CONSTITUCIONALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE: UMA QUESTÃO POLÍTICA?*

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO*

1. Colocação do tema; 2. A distinção entre regras e princípios e a sua relevância para a interpretação constitucional; 3. Métodos e princípios da interpretação constitucional; 4. Constitucionalidade e inconstitucionalidade: uma questão política; 5. Conclusão.

1. *Colocação do tema*

Para esclarecer, desde logo, o porquê da pergunta que serve de mote para esta exposição, relembremos a conhecida frase de Charles Hughes — então Governador do Estado de Nova York e, mais tarde, membro da Suprema Corte dos Estados Unidos —, a proclamar que os americanos viviam sob uma constituição, mas que essa carta política era aquilo que os seus juízes achavam que ela era, uma sentença evidentemente polêmica, mas que nem por isso é desprovida de fundamento.[1]

Assumido esse ponto de partida, cumpre registrar que a frase de Hughes não compromete o princípio da separação dos poderes, porque tanto nos Estados Unidos, quanto nas demais nações democráticas — ressalvadas pequenas diferenças de concepção, que não lhe comprometem a essência —, jamais se contestou a validade desse princípio, de resto uma exigência de natureza *histórica* e *ideológica*, cuja observância, de par com o respeito aos direitos e garantias individuais, pelo menos desde a Revolução Francesa é reputada indispensável para que se reconheça a dignidade de Estado *constitucional* a toda comunidade política.

O de que se trata, portanto, é de situar as palavras de Charles Hughes no contexto da jurisdição constitucional norte-americana, que lhe inspirou a formulação, uma

1 Sobre essa afirmação, que entende conter um sofisma, ver as críticas de Sebastián Soler. *La Interpretación de la Ley*. Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, págs. 89/90.

* Palestra proferida na Universidade Gama Filho-RJ, em 01/06/00, por ocasião do VII GAMAJUR.

realidade essencialmente idêntica à de todos os países cujas leis fundamentais — especialmente na sua parte *dogmática* — ao se estruturarem como *sistemas abertos de regras e princípios*[2], só por isso se tornam "vulneráveis" a múltiplas e cambiantes interpretações.

No caso emblemático dos Estados Unidos, essas *mutações constitucionais*[3] mostram-se tão intensas quanto necessárias, seja pelo supersticioso respeito que os americanos devotam ao texto dos *Pais Fundadores* — não por acaso, em mais de 200 anos, a Constituição de 1787 só recebeu 27 Emendas, a última das quais em 1992[4] —, seja pelo crescente ativismo da Suprema Corte, um órgão eminentemente *judicial* nos primórdios do seu funcionamento, como registrou o próprio Hughes[5], mas que no correr dos anos, em larga medida com o apoio da opinião pública, veio a se converter numa *Superlegislatura* ou numa simples *variante do poder legislativo.*[6]

Noutras palavras, quando se afirma que o sentido dessas constituições, conquanto se deva presumir objetivo, em verdade é aquele fixado pelos seus intérpretes mais autorizados — no caso, pelas cortes que exercem a jurisdição constitucional — o que se está a dizer é que nesses sistemas jurídicos, porque (a) trabalham com fórmulas lapidares ou enunciados abertos e indeterminados, quais os que definem os direitos fundamentais nas constituições modernas; (b) estão situados fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais[7]; e (c) desfrutam de singular autoridade, esses intérpretes finais da constituição acabam positivando a sua concepção de justiça rigorosamente a sua *ideologia* — que outra não é senão aquela da classe social, hegemônica, que eles integram e representam.[8]

2 Sobre esse conceito, ver Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Coimbra, Almedina, 1998, pág. 1.033.

3 Sobre *mutação* ou transição constitucional, ver também Gomes Canotilho, op. cit., págs.1.101/1.103; Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da Constituição.* São Paulo, Max Limonad, 1986, pág.10.

4 A Emenda 27 dispõe que toda lei que altere a remuneração de senadores e deputados só entra em vigor na legislatura seguinte. Proposta por James Madison, foi aprovada pelo Congresso em 1789 e submetida aos Estados para ratificação, a fim de se incorporar ao texto da Constituição, que só veio a ocorrer — mais de 200 depois — em 7/5/92, quando obteve a 38ª manifestação favorável, do Estado de Michigan.

5 *La Suprema de Estados Unidos.* México, Fondo de Cultura Económica, 1946, págs. 46 e 55.

6 Edward S. Corwin. *A Constituição Norte-Americana e seu significado atual.* Rio, Zahar Editores, s/d, pág. 304; Christopher Wolfe. *La transformación de la interpretación constitucional.* Madrid, Civitas, 1991, págs. 15/28.

7 Mauro Cappelletti. "*O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais*", *Revista de Direito Processual Civil.* São Paulo, Saraiva, 1961, vol.3, pág. 38. Embora desprovidos de mandato político para o desempenho dessas *novas* funções, os tribunais constitucionais lograram compensar a congênita falta de legitimidade do seu ativismo judicial com uma espécie de *legitimação pelo procedimento*, comprovando a tese de Lúcio Bittencourt de que "*a interpretação é parte integrante do processo legislativo*".(*Revista do Serviço Público*, Ano V, dezembro de 1942, Vol. IV-N.3, págs. 121/127).

8 Sobre as origens sociais do pensamento, ver Karl Mannheim. *Ideologia e Utopia.* Rio, Zahar, 1968; Karl Mannheim, Wright Mills e Robert Merton. *Sociologia do Conhecimento.* Rio, Zahar,

Sobre essa supremacia institucional e o poder de que efetivamente dispõem as cortes constitucionais para *recriar* as constituições por via interpretativa, são particularmente expressivas estas palavras de Francisco Campos, proferidas na solenidade de abertura dos trabalhos do Supremo Tribunal Federal, em 2 de fevereiro de 1941:

> "Juiz das atribuições dos demais Poderes, sois o próprio juiz das vossas. O domínio da vossa competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e se especifica o Governo. No poder de interpretá-la está o de traduzi-la nos vossos próprios conceitos. Se a interpretação, e particularmente a interpretação de um texto que se distingue pela generalidade, a amplitude e a compreensão dos conceitos, não é operação puramente dedutiva mas atividade de natureza plástica, construtiva e criadora, *no poder de interpretar há de incluir-se, necessariamente, por mais limitado que seja, o poder de formular.* O poder de especificar implica margem de opção tanto mais larga quanto mais lata, genérica, abstrata, amorfa ou indefinida a matéria de cuja condensação há de resultar a espécie".[9]

Sob essa perspectiva, evidencia-se que a dicotomia constitucionalidade/inconstitucionalidade está estreitamente ligada ao problema da interpretação constitucional como *hermenêutica de princípios*, vale dizer, como atividade interpretativa que opera com parâmetros tão amplos e com métodos e critérios tão flexíveis, que o resultado desse trabalho assume nítida feição *constituinte* mas poucos se animam a discutir-lhe a consistência e legitimidade.[10]

Muito pelo contrário, não são poucos os constitucionalistas de renome que defendem essa *legislação judicial*, como Alexander Pekelis, por exemplo, para quem o ideal de uma jurisprudência estimativa não é de modo algum incompatível com o

1967; Adam Schaff. *História e Verdade.* São Paulo, Martins Fontes, 4ª ed., 1987; sobre os diversos sentidos e funções de *ideologia*, ver Luis Villoro. *El concepto de ideologia.* México, Fondo de Cultura Económica, 1985; sobre a pré-compreensão na experiência hermenêutica, ver Hans-Georg Gadamer. *Verdad y Método.* Salamanca, Sígueme, 1993, págs.331/377; sobre a impossibilidade antropológica do juiz "asséptico", ver Eugenio Raúl Zafaroni. *Estructuras Judiciales.* Buenos Aires, Ediar, 1994, págs.199/205; e, especificamente, sobre ideologia e interpretação do direito, ver Luis Prieto Sanchís. *Ideologia e Interpretación Jurídica.* Madrid, Tecnos, 1987.

