

Interpretação dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional brasileira: caminhos para uma atuação fundada nos preceitos do estado democrático de direito

Interpretation of fundamental rights and brazilian constitutional jurisdiction: ways to a practice founded in precepts of the democratic state

Patrícia Spagnolo Parise Costa¹
Universidade de Rio Verde (Brasil)

Sumário: 1. Introdução. 2. A interpretação constitucional: dos elementos tradicionais aos novos paradigmas. 3. A Interpretação dos direitos fundamentais no âmbito da jurisdição constitucional brasileira: um diálogo entre Alexy e Dworkin. 4. Possíveis causas do ativismo judicial e limites a uma leitura abusiva da interpretação das normas constitucionais. 5. Conclusão. Referências.

Resumo: As ideias neopositivistas consolidadas na segunda metade do século XX inspiraram a construção de novos paradigmas de interpretação constitucional. Neste cenário, a chamada Nova Hermenêutica tem permeado as decisões da corte constitucional brasileira. O Supremo Tribunal Federal tem atuado, especialmente, com fulcro na teoria discursiva de Robert Alexy, cuja visão se apoia na noção de textura aberta da Constituição, na discricionariedade judicial e na proporcionalidade para dirimir a ponderação das tensões entre direitos fundamentais naqueles casos em que a norma não estabelece uma solução clara. Contudo, esta postura parece convergir para o ativismo, prática fortemente repudiada por Ronald Dworkin, que acredita que as decisões judiciais não podem estar fundadas em critérios subjetivos e sim em uma racionalidade jurídica. Desta forma, o presente artigo, que se valeu da pesquisa bibliográfica, teve por objetivo estabelecer um paralelo entre as teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin, no sentido de se apontar caminhos para uma interpretação constitucional que esteja condizente com a democracia e a separação dos poderes e que possa garantir a efetivação real dos direitos fundamentais, evitando as práticas abusivas decorrentes de uma expansão desmedida da atuação judiciária no Brasil.

Palavras-chave: Nova hermenêutica. Jurisdição constitucional. Concretização dos direitos fundamentais. Limites ao ativismo.

Abstract: The neopositivists ideas, which were consolidated in the second half of the twentieth century, inspired the construction of new paradigms of constitutional interpretation. In this scenario, the New Hermeneutics has permeated the decisions of the Brazilian constitutional court. The Supreme Court has acted, especially guided on the discursive theory of Robert Alexy, whose vision takes into account the notion of open texture of the Constitution, judicial discretion and proportionality to settle the balance of tensions between fundamental rights in cases where the law does not provide a clear solution. However, this position seems to converge to activism, a practice strongly repudiated by Ronald Dworkin, who believes that judicial decisions cannot be based on subjective criteria but on a legal rationality. The present article, which used the bibliographical research, aimed to establish a parallel between the theories of Robert Alexy and Ronald Dworkin, to point out ways for a constitutional interpretation that is

¹ Professora de Direito Constitucional; editora da Revista Jurídica da Universidade de Rio Verde; Advogada, especialista em direito tributário e mestre em Direito.

consistent with democracy, separation of powers and to ensure the proper enforcement of fundamental rights, preventing abusive practices resulting from an excessive expansion of judicial action in Brazil.

Keywords: New hermeneutics. Constitutional jurisdiction. Implementation of fundamental rights. Limits to activism.

1 Introdução

Na medida em que as sociedades se tornam mais pluralistas e os fatos da vida cada vez mais complexos, o movimento de interpretação tem mostrado que a Hermenêutica tradicional, fundada no positivismo, já não oferece instrumentos suficientes de orientação à prática interpretativa, em virtude da abertura e da indeterminação estrutural do Direito. Eis que emerge, então, a nova Hermenêutica Constitucional, inserida em um cenário neopositivista, na busca de uma interpretação que possa trazer soluções para as tensões entre normas constitucionais advindas de casos concretos de difícil solução, ou seja, aquelas situações que não têm previsão na norma.

Um dos legados da teoria neopositivista, além da visão de centralidade da Constituição e do fortalecimento da jurisdição constitucional, é a crescente valorização dos direitos fundamentais. Isso leva à necessidade de uma interpretação criteriosa, já que tais direitos exigem decisões de prioridade, dado seu papel de primazia nas constituições. Há de se enfatizar que não são raras as situações em que, no caso concreto, se observam tensões entre normas definidoras de direitos fundamentais. Pois bem, o novo paradigma interpretativo vem influenciando e se incorporando de forma cada vez mais preponderante na atuação dos julgadores brasileiros, em especial, no âmbito da jurisdição constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade.

