

Princípios Constitucionais: Interpretação Visando à Efetividade dos Direitos Fundamentais

JORGE AMAURY MAIA NUNES

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil do IDP.

DOI: 10.11117/22361766.19.01.01

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é tratar da interpretação constitucional a partir de uma perspectiva em que se considere a existência de antinomias constitucionais relativamente à garantia da efetividade dos direitos fundamentais e, portanto, da necessidade de solucioná-las por meio de critérios e métodos adequados, verificando a hipótese da utilização do critério da ponderação como uma solução possível.

ABSTRACT: The objective of this paper is to treat any constitutional interpretation starting from a perspective in which we consider the existence of constitutional antinomies relatively to the guarantee of the effectiveness of fundamental rights and, therefore, the need to solve them by means of adequate criteria and methods, verifying the hypothesis of using the ponderation criteria as a possible solution.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direitos fundamentais; 2 A Constituição; 3 O intérprete da Constituição; 4 A hermenêutica constitucional e suas peculiaridades; 5 A ponderação de Bens; 6 Em defesa de efetividade dos direitos fundamentais.

INTRODUÇÃO

Atualmente, percebe-se uma crescente preocupação, nos círculos políticos e acadêmicos, a respeito da possibilidade de encontrar meios de aferição que permitam, racionalmente, caracterizar um resultado hermenêutico como correto e, também, permitam controle efetivo sobre a legitimidade do agir do intérprete constitucional, especialmente no concernente à efetividade dos direitos fundamentais.

O propósito da presente investigação é, dentro dessa preocupação maior, fazer um recorte do tema e cuidar da interpretação constitucional a partir de uma presumível existência de antinomias constitucionais relativa-

mente à garantia da efetividade dos direitos fundamentais e, portanto, da necessidade de solucioná-las por meio de critérios e métodos adequados, verificando a hipótese da utilização do critério da ponderação como uma solução possível.

A idéia da realização do estudo decorreu da percepção de que da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, independentemente de seu alargamento em termos de positivação¹, resulta um “efeito de irradiação”², uma força conformadora de uma pluralidade, cada vez mais exuberante, de normas jurídicas, que acaba por sugerir a multiplicação das chamadas colisões de direitos fundamentais.

Para chegar a uma resposta sobre o tema proposto, sugere-se – além da eventual noção de direitos fundamentais – que três indagações estejam colocadas: 1) O quê (e em que ambiente) se interpreta? 2) Quem interpreta? 3) Como se interpreta?

Parece claro que o fornecimento da resposta pressupõe, relativamente à matéria investigada, o exame, de um lado, do que seja (i) Constituição; e (ii) norma constitucional e, de outro, do que sejam antinomias, para chegar à compreensão do conceito de antinomia constitucional ou de fenômeno semelhante, que suscite a atividade do intérprete da Constituição capaz de resolver o estado de tensão que se estabelece quando se manifestam situações antinômicas relativamente aos direitos fundamentais.

O tema das antinomias, de sua vez, se reconduz ao conceito de sistema, mais especificamente de sistema jurídico, ambiente no qual se desenvolve a atividade hermenêutica. Dir-se-ia, mesmo, que, sem o exame prévio do conceito de sistema jurídico, qualquer tentativa de investigação restaria prejudicada. Isso não significa, todavia, qualquer pretensão de esgotamento da matéria. Ao revés, admitindo a plurivocidade do termo como algo que lhe é quase imanente, são debuxadas apenas as linhas doutrinárias principais que permitam situar a questão das antinomias como suporte para o restante da investigação.

Noutra vertente, e respondendo à segunda indagação, coloca-se o tema a partir da figura do intérprete constitucional e como, na Teoria Geral do Direito, pode ser situado o problema, a partir da verificação de que é possível que a diversidade de sistemas jurídicos relativamente à escolha e

1 Há uma inegável expansão da idéia de direitos fundamentais que pode, certamente, provocar o risco de sua banalização e conseqüente enfraquecimento.

2 Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

legitimação do(s) intérprete(s) possua algum grau de influência no resultado da interpretação.

Por derradeiro, coloca-se a questão dos métodos de interpretação constitucional, no atual estágio da hermenêutica constitucional, até chegar ao exame do critério da ponderação, das críticas que lhe são feitas e de seus méritos como forma de solução de conflitos entre princípios constitucionais.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Norberto Bobbio, no seu precioso *A era dos direitos*, reafirmou o ponto de vista que sempre defendeu, no sentido de que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, nascidos sob certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidas de modo gradual, não todas de uma nem de uma vez por todas³.

Também Fábio Konder Comparato⁴, em momento mais recente, realizou intensa pesquisa para cuidar da afirmação histórica dos direitos do homem, percebendo-se da investigação realizada a tomada de consciência do homem incompleto, debatendo-se, no seu caminhar pela História, visando a um último passo, a unificação da humanidade, sempre pautada na construção do reconhecimento dos direitos que lhe são caros, fruto da dor física o do sofrimento moral, “que faz nascer nas consciências [...] a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos”⁵.

É correto afirmar que a história das lutas sociais pelo reconhecimento dos direitos do homem não tem data certa de início. Parece certo admitir, entretanto, a percepção da idéia de Estado moderno e os trabalhos de *Grotius* como um bom referencial a ser adotado para os estudiosos. É que, até então, a própria idéia de direito subjetivo era algo esmaecido nos trabalhos de investigação doutrinária. A partir daí, sim, associam-se as lutas sociais com o reconhecimento de direitos e com a tentativa de universalização do conceito de direitos do homem, ou direitos humanos.