9 *O Poder Judiciário na Constituição de 1937. in Direito Constitucional.* Rio, Forense, 1942, pág. 367. Nessa mesma linha de pensamento, registre-se que nos albores da República, quando do julgamento do célebre pedido de *habeas corpus* em favor dos perseguidos políticos de Floriano Peixoto, Rui Barbosa, invocando a doutrina norte-americana, assim definiu a posição do STF no jogo dos poderes do Estado: " Intérprete final da Constituição (Dicey), o Supremo Tribunal Federal é, pois, o último juiz da sua própria autoridade (Cooley)". Cf. Edgard Costa, *Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal.* Rio, Civilização Brasileira, 1964, 1° vol., pág. 22.

10 Para uma visão precisa dos diferentes métodos e princípios utilizados na interpretação constitucional, ver Ernst-Wolfgang Böckenförde. *Los métodos de la interpretación constitucional _ Inventario y critica, in Escritos sobre Derechos Fundamentales.* Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, págs. 13/43; e Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*, cit., págs. 1.084/1.087 e 1.096/1.099.

ideal do Estado de direito, assim como o conceito de *governo das leis* não pressupõe nem exige que a criação do direito seja monopólio dos órgãos legislativos, até porque — anota o arguto jurista — se em determinado ambiente político e histórico essa monopolização algum dia se fez necessária, tal circunstância não a justifica em termos absolutos. Em conclusão — arremata Pekelis — tal monopólio não é suficiente nem necessário para preservar o ideal do Estado de direito; de um lado, porque as leis, e até mesmo as constituições, podem conter e às vezes contêm disposições *ad personam* que se contrapõem a esse ideal; de outro, porque esse ideal freqüentemente tem alcançado a sua mais alta expressão em normas universais de origem puramente judicial.[11]

Em suma, como intérpretes finais da Constituição e juízes últimos de sua própria autoridade, esses tribunais acabaram se transformando em "terceira câmara dos parlamentos", uma realidade que, nos Estados Unidos, o mesmo Pekelis associou à peculiar estrutura normativo-material *aberta* da Constituição de 1787, mas que se pode observar em qualquer país que tenha uma constituição semelhante à norte-americana:

> "Devemos recordar que em certo sentido os Estados Unidos não têm uma constituição escrita. As grandes cláusulas da Constituição americana, assim como as disposições mais importantes das nossas leis fundamentais, não contêm senão um apelo à honestidade e à prudência daqueles a quem é confiada a responsabilidade da sua aplicação. Dizer que a compensação deve ser *justa*; que a proteção da lei deve ser *igual*; que as penas não devem ser nem *cruéis* nem *inusitadas*; que as cauções e as multas não devem ser *excessivas*; que as investigações ou as detenções hão de ser *motivadas*; e que a privação da vida, da liberdade ou da propriedade não se pode determinar *sem o devido processo legal*, tudo isso outra coisa não é senão autorizar a criação judicial do direito, e da própria Constituição, pois a tanto eqüivale deixar que os juizes definam o que seja cruel, razoável, excessivo, devido ou talvez igual.[12]

Dado o possível *déficit* de legitimidade democrática inerente a essa concepção estritamente *judiciarista* do bem comum — uma carência congênita que, evidentemente, não se compensa nem mesmo com o apelo às melhores criações judiciais do direito — diante disso ganham relevo esforços como o de Peter Häberle por uma

11 *La tecla para una ciencia jurídica estimativa, in El actual pensamiento jurídico norteamericano.* Buenos Aires, Editorial, ??????, 1951, pp. 144/145.

12 Op. cit., pág. 125.

Para uma visão do tema em outros ordenamentos, ver Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo, Saraiva, 1996; J. Sousa e Brito *et alii. Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional.* Coimbra, 1995; Pedro Cruz Villalón. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad.* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987; Louis Favoreu. *Los tribunales constitucionales.* Barcelona, Ariel, 1994; Louis Favoreu *et alii. Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales.* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984; Mauro Cappelletti. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.* Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1984.

visão *republicana* e *democrática* da interpretação das leis fundamentais, por uma fórmula jurídico-política centrada na tese de que uma sociedade *aberta* exige uma interpretação igualmente aberta da sua carta política, até porque "no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição".[13]

Com efeito, observa Peter Häberle que a teoria da interpretação constitucional, durante muito tempo, esteve vinculada a um modelo de interpretação de uma sociedade *fechada*, concentrando-se primariamente na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados, do que resultou empobrecido o seu âmbito de investigação. Por isso, é chegada a hora de uma *viragem hermenêutica radical* para que a interpretação constitucional — que a todos interessa e a todos diz respeito — seja levada a cabo *pela* e *para* a sociedade aberta e não apenas pelos operadores *oficiais* da Constituição, muito embora institucionalmente a última palavra deva caber aos órgãos da jurisdição constitucional.

Em suma, se vivemos num Estado de direito, que se pretende liberal, democrático e social, torna-se imperioso que a *leitura* da sua Constituição se faça *em voz alta* e *à luz do dia*, no âmbito de um processo verdadeiramente público e republicano, de que participem os diversos atores sociais — agentes políticos ou não — porque, afinal, todos os membros da sociedade política "fundamentam na constituição, de forma directa e imediata, os seus direitos e deveres".[14]

Em estreita ligação com o tema, registra Enrique Alonso García[15] que é crescente o reconhecimento de que a *interpretação* da Constituição tornou-se o problema central do *judicial review* e que nas discussões sobre a sua legitimidade, as controvérsias em torno da origem desse poder cederam lugar aos debates sobre o método — é *jurídico* ou *político*? — de que se utiliza a jurisdição constitucional para dar a *última palavra* sobre o sentido da Constituição, o que se justifica se considerarmos que a escolha do método e o seu manejo, de resto guiados pela pré-compreensão dos juízes, acabam determinando o conteúdo das suas decisões.[16]

13 *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, pág. 13; Inocêncio Mártires Coelho, *As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, nº 137, jan/mar 1998, págs. 157/164; e *Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, nº 138, abril/junho 1998, págs. 185/191.

14 Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*, cit., pág. 1.074.

15 *La Interpretación de la Constitución*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pág. 9.

16 Relembre-se, a propósito, que em tema de aplicação do direito, ontem como hoje, o problema crucial é a *eleição do método* (Arthur Kaufmann. *Filosofia del derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pág. 194), que não existe uma ordem precisa, nem uma relação hierárquica fixa entre os critérios de interpretação, o que acaba se convertendo em *veículo da liberdade do juiz* (Martin Kriele, *apud* Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa,

Por outro lado, não havendo clima para contestações à própria Lei Fundamental — cuja legitimidade, de resto, ninguém põe em dúvida — parece que os *fatores reais de poder*, racionalizando as suas disputas, resolveram deslocar, senão todas, pelo menos um grande número de *questões políticas* para a arena da jurisdição constitucional, uma privilegiada *constituinte de plantão* onde quem vencer o *conflito das interpretações* vencerá, também, aquelas contendas e constitucionalizará as suas opiniões.