No Brasil, a atuação do Supremo Tribunal Federal tem sido alvo de acirradas discussões no que tange à prática interpretativa fundada nos novos paradigmas hermenêuticos, na medida em que sua atuação vem sendo pautada nos parâmetros da discricionariedade judicial, com utilização do princípio da proporcionalidade no uso da técnica da ponderação. Esta visão coloca o julgador como copartícipe na criação das normas. Esta postura, no intuito de dirimir conflitos não somente entre normas gerais, mas, também, entre aquelas definidoras de direitos fundamentais, gera a dúvida se, de fato, a Corte tem conseguido concretizar tais direitos ou se a prática foi ativista, lesiva à democracia e à separação dos poderes. É neste particular que emergem os seguintes questionamentos: as decisões da Corte Constitucional brasileira, fundadas nos novos paradigmas de interpretação, têm obtido êxito na concretização dos direitos fundamentais, com preservação dos princípios da democracia e da separação dos poderes? Existem limites precisos para orientar o trabalho interpretativo do julgador em âmbito de jurisdição constitucional, de forma a legitimar suas decisões e evitar leituras abusivas sobre os casos que lhe são submetidos? Quais os fatores capazes de levar a eventuais práticas ativistas pelo STF?

O objetivo da pesquisa é o de analisar as contraposições entre as teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin, no sentido de se apontar caminhos para uma interpretação constitucional que esteja condizente com a democracia e a separação dos poderes e que possa levar, de fato, à efetivação dos direitos fundamentais, em distanciamento das práticas abusivas/ativistas decorrentes de uma expansão desmedida da atuação da corte constitucional brasileira.

Para tanto, é utilizada a pesquisa bibliográfica, baseada em obras de filósofos e autores renomados, como Robert Alexy, Ronald Dworkin, Lenio Luiz Streck, Menelick de Carvalho Netto, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Paulo Bonavides, além de artigos de revistas especializadas, em meio impresso e eletrônico.

Vale ressaltar que a pesquisa reveste-se de essencial importância no cenário jurídico, político e social do Brasil, primeiramente, porque o tema é persistente, visto que não há um consenso sobre a legitimidade da corte constitucional brasileira em termos de interpretação de diversos casos que envolvam direitos fundamentais. Ademais, as

decisões em âmbito de jurisdição constitucional têm um impacto em toda a sociedade e no próprio direito brasileiro.

2 A interpretação constitucional: dos elementos tradicionais aos novos paradigmas

A chamada nova interpretação constitucional emerge em um cenário de profundas transformações nos ideários de cunho teórico, filosófico e ideológico do Direito, decorrentes do fracasso e insuficiência dos preceitos do positivismo e a consequente ascensão do neopositivismo.

Neopositivismo ou pós-positivismo é a designação de um ideário difuso que abarca ideias de justiça além da lei, igualdade material mínima, elementos estes inseridos em uma teoria crítica desenvolvida ao lado da teoria dos direitos fundamentais e, também, da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, inerentes à nova hermenêutica. Essa nova teoria jurídica se apresenta, de certa forma, como uma terceira via entre as concepções positivistas e jusnaturalistas. Com a visão neopositivista vem à tona a razão prática, a justiça e a legitimação democrática, indo além da legalidade estrita, sem desprezar o direito posto².

O pensamento neopositivista influenciou, também, uma mudança de paradigma no Direito Constitucional, a partir de uma ruptura do conhecimento tradicional. Neste cenário, Barroso³ aponta três aspectos essenciais que levaram à redefinição do Direito Constitucional contemporâneo: o reconhecimento de força normativa à Constituição, ou seja, a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica (na Europa, até a metade do séc. XX, a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos e, no Brasil, coube à Constituição de 1988 romper tal paradigma); o fortalecimento e expansão da jurisdição constitucional, lembrando que antes de 1945, na maior parte da Europa vigorava um modelo de supremacia do Poder Legislativo, mas, no final dos anos 40, a onda constitucional trouxe, além de novas constituições, um modelo inspirado na prática americana, o da supremacia da Constituição (lembrando que no Brasil, foi também a Constituição de 1988 que abriu portas para esta nova visão); o surgimento de novos parâmetros dogmáticos para a interpretação constitucional.

É o cenário do chamado neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo que, de acordo com Bulos⁴, “nada mais é do que um rótulo criado para designar a evolução da cultura jurídica contemporânea”. Salienta-se a preferência de Streck⁵ pela terminologia Constitucionalismo Contemporâneo, denotando o movimento que deu origem às Constituições e que ainda se coloca no cenário atual. Ademais, trata-se de um processo de continuidade das novas conquistas advindas do período após a Segunda Guerra e que passam a compor a estrutura do Estado Constitucional.

Bulos⁶ também aponta que, além de adquirir robustecimento pelas ideias do pós-positivismo, o neoconstitucionalismo é marcado pela jurisprudencialização do saber constitucional e por um conjunto de direitos fundamentais que refletem as concordâncias, as angústias e as expectativas de uma sociedade mais justa e igualitária, consagrando, inclusive, mecanismos de proteção das liberdades públicas, somados aos instrumentos de defesa da própria Constituição.

Para que se possa propiciar melhor compreensão do alcance das mudanças de paradigmas na interpretação constitucional, em especial, no que diz respeito aos direitos fundamentais, faz-se necessária uma breve incursão nos aspectos conceituais do instituto, bem como algumas noções gerais sobre o modelo de interpretação constitucional tradicional.

