como sinônimos de racionalidade e irracionalidade, respectivamente. Atente-se para o fato de também haver a possibilidade de ter-se uma subjetividade racional, fundamento da cientificidade das ciências da Filosofia, do Direito, etc. A pureza racional não mais justifica-se em períodos pós-positivistas.

Revela-se, desde então, o paradigma da positivação constitucional dos princípios e valores como resposta dos Estados aos anseios sociais de resgate de uma fundamentação e orientação humanitária aos diplomas jurídicos. Constatamos, assim, a positivação dos Direitos Humanos nas sociedades pós-modernas.

Antes, fugia-se ao arbítrio do rei e da igreja, agora combate-se o império arbitrário da própria lei.

1 O CARÁTER POLÍTICO-JURÍDICO DA CONSTITUIÇÃO

Um ponto comum do qual todo estudo sobre a vigente Constituição deve se fixar é o caráter político e jurídico do diploma, pois além de uma declaração de um Estado Democrático de Direito com escopos de igualdade, justiça, liberdade, etc, constitui-se muito mais que um programa ou uma carta de intenções, é, antes de tudo, um fundamento jurídico disposto ao cidadão, um instrumento através do qual pode alcançar com a máxima efetividade possível uma infindável gama de direitos os quais se encontram ali afirmados.

A efetivação dos direitos fundamentais e sociais dispostos na Constituição não prescindem de uma atuação jurídica, muito menos, no caso de países subdesenvolvidos como o Brasil, em que a atuação política da população e do próprio poder legislativo que o representa são tão pouco atuantes.²

Assim, não é raro presenciarmos o nosso tribunal constitucional, como também os de países estrangeiros, não sendo nosso caso excepcional, atuar num âmbito de políticas sociais, públicas, proferindo decisões de suma relevância para o desenvolvimento dos povos onde não há essencialmente uma questão puramente de cunho jurídico, apenas. Nesse sentido, assevera Dimoulou (2012, p.6):

Não é possível negar que toda e qualquer norma jurídica é de natureza política, podendo ser analisada por disciplinas não dogmáticas do direito como a sociologia ou a política jurídica como produto, finalidade e meio da atividade política. Segundo tais disciplinas, que se ocupam de um objeto científico empírico bastante relevante e digno de ser pesquisado, o direito “pertence à

² Nesse sentido ver VILHENA, Oscar Vieira. Supremocracia. **Revista DireitoGV**. São Paulo, vol. 8. p 441-464, jul-dez 2008.

política” em todas as suas dimensões e elementos. Mas se a politicidade dos direitos fundamentais não pode ser negada, de outro lado não se constitui em uma qualidade específica da matéria nem os torna menos jurídicos, já que todo o direito tem caráter político. Também por isso, constitui-se uma impropriedade quando se denomina a Constituição de um Estado como sendo a sua “Carta Política”. Ela é, antes, seu estatuto jurídico.

Evidencia-se, ademais, a extrema necessidade de uma cuidadosa estrutura de decisão jurídica que contemple os direitos elencados no texto constitucional através de uma interpretação jurídica de sofisticada metodologia, capaz de munir o intérprete dos possíveis meios vitais para ser afastado, no momento em que é constrangido à concreção da norma (ADEODATO, 2010, *passim*), de manifestações de alto teor decisionista, consciencial, aproximando-se de uma dogmática assecuratória da máxima imparcialidade.

De fato, dispõe Dimoulis (2012, p.6):

[...]o caráter político não suspende a necessidade de criar um suporte dogmático que filtre ao máximo possível elementos puramente políticos-subjetivos da decisão judicial; elementos estes que não encontram respaldo na decisão político-subjetiva do legislador, que é democrática e constitucional-funcionalmente legitimada.

É inescapável o enfrentamento pelo Estado dos obstáculos que se opõem entre os direitos e os homens, no árduo caminho da implementação de um Estado Democrático garantidor e efetivador de Direitos, seja através do legislativo, ou noutra via, pelo judiciário.

Há ainda autores que sustentam, pelo caráter fortemente protetivo da Constituição, a subsistência de um Estado Social e Democrático de Direito, afirmação que se convalida diante do amplo espectro de defesa de direitos estabelecidos como fundamentais ao homem perante o Estado, principalmente, que assume a figura de provedor, garantidor, prestador dos direitos fundamentais.