Sem embargo da referência a *Grotius*, é necessário esclarecer que não há, aqui, nenhuma vocação jusnaturalista (em qualquer das vertentes do jusnaturalismo), bem como nenhuma tentativa de fixar aspectos universalizantes dos chamados direitos humanos, nem caráter metatemporal

3 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

4 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

5 COMPARATO, op. cit., p. 37.

e de imutabilidade a esses direitos⁶. Ao revés, é admitido que os parâmetros de universalidade conhecidos se cingem, no máximo, à civilização ocidental e que não há, nem origem comum dos diversos direitos humanos, nem uniformidade de entendimento sobre o que dever ser entendido por direitos humanos. Admite-se que a novos direitos venha ser atribuída essa característica e que mutações sociais possam levar à recusa de outros, à dessuetude ou, mesmo, ao seu repúdio.

A sociedade não esgota o seu evoluir. Ao contrário, as mudanças são cada vez mais bruscas, menos anunciadas, mais drásticas. Os valores históricos são, por definição, cambiantes.

Dados esses condicionantes, é tomado como ponto de partida desta disquisição o *discrímen* entre direitos humanos e direitos fundamentais, estes últimos conceituados como os direitos humanos “reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas constituições, nas leis, nos tratados internacionais”⁷. Igual distinção é feita por Willis Santiago Guerra Filho, na apresentação que faz da obra *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*⁸. Em sentido parcialmente semelhante, para Gomes Canotilho e Vital Moreira, os direitos fundamentais são positivamente consagrados nos textos constitucionais nacionais enquanto os direitos humanos estão consagrados nos tratados e convenções internacionais⁹.

A perspectiva, assim, da efetividade dos direitos fundamentais, é considerada, para os fins deste exame, sempre tendo em conta o que contém o Texto Constitucional.

2 A CONSTITUIÇÃO

Pareceria um truísmo asseverar que, em princípio, toda sociedade possui um ordenamento fundamental que visa a regular o modo por que se regerá ou aceitará ser regida, e no qual são estabelecidos preceitos mínimos que deverão ser obedecidos pelos regentes em face dos cidadãos. Pareceria truísmo, também, afirmar que esses preceitos mínimos constituiriam o esta-

6 Sobre as características normalmente assentadas sobre o jusnaturalismo, veja-se: LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. Especialmente p. 36.

7 COMPARATO, op. cit., p. 57.

8 GUERRA FILHO, Willis Santiago et al. (coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 12.

9 GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA. *Constituição da república portuguesa anotada*. São Paulo: Coimbra: Coimbra, v. 1, 2007.

tuto das liberdades asseguradas aos indivíduos e das prestações positivas a eles devidas pelo Estado, e, mais recentemente, os direitos que exorbitam da seara individual e são atribuídos a coletividades regionais ou étnicas ou, às vezes, de forma difusa, à própria humanidade (direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e até quarta geração)¹⁰⁻¹¹, bem como o reconhecimento de que o exercício do poder há de obedecer ao princípio da divisão dos poderes¹² e que reconhece no Estado constitucional, legitimamente instituído, o centro de irradiação do ordenamento jurídico, a partir da premissa de que o legislativo é a representação da soberania do povo, do qual, afinal, todo o poder emana.

Nem essa conceituação, entretanto, ao mesmo tempo genérica e singela, repetida, com a alteração de uma ou outra palavra, nos manuais de direito constitucional, consegue mais fazer vezes de lugar comum do conhecimento jurídico atual. Com efeito, e apenas à guisa de exemplo, dois juristas, partindo de diferentes vertentes argumentativas, acabam por rejeitar o que vem a ser enunciado.

Giovanni Sartori¹³, que entende que as declarações de direitos não representam uma condição necessária para a existência das constituições, demonstra que, dos 170 escritos hoje existentes, denominados constituição, defluem regras contendo detalhes triviais (reportando-se, nesse passo, especialmente à Constituição brasileira), dispositivos suicidas e promessas impossíveis de cumprir, e atribui o extravio das constituições ao extravio das próprias teorias que explicam o constitucionalismo – essas teorias passaram a pregar que as sociedades livres nascem do pluralismo da sociedade e não da elaboração constitucional.

Gustavo Zagrebelsky¹⁴, de sua vez, partindo da evidente transformação do conceito de soberania do Estado constitucional na Europa, entende que “as categorias do direito constitucional, para poder servir como critério de ação ou de juízo para a *praxis* devem encontrar uma combinação que já não deriva do dado indiscutível de um ‘centro’ de ordenação”. Admite o direito constitucional como um conjunto de materiais de construção, sendo que “o edifício concreto não é obra da Constituição, mas sim de uma polí-

10 Cf. LAFER, op. cit., p. 125 ss.

11 Sobre direitos fundamentais de quarta geração, acompanhamos o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet. In: *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 52-53.

12 Ver, *inter plures*, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 63.

13 SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional: como mudam as constituições*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1996. p. 209 ss.

14 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascon. 3. ed. 1999. p. 13.

tica constitucional que versa sobre as possíveis combinações desses materiais”. Nessa vereda, concede que as sociedades pluralistas¹⁵ atuais atribuem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, mas, sim, de realizar as condições de possibilidade para essa vida¹⁶.