² BARROSO, L.R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

³ BARROSO, L.R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴ LAMMEGO BULOS, U. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁵ STRECK, L.L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. Ed. rev, mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁶ LAMMEGO BULOS, U. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Interpretar determinado preceito da Constituição, nos ensinamentos de Mendes⁷, é dele se extrair uma norma, que pode ser um dever, uma proibição ou uma faculdade, com vistas à solução de um problema prático. Atribuir sentido a tal preceito é atividade marcada por diversos efeitos sobre a ordem jurídica e o quotidiano dos sujeitos sociais. Esta atividade, que objetiva descobrir o sentido das normas constitucionais, proclamando valores a serem protegidos, seguidos e fomentados pelos poderes constituídos e, também, pela sociedade, assume papel fulcral para a vida social e para a definição do Direito.

A visão voltada à necessidade de interpretação da constituição, em virtude de se considerá-la como norma suprema, só veio a ser consolidada na segunda metade do século XX, mais precisamente após os anos 50. O direito constitucional, até então, era um direito sem interpretação⁸.

Até meados do século XX, os métodos tradicionais de interpretação jurídica buscavam a neutralidade em sua aplicação, afastando valores, inclusive, já que integrados em plena teoria positivista. Acontece que, em se tratando de interpretação das constituições, acabaram tornando-se insuficientes em muitas situações, já que prezavam pela simples subsunção do caso à norma.

No exercício interpretativo a partir da visão tradicional, portanto, percebe-se que a análise do caso concreto perante a norma converge para a subsunção. Este padrão interpretativo, típico do positivismo jurídico, perdurou até que a dinâmica social mostrou sua insuficiência diante dos novos fatos da vida. Houve, então, a necessidade de se pensar em novos paradigmas de hermenêutica capazes de lidar de forma adequada com as questões contemporâneas. Barroso⁹ ilustra bem este cenário: “a nova interpretação constitucional surge para atender às demandas de uma sociedade que se tornou bem mais complexa e plural”.

No Brasil, os novos paradigmas hermenêuticos superaram os conceitos do pensamento jurídico clássico no final do século XX, com a finalidade de adotar uma postura mais lógica, criativa e justa quando da interpretação constitucional. Neste cenário, Barroso¹⁰ leciona que emergem três novos paradigmas hermenêuticos: a superação do formalismo jurídico, a nova cultura jurídica pós-positivista e a ascensão do direito público e a centralidade da Constituição. Cabe uma análise sucinta de cada um deles, em razão de sua essencialidade no novo formato de interpretação da Constituição.

A superação do formalismo jurídico, ainda segundo Barroso¹¹ ocorreu por meio do abandono da ideia clássica de que o Direito era a expressão máxima da razão e justiça, e que sempre haveria uma norma perfeita no ordenamento jurídico para que o juiz realizasse a subsunção. Com o advento do pensamento neopositivista, houve uma mudança de perspectiva no direito. A ciência, que classicamente era voltada para as relações privadas, passou a valorizar as normas de caráter público, o que resultou em uma visão de centralidade e primazia da Constituição. E atrelado a esta ideia, entendeu-se que qualquer interpretação jurídica deveria ser realizada nos parâmetros dos valores e princípios da Constituição. O autor aponta, também, outros fatores que influenciaram a adoção de novos elementos de interpretação constitucional, alegando que esta não derrota a interpretação tradicional, mas emerge com vistas a suprir necessidades deficientemente supridas pelo modelo clássico. A nova interpretação surge, assim, para lidar com os casos difíceis, para os quais não existe solução pré-pronta no ordenamento. Existem três situações que levam aos casos difíceis: a) ambiguidade da linguagem, ou seja, termos com múltiplos significados ou indeterminados, que só podem ser definidos junto ao caso concreto, como, por exemplo: servidor público, relevância e urgência; interesse social; b) desacordos morais razoáveis, típicos das sociedades plurais e complexas, nas quais se pensa de maneira diferente sobre temas moralmente

⁷ MENDES, G., BRANCO, P. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁸ PEREZ ROYO, J. *Curso de derecho constitucional*. Decimocuarta edición. Madrid: Marcial Pons, 2014.

⁹ BARROSO, L.R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 334.

¹⁰ BARROSO, L.R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹¹ BARROSO, L.R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

controvertidos, como eutanásia, descriminalização das drogas leves; c) conflitos de normas constitucionais ou de direitos fundamentais, o que pode acarretar tensões.

Por fim, pode-se dizer que com as modificações dos fundamentos do movimento constitucionalista, relacionadas ao neopositivismo, os novos padrões hermenêuticos trouxeram profundas transformações na atuação do jurista e, conseqüentemente, na efetividade jurídica do texto constitucional. Em especial no Brasil, a questão vem tomando corpo e fomentando acirradas discussões sobre a maneira como esses novos parâmetros de interpretação devem ser praticados, de forma a se evitar leituras abusivas por parte do Poder Judiciário, o que colocaria em risco a concretização dos direitos fundamentais, o princípio democrático, o da separação dos poderes e a essência do próprio direito.

3 A Interpretação dos direitos fundamentais no âmbito da jurisdição constitucional brasileira: um diálogo entre Alexy e Dworkin

Não resta dúvida sobre o quão árdua é a tarefa do intérprete diante dos novos paradigmas de interpretação. Mais ainda, em virtude do ensejo de proteção e concretização dos direitos fundamentais. Por esta razão, abre-se tópico especialmente dedicado à interpretação de tais preceitos, fulcrais no cenário do Estado Democrático de Direito.