Assim, esclarece Sarlet (2015, p. 63):

Apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito (o art. 1º, caput, refere apenas os termos democrático e Direito), não restam dúvidas- e nisto parece existir um amplo consenso na doutrina- de que nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição. Além de outros princípios expressamente positivados no Título I de nossa Carta (como, por exemplo, os da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária etc), tal circunstância se manifesta particularmente pela previsão de uma grande quantidade de direitos fundamentais sociais, que, além do rol dos direitos dos trabalhadores (arts. 7º a 11 da CF), inclui diversos direitos a prestações sociais por parte do Estado (arts. 6º e outros dispersos no texto constitucional).

Cumpra esclarecer que esse não é um posicionamento pacífico na doutrina que diverge por demais quanto ao papel protecionista e paternalista do Estado.

As cartas constitucionais hodiernas são em sua maioria analíticas e, desta feita, primam pela ampla exposição de direitos. A nossa Carta Magna é um claro exemplo desse intento do constituinte de amparar o maior número possível de direitos, princípios e valores. Preocupou-se ainda em defini-los como fundamentais ao Estado e sedimentou-lhos de forma expressa, ou implícita em certos casos, por toda Constituição.

Não há negar, que o constituinte pátrio, nesse afã garantista, salvacionista e paternalista, ofereceu aos direitos fundamentais a blindagem de cláusula pétrea, mas não encontrou, em sequência, viabilidade procedimental de suprir as minuciosas necessidades dos cidadãos conforme preconizadas na Carta Constitucional.

Outro ponto que demonstra a ingenuidade, talvez, ou deslumbre, quem sabe a boa vontade do constituinte, fortemente influenciado pelos ideais da democracia e do liberalismo norte-americano, foi intentar prever a perenidade dos fundamentos históricos, sociais responsáveis por originar determinados princípios, direitos e institutos jurídicos constantes na Constituição.

Por isso, Adeodato (2010, p.203), afirma com sabedoria que:

[...]não se deve idealizar que a concretização da Constituição, por intermédio da jurisdição constitucional, seja panaceia para resolver problemas brasileiros de ordem inteiramente distinta, tais como a educação, previdência, fome e violência.

[...]É ingênua essa visão messiânica da jurisdição constitucional e das competências do legislativo, pois o subdesenvolvimento brasileiro é fenômeno social de raízes muito mais profundas.

Deste modo, evidencia-se o alto teor das argumentações em defesa de um papel mais e menos protetor do Estado prestador de direitos fundamentais, mas, sobretudo, ressalta-se a visão de um judiciário salvacionista quando frustradas as expectativas prestacionais de um legislador inerte.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE NEOCONSTITUCIONALISMO NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O chamado neoconstitucionalismo identificou-se na doutrina como um novo método de interpretar a Constituição em alternativa a subsunção positivista, ao menos no Brasil, e, por conseguinte, os Direitos Fundamentais nela inseridos. Tomou espaço mais intensamente nos debates doutrinários com a publicação da clássica obra de Miguel Carbonell, composta de

ensaios de vários autores, intitulada de Neoconstitucionalismo(s) e tombou, com força de representatividade inolvidável, a identificação os respectivos autores como legítimos críticos e representantes da nova teoria constitucional (SANCHÍS, 2005, p. 123-158).

As principais críticas enfrentadas até hoje ao neoconstitucionalismo compreendem, por suposto, a equívocos comuns de parte de juristas de aceitarem-no como semelhante a livre vontade do julgador de decidir sem critérios dogmáticos e racionais, fundados numa expressa e exclusiva consciência moral subjetiva decisionista.

Amilton Bueno de Carvalho, jurista associado ao garantismo e a Magistratura Democrática (MIRANDA, 2014, p. 126), dada através do uso alternativo do direito é, *in caso*, um exemplo dessa compreensão equivocada acerca do neoconstitucionalismo e, em conjunto, do garantismo penal.

A compreensão acerca da função do direito penal e da efetiva atuação do julgador demonstra-se ideológica e evidentemente contra dogmática, vejamos em Miranda (2014, p. 126):

A necessidade da implantação de um direito penal “parcial” e de uma política criminal comprometida com a sociedade (respondendo aos anseios de seus movimentos sociais) é a base da defesa do garantismo penal feita por Amilton Bueno de Carvalho: O direito penal brasileiro tem muito em comum com a teologia da libertação: optou pelos pobres”.

