

**HIERARQUIA DE VALORES**

**CONSTITUCIONAIS:**

**PRIORIDADE DA LIBERDADE DE**

**EXPRESSÃO?**

# MAIS DO QUE LER, É FAZER PENSAR

Dizia o astuto Shylock, pela boca de Shakespeare, no "*Mercador de Veneza*", que mais valia conhecer as opiniões do juiz do que a prescrição da lei.

O problema da interpretação constitucional é exatamente isto: explicar como as normas constitucionais criadas pelo Poder Constituinte se transformam em *direito judicial concretizado* pela intervenção dos juízes.

# FRAGILIZAÇÃO DO PARLAMENTO

Na tradição da Europa continental, que o Brasil herdou, cultuava-se a *supremacia (soberania) do Parlamento*.

Foram séculos de *légicentrisme* ou *sacralização da lei*, aquilo que Bertrand de Jouvenel chamou de *soberania indefinidamente legislativa*.

A combinação da *idolatria da lei* com a forte *desconfiança* para com os juízes, reduzidos a simples braço do Poder Executivo perdeu sua força de auto-convencimento.

# A DESCONFIANÇA FOCA O PARLAMENTO

Os direitos fundamentais passam a representar uma *desconfiança* para com o legislador.

Cada um desses direitos revela a sua força normativa e a Constituição emerge como manifestação da vontade suprema do Povo e não como fruto da vontade parlamentar.

Konrad Hesse assinala a dupla natureza das normas e princípios constitucionais, como *regra* e como *tarefa* jurídico-constitucionalmente vinculantes para *todos* os *poderes públicos*, neles incluído o legislador.

# RECOLOCAÇÃO DO PODER JUDICIAL

Liberta-se o Judiciário das malhas de um *poder executivo secundário* (Marcelo Caetano), "*en quelque façon nul*" (Montesquieu) para converter-se em defensor *objetivo e independente* da ordem constitucional no seu conjunto.

Em síntese, transforma-se em *contra-estrutura instituída* (Konrad Hesse), em *contra-poder* (Alexander Bickel), para resistir às maiorias episódicas, lábeis e circunstanciais, passadas, presentes ou futuras.

# CONSTITUIÇÃO COMO *FORMA DO DIREITO*

Perante este quadro, a definição de conceitos como os de *limitação* e *restrição* de direitos, a definição de uma teoria *prévia* consequente do *conteúdo essencial* e a *ponderação de bens*, entre outras questões, apresentam-se como *aporias* que reclamam ser clarificadas.

A Justiça constitucional precisa de maior e melhor exegese e rigor na missão da construção jurídica.

# TUDO É INTERPRETAÇÃO

O direito é e se transforma naquilo que é, por força da interpretação.

A Constituição apresenta-se, simultaneamente, como *símbolo* e *instituição*, postulando fidelidade não apenas às *regras*, mas também aos *princípios*.

É a *mutação do paradigma fundamental* (Dworkin): a concepção do direito não *pré-existe* ao ato de interpretar.

# INTERPRETAÇÃO: OPERAÇÃO RETROATIVA

A interpretação implica uma *recriação* do passado à luz do presente e, em particular, uma *reconstrução* do conceito de justiça.

Ela não se esgota na superação do positivismo como ciência jurídica. Implica uma *teoria da constituição*, um *discurso sobre o método*, um conceito conjunto que compreende uma *dogmática jurídica*, uma *metodologia*, uma *teoria da norma jurídica* e uma *teoria da justiça*.



# INSERÇÃO CONTROLADA DE VALORES

A jurisprudência constitucional consiste numa *inserção controlada de decisões de valor* no ordenamento.

O juiz pode proceder a *escolhas racionais* sobre questões fortemente controvertidas, identificando os *valores partilhados pela comunidade* através um processo de interpretação objetiva e de filtragem axiológica.

O drama ou o desafio é que *todos e quaisquer* juízes e tribunais são, no Brasil, *órgãos de justiça constitucional*. Conquista evolutiva ou leitura caótica do texto fundante?

# TUDO É ARGUMENTAÇÃO

O resgate do ensino da retórica permitiu o florescimento de tema central para a filosofia do direito: a teoria da argumentação jurídica.

O enfoque argumentativo é, antes de tudo, forma de pensar o Direito, pautado por outros vértices que não os tradicionais.

A argumentação jurídica é método de justificativa da decisão sobre o caso concreto, bem como de construção das hipóteses favoráveis e desfavoráveis de um caso.