Se tivermos presente, ademais, que a defesa das constituições democráticas é também a defesa dos supremos valores que elas reconhecem e proclamam; e que é muito mais fácil aos grupos minoritários, com uma simples petição, provocar a jurisdição constitucional contra leis que os discriminem, do que fazer abaixo-assinados ou gritar palavras de ordem, que via de regra não inibem nem esses, nem outros abusos legislativos; se atentarmos para tudo isso, seremos obrigados a admitir que, nos dias atuais, longe de ser politicamente ilegítima — afinal de contas, essa é a principal acusação que lhe fazem os seus opositores históricos —, essa *superlegislatura* acaba sendo uma das mais democráticas instituições políticas, como ressaltam estas palavras de Mauro Cappelletti sobre a legitimação democrática do direito jurisprudencial em geral:

> "Não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o 'sentimento de participação'. Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contrário, constitui característica *quoad substantiam* da jurisdição (...) desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. *Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública*".[17] (grifos nossos).

De outra parte, a própria organização desses tribunais extraordinários — na Alemanha, Itália, França, Espanha e Portugal, por exemplo — demonstra que os instituidores da jurisdição constitucional conceberam-na como instância de avaliação

Gulbenkian, 1978, pág. 394, e Christopher Wolfe, *La transformación*, cit., pág.77); que "todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto" (Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, Arménio Amado, 1962, vol. II, pág. 290); que "a questão do *método justo* em direito constitucional é um dos problemas mais controvertidos e difíceis da moderna doutrina juspublicística" e que, "no momento actual, a interpretação das normas constitucionais é um *conjunto de métodos*, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares" (Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*, cit., pág. 1.084).

17 *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, pág. 92.

jurídica e política da atividade legislativa, sem que essa opção implicasse quer a *politização* da justiça, quer a *judicialização* da política.[18]

Nesse contexto, em que os dissídios de interpretação constitucional assumem nítida conotação política, registre-se que sob a Constituição de 1988 já foram propostas nada menos que *2.212* ações de inconstitucionalidade[19], uma estatística evidentemente impressionante mesmo levando-se em conta o extenso rol de agentes legitimados a provocar a jurisdição constitucional e o natural inconformismo daqueles que, não conseguindo viabilizar as suas propostas legislativas, batem às portas do STF na esperança de invalidar as leis aprovadas pelos seus adversários.

Ademais, a simples possibilidade de levar a matéria para um *segundo turno* de votação, desta feita no STF — um fato que tem ocorrido, com razoável freqüência, não raro deferindo-se medidas liminares de amplas conseqüências políticas —, só isso já estimula os pequenos partidos a recorrer ao Judiciário, além de positivamente obrigar os grandes blocos parlamentares a negociar com as minorias, cujos direitos numa autêntica democracia não podem ser desprezados por uma errada compreensão do princípio majoritário.

Essa é uma razão a mais para nos inscrevermos entre os admiradores dessa *jurisdição de eqüidade constitucional* como a considera Cappelletti[20] —, e fazermos nossas as palavras de Kelsen e Otto Kimminich, para quem a guarda da Constituição, nos termos em que foi confiada a essa justiça extraordinária, afigura-se indispensável ao aprimoramento do regime democrático e do Estado de direito. As do primeiro, quando ressalta que a defesa da Constituição contra leis inconstitucionais representa, também e essencialmente, a defesa das minorias parlamentares contra os abusos legislativos cometidos pelas maiorias ocasionais[21]; e as do segundo, ao dizer que sem a primazia do *princípio da constitucionalidade das leis*, cuja reafirmação constante está a cargo da justiça constitucional, o Estado de direito ficaria reduzido a um simples *Estado de legalidade*.[22]

Aceito, então, que o acesso à questão da constitucionalidade/inconstitucionalidade exige o prévio domínio dos temas e problemas com que se defronta a interpretação constitucional como *hermenêutica de princípios*, torna-se imperioso discutirmos a natureza desses enunciados, bem como os métodos e princípios que norteiam

18 Nesses países, como em vários outros, os membros das cortes constitucionais são indicados por diferentes segmentos políticos e desempenham suas funções por tempo certo, o que objetivamente assegura uma saudável renovação dos juízes no compasso das igualmente saudáveis transformações sociais.

19 Esse número foi obtido junto ao STF em 25/5/2000.

20 *O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., pág. 130.

21 Hans Kelsen. *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle), in* Revue du Droit Public et de Science Politique en France et a L'Etranger. T. XLV, Paris, s/d, págs. 252/253.

22 *A Jurisdição Constitucional e o Princípio da Divisão de Poderes, in No caminho do Estado judicial, as conseqüências da impotência política* (coletânea editada por Gerd-Klaus Kaltenbrunner, München, Verlag Herder, 1979, págs. 62/82, trad. Anke Schlimm e Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, s/d, pág. 3).

o seu manejo no âmbito da jurisdição constitucional, o que se fará comparando *princípios jurídicos* e *regras de direito*, até porque é desse cotejo que emergirão não apenas as diferenças entre essas duas espécies normativas, mas também entre os seus modos de aplicação.

2. *A distinção entre princípios jurídicos e regras de direito e a sua relevância para a interpretação constitucional*

Das mais importantes para prática do direito, sobretudo no âmbito da jurisdição constitucional, essa distinção tem como base a estrutura normativo-material dos preceitos que integram a parte dogmática das constituições, com enormes reflexos na sua interpretação e aplicação, como se verá adiante.

Inicialmente, embora nos desobrigando de discutir uma como que diferença *ontológica* entre regras e princípios — até porque essa suposta ontologia não resiste ao teste da experiência nos diferentes quadrantes do mundo jurídico[23] —, dispensando-nos desse esforço, digamos, *essencialista*, afirmaremos, com Marcel Stati, que "aquilo que caracteriza particularmente o princípio — e isto constitui sua diferença com a regra de direito (...) — é, de um lado, a falta de precisão e, de outro, a generalização e abstração lógica..."[24]

Sob perspectiva um tanto diversa, Josef Esser distingue aquelas duas espécies normativas dizendo que "os princípios jurídicos, diferentemente das normas [regras] de direito, são conteúdo em oposição a forma, embora o uso dessas categorias aristotélicas — adverte — não nos deva induzir a pensar que a forma seja o acessório de algo essencial", até porque "histórica e efetivamente, a forma, entendida processualmente como meio de proteção do direito ou materialmente como norma, é sempre o essencial, o único que pode conferir realidade e significação jurídica àquele conteúdo fundamental ainda não reconhecido como *ratio*."[25]

Se, por outro lado, adotarmos o critério de Ronald Dworkin, diremos que a diferença entre regras e princípios é de natureza *lógica* e que decorre dos respectivos modos de aplicação[26].

Com efeito, em razão da sua estrutura normativo-material — *dado A, deve ser B* —, as *regras* são aplicadas à maneira de proposições disjuntivas, isto é, se ocorrerem os fatos descritos na sua hipótese de incidência e se elas forem normas válidas, de acordo com a *regra de reconhecimento*[27] do sistema a que pertencem, as

23 Cf., por todos, Josef Esser. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona, Bosch, 1961, especialmente as págs.113/179.

24 *Le Standard Juridique*. Paris, LJAM, 1927, pág. 56.

25 *Princípio y norma*, cit., pág.65. Para uma crítica das idéias de Esser, no particular, ver Hans Kelsen. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, págs.145/156.

26 *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 1995, pág. 74 e segs.

27 Herbert Hart. *El concepto de Derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, págs. 117/118; Luis Prieto Sanchís. *Ideologia e Interpretación Jurídica*, cit., págs.129/142.

suas prescrições incidirão necessariamente sobre esses fatos, regulando-os na exata medida do que estatuírem e afastando — como *inválidas* — outras regras, que, eventualmente, possam concorrer ou entrar em conflito com elas.