Outro engano é proclamar o garantismo e o uso interpretativo dos direitos fundamentais, como uma doutrina abolicionista, conforme pode-se ver em Miranda (2014, p.129):

[...] o sistema pena, visto como um instrumento “capitalista” de dominação e repressão dos grupos sociais mais “pobres” e “vulneráveis”, deve ser revisto, na visão do garantismo penal “alternativista”, para uma concepção centrada na auto composição dos conflitos pela sociedade, de forma direta, sem interferência do Estado. Por outro lado, na insuficiência da resposta social ao conflito, é o Judiciário quem deve resolvê-lo, sem a necessidade de imputação da sanção penal, recorrendo a decisões e medidas alternativas à lei impositiva.

Primeiramente, sabe-se que a corrente garantista de Ferrajoli é positivista e sua aplicação não prescinde de critérios legais. Segundo, a elaboração de uma política criminal pelo aplicador não é objeto da teoria. Terceiro, atribuir um estigma, uma política direcionada aos “pobres” é por si só, discriminatório, pois reforça o estereótipo infligido às classes mais populares, denegrindo e classificando os pobres como criminosos, causando sérios danos àqueles que são pobres e não são criminosos. Quarto, o fato de ser pobre, em nenhuma passagem constitucional ou legal representa isenção de crime, de pena ou de culpa.

Ademais, as questões sociais não são de resolução rápida, remetem suas causas às desigualdades sociais e concentração de riqueza, ausência de programas sociais, política criminal bem elaborada, desvio de recursos públicos e corrupção, problemas que não são, infelizmente, resolvidos pelo julgador.

Coerente afirmar, junto com Mendes (2014, p.181) exatamente o oposto que, “Tem razão Ferrajoli quando diz que a abolição do direito penal oficial é uma utopia regressiva. Se fosse abolido, reações públicas ou privadas arbitrárias se multiplicariam”. Um passo para a barbárie. A Constituição, inclusive, ordena como direito fundamental os mandatos constitucionais de criminalização que legitimam enfaticamente o Direito Penal na sociedade.³

Ou ainda, permanece o engano quando o Direito Alternativo é tratado como uma decorrência do neoconstitucionalismo, o qual possibilitaria a aplicação do direito a partir de decisionismos. É o que se segue em Miranda (2014, p.146):

Essa linha interpretativa-hermenêutica passou a ser o “norte” do Direito Alternativo “reinventado”. Na medida em que toda interpretação jurídica passou a ser uma interpretação constitucional, pois todo juiz ordinário, como já vimos, interpreta a Constituição e aplica, diretamente, nos casos concretos sob sua análise, os princípios constitucionais, a finalidade dos alternativistas, que era exatamente a criação do direito pelo intérprete, para fins de realizar “uma revolução social”, concretiza-se e torna-se a regra na atividade judicante.

Ou ainda, podemos citar mais excertos da obra que conceitua neoconstitucionalismo como substrato para desenvolvimento do Direito Alternativo, pois preconiza que “O ‘uso alternativo do direito’ encontrou no ‘neoconstitucionalismo teórico’ a sustentação teórica para sua concretização na decisão judicial” (MIRANDA, 2014, p.137).

Miranda (2014, p.139) busca ainda fundamentar um neoconstitucionalismo *contra legem*:

Assim, é possível perceber que o Direito Alternativo viria a encontrar nesse “neoconstitucionalismo metodológico” a sua justificativa necessária. Com efeito, se a decisão prévia do julgador “em favor dos pobres” ou dos “mais vulneráveis” tiver origem em uma norma moral (corroborada ou vinda diretamente da sociedade, ou das convenções sociais), então, a sua decisão é legítima e, portanto, igualmente válida, ainda que em seu conteúdo possa vir a ser *contra legem*.

Sem dúvida, se é a partir da visão acima que se define constitucionalismo, sua prática e compreensão, preferível se torna que o julgador esteja submetido ao império da lei, a qual os julgados tem acesso e conhecimento prévio, do que adotar uma interpretação sem qualquer restrição legal, de escolha à livre apreciação ideológica do julgador que, nesse caso, sem qualquer controle ou paradigma a que deva obedecer, a não ser, exclusivamente e

³ Art. 5º, Incisos XXXIX e seguintes da Constituição do Brasil de 1988.

opcionalmente, seu juízo moral, não se diferencia de um arbitrário, que da mesma forma que se julgue um justiceiro social, pode também se arguir de seu arcabouço moral, suas pré-compreensões, preconceitos para provocar injustiças.