Dada a sua essencialidade enquanto instrumento maior de limitação ao poder do Estado, Bonavides¹² acredita no surgimento de uma teoria hermenêutica mais restrita, voltada, especialmente, à interpretação dos direitos fundamentais. É visto que a interpretação destes se reveste de características especiais decorrentes da singularidade de sua problemática. Assim como as normas constitucionais de conteúdo mais amplo, aquelas definidoras de direitos fundamentais requerem vias de interpretação que transcendem os métodos clássicos. Contudo, há de se lembrar que, entre a interpretação constitucional e a dos direitos fundamentais, existe um vínculo estreito, servindo os princípios que regem aquela ao descortinamento do significado das normas definidoras desses direitos.

Ressalta-se que não é possível mais transferir validamente os problemas de uma sociedade para os textos, vez que mudanças constitucionais profundas têm sido verificadas no decorrer da história do constitucionalismo em virtude das alterações na gramática das práticas sociais e, sendo assim, emerge a necessidade da resignificação dos próprios direitos fundamentais¹³. Neste cenário, Dworkin¹⁴ acrescenta que o direito humano fundamental é o de ser tratado pelas instituições que detêm a autoridade com uma postura que reflita a devida consideração e respeito pela dignidade de cada um.

Mas, para que se fale em interpretação das possíveis tensões surgidas entre direitos fundamentais nos casos concretos, há de se ter como pressuposto o conhecimento de que, se por um lado, eles promovem a inclusão social, por outro e ao mesmo tempo, levam a exclusões fundamentais. Carvalho Netto¹⁵ coloca que “este é um desafio à compreensão dos direitos fundamentais; tomá-los como algo permanentemente aberto, ver a própria Constituição formal como um processo permanente, e portanto mutável, de afirmação da cidadania”

No ensejo de se encontrar caminhos viáveis para a concretização desses direitos, Bonavides¹⁶ referencia o publicista alemão Paul Kirchhof, que desenvolveu oito teses especificamente voltadas à interpretação dos direitos fundamentais. A primeira tese refere-se à qualidade dos direitos fundamentais: direitos que se colocam a um só tempo

¹² BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

¹³ CARVALHO NETTO, M., SCOTTI, G. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹⁴ DWORKIN, R. *Is democracy possible here? Principles for a New Political Debate*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2006.

¹⁵ CARVALHO NETTO, M., SCOTTI, G. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 43.

¹⁶ BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

como um reservatório da liberdade e um limite ao arbítrio do Estado e configuram o Estado negativo. A segunda tese é fundada no Estado positivo, cujo dever constitucionalmente atribuído é o de tutelar os direitos fundamentais, assumindo concretamente o dever de proteger a liberdade. A terceira remete à importância do princípio da separação de poderes, vislumbrando mais interpretação nos órgãos de soberania que aplicam os direitos (Executivo e Legislativo) do que no Judiciário, uma vez que este só se move quando provocado.

Observe-se que, em relação à terceira tese, Bonavides a considera paradoxal em um particular. É certo, sim, que o Judiciário só age mediante provocação, mas é visto que o papel interpretativo da corte constitucional brasileira tem ganhado amplitude, em decorrência do fortalecimento da jurisdição constitucional na seara do neopositivismo. Ressalte-se a adesão de Bonavides ao ideário de interpretação utilizado pela corte constitucional brasileira, conforme se discutirá adiante.

A quarta tese de Kirchhof, partindo de uma dimensão histórica acerca dos direitos fundamentais, leva à noção de uma prática interpretativa cuja finalidade é a de atualizar a Constituição, tornando-a moldável à dinâmica social. Em reconhecimento à função participativa do cidadão, é delineada a quinta tese, ou seja, ao indivíduo é outorgada uma expectativa legítima de participar das organizações estatais, na administração e nos programas públicos de financiamento. A sexta tese refere-se ao papel arbitral que é desempenhado pelo Estado, tanto pela via legislativa como judicial, nas situações em que existam colisões das liberdades. A sétima pauta-se em uma interpretação dos direitos fundamentais em que a liberdade nunca deverá conceder o direito a alguém de subjugar a liberdade dos demais sujeitos sociais. Por fim, a oitava tese baseia-se no preceito da liberdade como diretriz da interpretação dos direitos fundamentais, conforme entende Bonavides¹⁷.

Aponta-se, neste estudo, interessante entrelaçamento que pode haver entre as teses de Paul Kirchhof com a teoria de Ronald Dworkin, em especial no que tange à interpretação voltada aos casos em que existam tensões entre direitos fundamentais.

Para Dworkin¹⁸, vive-se hoje em uma comunidade de princípios, cujos membros se reconhecem reciprocamente como livres e iguais, com respeito pelas diferenças. Isso significa que os direitos fundamentais – a igualdade e a liberdade reciprocamente reconhecidas a todos em uma comunidade – são compreendidos como princípios opostos e complementares entre si, capazes, por consequência, de gerar tensões. Todas as normas, até mesmo as regras, nada mais são do que densificações desses princípios. Nesse cenário, surge sua teoria interpretativa da única resposta correta: em havendo mais de uma possibilidade juridicamente defensável, decorrente de tensões, o direito sempre tem uma resposta. Durante a interpretação, deve-se buscar uma aplicação racional da norma, a partir da análise da situação individual específica, irrepetível e única sob o ponto de vista de todos os envolvidos, com vistas à garantia da integridade do direito, ou seja, a segurança de uma decisão fundada em uma norma previamente aprovada e na justiça no caso concreto.