Rejeitando, aqui, incursões de natureza meramente sociológica, mas sem delas descurar, impende buscar uma dimensão única da Constituição que – com as vistas voltadas para o pluralismo de que cogita Zagrebelsky, e sem incidir na trivialidade detalhista denunciada por Sartori – atente para o “condicionamento recíproco existente entre constituição jurídica e realidade social”, como apontado com pertinência por Konrad Hesse¹⁷, visando a conferir à Constituição uma pretensão de eficácia normativa que não se confunda com as condições (históricas e axiológicas) de sua realização, mas que a elas se associe como elemento autônomo, dado que a Constituição não pode representar, insuladamente, a expressão de um “ser” senão que constitui, também, um “dever-ser”.

Esse raciocínio, que valoriza na exata medida os fatores reais do poder, tem, possivelmente, o condão de impedir que se transforme a Constituição na “folha de papel” a que se reportava Ferdinand Lassale¹⁸, para admiti-la como reitora do Estado constitucional do qual retira sua própria conformação.

Se se pode retirar uma imagem do dia-a-dia, a Constituição representa um instantâneo, uma fotografia, num dado momento, da resultante das forças dos exercentes do poder político¹⁹. Ora, parece razoável admitir que os detentores do poder político – que não representam todo o tecido social e que possuem interesses localizados – têm a pretensão de fazer prevalecer o seu projeto de sociedade ou de pacto social. Como, entretanto, essas forças estão, normalmente, em confronto, a resultante fotografada não

15 Sociedades marcadas pela presença de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, sem que nenhum possa impor-se aos outros.

16 Coerentemente, o autor afirma que:

“A coexistência de valores e princípios sobre os quais hoje deve basear-se necessariamente uma constituição para não renunciar a seus atributos de unidade e integração e, ao mesmo tempo, não se fazer incompatível com a sua base pluralista, exige que cada um desses valores e princípios se assumam com caráter não absoluto, compatível com aqueles outros com os quais deve conviver. Somente assume caráter absoluto o metavalor que se expressa no duplo imperativo do pluralismo dos valores (no tocante ao aspecto substancial) e lealdade no seu exame (no tocante ao aspecto procedimental).” (Nossa tradução, p. 14)

17 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991. p. 13.

18 LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1988. *Passim*.

19 Na expressão “exercentes do poder político” não de estar compreendidas as forças extra-institucionais do poder, os *pressoure groups*, com aptidão para influenciar, em maior ou menor grau, sobre a formação do pacto fundador.

representa, a rigor, nenhuma sociedade existente, mas, sim, uma sociedade possivelmente desejada, ou somente admitida naquele momento em que o confronto das forças gerou a resultante.

De outra parte, convém considerar que a realização da pretensão normativa da Constituição, defluente da maior ou menor correspondência com o querer social, configura importante fator de contenção, no sentido da manutenção do *status quo*. Em outras palavras, a força normativa da Constituição decorre do querer da sociedade e, ao mesmo tempo, a ela impõe conduta constitucional.

Nesse sentido, Meirelles Teixeira²⁰ afirmava que se percebe, no fenômeno constitucional (e na norma jurídica em geral), algo que é, ao mesmo tempo, produzido pela sociedade, mas que se apresenta capaz de influir sobre ela, modificando-a, disciplinando-lhe as forças em luta.

Há, entretanto, um razoável consenso dos constitucionalistas a respeito do que deve constituir o cerne da responsabilidade estatal em obediência ao pacto fundador: a proteção da dignidade da pessoa humana²¹ como princípio de irradiação de toda a tessitura constitucional. A dignidade da pessoa humana – observam Gomes Canotilho e Vital Moreira – fundamenta e confere unidade não apenas aos direitos fundamentais – direitos individuais e direitos sociais e econômicos – mas, também, à organização econômica²².

Posto isso, parece possível acolher o conceito de Dalmo de Abreu Dallari: “A Constituição é a declaração da vontade política de um povo, feita de modo solene por meio de uma lei que é superior a todas as outras e que, visando à proteção e à promoção da dignidade humana estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo”²³.

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E REGRAS CONSTITUCIONAIS: CARACTERIZAÇÃO

O fato de a Constituição representar uma sociedade simplesmente desejada ou admitida como decorrência do confronto das forças políticas, apresentado ao início desta seção, constituiu uma simplificação do proble-

20 TEIXEIRA, Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 58.

21 Constitui esse princípio, acolhido no rol das modernas constituições (v.g. as do Brasil, Portugal, art. 1º, e Alemanha, art. 1º), ao lado do direito à vida, o núcleo essencial da proteção aos direitos fundamentais.

22 Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*: interpretação e crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 214.

23 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 21.

ma constitucional, realizada como forma de primeira aproximação do ponto fulcral do exame a ser realizado.

Com efeito, e tomando como paradigma a Constituição brasileira de 1988, o produto desse confronto significa, quase sempre dizer, que o processo constituinte não se desenvolve sob o signo do consenso, “traduzindo, ao revés, a síntese dialética de concepções e ideais políticos diversificados” implicando que “tais constituições acabam abrigando normas derivadas de matrizes ideológicas antagônicas que, ao incidir sobre casos concretos, podem indicar soluções diametralmente opostas”²⁴.

O primeiro consectário a ser observado dessa síntese dialética é o aspecto peculiar que assume o ordenamento constitucional. As normas que o compõem, normas fundantes do pacto político, normas de referência, enquadram-se, em sua grande parte, na categoria de normas-princípio, embora não seja desarrazoado o número de normas-regra incrustadas nas constituições compromissórias, como o é a brasileira.