Noutras palavras, em se tratando de *regras* de direito, sempre que a *sua* previsão se verificar numa dada situação de fato concreta, valerá para essa situação exclusivamente a *sua* conseqüência jurídica, com o afastamento de quaisquer outras que dispuserem de maneira diversa, porque no sistema não podem coexistir normas *incompatíveis*.

Se, ao contrário, aqueles mesmos fatos constituírem hipótese de incidência de *outras* regras de direito, estas e não as primeiras é que regerão a espécie, também *integralmente* "e com exclusividade", afastando-se — por incompatíveis — as conseqüências jurídicas previstas em quaisquer outras regras pertencentes ao mesmo sistema jurídico.

Daí se dizer que, na aplicação aos casos ocorrentes, disjuntivamente as regras valem *ou* não valem, incidem *ou* não incidem, umas afastando ou anulando as outras, sempre que as respectivas conseqüências jurídicas forem *antinômicas* ou reciprocamente excludentes.

Como o Direito, pelo menos enquanto *ordenamento* ou *sistema*, não tolera *antinomias* ou contradições, ao longo dos séculos de interpretação das leis a jurisprudência foi elaborando algumas regras, de aceitação generalizada, para resolver os conflitos entre normas, pelo menos aqueles simplesmente *aparentes*, já que as antinomias *reais* permanecem insolúveis ou têm a sua resolução confiada ao poder discricionário do intérprete, como assinala Norberto Bobbio.[28]

Fruto desse trabalho jurisprudencial, a que não faltou suporte doutrinário, são os chamados critérios *cronológico*, *hierárquico* e da *especialidade*, usualmente enunciados em latim — *lex posterior derogat priori; lex superior derogat inferiori; lex specialis derogat generali* —, em verdade simples regras técnicas que, na generalidade dos casos, ao serem utilizadas dão-nos a nítida sensação de que resolveram falsos problemas.

É que, efetivamente, a incidência de uma norma afasta a incidência da outra, de tal sorte que, 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.

Afinal de contas, parece-lhes *intuitivo* que aquelas regras, *precedendo* a promulgação das normas jurídicas, previnam ou evitem o surgimento de contradições entre elas, as quais, precisamente por isso, podem ser descartadas como simplesmente *aparentes*, num procedimento que seria correto se — contra toda a evidência existisse de fato o *legislador racional*[29] e os sistemas jurídicos, fruto do seu trabalho,

28 *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília, Editora da UnB/Polis, 1989, trad. Cláudio Cicco e Maria Celeste Santos, pág.100.

29 Sobre a ficção do *legislador racional*, ver Carlos Santiago Nino. *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, págs. 85/101.

fossem logicamente consistentes ou imunes à ocorrência de conflitos *reais*, assim entendidas aquelas situações em que duas normas pertencentes ao mesmo ordenamento; dotadas de igual hierarquia; editadas simultaneamente; e possuindo idêntico âmbito de validade, estabelecem para um mesmo caso soluções que — *sempre aos olhos do intérprete!* — parecem mutuamente incompatíveis.[30]

Por isso, nesses casos *modelares* de contradições entre normas — que, no âmbito dos problemas lógicos de interpretação do Direito, Alf Ross aponta como hipóteses de incompatibilidade *absoluta* ou de inconsistência *total-total*[31] — nessas situações difíceis já não se encontram soluções manejando os critérios *cronológico*, *hierárquico* e da *especialidade*, porque eles são congenitamente insuficientes, podem entrar em contradição mútua e, afinal, só "resolvem" mesmo os chamados conflitos *aparentes* de normas.

No campo da aplicação dos *princípios*, ao contrário, a maioria entende que não se faz necessária a formulação de regras de colisão, porque essas espécies normativas — por sua própria natureza, finalidade e formulação — como que não se prestam a provocar conflitos, criando apenas momentâneos estados de *tensão* ou de *mal-estar hermenêutico*, que o operador jurídico de plano verifica serem passageiros e plenamente superáveis no curso do processo de aplicação do direito.

Daí esta precisa observação de Humberto Bergmann Ávila sobre a natural *inapetência* dos princípios para entrar em conflito quando manejados pelos seus intérpretes e aplicadores:

> "A própria idéia de "conflito" deve ser repensada. Ora, se o conteúdo normativo de um princípio "depende" da complementação (positiva) e limitação (negativa) decorrente da relação dialética que mantém com outros princípios, como conceber a idéia de "colisão"? Tratar-se-ia de um conflito aparente e não-uniforme, já que a idéia de conflito pressupõe a identidade de hipóteses e campos materiais de aplicação entre as normas que eventualmente se contrapõem, o que no caso dos princípios é previamente inconcebível: os princípios são definidos justamente em função de não possuírem uma hipótese e uma conseqüência abstratamente determinadas. O problema que surge na aplicação reside muito mais em saber qual dos princípios será aplicado e qual a relação que mantêm entre si".[32]

30 Carlos Santiago Nino. *Notas de introducción al derecho*, cit., pág.58; Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, cit., págs. 86/91. A propósito — para ressaltar a dificuldade na identificação das antinomias — registre-se a autocrítica de Roberto J. Vernengo no sentido de que ainda são relativamente pobres os instrumentos de investigação semântica de que dispõem os juristas para testar o rigor dos seus métodos, e de que não existem critérios razoavelmente confiáveis de que se possam utilizar para dizer quando duas expressões normativas ordenam ou prescrevem um mesmo comportamento. *La interpretación literal de la ley*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, pág. 6.

31 *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires, Editorial Universitária de Buenos Aires, 4ª ed., 1977, págs.124/125.

32 *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, in* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 215:151-179, jan.-mar.1999 (Nota 48, à pág. 162).

É que, ao contrário das regras, que possuem hipóteses de incidência fixas e conseqüências jurídicas determinadas — por isso são passíveis de conflito e recíproca exclusão —, os princípios não se apresentam como *imperativos categóricos* nem como *ordenações de vigência*, apenas enunciando *motivos* para que se decida num ou noutro sentido.

Em palavras de Karl Larenz, dir-se-ia que, em si mesmos, os princípios não são — ou *ainda* não são — regras suscetíveis de aplicação direta e imediata, mas apenas pontos de partida ou pensamentos diretores, que indicam qual a norma a ser descoberta ou formulada pelo intérprete-aplicador à luz das exigências do caso.[33]

Sem imporem aos seus operadores uma única decisão correta e justa (*one right answer*), eles admitem *convivência* e *conciliação* com outros princípios eventualmente concorrentes, que ofereçam razão para soluções em sentido diverso, num complexo *jogo concertado* de complementação e restrição recíprocas; num processo de natureza dialética, que se inicia no momento da aplicação dessas pautas axiológicas às situações da vida e se conclui quando o intérprete, logrando concretizá-las, apreende plenamente o seu sentido e o seu alcance.[34]

A sua gênese e o modo como são positivados nos textos constitucionais evidenciam, por outro lado, que os princípios jurídicos possuem, igualmente, uma importante *dimensão institucional*, como fatores de criação e manutenção de *unidade política*, à medida que, nos momentos constituintes, por exemplo, graças à amplitude e à indeterminação do seu significado, eles viabilizam acordos ou pactos de convivência sem os quais as disputas ideológicas seriam intermináveis, e os conflitos delas resultantes não permitiriam a promulgação consensual das leis fundamentais.