A partir deste entendimento, pode-se dizer que o direito, enquanto um sistema de regras e princípios não se abre a um juízo discricionário, já que tem sempre uma história institucional a ser reconstruída e que indica a melhor decisão a ser tomada.

Streck¹⁹ pondera que a discricionariedade hartiana²⁰ tem sido reelaborada pelas teorias argumentativas como orientadora de possíveis soluções de conflitos nos *hard*

¹⁷ BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

¹⁸ DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

¹⁹ STRECK, L.L. Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. IDP. Ano 6, vol. 1, mai./2013, p. 207-222.

²⁰ "A herança kelsiana do decisionismo não foi superada até hoje, e a discricionariedade hartiana tem sido, de algum modo, reapropriada pelas teorias argumentativas, só que sob o manto de uma racionalidade argumentativa com a pretensão de dar solução ao problema de uma pós-metódica" (STRECK, 2013, p. 347). Importa lembrar, neste contexto, que Kelsen entedia que nos casos em que a norma não previa com clareza a solução, poderia o juiz valer-se do seu

cases (casos difíceis, nos quais não há uma solução clara na norma). Alexy aceita plenamente a visão de Herbert Hart acerca da textura aberta do direito, porta de entrada para elementos morais ou questões de justiça no âmbito do direito.

Nessa perspectiva, Alexy entende que os casos difíceis não podem ser resolvidos por elementos exclusivos do direito, neste caso, a moral deve prevalecer na tomada de decisão. Este aspecto, entretanto, é rechaçado por Dworkin²¹, no sentido de que, para ele, o conteúdo moral do Direito não o transforma em Moral. O Direito continua a operar como tal, de forma que sua aplicação possa se dar dentro de um patamar de segurança jurídica, sem dar abertura a pretensões abusivas.

Neste mesmo sentido, pontua-se que o Direito é um conceito de interpretação emanado pelas instituições jurídicas e que, conforme explica Streck²² “as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador”.

Observe-se, portanto, que há uma repulsa por Dworkin e Streck à discricionariedade judicial, aliada à teoria da argumentação alexyana, na medida em que tal ideário levaria a uma subjetividade de julgamento incompatível com o princípio democrático e o da separação dos poderes. Seria o judiciário assumindo o papel legislativo. Na verdade, no Brasil, a prática interpretativa em âmbito da jurisdição constitucional tem demonstrado que o Supremo Tribunal Federal vem incorporando a teoria da argumentação alexyana. Os ministros do STF, como Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, em especial, traçam todo um contexto de nova interpretação constitucional, baseado na teoria de Alexy.

Para iniciar, Barroso²³ ratifica as lições de Alexy sobre a superação da separação entre Direito e Moral, alegando que quando a norma não fornece a resposta, é necessário que o Direito se aproxime da filosofia moral. Como consequência do neopositivismo, a lei não perde sua importância, mas o Direito não cabe mais integralmente na norma jurídica, o valor justiça está além dela.

Corroborando com este pensamento, Mendes²⁴ enfatiza que é típica das constituições atuais a incorporação de valores morais ao domínio jurídico, não se limitando as Constituições a somente limitar a atuação do Estado e a discriminar competências. Para o autor, “as constituições contemporâneas absorvem noções de conteúdo axiológico e, com isso, trazem para a realidade do aplicador do direito debates políticos e morais”.

Barroso²⁵ acredita que a nova hermenêutica jurídica incorpora todo um novo modelo, destinado justamente a lidar com casos complexos de uma sociedade cada vez mais dinâmica. Trata-se da normatividade dos princípios, do ajustamento das colisões de normas constitucionais e da ponderação e argumentação jurídica. A norma não possui normatividade suficiente até que seja integrada pelos fatos, o problema torna-se parte da norma e o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do direito relacionado ao caso concreto. Sua pré-compreensão, seus valores ganham importância. A norma é produzida, portanto, a partir do caso concreto.

convencimento/discricionariedade para resolver a questão. Este posicionamento leva à reflexão acerca da existência de critérios concretos para avaliação da legitimidade dessas decisões.

²¹ DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

²² STRECK, L.L. Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. IDP. Ano 6, vol. 1, mai./2013, p. 264.

²³ BARROSO, L.R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁴ MENDES, G., BRANCO, P. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁵ BARROSO, L.R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Ainda nas palavras de Barroso²⁶, assume papel de importância na prática interpretativa a ponderação ou sopesamento, que na tradição alemã, consiste em um aspecto do princípio da proporcionalidade. Para Alexy²⁷, a ponderação envolve a busca da solução ótima quando se depara com princípios concorrentes e o princípio da proporcionalidade é a chave para que se possa resolver a ponderação.