A estrutura sistêmica de que se trata – e que permite compreender a Constituição como um “sistema aberto de regras e princípios” como forma de manter ao mesmo tempo a segurança normativa e o “espaço constitucional” apto a contemplar os valores e interesses das diversas vertentes do poder político de que já falou em outro momento – exige uma breve digressão sobre a distinção, a todas as luzes controvertida, entre princípios constitucionais e regras constitucionais. Nesse campo, algumas questões vão se tornando lugar-comum na literatura especializada, como, por exemplo, a afirmação, centrada no magistério de Alexy, de que os princípios são mandados de otimização enquanto que as regras jurídicas são ordenações de vigência²⁵. Além dessa distinção, que representa uma espécie de *communis opinio*, há um sem-número de controvérsias a respeito do tema e uma plethora de critérios sugeridos para o estabelecimento da diferença fundamental entre esses dois tipos de norma. Cogita-se, aqui, dos principais e apenas na medida em que necessários ao desate do tema proposto.

24 Cf. SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 36-37.

25 *Inter plures*, confirmam-se: LAFER, Celso. Filosofia do direito e princípios gerais: considerações sobre a pergunta “o que é a filosofia do Direito”. In: LAFER, Celso et al. *O que é a filosofia do Direito?* Barueri: Manole, 2004. p. 62; STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 42; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos organizadores*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 394; SARMENTO, op. cit., p. 52.

Os princípios, que contemplam a pauta dos valores constitucionais, são referentes e possuem um grau de abstração²⁶ maior do que o das regras, que são referidas. Em contrapartida, os princípios possuem um grau de determinabilidade do seu raio de aplicação, em relação aos casos concretos, muito menor do que o das regras.

As regras jurídicas, quanto ao modo de aplicação, seguem a lógica do tudo ou nada (se ocorrem os fatos sobre que devem incidir, incidem, se são válidas; não incidem, se não são válidas). Já com relação aos princípios, como se verá com mais vagar, posteriormente, as coisas não se passam assim. As suas formas de incidir e conviver ocorrem em plano diverso, que não privilegia a hesitação validade/invalidade. É que os princípios possuem uma dimensão de peso (variável ou flexível) que não é encontrável nas regras.

Ainda quanto à distinção – no campo da aplicação –, cabe anotar que os princípios, ao contrário das regras, não permitem a realização de processos subsuntivos, justamente em razão de sua baixa densidade normativa, de seu insuficiente grau de concretização.

2.2 SISTEMA JURÍDICO E ANTINOMIAS

Robusta parcela da doutrina, ancorada, dentre outros, nos ensinamentos de Kelsen, entende não ser possível a ocorrência de contradições normativas dentro do ordenamento jurídico – a partir da premissa de que o ordenamento jurídico constitui um sistema –, exatamente porque “sistema equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas”. Esse é, por exemplo, o magistério de Norberto Bobbio, que adita²⁷: “Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas”²⁸.

Em posição diversa, Marcelo Neves²⁹ parte da definição de sistema como um conjunto de elementos (partes), que entram em relação, formando um todo unitário, e do reconhecimento de que todo sistema implica elementos (reais ou proposicionais), relações e, também, unidade, que pode decorrer de uma fundamentação unitária (sistema proposicional) ou da forma em que se apresentam ao sujeito cognoscente os modos de se relaciona-

26 Os princípios podem ser densificados por subprincípios ou por regras.

27 Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Unb, 1999. p. 80.

28 Cabe, entretanto, o registro de que, em outra passagem, p. 113, Bobbio afirma que a coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento.

29 NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 3-11.

ram os seus elementos (sistema real ou empírico) para, daí, concluir que a coerência, ou compatibilidade interpartes, não se inclui entre as notas essenciais do conceito de sistema.

Assevera, assim, que a compatibilidade das partes é uma condição necessária apenas para os sistemas proposicionais com função teórica. Não assim para os com função prescritiva, por estarem localizados no “mundo” da *praxis* e não na ordem do *logos* ou da *gnose*.

Assim, e por estarem no mundo da *praxis*, os “sistemas normativos” contêm, não raramente, antinomias, que lhes eliminam parcialmente a consistência, na medida em que as normas incompatíveis neles permanecem” enquanto não forem expulsas de acordo com as regras de rechaço concebidas no próprio sistema³⁰.

Se há divergência quanto ao conceito de sistema, outro tanto não se dá com relação ao de antinomia. Para ambos, se duas normas pertencem ao mesmo ordenamento e ocorre coincidência, total ou parcial, dos respectivos âmbitos de vigência temporal, espacial, material e pessoal, ocorre o fenômeno apelidado de antinomia; se essas duas normas forem contraditórias (no sentido de uma proibir e outra permitir a mesma conduta)³¹, atingirem a consistência sintática do ordenamento jurídico³² – e colocarem o destinatário numa posição de insustentabilidade³³: ao acolher o comando de uma norma, retira-se, naquele momento, a aptidão para produzir efeitos (= a eficácia)³⁴ da outra.

São suscitadas diversas classificações relativamente às antinomias, sendo de mencionar, aqui, a que distingue as antinomias reais das antinomias aparentes³⁵, fundando-se a distinção na existência ou não de regras para sua solução, chamando-se antinomia aparente aquela que admite a incidência de tais regras técnicas que “ao ser utilizadas parecem ter resolvido

30 Ibidem, p. 9.

31 O Professor Tercio Sampaio Ferraz Junior distingue: (i) antinomia lógico-matemática, quando um enunciado é simultaneamente contraditório e demonstrável; (ii) antinomia semântica, quando resulta de deduções corretas baseadas em premissas coerentes, mas que possuem incoerências ocultas na estrutura de níveis de pensamento e da linguagem e (iii) antinomia pragmática, quando as seguintes condições são preenchidas: 1) forte relação complementar entre o emissor de uma mensagem e seu receptor; 2) nos quadros dessa relação, é dada uma instrução que deve ser obedecida, mas que deve ser desobedecida; 3) o receptor fica numa posição insustentável. Nessa terceira modalidade, situa a antinomia jurídica. p. 207-209.