Por óbvio que assiste razão às críticas direcionadas a esse neoconstitucionalismo sem critérios e, nesse sentido pertinente a “crítica feita por Bernhard Schlink (1984, p. 468) Apud Silva (2011, p.369). Segundo ele, já que o sopesamento é irracional, talvez seja melhor deixá-lo para a esfera política. ”

Assim, forçoso concluir que a interpretação constitucional embasada no neoconstitucionalismo alcança mecanismos aquém de achismos ou consultas populares, as opiniões são muito importantes na política, mas os argumentos devem se sobrepor quando em tela a decisão jurídica constitucional, pois direito é também ciência e obedece a métodos, critérios de racionalidade. Nesse sentido (BERCOVICI, 2003, p.298):

O texto Constitucional deve ter um método de interpretação próprio, devido ao seu caráter político e maior abertura, o que, para Eros Grau, permite não só a concretização, mas também a atualização do Direito Constitucional. A abertura das normas constitucionais, como vimos, não significa que a Constituição permite qualquer interpretação: ela não é absoluta, mas suficiente para manter o texto constitucional vinculado à realidade.

A construção da norma dá-se a partir do trabalho argumentativo, científico, subjetivo, racional complexo, entende-se como Adeodato (2010, p.201) que “o texto e a realidade estão em constante inter-relação e que esta inter-relação, seja mais seja menos eventualmente discrepante, é que vai constituir a norma jurídica”.

Porém, para Adeodato (2010, p.202) a tarefa de concretizar as normas jurídicas constitucionais não somente está adstrita ao poder judiciário:

Repita-se que os conceitos de jurisdição constitucional e concretização da norma constitucional não se confundem. Por um lado, a jurisdição constitucional diz respeito a todo conjunto de decisões, que tornam plenos de sentido textos constitucionais utilizados como base para argumentações dogmáticas em torno de litígios, dúvidas, conflitos de entendimentos e de interesses, submetidos à apreciação do judiciário; ela é assim formada a partir de uma gama de concretizações. Por outro lado, enquanto a jurisdição constitucional resulta do trabalho do judiciário, ainda que as partes envolvidas nos litígios sugiram seus argumentos, a concretização provém de toda e qualquer utilização da constituição, independentemente do judiciário, pois todos concretizam normas, a partir de textos e da realidade. Nesse sentido a jurisdição constitucional é uma parte importante da concretização, mas apenas uma parte.

Atente-se para o fato afirmado desde o começo desse escrito, de ser a Constituição um diploma político e jurídico e não haverá dificuldade em se compreender o porquê de ser ela concretizada por órgãos, instituições e indivíduos e não apenas pelo juiz. Mas, é no corte

dado no presente que se torna interessante o debate acerca da atividade do julgador na aplicação dos direitos fundamentais pois, como assegura Sarmiento (2010, p.261):

[...] o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia. O maior insulamento judicial diante da pressão das maiorias, bem como um certo *ethos* profissional de valorização dos direitos humanos, que começa a se instalar na nossa magistratura, conferem ao Judiciário uma capacidade institucional privilegiada para atuar nestas áreas.

Diante disso, torna-se oportuno agora abordar o método interpretativo dos direitos fundamentais em proeminência nos tribunais, qual seja, a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito e as discussões acerca da subjetividade e racionalidade do mesmo.

3 SUBJETIVIDADE E DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DA NORMA.

Há, em alguns setores da doutrina, resistência quanto a aplicação dos princípios através da interpretação do juiz, mais claramente, da realização dessa hermenêutica constitucional alexyana de aplicação da máxima da proporcionalidade e, em consequência, da realização de sopesamento.⁴

Admitem alguns que apenas o legislador, investido no poder político pelo cidadão e, pois, fiel representante dos interesses desse, estabeleça o que deve ser o direito, subtraindo fatalmente esse protagonismo ao juiz que deverá apenas ser a boca da lei, de uma lei bastante a si mesma, de direitos intocáveis em seu conteúdo interpretativo, seja isso, talvez, o eterno temor pelo arbitrário.