Tratando com mais detalhes sobre a ponderação proposta por Alexy, Barroso²⁸ explica que é uma técnica interpretativa para dirimir conflito de normas constitucionais, mormente sobre direitos fundamentais. Exerce-se mediante concessões recíprocas, sendo realizada em três etapas: a) identificam-se as normas relevantes aplicadas ao caso; b) identificam-se os fatos relevantes; c) testam-se as soluções possíveis para ver a que melhor se coaduna com o conjunto da Constituição.

A argumentação jurídica é outro elemento integrante dos novos paradigmas da Hermenêutica da Constituição. Tendo em vista que a regra geral que legitima a função jurisdicional é a separação de poderes – o legislativo faz as leis; o juiz não cria o direito, mas o aplica de acordo com as regras do representante que criou o direito - na hipótese de o juiz como coparticipante do processo de criação da norma, a legitimação da sua atuação não pode se fundar somente na separação dos poderes, pelo fato de ele estar criando o direito sem o batismo da representação popular. Eis a importância da argumentação jurídica. Mais do que simples motivação da decisão, consiste na demonstração da racionalidade, da justiça e da correção da decisão. O juiz precisa explicitar o itinerário que ele percorreu, por qual razão considerou aquela decisão mais adequada, tem que convencer o máximo de pessoas possível de que aquela era a solução justa para o caso concreto²⁹.

Streck, em explicação da visão dworkiniana, pontua para uma interpretação que venha a convergir no direito como integridade, buscando trazer elementos capazes de condicionar o processo decisório, na defesa de argumentos de princípios que sejam aplicados de maneira coerente, segundo prática jurídica, ou seja, uma aplicação condizente com a racionalidade jurídica. “Ora, se, ao fim e ao cabo, cabe ao intérprete hierarquizar (e escolher) o princípio aplicável, a pergunta inexorável é: qual a diferença entre o intérprete ponderador e o intérprete do positivismo, que, discricionariamente escolhe qual a melhor interpretação?”³⁰. Isso significa, portanto, que a prática de interpretação brasileira, baseada na teoria da argumentação jurídica de Alexy, nada mais representa do que um retorno ao decisionismo kelsiano.

Percebe-se que a jurisdição constitucional tem se investido de uma forma mais proativa, acarretando tensões, em especial, com o Poder Legislativo, ferindo, inclusive, o princípio democrático. Veja-se, se o juiz se torna coparticipante do processo de criação da norma, precipuamente no controle de constitucionalidade das leis - sua atribuição principal conferida pela Constituição no *caput* do artigo 102 da Constituição Federal³¹, este agir pode ser confundido com invasão de poder, ou seja, com ativismo, o que torna este novo paradigma de interpretação questionável quanto aos seus limites.

A título de exemplo do perfil ativista que o Supremo Tribunal Federal tem assumido, destaca-se, neste artigo, um caso particular e bastante recente: a decisão polêmica proferida em 17 de fevereiro de 2016, no Habeas Corpus n. 126292, quando o Plenário, mudando sua jurisprudência anterior, liberou a execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado, quando decisões de segundo grau confirmam condenações

²⁶ MENDES, G., BRANCO, P. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁷ ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁸ MENDES, G., BRANCO, P. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁹ BARROSO, L.R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁰ STRECK, L.L. Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. IDP. Ano 6, vol. 1, mai./2013, p. 354.

³¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2015.

criminais³². A referida decisão, que foi julgada e confirmada em Plenário no dia 02 de setembro de 2016, contrariou, frontalmente, o preceito constitucional insculpido no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”³³.

Reforçando este entendimento, Luchete³⁴ explica que o procurador de Justiça Rômulo de Andrade Moreira, membro do Ministério Público baiano, questionou a referida decisão na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ligada à Organização dos Estados Americanos (OEA), alegando na petição que os membros do STF usaram a prerrogativa constitucional de intérpretes da Constituição contra o princípio democrático.

Para Grau³⁵, com esta decisão, o STF, além de contrariar uma cláusula pétrea da Constituição, nega, inclusive, o exercício de direitos políticos a quem tenha sido condenado não ainda na última instância. Para ele, o direito positivo brasileiro tem sido reescrito pelos juízes, que, inclusive, além de exercer o controle da constitucionalidade e da razoabilidade das leis, acaba cedendo à pressão da opinião pública, quando deveria se ater aos aspectos jurídicos que envolvem o caso concreto. Em suas palavras: “não se bastam em controlar a constitucionalidade das leis e, quando lhes parece que elas não são conformes a razoabilidade, negam-se a aplicá-las!”³⁶.

Percebe-se a grande importância do tema no atual cenário jurídico brasileiro. Limites precisos precisam ser estabelecidos para que a jurisdição constitucional não extrapole os poderes de intérprete conferidos a ela pela Constituição Federal e mais, não invada a esfera de competência do Poder Legislativo, preservando, desta forma, o estado democrático de direito.