32 Op. cit., p. 36.

33 Como preleciona o Professor Tercio Sampaio Ferraz Junior. p. 209.

34 É reconhecido, desde logo, o caráter plurívoco do termo eficácia que aqui é utilizado como a aptidão da norma para produzir efeitos.

35 Distinguem-se, também, as antinomias em próprias e impróprias e, quanto à extensão, em antinomia “total-total”; antinomia “total-parcial” e antinomia “parcial-parcial”. Quanto a essa última distinção, cf. ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. p. 158.

apenas falsos problemas” porque, “no mais das vezes, as chamadas regras de solução de conflitos são invocadas pelos aplicadores do direito menos para resolver do que para declarar inexistentes supostos defeitos lógicos nos ordenamentos em que operam”³⁶.

Se se trata de antinomia aparente, o conflito se resolve pela utilização (i) do critério cronológico *lex posterior derogat priori*; (ii) do critério hierárquico *lex superior derogat inferiori*; e (iii) do critério da especialidade *lex specialis derogat generalis*.

Se a questão for de antinomia real, a rigor, a solução não se encontra na aplicação de nenhum desses critérios. Aliás, esse tipo de antinomia pode evidenciar-se, justamente, na tentativa, frustra, de aplicação desses critérios quando ocorra conflito entre eles, porque aplicável mais de um ao caso concreto, v.g. (i) conflito entre o critério hierárquico e o cronológico; (ii) entre o da especialidade e o cronológico; e (iii) entre o hierárquico e o da especialidade.

Se for esse o caso, a doutrina aponta solução: para (i), prevalece o critério hierárquico; para (ii), prevalece o critério da especialidade; e para (iii), Bobbio não oferece resposta segura, mas narra um caso concreto decidido na Itália, pela Corte Constitucional, em que foi decidido pelo critério da especialidade, contra o hierárquico (tratava-se de norma constitucional!)³⁷.

Se a antinomia se estabelece entre normas cronológica, hierárquica e especialmente semelhantes, não há a possibilidade de aplicação desses critérios. É certo, entretanto, que – como já afirmado anteriormente – ao acolher o comando de uma norma, o aplicador retira, momentaneamente, a aptidão para produzir efeitos (= eficácia) da outra que, sem embargo, continua como norma do sistema até que venha a ser retirada por meio das técnicas de expulsão nele previstas (ab-rogação ou declaração de inconstitucionalidade, se for o caso).

2.3 ANTINOMIAS DE PRINCÍPIOS

Quando se cuidou, no item 2.1, da distinção entre regras e princípios, ficou assinalado que estes não seguem a lógica do tudo ou nada, o que, em tese, sugere a inviabilidade do acolhimento do reconhecimento de antinomias entre princípios constitucionais – embora, ainda em tese, seja possível reco-

36 Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. Racionalidade hermenêutica: acertos e equívocos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 360.

37 BOBBIO, op. cit., p. 107-110.

nhecer antinomia entre regras constitucionais –, cuja eventual colisão não se insere no âmbito da discussão validade/invalidade.

Por outro fundamento, J. J. Gomes Canotilho chega à mesma conclusão. Deveras, para o constitucionalista português, o princípio da unidade hierárquico-normativa (= todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade), “conduz à rejeição de duas teses, ainda hoje muito correntes na doutrina do direito constitucional: (1) a tese das antinomias normativas; (2) a tese das normas constitucionais inconstitucionais”³⁸.

Noutra vertente, e partindo do magistério de Tercio Sampaio Ferraz Junior, no sentido de que, para que ocorra antinomia, é necessário que o receptor fique numa posição de insustentabilidade, parece não ser, realmente, o caso de falar em antinomia de princípios porque o receptor não terá de desobedecer a um para obedecer ao outro e sim, como será visto, de estabelecer um critério de dimensionamento e aplicabilidade de um e de outro.

Sem embargo disso, *i.e.*, mesmo não sendo possível cogitar da lógica do tudo ou nada, mesmo não sendo suposta contradição entre princípios capaz de gerar antinomias, é fato que, aos olhos do aplicador, podem surgir momentâneos estados de tensão que sugiram colisão dos princípios insculpidos na Constituição que, como apontado preambularmente, é fruto de forças políticas de natureza plural, com diferentes matizes ideológicos.

3 O INTÉRPRETE DA CONSTITUIÇÃO

Antes de ingressar, porém, no exame dos métodos hermenêuticos aptos a permitir a solução dos conflitos entre princípios constitucionais, é preciso tecer uma breve consideração sobre a figura do intérprete da Constituição, sobre o sujeito que deve realizar a hermenêutica constitucional.

Vale, qualquer que seja o intérprete, o apontamento, muitas vezes lançado, de que ele será sempre um sujeito histórico, com suas vivências, sua “localidade” e sua temporalidade, o que implica que suas decisões hão de refletir, em maior ou menor medida, o mundo em que vive, a forma como nele vive e o modo como o vê, o que permite afirmar que a hermenêutica é, sobretudo, um processo experiencial.

Parece certo, assim, afirmar que a neutralidade hermenêutica é uma impossibilidade humana decorrente de sua própria historicidade. Daí o dilema doutrinário de encontrar a justa medida entre o “poder criador do

38 CANOTILHO, J. J. Gomes. *op. cit.*, p. 191.

direito”, que deflui da interpretação realizada pelos sujeitos legitimados, e a necessidade de controlar esse poder.