Por outro lado, o panorama constitucional pós-positivista no qual os princípios ganham força de norma e alcançam todo o ordenamento infraconstitucional, precisam, para garantir sua aplicação, ser manejados por um julgador proativo, sempre vinculado ao seu dever de fundamentar suas decisões. Nesse sentido também, Andreas J. Krell (KRELL, 2002, p.73) afirma com clareza peculiar:

Enquanto o positivismo jurídico formalista exigia a “neutralização política” do Judiciário, com juízes racionais, imparciais e neutros, que aplicam o direito legislado de maneira lógico-dedutiva e não criativa, fortalecendo deste modo o valor da segurança jurídica, o moderno Estado Social requer uma magistratura

⁴ Friedrich Müller, Carlos Ari Sundfeld, Ernest-Wolfgang Bockenfoörde e Jürgen Habermas entoam o discurso do sopesamento expressar uma decisão com fundamentação baseada em pré-compreensões, na preguiça interpretativa, do caminho mais fácil, na irracionalidade, in SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Barbieri (orgs.), Direito e interpretação: racionalidade e instituições. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011.p. 365.

preparada para realizar as exigências de um direito material “ancorado em normas éticas e políticas, expressão de ideias para além das decorrentes do valor econômico”. O Direito no Estado Liberal dependia basicamente do legislador; no Estado Social da sociedade de massas ele “não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui nem se realiza sem o juiz.

O direito como uma ciência do dever-ser, do subjetivo, não tem como se abster da subjetividade que lhe é inerente. As normas são compreendidas como a criação das possibilidades de convivência mínima dentre as diversidades de comportamentos na sociedade contemporânea. A eleição das próprias regras de convivência é dada de forma racional, que não deixa de ser subjetiva.

O julgador, observador fiel das leis de convivência social, passa a imprimir aos seus julgamentos a extensão dessa finalidade de ordem e observância do pacto social. Nessa tarefa, não tem como fugir à análise de situações e consequente decisão de julgados não apenas como aparelho fonador que materialize e corporifique um mandamento de lei, mas como sujeito que receberá as impressões de cada caso e aplicar o raciocínio interpretativo, com base não apenas no ordenamento de normas já eleitas pelo corpo social quais sejam carentes de aplicação enquanto apenas enunciados.

Com fins de assumir seu papel de intérprete constitucional, segundo as regras de interpretação da proporcionalidade, o julgador faz uso de justificativas legais e de argumentações jurídicas, lógicas, não isentas de suas impressões de mundo, preservando sua imparcialidade sem invalidá-las, são conteúdos inerentes ao processo interpretativo, seja ele baseado nos limites imanentes dos direitos ou na máxima da proporcionalidade.

Diante disso, a pureza racional e a busca obsessiva por padrões cartesianos de decidibilidade jurídica parecem, fatalmente, estar fadadas ao insucesso. O juiz é um sujeito ativo do processo de interpretação (art. 5º, XXXV, CF), não é mais componente da escola da exegese, não fosse assim a Constituição brasileira se limitaria a uma carta de boas intenções dirigidas a construir uma sociedade utópica.

Esse cientificismo exacerbado, com suas origens na idade moderna, embasado na exatidão, precisão, demonstrabilidade de certo proporcionou um afastamento do sujeito do objeto, pois desqualificava qualquer modo de apreensão subjetiva, pois a percepção individual era menosprezada diante de uma ciência que buscava amparo na prova da universalidade dos conceitos e fatos verificáveis cientificamente por experimentação. É o que Cianciardo (2006, p.8) chama de epistemologia reducionista:

El “esto o aquello” es la clave del acercamiento moderno a las cosas, y fuente inevitable de las tan numerosas como falsas disyuntivas que afectaron o afectan nuestra época: comunismo liberalismo, individuosociedad, hedonismo-puritanismo, deber-felicidad, libertad-igualdad, ecología-progreso, etc.

É nesse mesmo sentido que Alexy (2008, p.591) faz uso da eficiência de Pareto, segundo a qual uma posição pode ser melhorada sem que uma outra seja piorada, desvinculando-se desse pensamento maniqueísta no qual para que alguém ganhe outros necessariamente perderão, para que um direito seja concedido outro tem que ser subtraído, tal equilíbrio de forças no âmbito das ciências humanas e sociais não corresponde a pontos de partida da interpretação constitucional.

