

Itinerário para um imprescindível debate metodológico

O aniversário dos 20 anos da Constituição da República suscita reflexão metodológica imprescindível, no sentido de se assegurar a indispensável unidade interpretativa que, a prescindir de reformas pontuais, torne efetivo o projeto constitucional. Tem-se assistido, contudo, a consenso superficial, cálido, amorfo e (por isso mesmo) inquietante acerca das conquistas constitucionais. Visando deliberadamente provocar o debate, não parece ocioso oferecer dez propostas para a superação das concepções dogmáticas que, arraigadas à cultura jurídica pré-constitucional, constituem obstáculos à plena eficácia interpretativa das normas constitucionais nas relações jurídicas de direito privado:

1. O conceito de ordenamento implica, necessariamente, rejeição aos chamados microssistemas, que pressupõem a existência de centros de gravidade autônomos. Isto porque, para que possa ser designado como tal, o ordenamento há de ser sistemático, orgânico, lógico, axiológico, prescritivo, ainda que composto por uma pluralidade de fontes normativas.
2. É equivocada a chamada civilização do direito constitucional, que pretende indicar a suposta influência do direito civil e de suas categorias na interpretação constitucional: são os valores constitucionais que devem impregnar cada categoria do direito infraconstitucional, de maneira unilateral, para que prevaleça a hierarquia axiológica impressa no Texto Maior, sob pena de se obstaculizar o projeto constitucional em nome de soluções legislativas hauridas da práxis judiciária, da tradição histórica ou do próprio mercado, incompatíveis com o sistema.
3. Não se pode atribuir ao legislador infraconstitucional, mesmo quando codificador, a tarefa de estabelecer o sentido e o alcance dos princípios fundamentais do ordenamento, concretizando-os livremente, segundo valorações setoriais. Em outras palavras, as normas infraconstitucionais, pelo fato de conterem maior densidade analítica, não servem de decifradores ou tradutores dos valores constitucionais. Semelhante entendimento acabaria por subverter a ordem hierárquica do ordenamento, aplicando-se os princípios

fundamentais à luz de regras infraconstitucionais, a autorizar, por vezes, o empalidecimento, senão o aniquilamento, das prioridades axiológicas estabelecidas constitucionalmente. Cuida-se de aplicar cada norma infraconstitucional juntamente com os princípios fundamentais, de tal maneira que estes definam o sentido daquela.

4. Não há espaços de não-direito, isto é, não há espaço de subjetividade imune ao espectro de abrangência do projeto constitucional, uma vez que a liberdade não é um dado pré-jurídico. O entendimento contrário pressupõe a dualidade entre o fato social e a norma, contrapõe a liberdade à intervenção legislativa (reduzindo-se o direito à função repressora), de modo a autorizar, aprioristicamente, certos comportamentos humanos, desresponsabilizando seus titulares. Ao contrário, as liberdades hão de ser exercidas plena e intensamente na ordem pública (de solidariedade e igualdade) constitucional.

5. Há de se superar a discussão acerca da aplicação direta ou indireta das normas constitucionais. Em um ordenamento unitário (como não pode deixar de ser), a norma constitucional deve prevalecer com ou sem regra específica, vez que a legislação ordinária apenas encontra legitimidade se conformada aos valores constitucionais, de modo que sua aplicação deve traduzir, sempre, a aplicação da própria Constituição.

6. Não há teorias setoriais de interpretação (interpretação constitucional, interpretação do direito penal, interpretação do direito administrativo, e assim por diante), porque isso faria supor que nem toda interpretação é constitucional. Como toda norma deve ser interpretada à luz dos valores constitucionais, com estes imbricando-se, há somente uma única teoria da interpretação, que se espalha por todos os campos do ordenamento.

7. É de se abandonar, definitivamente, a noção da subsunção, como técnica binária, baseada em etapas sucessivas e lógico-dedutivas, pela qual o intérprete primeiro qualifica para depois enquadrar o suporte fático na norma. A norma jurídica é um *posterius* e não um *prius*, de tal modo que, do processo interpretativo, produz-se, a um só tempo, a norma interpretada e o fato qualificado. O sistema jurídico assim concebido faz convergir a atividade legislativa e interpretativa na aplicação do direito, que permanece aberto a todos os matizes norteadores da vida em sociedade. Daí a imprescindibilidade da fundamentação das decisões e da argumentação que as legitimam.

8. O reconhecimento do papel criativo dos magistrados, como decorrência das assertivas anteriores, não importa em *decisionismo*, ou *voluntarismo judiciário*. A própria noção de segurança jurídica há de ser reconstruída a partir do compromisso axiológico estabelecido pela Constituição da República, com a elaboração de dogmática sólida, capaz de enfrentar a complexidade dos novos fenômenos sociais e de suas mudanças. Nessa esteira, torna-se imperioso fortalecer e difundir a teoria da argumentação, associada à interpretação unitária do ordenamento, não já à valoração individual de cada juiz, a fim de legitimar o discurso jurídico e a decisão judicial.

9. A necessária funcionalização dos institutos de direito privado não serve de apoio a qualquer tendência comunitarista que vinculava, no passado, a iniciativa privada a interesses estatais ou institucionais supraindividuais. Ao revés, traduz o reconhecimento dos valores existenciais constitucionalmente estabelecidos, que privilegiam a pessoa humana e impõem deveres aos titulares de situações jurídicas patrimoniais. Desse modo, de acordo com a função que a situação jurídica desempenha, serão definidos os poderes atribuídos ao titular das situações jurídicas subjetivas. Os legítimos interesses individuais dos titulares da atividade econômica só merecerão tutela na medida em que interesses socialmente relevantes, posto que alheios à esfera individual, venham a ser igualmente tutelados. Vincula-se, assim, a proteção dos interesses privados ao atendimento de interesses sociais, a serem promovidos no âmbito da atividade econômica (socialização das situações jurídicas subjetivas).

10. Há de se separar a lógica proprietária da lógica da pessoa humana: o *ter* do *ser*. Tal promíscua superposição acaba por impedir a promoção dos valores existenciais, reduzindo-os aos paradigmas das relações patrimoniais, no âmbito das quais o conceito de direito subjetivo foi construído a partir da dualidade entre sujeito e objeto. Na categoria do ser, todavia, não existe semelhante bipartição, uma vez que a pessoa encerra, a um só tempo, o elemento subjetivo e objetivo da relação. O Direito brasileiro atribui relevância especial às relações não-patrimoniais, em razão da superioridade axiológica da dignidade da pessoa humana no texto constitucional, a exigir o reconhecimento de garantias e tutelas diferenciadas, traduzidas no plano da regulamentação.