Essa situação foi vivenciada e descrita, entre outros, pelo constitucionalista Vital Moreira, na assembléia que elaborou a Constituição Portuguesa de 1976.[35]

A propósito da dimensão polissêmica dos princípios, da sua múltipla funcionalidade e do modo como se desenvolve o *jogo* da sua aplicação, o Supremo Tribunal Federal, numa decisão que se pode considerar paradigmática, deixou assentado que em face da Constituição, para *conciliar* o fundamento da *livre iniciativa* e o princípio da *livre concorrência* com os princípios da *defesa do consumidor* e da *redução das desigualdades sociais*, em conformidade com os ditames da *justiça social* — valores que seriam inconciliáveis, se fossem tomados em sentido absoluto —, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, *abusivo* que é o poder econômico que visa ao aumento *arbitrário* dos lucros.[36]

33 *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica.* Madrid, Civitas, 1993, trad. Luis Díez-Picazo, págs. 33.

34 Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.* Lisboa, Gulbenkian, 1989, págs. 88/99; Karl Larenz. *Metodologia*, cit., 1989, pág.579: "É decisivo, por outro lado, que o pensamento não procede aqui 'linearmente', só num sentido: o princípio esclarece-se pelas suas concretizações e estas pela sua união perfeita com o princípio".

35 *Revisão Constitucional e "Princípios Fundamentais", in Constituição e revisão constitucional.* Coimbra, Editorial Caminho, 1980, pág. 73.

36 ADIn 319/DF, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 149/666-692.

Trata-se, portanto, nunca é demasiado insistir, de uma espécie de convivência necessariamente *amistosa* — um *jogo concertado* —, que admite e até mesmo exige conciliações, menos pela natureza, digamos, *pacífica* dos princípios, do que pelo fato de as colisões entre eles não serem antinomias *jurídicas* propriamente ditas, embora possam dar lugar a *regras* incompatíveis[37].

Com efeito, naquela decisão, acolhendo os argumentos do Relator, a nossa corte constitucional mais não fez do que *ponderar* e *relativizar* o peso dos princípios concorrentes e, diante das *circunstâncias* do caso, legitimar a intervenção legislativa do Estado em determinado setor da atividade econômica, sem que assim decidindo tenha invalidado qualquer dos *standards* normativos em *conflito*, os quais, *abstratamente* considerados, conservaram a sua força normativa, assim como a sua relevância constitucional. Se e quando, à vista de um outro caso *concreto*, aqueles mesmos princípios voltarem a entrar em estado de *tensão* e novamente a depender das *circunstâncias* —, o tribunal poderá levar a cabo um *balanceamento* diverso, atribuindo maior peso ao princípio que, na situação anterior, recebera menor ponderação.

Por isso é que, diante das antinomias de princípios, quando em tese mais de uma pauta de valoração parecer aplicável à mesma situação de fato, ao invés de se sentir obrigado a escolher este *ou* aquele princípio — com exclusão de todos os demais que, *prima facie*, ele imagina poder utilizar como *norma de decisão* —, o intérprete-aplicador fará uma *ponderação* entre os *standards* concorrentes, optando, afinal, por aquele que, *nas circunstâncias*, e segundo a sua prudente avaliação, deva ter um *peso* relativamente maior.

Porque se trata de um método de ponderação de bens *no caso concreto*, é intuitivo que, pelo menos sob esse prisma, não possa existir uma hierarquia fixa, abstrata e apriorística, entre os diversos valores e/ou princípios constitucionais, ressalvada — porque axiologicamente fora de cotejo — a *dignidade da pessoa humana*, como *valor-fonte* de todos os valores, valor *fundante* da experiência ética ou, se preferirmos, como *princípio* e *fim* de toda ordem jurídica.[38]

Considerando, como acentuamos acima, que em função do contexto a avaliação dos princípios pode *mudar de sinal*, o fato de se atribuir maior importância a um deles, em determinada situação, não invalida nem desqualifica a pauta que se deixou de aplicar, porque a sua preterição terá decorrido exclusivamente da análise das

37 Norberto Bobbio. *Teoria General del Derecho*. Bogotá, Temis, 1987, pág.190; Josef Esser, *Princípio y norma*, cit., págs.55/56.

38 Cf., sobre a transcendentalidade do valor *pessoa humana*, Battista Mondin. *A metafísica da pessoa como fundamento da Bioética, in Questões atuais de Bioética*, Stanislav Ladusãns (Coord.). São Paulo, Edições Loyola, 1990, págs.147/174, e *Definição filosófica da pessoa humana*. Bauru-SP, EDUSC, 1998; Miguel Reale. *Pluralismo e Liberdade*. São Paulo, Saraiva, 1963, págs. 70/74, e *Filosofia do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1982, págs. 211/214; Gregorio Peces-Barba. *Los Valores Superiores*. Madrid, Tecnos, 1986, págs. 112 e 121; Joaquín Arce y Flórez-Valdés. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madrid, Civitas, 1990, págs. 144/151; e Edilson Pereira de Farias. *Colisão de Direitos*. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1996, págs.21/55.

circunstâncias do caso, não valendo, por isso mesmo, sequer como precedente. É que, ao contrário das regras de direito, os princípios jurídicos — porque são *mandatos de otimização* e não *ordenações de vigência* — podem e devem ser aplicados na medida do possível e com diferentes graus de efetivação[39].

Nesta última característica — a de serem *mandatos de otimização* — é que, para Alexy, reside o atributo fundamental dos princípios jurídicos, um particular atributo que lhe permite sustentar a tese de que se trata de normas *qualitativamente* distintas das regras de direito:

> "El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optmización,* que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio"[40].

A despeito da grande aceitação que mereceu da doutrina, não são poucos os autores de expressão que opõem resistência a esse critério diferenciador, seja acentuando que não somente os princípios, mas também as regras, seriam mandatos de otimização, seja afirmando que não apenas as regras, mas também os princípios, podem entrar em *colisão total*, de sorte que, num caso concreto, a aplicação de determinado princípio afastaria os outros, eventualmente colidentes, como não pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico.[41]

Por isso, a idéia de *mandato de otimização* ao invés de servir de fundamento para uma diferença *qualitativa* entre regras e princípios, antes representaria uma simples técnica de argumentação, de resto utilizável não somente na aplicação dos princípios, mas também na concretização de outros *standards* normativos[42], até porque, em grau maior ou menor, toda norma — seja regra, seja princípio — é um enunciado abstrato e geral que demanda a mediação do seu aplicador para se atualizar no plano da conduta.

39 Robert Alexy. *Derecho y razón práctica.* México, Fontamara, 1993, págs. 12/14.

40 *Teoria de los Derechos Fundamentales.* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs.86/87.

41 Humberto Bergmann Ávila, op. cit., págs. 163/164.

42 Luis Prieto Sanchís. *Sobre Princípios y Normas.* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1992, págs.44/50.

3. *Métodos e princípios da interpretação constitucional*

Preliminarmente — citando Gomes Canotilho —, devemos relembrar que, nos dias atuais, a interpretação das normas constitucionais é um *conjunto de métodos*, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares, o que confirma o caráter *unitário* da atividade interpretativa.[43]