A percepção desses falsos conflitos que até hoje permeiam a ideologia tecnicista de parte dos intérpretes confirma apenas que a base moderna da estrutura do pensamento e do método ainda são realidades no mundo jurídico, comprovada pela resistência enfrentada pela teoria dos direitos fundamentais quando possibilita a utilização do sopesamento.

Os caminhos a que nos levaram a primazia do método são os mais desastrosos, com o total abandono da ética e da filosofia, a aplicação e obediência às regras apenas exigia que elas existissem válidas, legítimas sem qualquer juízo de valor, que eram subjetividades divorciadas do pensamento humano universal, tendo o homem como medida de todas as coisas.

Esclareça-se que não está aqui um protesto ingênuo contra qualquer fase histórica social, pois todas elas tiveram sua importância intelectual para o desenvolvimento do pensamento humano e o conhecimento que hoje temos compreendido na soma solidária de todas essas experiências que resgataram no tempo devido as bases morais e científicas relevantes para o pensamento e conhecimento humano, jurídico, *in casu*.

De fato, o processo intelectual não pode ser vislumbrado na elaboração do sopesamento de princípios fundamentais, como objeta Wilson Steinmetz (STEINMETZ, 2004, p.209), porém somos levados a concordar que esse pensamento vai além do processo de sopesamento e abarca todo método interpretativo das normas, dado o caráter das regras permitir exceções em termos de abertura conceitual, abstratividade e generalidade e não têm, assim, o condão de desclassificar a adoção do método.

O momento interpretativo é, por si mesmo, delicado devido ao trabalho direto com a linguagem que, assim como o sistema jurídico, padece de incompletude e totalidade de sentidos e trabalha com regras com o fim de harmonizar a comunicabilidade, do entendimento. Bem posta a lição de Friedrich Waismann Apud Struchiner (2011, p. 117-152):

As leis de qualquer época são adequadas para as características [...] predominantes, tendências e hábitos dessa época. A ideia de um sistema fechado de leis que dura para sempre, capaz de resolver qualquer conflito imaginável, é uma fantasia atópica sem nenhum fundamento para sustentá-la. O fato é que todo sistema de leis apresenta lacunas que são, via de regra, verificadas e preenchidas somente quando iluminadas por certos eventos particulares. De forma similar, devemos admitir que a gramática é incompleta e que se as circunstâncias surgissem, nós tronaríamos a gramática mais completa por meio da introdução de novas regras para dar conta dessas situações. Nenhuma linguagem está preparada para todas as possibilidades. Deplorar a insuficiência da linguagem seria simplesmente um engano.

O subjetivismo é, pois, inerente ao pensamento e atividade humana, qualquer que seja ela. Juridicamente, esse conceito não foi bem recepcionado pela dogmática e é somente agora que seu conhecimento, adstrito de preconceitos e mitos, pode fortalecer a sua relevância na teoria constitucional se encarmos a subjetividade como uma inescapável parte do processo de decisão.

O conceito de subjetividade na interpretação incorre, por vezes, numa confusão ideológica importante, uma vez que o termo é facilmente confundido com o de discricionariedade. Para English (2001, p.217) discricionariedade é a possibilidade de se optar entre duas determinações sem com isso agir contrário ao direito:

Quando podemos admitir que, segundo a vontade da lei, duas possibilidades entre si contrapostas são igualmente conformes ao direito, e a autoridade, portanto, pode optar por A ou não-A, sem agir contrariamente ao direito em qualquer das alternativas, então temos o poder discricionário.

Não trataremos nesse espaço detidamente sobre discricionariedade administrativa, não é o objetivo e citamos, tão somente, sua superficial ligação com o tema, diante da necessidade se realçar a diferença de sentidos que se faz necessária, somente para separarmos os institutos, sem que para isso, no entanto, haja aprofundamento. Diante da consideração de English, acerca de discricionariedade, apressadamente denota similaridade com a subjetividade. Pode até ser que os conceitos apontem situações nas quais apresentem conexão de sentido, quando se analisa a decisão discricionária sob o crivo das características de seu conteúdo. Isso porque a decisão sobre o mérito da discricionariedade do administrador é também subjetiva.