Sobre o fato de que o juiz cria direito, não parece sobejar dúvida séria. O que se questiona é o limite em que isso se dá e que não pode ir a ponto de acatar a afirmação de Charles Huges que, à força da repetição inconseqüente, é já um quase axioma. “A lei não é o que é. Ela é o que o Judiciário disser que ela é”³⁹. Ora, se somente ao Judiciário couber dizer o que é a Constituição e quais leis são ou não com ela compatíveis, toda a sua conduta, por mais estranha e arbitrária que possa parecer, poderá ser, em tese, por ele mesmo, julgada constitucional. Convém afastar, pois, esse entendimento que coloca o Judiciário acima da lei, acima do bem e do mal. A lei é o que ela é, e o Judiciário tem de dizer exatamente o que ela é (!) naquele momento histórico.

É claro que o advérbio “exatamente”, retrolançado, pode constituir uma demasia. O objetivo, porém, é apenas o de chamar a atenção para a necessidade de efetivo controle da atividade do intérprete constitucional. Afinal, convém ter presente a advertência de Lord Devlin:

“É grande a tentação de reconhecer o Judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se-ia, contudo, de desviação só aparentemente provisória; em realidade, seria ela a entrada de uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário.”⁴⁰

Por óbvio que a advertência, que tem no Judiciário seu ponto de preocupação maior, é aplicável, em maior ou menor grau, a outros intérpretes constitucionais, sendo possível estabelecer, *a priori*, um critério segundo o qual ela terá sua pertinência em função da maior ou menor legitimação democrática de primeiro grau (= aferível pelo voto direto, secreto e universal, para o exercício de mandato temporário). Vale, por isso, examinar os intérpretes da Constituição a partir de sua inserção em dois dos principais sistemas de verificação de constitucionalidade.

3.1 AS CORTES DE CONSTITUCIONALIDADE E O CONTROLE DIFUSO

A doutrina tem entendido, sistematicamente, que a atividade do intérprete constitucional ou é política ou é jurisdicional, fundada no reconhecimento de que existe um controle político e um controle exercido por órgãos da jurisdição. Sem aplaudir esse entendimento, cabe tecer alguns comentários.

39 Apud VELLOSO, Carlos Mário. *O Superior Tribunal de Justiça: competências originária e recursal*. Recursos no Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 3.

40 Apud CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 93.

Por controle político entende-se, em princípio, aquele exercido por “entidade com missão exclusiva, ou principal, de verificar se os diversos atos das autoridades estão de acordo com a Constituição”⁴¹.

Há outra modalidade de controle político exercido por órgãos especialmente criados para esse fim, órgãos diversos dos três Poderes normalmente reconhecidos no tradicional princípio da separação de Poderes. Com efeito, na história recente da Europa Continental, tem sido usual a criação dessas Cortes Constitucionais, cuja atividade preponderante é o controle de constitucionalidade de leis. Esses órgãos especiais⁴², regra geral, mas não necessariamente, se inserem fora da estrutura do Poder Judiciário e ostentam uma posição suprapoderes (Legislativo, Executivo, Judiciário), objetivando, mesmo, dirimir eventuais dissídios entre eles.

Controle jurisdicional de constitucionalidade, de outra sorte, é a verificação da compatibilidade de leis com a Constituição, realizada por órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário, sendo irrelevante, para a conceituação, que haja um órgão do Judiciário criado especialmente para esse fim ou que o controle seja exercido indistintamente por quaisquer órgãos judicantes.

É certo, porém, que o controle jurisdicional, quanto ao órgão incumbido, possui, pelo menos, duas variantes possíveis. Uma (decorrente da chamada vertente norte-americana), em que o controle é exercido de forma difusa, competindo esse mister a todos os órgãos da jurisdição, indistintamente; outra (decorrente da chamada vertente austríaca), em que esse poder é enfeixado na competência de um único órgão, a que se denomina sistema concentrado.

Ocioso dizer que, na chamada vertente norte-americana, sobretudo na mais extremada, os intérpretes constitucionais são muitos – *i.e.*, coincidem com os juízes de qualquer grau do judiciário – mas são somente a rigor os membros do poder judiciário e, com algum esforço de concessão, os membros das comissões de Constituição e justiça do Poder Legislativo.

3.2 A CONTRIBUIÇÃO DE PETER HÄBERLE PARA IDENTIFICAÇÃO DO INTÉRPRETE DA CONSTITUIÇÃO

Peter Häberle⁴³ – que tem como referência um sistema jurídico que privilegia a vertente austríaca – sugere que, no processo de interpretação constitucional, devam estar engajados todos os órgãos estatais, todas as po-

41 PINTO FERREIRA, op. cit., p. 20-21.

42 Segundo Carlos Mário Velloso, o controle político “é feito por órgão de natureza política, órgão não integrante do poder judiciário, órgão do legislativo ou do executivo ou órgão especial” (RDP, v. 92, p. 45).

43 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

tências públicas e todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco, *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. Opõe-se, assim, a uma sociedade fechada de que tomam parte apenas os intérpretes jurídicos vinculados às corporações e prega que essa abertura há de ser concebida como consequência do conceito “republicano”, aliás, em consonância com o caráter pluralista da Constituição.

É claro que tal conceito parte da correta premissa de que, ao fim e ao cabo, todos os partícipes da sociedade constitucional são, em certa medida, co-intérpretes da Constituição. Da premissa decorre a expectativa de que os constitucionalmente legitimados (= poderes instituídos) a interpretar a Constituição sofram a influência da “esfera pública pluralista” e passem a “interpretar a Constituição em correspondência com sua atualização pública”⁴⁴.