Tais métodos, como referidos pelo ilustre constitucionalista português, são o *jurídico* ou *clássico*; o *tópico-problemático*; o *hermenêutico-concretizador*; o *científico-espiritual*; e o *normativo-estruturante*, cujos traços mais significativos podem ser resumidos nos termos seguintes:

a) método *jurídico*: a Constituição é uma lei e, como tal, pode e deve ser interpretada segundo as regras tradicionais da hermenêutica, articulando-se, para revelar-lhe o sentido, os elementos filológico, lógico, histórico, teleológico e genético;

b) método *tópico-problemático*: o caráter *prático* da interpretação constitucional, assim como a estrutura normativo-material *aberta*, *fragmentária* ou *indeterminada* da constituição, impõem se dê preferência à discussão dos problemas ao invés de se privilegiar o sistema, o que, afinal, transformaria a interpretação constitucional num processo aberto de argumentação;

c) método *hermenêutico-concretizador*: a leitura de um texto constitucional, assim como a de qualquer outro texto normativo, inicia-se pela *pré-compreensão* do seu sentido através do intérprete, a quem compete *concretizar* a norma a partir de uma situação histórica igualmente concreta; a interpretação, que assim se obtém, realçará os aspectos subjetivos e objetivos da atividade hermenêutica a atuação criadora do intérprete e as circunstâncias em que se desenvolve —, relacionando *texto* e *contexto* e transformando o ato interpretativo "em movimento de ir e vir", o chamado *círculo hermenêutico*;

d) método *científico-espiritual:* a interpretação constitucional deve levar em conta a ordem ou sistema de valores subjacente à constituição, assim como o sentido e a realidade que esta possui como elemento do processo de integração comunitária; e

e) método *normativo-estruturante*: na tarefa de concretização da norma constitucional, o intérprete-aplicador deve considerar tanto os elementos resultantes da interpretação do *programa* normativo, quanto os decorrentes da investigação do *domínio* normativo, a que correspondem, na doutrina tradicional, respecti-

43 *Direito Constitucional*, cit., pág. 1.084.

vamente, a norma propriamente dita e a situação normada, o texto e a realidade social que o mesmo intenta conformar.

Finalmente, a título de conclusão, neste ponto, merecem referência os chamados *princípios* da interpretação constitucional, os quais — à semelhança dos métodos acima apontados — também devem ser aplicados *conjuntamente*, como condição indispensável a que o ato de interpretação constitucional se revele em toda a sua extensão e complexidade.

Tais princípios, para a generalidade dos autores, são fundamentalmente os seguintes:

a) princípio da *unidade da constituição*: as normas constitucionais devem ser consideradas não como normas isoladas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de regras e princípios;

b) princípio do *efeito integrador*: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve-se dar primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política, porque essa é uma das finalidades primordiais da constituição;

c) princípio da *máxima efetividade*: na interpretação das normas constitucionais devemos atribuir-lhes o sentido que lhes empreste maior eficácia ou efetividade;

d) princípio da *conformidade funcional*: o órgão encarregado da interpretação constitucional não pode chegar a resultados que subvertam ou perturbem o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido, como o da separação dos poderes e funções do Estado;

e) princípio da *concordância prática* ou da *harmonização*: os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício do outro, o que só se alcança na aplicação ou na prática do texto;

f) princípio da força *normativa* da constituição: na interpretação constitucional devemos dar primazia às soluções que, densificando as suas normas, as tornem eficazes e permanentes;

g) princípio da interpretação *conforme* a constituição: em face de normas infraconstitucionais polissêmicas ou plurissignificativas, deve-se dar prevalência à interpretação que lhes dê sentido compatível e não conflitante com a constituição, não sendo permitido ao intérprete, no entanto — a pretexto de conseguir essa conformidade — contrariar o sentido literal da lei e o objetivo que o legislador, inequivocamente, pretendeu alcançar com a regulamentação.

Apresentados assim — ou, digamos, meramente *enunciados* —, esses princípios revelam pouco ou quase nada do alcance, praticamente ilimitado, de que se revestem para a solução dos problemas que, a todo instante, são colocados aos aplicadores da Lei Maior por uma realidade constitucional em permanente transformação.

Como decantados da experiência normativa e da experiência hermenêutica ou, se preferirmos, da experiência jurídica *tout court*, deles se poderá dizer o que afirmou Martin Kriele sobre a interpretação dos textos jurídicos em geral: é só na sua aplicação aos casos ocorrentes, e na concretização que assim necessariamente se processa, que se revela todo o seu conteúdo significativo e eles cumprem a função de regular situações da vida.[44]

Ao mesmo tempo — como tantas vezes foi assinalado por Larenz — em razão da sua própria utilização, esses parâmetros se ampliam e se enriquecem, adquirindo novas possibilidades de aplicação, porque no processo de concretização mediante julgamento de casos, a pauta vai se desenvolvendo e se enriquecendo, sem que esse processo jamais se interrompa.[45]

Efetivamente, à luz da experiência jurídica, todos os métodos e princípios da interpretação como que se regeneram a partir de si mesmos. A cada situação resolvida, o instrumental utilizado se amplia até ao limite da sua última utilização, servindo então o novo caso decidido como precedente e ponto de partida para as futuras aplicações da pauta.

É dessa interação dialética e do recíproco esclarecimento, aproximação e explicitação[46] entre pauta e realidade — necessariamente verificados no âmbito da experiência jurídica —, que decorrem a abertura e a infinitude do processo de compreensão do direito, permitindo-nos representá-lo como um caminhar em forma de espiral — a chamada *espiral hermenêutica*.[47]

4. *Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política*

Aceitando-se que não existe norma jurídica, senão norma jurídica *interpretada*; que o direito, em sua concreta existência, é aquele "declarado" pelos juízes e tribunais; que a norma jurídica não é o pressuposto, mas o *resultado* da sua interpretação; e que a interpretação constitucional é uma hermenêutica de princípios, uma atividade que opera com *fórmulas lapidares*[48] ou com enunciados abertos, indeterminados e plurissignificativos; se isso tudo for admitido, então poderemos dizer na linha do pensamento de Kelsen[49] — que não existe inconstitucionalidade *em si*, mas

44 *Apud* Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., 1978, pág. 396.

45 *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., 1989, págs. 251, 264/265 e 352.

46 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., 1989, pág. 323.

47 Arthur Kaufmann. *Filosofia del derecho*, cit., pág. 283.

48 Cf., por todos, Ernst-Wolfgang Böckenförde. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

49 *Teoria General del Derecho y del Estado*. México, UNAM, 1969, págs. 185/190.

apenas inconstitucionalidade *declarada*; que só *ocorrem* conflitos entre lei e Constituição onde algum ordenamento jurídico atribua competência a determinado órgão para *provocar* essa ocorrência; que, por isso mesmo, toda decisão pela inconstitucionalidade de uma lei, embora aparentemente declaratória, será necessariamente *constitutiva* dessa inconstitucionalidade; que, finalmente, à luz das modernas construções hermenêuticas da jurisdição constitucional — do tipo *interpretação conforme*, *apelo ao legislador*, *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto* e, especialmente, a *declaração total de inconstitucionalidade com gradação dos efeitos* —, as decisões sobre a constitucionalidade/inconstitucionalidade das leis assumiram a feição de juízos de conveniência e de oportunidade, para cuja formulação as cortes que os emitem parecem haver trocado a lógica do racional pela lógica do razoável, e o império das regras pela soberania dos princípios.

Nessa linha de raciocínio — que ousaríamos chamar *fática*, *livre* e *realista* — e ainda acompanhando o pensamento do maior jurista do século XX, pode-se dizer, igualmente, que sem aquela declaração de incompatibilidade, proferida pelo órgão a tanto legitimado, nenhuma norma será reputada inconstitucional; que onde a Constituição não atribuir a algum órgão, distinto do que produz as leis, a prerrogativa de aferir-lhes a constitucionalidade, norma alguma poderá reputar-se *inconstitucional*; e que, finalmente, enquanto não for anulada — e nos limites em que o seja — toda lei é simplesmente *constitucional*.[50]

Trata-se, à evidência, de uma forma de colocar o problema que incomoda todos quantos, aferrados aos velhos "princípios", sempre sustentaram — e muitos ainda o fazem — que as leis inconstitucionais não são leis porque nunca o foram; que são atos nulos ou inválidos *ab initio*, se é que algum início tiveram; que são criaturas natimortas, privadas de vitalidade; que são um *nada jurídico*, desprovido de todo e qualquer efeito; que, enfim, são tecidos congenitamente acometidos pela mais grave das doenças jurídicas, pelo mal sem cura da inconstitucionalidade, uma doença terrível que só admite tratamento cirúrgico, uma estranha "operação" que, obviamente, pressupõe a existência da lei a ser extirpada, mas que uma vez concluída, com a extração do tumor, autoriza o médico a dizer que aquela coisa maligna jamais esteve no corpo do paciente...