Porém, não é toda decisão subjetiva que será discricionária. Como também podemos afirmar que toda decisão dita difícil, na qual se observe uma complexidade argumentativa, é subjetiva, imparcial, mas não pode assegurar-se que seja neutra.

Todos os mecanismos conscientes e inconscientes de desenvolvimento do raciocínio no qual chegou o julgador correspondem a uma teia desconhecida e nunca revelada na

fundamentação, por mais transparente que deseje ser. O que jamais impede que exista uma fundamentação insubsistente, inconstitucional ou arbitrária, havendo mecanismos de demonstrabilidade dessas falhas do julgador e consequentes meios de corrigirem-nas, sejam elas técnicas ou éticas.

Nesse sentido, Andreas J. Krell (KRELL, 2004, p.202) confere clareza habitual, escreve sobre o âmbito de atuação do judiciário quando provocado para apreciar demandas concernentes à atividade do administrado:

Destarte, acontece que, na sindicância da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados pelo administrador, o juiz não deve controlar se o resultado dessa operação foi “o correto”, mas se o mesmo foi motivado e justificado, tornando-se “sustentável”.

Ademais, diante de casos mais sofisticados ou *hard cases*, ao magistrado é facultada uma escolha orientada pelo método de interpretação próprio, dentro de seus limites de decidibilidade, o que não implica em discricionariedade, seja a decisão no âmbito dos direitos fundamentais ou não, não fosse assim quedaríamos em razão à corrente do realismo jurídico, em que o direito, é sempre indeterminado, uma criação do magistrado na atividade jurisdicional, o que os juízes determinam que o seja.

Assim, não prospera em verdade a atribuição de identidade de sentidos entre discricionariedade e subjetividade. Há um sistema de regras constitucionais e infraconstitucionais com vistas a possibilitar o controle intersubjetivo das decisões jurídicas os famigerados recursos de segundo grau de jurisdição-. Há, também, todo um arcabouço de regras e princípios que determinam o dever de fundamentar que o juiz deve ter em suas decisões, os quais afastam do ordenamento a figura do juiz arbitrário alheio à Constituição, exigindo a submissão das decisões aos postulados da legalidade, clareza, etc.

Desprezar o fator subjetivo do intérprete, não implica em opor-se à discricionariedade ou arbitrariedade, mas sim cair num engodo metodológico e fomentar uma atividade judicial sem controle de razões subjetivas inerentes à atividade, uma vez que as limitações impostas no caso pelo juiz não poderão ser contra argumentadas, pois serão negadas frente a afirmativa da realização objetiva e incontestada da lei, impossibilitando o controle intersubjetivo.

CONCLUSÃO

A interpretação constitucional dos direitos fundamentais, pois, consiste em tarefa das mais complexas exercidas pelo julgador, mas, como visto, não é atividade exclusiva dele.

Exige a realização através de métodos interpretativos próprios clássicos, mas, a aqui estudada refere-se à interpretação criadora da norma, compreendendo a necessária atualização do diploma constitucional.

A subjetividade na ciência do direito foi fortemente rechaçada pela crença moderna positivada de que haveria apenas uma racionalidade pura e que qualquer aspecto subjetivo invalidaria qualquer acesso ao conhecimento dos fatos e coisas.

Porém, fez-se inevitável a efetivação dos direitos constitucionais de forte cunho moral e o Estado não apenas se absteria de agir mas obrigou-se a realizar todos os direitos fundamentais do cidadão, na máxima medida possível.

O caráter político-jurídico dos direitos constitucionais e a ausência de realização desses direitos, frente a ausência de atuação política e popular transferiu ao judiciário o papel de salvacionista social pois tornou-se o responsável pela execução forçada dessas políticas e direitos individuais e coletivos.

Algumas críticas sobre a legitimidade ou não desse papel do judiciário são muito relevantes e precisam ganhar mais espaço também entre os poderes e espaços acadêmicos, sociais e institucionais. Contudo, não é o tema que o artigo aborda.

A prática interpretativa constitucional, através do trato direto entre judiciário e efetivação dos direitos constitucionais, encontra no debate doutrinário intensa discordância acerca, principalmente, do decisionismo e discricionariedade dos julgadores e é esse embate argumentativo que apressadamente, sem qualquer intenção de esgotar tema tão profundo, o presente artigo cuidou de apresentar.