4 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E SUAS PECULIARIDADES

Doutrinadores que têm se debruçado sobre o tema da hermenêutica constitucional, sistematicamente, vêm recusando à chamada hermenêutica clássica (método literal, histórico, sistemático, teleológico) aptidão suficiente para solução dos intrincados problemas que a interpretação constitucional suscita. Tal insuficiência decorreria, principalmente, do fato de que a norma constitucional traz, em si, uma pauta de valores, manifesta-se por meio de normas abertas que não permitem, de plano, a realização de processos subsuntivos ou processos de incidência imediata.

Vale lembrar, adicionalmente, que esses critérios foram formulados a partir das necessidades do direito privado, embora, é certo, esse fato não seja suficiente para inadmitir sua aplicabilidade à hermenêutica constitucional.

Não obstante isso não seja, *per se*, suficiente para demonstrar a inadequação dos critérios, é preciso considerar o fato, antes apontado, de que o estatuto constitucional é um repositório de princípios, mais do que de regras, com todas as especificidades daí decorrentes (baixa densidade normativa, maior amplitude, menor grau de determinabilidade de incidência etc.). A prudência recomenda, então, a utilização desses critérios com parcimônia e em conjunto com outros métodos e critérios concebidos especialmente para o objeto constitucional, tais assim, apenas exemplificando, o método hermenêutico-concretizador, o científico-espiritual e o normativo-estruturante.

44 Ibidem, p. 41.

5 A PONDERAÇÃO DE BENS

Antes de examinar o tema da ponderação de bens, cabe um registro de natureza meramente terminológica. A doutrina e a jurisprudência⁴⁵ vêm tratando o assunto considerando a ponderação de bens como sinônimo da proibição do excesso ou princípio da proporcionalidade (aqui considerado na sua tríplice dimensão: (i) necessidade, (ii) adequação, e (iii) proporcionalidade em sentido estrito) ou como sendo a ele vinculado na sua aplicação.

Para os fins deste trabalho, considera-se princípio da proporcionalidade somente aquele destinado a resolver questões que envolvam a interpretação de uma regra infraconstitucional com relação a um único fundamento constitucional de validade, ou seja, quando não estejam em conflito dois princípios constitucionais, mas somente o ajustamento da norma jurídica de incidência imediata (regra jurídica) a um preceito constitucional, para que possa ser constitucionalmente aplicada.

Critério de ponderação, portanto, será considerado somente como aquele destinado à solução de conflitos entre dois princípios constitucionais.

Partindo das premissas fixadas precedentemente, e reconhecendo a pletora de problemas decorrentes da multiplicidade de métodos e princípios da interpretação constitucional⁴⁶, oferece-se o critério da ponderação como possível solução para o conflito de princípios constitucionais.

Se, como já asseverado, os princípios não possuem alto grau de determinabilidade de aplicação às hipóteses sobre que devem incidir – necessitando de densificação por meio de outros (sub)princípios ou regras, então fica evidenciada a dificuldade de encontrar suas extremidades e a possibilidade de colisão *interna constitutionis* mormente porque, como assentado, os princípios constitucionais nas constituições compromissórias possuem os mais diversos matizes, sendo de acentuada dificuldade encontrar um norte constitucional.

Mais se acentua essa necessidade de acatamento do princípio da ponderação quando se tem como assente que, pelo princípio da unidade da

45 V. Intervenção Federal nº 2.915-5, Rel. Min. Gilmar Mendes.

46 Afinal, como adverte, criticamente, Inocêncio Coelho, o que significam, objetivamente, expressões tais como “unidade da constituição”, “concordância prática”, “interpretação conforme”, “exatidão funcional” ou “máxima efetividade” com que se rotulam os princípios da interpretação constitucional se também essas locuções estão sujeitas a contradições e conflitos de interpretação? A que resultados, minimamente controláveis, se pode chegar partindo de métodos cuja esotérica denominação – “hermenêutico-concretizador”, “científico-espiritual” ou “normativo-estruturante”, por exemplo – mais confunde do que orienta os que adentram o labirinto da sua utilização? (*Racionalidade hermenêutica*, p. 366)

Constituição (considerado também na sua dimensão hierárquico-normativa, que não admite hierarquia de supra/infra-ordenação no interior da lei constitucional), o intérprete está obrigado “a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão entre as normas constitucionais”⁴⁷.

6 EM DEFESA DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como assinalado anteriormente, a tutela constitucional dos direitos fundamentais parece encontrar seu núcleo no princípio da dignidade da pessoa humana. A aplicação, pois, do princípio da ponderação há de sempre privilegiar esse princípio nuclear como premissa da realização de uma interpretação constitucionalmente adequada. Isso deve ser feito até como forma de escapar às críticas à utilização desse critério, que são, assim, sumariadas por Daniel Sarmento⁴⁸: (i) ocorreria um esvaziamento dos direitos fundamentais, submetidos a uma espécie de reserva de ponderação; (ii) o critério de ponderação é inconsistente e não oferece pautas materiais para a solução dos casos concretos; (iii) o critério implica a outorga de poderes excessivos ao Poder Judiciário.