4 Possíveis causas do ativismo judicial e limites a uma leitura abusiva da interpretação das normas constitucionais

É fato que a política e o direito mantêm estreita relação. Contudo, não se pode admitir que uma corte constitucional, ainda que tenha seus membros nomeados pelo Chefe do Executivo, permita que seus julgados tenham cunho político, quando, ao contrário, precisam derivar de uma conjectura jurídica. Aparentemente, os novos paradigmas interpretativos decorrentes da visão neopositivista, em conjunto com uma noção ainda política, que não se desgarrou da prática da jurisdição constitucional brasileira, são as causas primeiras que levam à distorção nas soluções de conflitos entre normas constitucionais, levando ao ativismo judicial.

Tavares³⁷ reforça esta ideia quando ensina que a Constituição é um documento de normas e não um texto político. Segundo ele, por mais que a Corte Constitucional seja provocada a decidir questões de conotação política, sua decisão deverá se dar por meio de critérios e métodos jurídicos.

Ademais, o simples fato de o legislador e o tribunal constitucional estarem ligados às normas processuais, não significa que exista uma equiparação concorrente entre eles. Isso porque os argumentos que legitimam as decisões judiciais devem ser extraídos da Constituição, na perspectiva da aplicação do direito, e não na do legislador. Não deve,

³² LUCHETE, F. Membro do MP vai a comissão da OEA contra prisão antes de trânsito em julgado. *Revista Consultor Jurídico*, 26 de fevereiro de 2016. Boletim de notícias. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-26/membro-mp-corte-oea-prisao-antes-coisa-julgada>>. Acessado em: 28/02/2016.

³³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2015, p. 15.

³⁴ LUCHETE, F. Membro do MP vai a comissão da OEA contra prisão antes de trânsito em julgado. *Revista Consultor Jurídico*, 26 de fevereiro de 2016. Boletim de notícias. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-26/membro-mp-corte-oea-prisao-antes-coisa-julgada>>. Acessado em: 28/02/2016.

³⁵ GRAU, E.R. Redistribuir pelo direito? Qual direito? Confluências. *Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*. Vol. 16, n. 2, 2014.

³⁶ GRAU, E.R. Redistribuir pelo direito? Qual direito? Confluências. *Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*. Vol. 16, n. 2, 2014, p. 38.

³⁷ RAMOS TAVARES, A. Curso de direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

portanto, no entender de Habermas, o julgador agir de forma a configurar uma legislação implícita, na medida em que tal prática torna-se ativista³⁸.

Aliado aos fatores já expostos, o chamado presidencialismo de coalizão, conforme explica Streck³⁹ emerge como mais um fator capaz de levar às práticas ativistas pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que as dificuldades encontradas pelo governo em termos de governabilidade, no sentido de constituir uma maioria no Congresso Nacional, acabam por fortalecer a instabilidade política. Desta forma, questões relacionadas ao mau funcionamento dos Poderes Executivo e Legislativo acabam sendo levadas ao crivo do Poder Judiciário. Como consequência, em razão da inércia dos outros poderes, a atividade jurisdicional se fortalece e as decisões acabam sendo baseadas em argumentos de política.

Pois bem, tratar das possíveis causas das práticas ativistas no âmbito da jurisdição constitucional brasileira não é tão complexo como pontuar os limites para esta atuação lesiva aos preceitos do Estado Democrático de Direito.

Ora, na medida em que a discricionariedade é regra nas decisões do STF, difícil imaginar como isso não levaria à arbitrariedade. Há de se propor uma interpretação pautada nos ensinamentos de Dworkin, no sentido de uma racionalidade jurídica, ou seja, de se proferir decisões que reconheçam os direitos efetivamente, não criá-los com base em argumentos de natureza subjetiva ou política, impondo-se como limites os princípios da democracia e da separação dos poderes. Tal pensamento entrelaça-se com o ideal procedimentalista de Habermas, no sentido de orientar a ação do juiz a fim de se resguardar a segurança jurídica das decisões.

Possivelmente, o fortalecimento da atuação legislativa no cenário de uma sociedade plural, em que se requer uma constante reflexão sobre o direito como instrumento de atendimento às demandas sociais, com vistas ao fortalecimento e concretização dos direitos fundamentais, seria um fator determinante para evitar uma judicialização excessiva das relações políticas e sociais. É fulcral que o Poder Legislativo tenha consciência do seu papel de órgão fixador das normas jurídicas, e mais, não pode mais a atuação legislativa colocar-se em uma postura inerte e desatenta às expectativas sociais, constantemente redesenhadas em virtude da complexidade da vida.

Sem pretensões de esgotar o tema, mesmo porque por mais que a filosofia reflita e aponte saídas para a atuação da jurisdição constitucional, a realidade brasileira demonstra resistência a tais ponderações, finaliza-se o presente artigo com as palavras do ex-ministro do STF, Eros Grau⁴⁰, acerca do tema: “Eis porque tenho medo dos juizes dos dias de hoje. Dos que decidem como Pilatos e dos neo e pós-positivistas, irrepreensivelmente ativistas judiciais, hermeneutas encantados consigo mesmos, portadores de certezas para mim inalcançáveis”.

5 Conclusão

Concluiu-se por meio da pesquisa em tela que a atuação judicial na esfera da jurisdição constitucional brasileira funda-se na teoria do discurso de Alexy e tem como diretrizes os novos parâmetros de interpretação constitucional, desenhados a partir da consolidação do neopositivismo.