Diante do artificialismo desse modo de tratar a questão da inconstitucionalidade — um procedimento tortuoso que, freqüentemente, expunha e ainda expõe as cortes constitucionais ao constrangimento de fecharem os olhos para os efeitos concretos das leis declaradas inconstitucionais, como se essa tática de avestruz pudesse desfazer os seus atentados à natureza das coisas —, diante desse estranho comportamento, tanto mais nocivo quanto são incalculáveis os seus efeitos perversos, juristas de vanguarda desde cedo criticaram essa miopia jurisdicional, no particular aspecto do respeito ao valor da *segurança jurídica*, reputado tão importante para a vida direito quanto o são os princípios da *constitucionalidade* e da *legalidade*.

Entre nós, merece registro especial — até porque remete aos mais importantes estudiosos do tema — o trabalho de Almiro do Couto e Silva *Princípios da legalidade*

50 Op. cit., pág. 187.

da Administração e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo, um primoroso ensaio que o mestre gaúcho dedicou à análise do princípio da segurança jurídica em suas interseções com o princípio da legalidade da Administração Pública, sob a ótica de que esse último princípio, "até então tido como incontrastável, encontrava limites na sua aplicação, precisamente porque se mostrava indispensável resguardar, em certas hipóteses, como interesse público prevalecente, a confiança dos indivíduos em que os atos do Poder Público, que lhes dizem respeito e outorgam vantagens, são atos regulares, praticados com a observância das leis".[51]

No plano normativo, e em nível constitucional, afora o exemplo histórico da Constituição Federal Austríaca (art. 140.5), merece especial registro o art. 282.4, da Constituição da República Portuguesa, que atribui ao Tribunal Constitucional a prerrogativa de restringir o alcance, de regra retroativo, dos veredictos de inconstitucionalidade, sempre que, a juízo da corte, em decisão fundamentada, a *segurança jurídica, razões de eqüidade* ou *interesse público de excepcional relevo* exigirem se reduza a eficácia daqueles pronunciamentos.

No Brasil, em plano infraconstitucional, saudamos o advento da recente Lei nº 9.868, de 10/11/99, contendo norma, do seguinte teor, inspirada naquele dispositivo da Carta Política de Portugal:

> " Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

Ainda em fase de projeto, tivemos ensejo de tecer algumas considerações em torno dessa avançada solução legislativa, que ao ver dos seus autores fundava-se, desde logo, no argumento — haurido na jurisdição constitucional norte-americana — de que a constituição não proíbe nem exige efeito retroativo nos pronunciamentos de inconstitucionalidade.

São desse estudo exploratório as seguintes observações críticas:

> "Com essa fórmula, inspirada imediatamente na Constituição Portuguesa de 1976, mas historicamente amadurecida na experiência da nossa jurisdição constitucional, tem-se em mira atenuar as conseqüências das declarações de inconstitucionalidade, em ordem a impedir que, por amor aos *princípios*, os juízes acabem contrariando a *natureza das coisas*, desnecessariamente aliás, porque *a Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo,* como bem salientaram os autores do projeto.
>
> Conscientes da *gravidade* e do *risco* de se atribuir semelhante prerrogativa a um tribunal — mesmo que essa corte seja o Supremo Tribunal Federal —,

51 *In Revista de Direito Público*, nº 84, outubro-dezembro de 1987-Ano XX, São Paulo, RT, pág. 47.

gravidade e risco que se potencializam pelo caráter aberto e indeterminado dos conceitos de *segurança jurídica* e de *excepcional interesse social*, cuidaram os idealizadores da proposta de justificá-la à exaustão, certamente atentos à advertência de que o abandono dos precedentes exige não apenas a *explicação ordinária* das razões de fato e de direito que fundamentaram essa mudança de posição, como também uma *justificação adicional* dos motivos que levaram o intérprete a se afastar do critério anterior.[52]

Afinal de contas, sempre se entendeu que uma lei declarada inconstitucional *não é lei de forma alguma* e, por isso, há de ser tida como *nula e de nenhum efeito...* Então, por que mudar? Por que abandonar esse velho e confortável entendimento, que tem a seu favor argumentos lógicos da maior consistência? Por que, enfim, preservar situações que se criaram ao abrigo de normas sabidamente inconstitucionais?

Simplesmente porque assim o exige a *natureza das coisas* e porque *a vida do direito não tem sido lógica, tem sido experiência...*

Pela radical mudança de perspectiva consubstanciada nessa ousada proposta, é de se considerar que aí se encontra a maior e a mais importante abertura em nosso processo de controle abstrato de constitucionalidade, porque dará ensejo a que o Supremo Tribunal Federal — alertado sobre todas conseqüências das suas decisões —, venha a adotar, sem contorcionismos, uma realística *jurisprudência de resultados*, assumidamente inspirada nos valores da *segurança jurídica* e do *interesse social*, que são congênitos à idéia de direito".[53]

Mais recentemente, na linha desse trabalho de modelagem e de aperfeiçoamento do nosso sistema de defesa da Constituição, foi promulgada a Lei nº 9.882, de 3/12/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no § 1º, do art. 102, da nossa Carta Política. O artigo 11 desse último diploma contém norma idêntica à do artigo 27 da citada Lei nº 9.868/99, a demonstrar que, nesse terreno, como noutros domínios — e a despeito do ceticismo geral — pode existir um *legislador racional*, com plena consciência dos objetivos que intenta alcançar.

Num caso, como no outro, i.e., tanto na ação direta de inconstitucionalidade, como na argüição de descumprimento de preceito fundamental, se o STF julgá-las procedentes, mas ainda assim tendo em vista aquelas razões de *segurança jurídica* ou de *excepcional interesse social* — resolva graduar os efeitos dos respectivos veredictos, as normas e os atos declarados contrários à Constituição serão "recep-

52 Robert Alexy. *Teoria de la Argumentación Jurídica.* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pág.265; Aulis Aarnio. *Lo Racional como Razonable.* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág.260; Marina Gascón Abellán. *La técnica del precedente y la argumentación racional.* Madrid, Tecnos, 1993, págs. 39/40.

53 Inocêncio Mártires Coelho. *As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro.* Revista de Informação Legislativa, Brasília, Ano 35, nº 137, jan/mar 1998, págs.164.

cionados" *como se* fossem emendas — pontuais e transitórias — ao texto da Lei Maior, reputando-se *válidos* pelo tempo em que se "tolerar" a sua inconstitucional *eficácia*.[54]

Uma outra construção, também fictícia — embora menos heterodoxa — talvez fosse admitir-se que ao se utilizar dessa excepcional prerrogativa, o STF não estará conferindo validade, nem sobrevida — ainda que transitória e pontual — a normas ou atos contrários à Constituição, mas apenas preservando situações que, a seu ver, e precisamente em face daquelas *razões superiores*, o tribunal entenda que não deve ou já não pode desfazer. Trata-se de fórmula até certo ponto semelhante à que o constituinte adotou para o caso das medidas provisórias não convertidas em lei no prazo de 30 dias: porque tais normas perderam eficácia desde a sua edição, mas os seus efeitos não podem ser ignorados pura e simplesmente, impôs-se ao Congresso Nacional o dever de disciplinar as situações jurídicas delas decorrentes (CF art. 62).