A realização do sopesamento pelos tribunais constitui talvez, na atualidade, a máxima expressão da realização de um método interpretativo racional, uma vez que há necessidade do julgador fundamentar e argumentar sua decisão na lei, na Constituição, fato esse que afasta o decisionismo e permite o controle da decisão.

Concluiu-se que a subjetividade é atividade inerente a tarefa interpretativa e que não há pretensões científicas de seccionar impavidamente sujeito e objeto que, sem qualquer descrédito para a atividade interpretativa, se inter-relacionam, de forma, inclusive, desejável, uma vez que a subjetividade não afasta, por si só, a racionalidade.

Subjetividade não se confunde com decisionismo, este trata-se de uma atuação desconexa a qualquer procedimento, paradigma ou método, não se encontra contemplado pela ciência. Já subjetividade é inerente à própria atividade interpretativa, consistindo num elemento essencial das ciências humanas e sociais.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

BERCOVICI, Gilberto. Desigualdades regionais, Estado e Constituição. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

BALLESTEROS, J., Postmodernidad: decadencia o resistencia, Madrid, Tecnos, 1989, p.17.- APUD CIANCIARDO, Juan Pedro. El conflictivismo em lós derechos fundamentales. Buenos Aires: 2006. Disponível em: [http://www.austral.edu.ar/aplic/webSIA/webSIA2004.nsf/6905fd7e3ce10eca03256e0b0056c5b9/5bcd996508e7f58f0325713e005bfeff/\\$FILE/Cianciardo,%20El%20conflictivismo%20en%20los%20derechos%20fundamentales,%20segunda%20edici%C3%B3n,%202006.pdf](http://www.austral.edu.ar/aplic/webSIA/webSIA2004.nsf/6905fd7e3ce10eca03256e0b0056c5b9/5bcd996508e7f58f0325713e005bfeff/$FILE/Cianciardo,%20El%20conflictivismo%20en%20los%20derechos%20fundamentales,%20segunda%20edici%C3%B3n,%202006.pdf). Acesso em: 29.08.2015. p 05.

CIANCIARDO, Juan Pedro. El conflictivismo em lós derechos fundamentales. Buenos Aires: 2006. Disponível em: [http://www.austral.edu.ar/aplic/webSIA/webSIA2004.nsf/6905fd7e3ce10eca03256e0b0056c5b9/5bcd996508e7f58f0325713e005bfeff/\\$FILE/Cianciardo,%20El%20conflictivismo%20en%20los%20derechos%20fundamentales,%20segunda%20edici%C3%B3n,%202006.pdf](http://www.austral.edu.ar/aplic/webSIA/webSIA2004.nsf/6905fd7e3ce10eca03256e0b0056c5b9/5bcd996508e7f58f0325713e005bfeff/$FILE/Cianciardo,%20El%20conflictivismo%20en%20los%20derechos%20fundamentales,%20segunda%20edici%C3%B3n,%202006.pdf). Acessado em: 29.08.2015.

DIMOULIS, Dimitri. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 4 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

ENGISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 6a edição. Trad. J. Baptista Machado. Fundação Calouste Gulbenkian / Lisboa, 2001.

KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002.

KRELL, Andreas J. Discrecionalidade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. n.º 8, dez. 2004.

MENDES, Soraia da Rosa. Criminologia feminista: novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Roberta Drehmer de. A “reinvenção” do direito alternativo: neoconstitucionalismo, garantismo penal e “direito das minorias”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2014.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teorias geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. Por um constitucionalismo inclusivo: história Constitucional Brasileira. Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2010

SCHLINK, Bernhard. Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, EuGRZ (1984): 457 – 468. In SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Barbieri (orgs.). Direito e interpretação: racionalidade e instituições. São Paulo: Direito GV/Saraiva.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Barbieri (orgs.). Direito e interpretação: racionalidade e instituições. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011.

STEINMETZ, Wilson. Vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

STRUCHINER, Noel. Indeterminação e objetividade. Quando o direito diz o que não queremos ouvir. Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Barbieri (orgs.). Direito e interpretação: racionalidade e instituições. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011.

VILHENA, Oscar Vieira. Supremocracia. Revista DireitoGV. São Paulo, vol. 8. p 441-464, jul-dez 2008.