A partir desses novos traços teóricos, filosóficos e ideológicos que permearam o direito a partir da segunda metade do século XX, Robert Alexy traçou um ideário de interpretação constitucional baseado na ideia de textura aberta da Constituição. Arelado a isso, entendeu ele que, na existência de casos de difícil solução em virtude da inexistência de normas claras para dirimir tensões entre preceitos definidores de direitos fundamentais, haveria de se utilizar o princípio da proporcionalidade para resolver a ponderação, técnica segundo a qual o julgador deveria, por meio da discricionariedade, escolher a norma que melhor se adequasse ao caso concreto.

³⁸ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. 1, 2 ed. rev. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

³⁹ STRECK, L.L. *Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão. Observatório da Jurisdição Constitucional*. IDP. Ano 6, vol. 1, mai./2013, p. 207-222.

⁴⁰ GRAU, E.R. Redistribuir pelo direito? Qual direito? Confluências. *Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*. Vol. 16, n. 2, 2014, p. 38.

Ocorre que esta visão de uma atuação fundada na discricionariedade judicial e na ponderação de valores tem sido rebatida por vários estudiosos. Em especial, foi rechaçada por Ronald Dworkin, que, na seara de uma concepção de abertura e indeterminação estrutural do direito, estabeleceu uma teoria segundo a qual essas possíveis tensões de direitos deveriam ser dirimidas por meio de uma racionalidade jurídica, distante da discricionariedade, porque esta levaria, fatalmente, à arbitrariedade, à falta de concretude dos direitos e à lesão ao princípio da democracia e da separação dos poderes. Ou seja, durante a interpretação, deve-se buscar uma aplicação racional da norma, pois cada caso denota uma situação individual específica, única e que não se repete para ser analisada sob o ponto de vista de todos os envolvidos, com vistas à garantia da integridade do direito, ou seja, a segurança de uma decisão fundada em uma norma previamente aprovada e na justiça no caso concreto.

A teoria dworkiniana não tem sido valorizada na prática da jurisdição constitucional brasileira. Casos julgados pelo STF, em especial o que aqui se abordou como exemplo – o julgamento do HC n. 126292, em que o Plenário liberou a execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado, quando decisões de segundo grau confirmam condenações criminais - demonstram uma discricionariedade latente nas decisões da Corte, o que se constitui em um risco aos preceitos do Estado Democrático de Direito, configurando uma postura inexoravelmente ativista.

Contudo, ainda que as ideias de Dworkin, enquanto diretrizes da interpretação constitucional, sejam mais coerentes, na prática, não são capazes de surtir o efeito desejado, pois não há como controlar, de maneira formal, a atuação judicial. Qualquer legislação que, porventura, venha a estabelecer limites à prática judicante, ou mesmo o fortalecimento das ações fiscalizatórias, configuraria invasão de poder e, talvez, um drástico retorno ao positivismo. Ou seja, a aplicabilidade prática da teoria de Dworkin está seriamente comprometida, ainda mais porque o Supremo Tribunal Federal já incorporou como correta a discricionariedade judicial e a ponderação de valores, conforme a perspectiva alexyana. Aparentemente, é uma visão já enraizada.

A possível saída para a celeuma pode repousar em uma atuação mais dinâmica dos poderes políticos – Legislativo e Executivo – com vistas a atender a evolução das demandas sociais, evitando assim, o alto grau de judicialização das relações sociais e políticas que são levadas à apreciação da Corte. Além disso, é preciso que os juristas brasileiros, em especial, os Ministros do Supremo Tribunal Federal voltem-se para si mesmos e reflitam sobre sua prática, em nome de uma certeza na concretização dos direitos fundamentais e do respeito à democracia. Só assim, o Direito poderá exercer seu papel em uma sociedade plural, que almeja a justiça social, pautada na segurança jurídica.

Referências

- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, L.R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2015.
- LAMMEGO BULOS, U. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARVALHO NETTO, M., SCOTTI, G. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- CHUEIRI, V.K. Prefácio. In: *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- DWORKIN, R. *Is democracy possible here? Principles for a New Political Debate*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2006.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

- GRAU, E.R. Redistribuir pelo direito? Qual direito? *Confluências. Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*. Vol. 16, n. 2, 2014.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. 1, 2 ed. rev. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.
- LUCHETE, F. *Membro do MP vai a comissão da OEA contra prisão antes de trânsito em julgado*. *Revista Consultor Jurídico*, 26 de fevereiro de 2016. *Boletim de notícias*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-26/membro-mp-corte-oea-prisao-antes-coisa-julgada>>. Acessado em: 28/02/2016.
- MENDES, G., BRANCO, P. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PEREZ ROYO, J. *Curso de derecho constitucional*. Decimocuarta edición. Madrid: Marcial Pons, 2014. 882p.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento Processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado em 02/09/2016.
- STRECK, L.L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. Ed. rev, mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.
- STRECK, L.L. *Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão. Observatório da Jurisdição Constitucional*. IDP. Ano 6, vol. 1, mai./2013.
- STRECK, L.L. *Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy*. *Revista Direito e Práxis – UERJ*. Vol. 4, n. 7, 2013.
- RAMOS TAVARES, A. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.