# ARGUMENTAÇÃO É GARANTIA

Se as regras se resolvem por antinomias, os princípios por ponderação, a escolha do método do trabalho constitucional se opera por argumentação.

A justificação argumentativa substitui a imperatividade. A motivação implica em transparência e facilita a correção de equívocos.

A argumentação jurídica é elemento imprescindível ao neoconstitucionalismo.

# RESGATE DA ÉTICA

A ética do discurso, tão em voga em Habermas ou nos que defendem uma ética da responsabilidade social, é, antes de tudo, uma ética da argumentação.

Dessa ética depreende-se que a concepção do Direito como aquilo que é certo ou errado é insuficiente para conter os modelos que admitem mais de uma saída, ou seja, mais de uma resposta certa.

Por isso, é válido o uso do critério de correção, como condutor da moral cognitiva.

# ARGUMENTAR É TER CERTEZA?

A teoria da argumentação não garante a resposta certa - empiricamente falando - mas diminui a incidência da arbitrariedade.

A noção de correção é procedimental e, talvez por isso, a teoria de Alexy é considerada como procedimental e incrementadora de racionalidade.

A ideia moderna de justiça (John Rawls) submete-se à correção racional das decisões pelas suas motivações.

# PATOLOGIAS DO SISTEMA

A argumentação impõe ao juiz depurar as patologias do sistema, existentes dentro mesmo do próprio documento constitucional.

Há conflitos entre direitos fundamentais e põe-se o problema de sua limitação legal em nome de outros direitos ou valores constitucionais.

A colisão entre preceitos substantivos da Constituição é a mais destacada senha de identidade do sistema jurídico constitucionalista.

# COEXISTÊNCIA DE PROJETOS

A Constituição de 1988 pretende expressar uma coexistência de projetos políticos possíveis, juntando princípios plurais e com tendências contraditórias.

Do caráter monolítico da lei, passou-se ao pluralismo constitucional, princípios que traduzem pretensões incompatíveis, multiplicidade de mundos constitucionalmente possíveis, para os quais é urgente solucionar colisões.

# HIERARQUIA MÓVEL

Existe hierarquia entre os direitos fundamentais.

Se são apenas 5 os explicitados - vida, liberdade, igualdade, propriedade e segurança - pode-se considerar que a própria ordem da enunciação exprime a escala axiológica.

Mas *vida* não seria *pressuposto* à *fruição* de qualquer direito? Direito não é expressão intercambiável com *bem da vida*?

Sob essa ótica, *liberdade* seria o mais importante entre os direitos fundamentais. E *liberdade de expressão* é apenas uma das faces do macrodireito liberdade.



# TUDO É ARGUMENTAÇÃO

Uma única e mesma situação ou conduta apresenta propriedades atribuíveis ao Direito e outras atribuíveis ao seu limite.

Os direitos podem ser limitados, mas os limites também o estão e precisamente pelos próprios direitos, sem que *a partir da Constituição* se possa deduzir em que casos triunfam uns ou outros.

Daí o juízo de ponderação casuística tão frequente na jurisprudência.

# O ECLETISMO DA *CONCORDÂNCIA PRÁTICA*

Fala-se em *concordância prática* na situação em que um conflito de direitos não finda com o triunfo total de um ou de outro, senão por meio de uma solução conciliadora que procure satisfazer no maior grau possível ambos os direitos.

Se a *concordância prática* aparece como possível é justamente porque se reconhece que uma mesma conduta ou situação pode e deve atribuir-se tanto ao direito como a seu limite.

# CENÁRIO TURBULENTO

O mundo parece padecer hoje de uma epidemia de incertezas. É que há muitas *certezas* proclamadas e seus ecos atordoam: há os que proclamam *éticas absolutas* e os céticos que pregam a implausibilidade de toda ética e consideram que além dos confins do Direito não existe nada, salvo ideologia e irracionalismo.

Existe a resistência geral das colocações legalistas preocupadas pela possibilidade de que a assunção do modelo neoconstitucionalista incrementa ainda mais a incerteza.

# CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

Para todos os estudiosos do direito e para todas as pessoas que dele necessitam em escala crescente, impõe-se ampliar o horizonte de seus conhecimentos e conceber o Direito como algo mais do que uma técnica sofisticada de mero controle social.

Seria saudável que para os juízes isso significasse assumir um compromisso virtuoso com o ordenamento e adquirir maior familiaridade com a filosofia moral e política.

FIM