Vale aduzir, com relação a essas críticas que: quanto ao primeiro argumento, peca ou pelo excesso ou por inadequado. O que a ponderação de bens visa é, justamente, a evitar o esvaziamento de um ou de alguns dos direitos fundamentais. Com efeito, a relativização dos direitos fundamentais (ou, dito de outra forma, o reconhecimento de que não existem direitos absolutos), ao invés de enfraquecê-los, permite-lhes a convivência, o que seria impossível sem essa relativização. Diga-se, de outra sorte, que a alternativa à utilização do critério de ponderação seria uma espécie arbitrária de hierarquização dos direitos fundamentais como sugerido por Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴⁹, sendo certo que, no estabelecimento da escala hierárquica, ficar-se-ia sempre ao arbítrio do fixador. O Professor Ferreira Filho, por exemplo, acolhe no ápice da escala a propriedade privada e a liberdade individual.

O que se sugere, na esteira do raciocínio de Celso Lafer⁵⁰, é a hierarquia móvel ou relação de precedência condicionada. A ponderação sempre realizada no caso concreto supõe que os princípios não sejam sempre sope-

47 GOMES CANOTILHO, op. cit., p. 226.

48 SARMENTO, op. cit., loc. cit.

49 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os direitos fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, n. 203, p. 1-10, 1996.

50 LAFER, op. cit., passim.

sados da mesma maneira. O seu peso é variável, conforme se apresentem os fatos no caso concreto.

A realizar-se, entretanto, alguma espécie de hierarquia de princípios, pareceria mais consentâneo com a cidadania universal colocar no topo da escala o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, verdadeiro sobreprincípio a informar todos os outros, como vem sendo sustentado ao longo deste trabalho.

No que respeita à segunda crítica, relativa à ausência de pautas materiais para a solução de casos concretos, é preciso reconhecer sua parcial pertinência. Tanto é assim que a doutrina vem se debruçando sobre o tema visando a colmatar essa lacuna. Recentemente, Ana Paula de Barcellos buscou estabelecer “alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional”⁵¹, chegando ao seguinte: (i) as regras têm preferências sobre os princípios constitucionais; (ii) os direitos fundamentais têm preferência sobre as demais disposições normativas (ou a solução que prestigia a dignidade humana tem preferência sobre as demais).

Quanto ao segundo critério, não parece sobejar dúvida. No pertinente ao primeiro, a autora traça extensas considerações para demonstrar a higidez de seu argumento, justas considerações, que, entretanto, poderiam ser hostilizadas com argumentos igualmente fortes, o que poderia ensejar a necessidade do estabelecimento de um novo critério para saber quando esse critério poderia ou deveria ser utilizado.

No que concerne à terceira crítica ao critério de ponderação, qual seja a de que a sua admissão implica a outorga de poderes excessivos ao Poder Judiciário, ocorre uma verdadeira *aberratio ictus*. Decididamente, esse não é um problema que decorra da utilização do critério. É, ao revés, um sério problema que decorre da controlabilidade do agir do intérprete, quaisquer que sejam os métodos e critérios de que faça uso. É, entretanto, uma quimera tentar eliminar o problema; o que se consegue, sem dúvida, é, mais ou menos na esteira do sugerido por Häberle, movimentar a comunidade no sentido de tentar impor a sua interpretação da Constituição aos intérpretes oficiais.

Bem é de ver, entretanto, que a utilização do critério da ponderação, tendo como ponto de partida a dignidade da pessoa humana para solução dos conflitos constitucionais é somente um bom começo. É que a efetividade

51 BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-118.

dos direitos fundamentais exige outros planos de atuação diversos da simples interpretação.

Deveras, e apenas à guisa de exemplo, pode-se pensar que, num dado ordenamento jurídico, o dever de proteção e respeito aos direitos fundamentais se derrama para além dos poderes públicos e atinge a sociedade civil. Não basta dizer que as normas definidoras de direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata e eficácia plena. É necessário que essa proposição sintática encontre correspectividade normativa e incida também no mundo sensível.

Não basta que incida. É necessário que incida atempadamente. Deveras, na seara do poder público, a efetividade dos direitos fundamentais é vinculada, embora não exclusivamente, a uma proteção jurisdicional efetiva. Ainda a título de exemplo, no *Annuaire international de justice constitutionnelle*, do ano de 2000⁵², há a informação de que a Corte Constitucional da Alemanha considerou a duração excessiva de um procedimento jurisdicional como violação do direito à proteção jurisdicional efetiva.

Do mesmo *Annuaire*, se retira a informação de que, no mesmo ano, o Tribunal Constitucional da Espanha recebeu, preponderantemente, recursos de amparo cujo objeto era exatamente a alegação de violação do direito fundamental à proteção jurisdicional efetiva⁵³.

Quer dizer, não é suficiente, nem aqui nem alhures, um exuberante catálogo de direitos fundamentais. É necessário que os Poderes do Estado, em especial o Poder Judiciário, respondam, a tempo e modo, aos reclamos da cidadania. É necessário que o Estado confira ao cidadão os instrumentos processuais adequados para a provocação e o exercício desses direitos fundamentais perante qualquer dos poderes e que a leitura jurídica que se faça da aplicabilidade desses instrumentos processuais seja consentânea com sua realização plena. Já basta a frustração experimentada com as primeiras decisões sobre o mandado de injunção (não se cogita de decisões em que o instituto era evidentemente incabível) em que se percebia certa abulia do Poder Judiciário em aplicá-lo, como se fosse possível a existência de um instituto de estatura constitucional criado, na linguagem matemática, para reger um conjunto vazio.

52 Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle. Direction: Louis Favoreu.: Paris: Econômica; Aix-en-Provence: Presses Universitaires, d'Aix-en-Marseille, 2001. p. 519.

53 Idem, p. 608.