De qualquer maneira, o que parece incontroverso é que, em tais situações, a racionalidade lógico-formal cede lugar à razoabilidade jurídica, porque assim o exige a "natureza das coisas"...

Na prática da jurisdição constitucional, entre os procedimentos que atestam essa mesma preocupação com os "estragos" decorrentes dos veredictos de inconstitucionalidade — embora se trate de soluções menos radicais do que as apontadas acima — encontram-se também os chamados *apelos ao legislador*, singulares construções hermenêuticas via das quais, nas ações de inconstitucionalidade que é instado a julgar, o Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha — o *Bundesverfassungsgeritch* —, embora rejeitando o pedido, *adverte* o Parlamento de que se *prenuncia* uma situação de conflito com a Lei Maior, um choque que se tornará atual se não forem adotadas medidas legislativas capazes de conjurar essa *patologia* constitucional.

Por outras palavras, embora *ainda* constitucional, aos olhos do tribunal a situação *tende* se tornar inconstitucional, exigindo do Parlamento uma pronta atuação para estancar o processo e impedir seu desfecho. Via de regra, esses apelos têm sido atendidos, dando ensejo a profundas reformas legislativas, como registra em sua erudita tese de doutoramento o ilustre constitucionalista Gilmar Ferreira Mendes.[55]

A essa luz, portanto, o que antes era tratado como enfermidade incurável, sob a lógica do *tudo ou nada* — sabidamente insuficiente para resolver as crises dos negócios humanos —, agora passa a ser visto apenas como um *estado de tensão*, próprio da interpretação constitucional como hermenêutica de princípios[56], um mal-

54 Essa fórmula *como se* é uma pura ou "verdadeira" *ficção* — um recurso de que se vale o pensamento quando não consegue alcançar o seu objetivo com os elementos disponíveis — no mesmo sentido em que o é a *norma fundamental* imaginada por Kelsen para servir de *alicerce* ou fundamento de validade à sua pirâmide normativa. (*Teoria Geral das Normas*, cit., págs. 328/329).

55 *Jurisdição Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1998, 2ª ed., pág. 243.

56 Inocêncio Mártires Coelho. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1997, pág.98.

estar passageiro, que sob a *lógica do razoável* não exige as traumáticas soluções cirúrgicas, até porque se trata de um simples incômodo, não de uma doença fatal...

É, pois, um novo modo de pensar que, sob a fecunda influência da hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer, parece dominar a teoria jurídica contemporânea, em cujo âmbito generalizou-se o entendimento de que é somente no momento da sua aplicação aos casos ocorrentes que se revelam, em toda a sua amplitude, o sentido e o alcance dos enunciados normativos e estes cumprem a sua função primordial *dar a cada um o que é seu* .[57]

Por isso — relembremos esses pontos de partida — muitos juristas chegam a dizer que a norma jurídica não é o pressuposto, mas o *resultado* da sua interpretação[58], enquanto outros asseveram — como o faz, com freqüência, Miguel Reale —, que o Direito é *norma* e *situação normada* e que *a norma é a sua interpretação*[59], uma assertiva que, de resto, é comprovada pelo fato, não contestado sequer pelos críticos da criatividade hermenêutica, de que o direito, em sua concreta existência, é aquele "declarado" pelos juízes e tribunais, e que sem o problema suscitado *a partir do intérprete* as normas jurídicas permanecem genéricas e estáticas.[60]

Nesse mesmo sentido, observa Larenz que a aplicação ou a aplicabilidade das normas aos casos concretos constitui aspecto *imanente* da própria interpretação jurídica, verdadeira condição de possibilidade do trabalho hermenêutico, uma tarefa que não se pode desenvolver abstratamente, porque exige — para recíproco esclarecimento, aproximação e explicitação —, um *balançar de olhos* entre a norma e o fato, entre o programa normativo e o âmbito normativo, entre a possível interpretação e o seu resultado, tal como antevistos pelo intérprete-aplicador.

Trata-se, portanto, de uma exigência metodológica, ou, mais propriamente, ontognosiológica — porque inerente ao *ser* e ao *conhecer* da realidade jurídica —, de uma exigência que decorre da unidade essencial do processo de compreensão do direito, um processo de natureza histórica e dialética, em cujo âmago se fundem, necessariamente, como momentos distintos, mas complementares, os instantes de produção, interpretação e aplicação dos modelos jurídicos.[61]

57 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, 1978, cit., pág.396.

58 Pérez Luño. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pág.254.

59 *Filosofia do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1982, pág.594; *Teoria Tridimensional do Direito — Situação Atual*. São Paulo, Saraiva, 1986; *Fontes e Modelos do Direito*, cit., pág.33.

60 Kaufmann, Arthur. *Panorámica histórica de los problemas de la filosofia del derecho, in El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid, Editorial Debate, 1992, pág. 49; Fernández-Largo, Antonio Osuna, *El debate*, cit., pág. 92.

61 *Metodologia da Ciência do Direito*, 1978, cit., págs.323, 355 e 396/398; Fernández-Largo, Antonio Osuna. *El debate*, cit., pág.112: "La aplicación se integra a la perfección com los demás momentos comprensivos que la precedieron. La hermenéutica ha recuperado la antigua unidad sistemática entre legislar, interpretar y aplicar, mostrando la continuidad indisociable de esos momentos, bajo la unidad que les confiere el ser partes del único proceso de comprensión del derecho"; Arthur Kaufmann, *Filosofía de derecho*, cit., pág. 171.

Sob essa perspectiva, pode-se dizer que a constante adequação das normas aos fatos — um trabalho essencialmente entregue à clarividência dos intérpretes-aplicadores — apresenta-se como requisito indispensável ou *conditio sine qua non* da própria efetividade do direito, o qual só funciona à medida que se mantém sintonizado com a realidade social, da qual emerge e sobre a qual atua, muito embora essa sintonização não deva comprometer a autonomia dos modelos normativos e a sua pretensão de conformar, *juridicamente*, a sociedade segundo pautas axiológicas quanto possível independentes.[62]

A propósito dessa singular posição de juízes e tribunais como instâncias de superação do inevitável *descompasso* entre os problemas sociais e as respostas legislativas — a legitimar a pronta intervenção judicial para *criativamente dar a cada um o que é seu* — merece transcrição esta significativa passagem de José Puig Brutau:

> "El legislador puede, ciertamente, adelantar más com un solo de sus pasos que los jueces com los pasos representados por muchas decisiones o sentencias; pero los períodos de inactividad, inercia o irresolución del primero no le permiten casi nunca señalar nuevas rutas a la evolución jurídica, ante el incesante progreso representado por la actividad de los profesionales del Derecho y, ante todo, de los jueces. Además, el legislador sólo se decide a obrar cuando el objetivo que se propone lo han señalado una serie de necesidades acumuladas. El legislador da la sensación de un miope armado com una arma poderosa".[63]

Destarte, torna-se evidente que incumbe essencialmente aos intérpretes-aplicadores — e não ao legisladores — encontrar as primeiras respostas para os novos problemas sociais, uma tarefa da qual só poderão desincumbir-se a tempo e modo se forem capazes de olhar para o futuro e trilhar caminhos ainda não demarcados; se tiverem a coragem de enfrentar a opinião dominante, ao invés de se curvarem à jurisprudência estabelecida; se, finalmente, se dispuserem a assumir o ônus redobrado de combater as idéias cristalizadas, até porque, via de regra, longe de traduzirem consensos verdadeiros, essas falsas unanimidades não passam de preconceitos coletivos, fruto dos argumentos de autoridade, que sabidamente esterilizam o pensamento e impedem os vôos mais arrojados.

5. *Conclusão*

Assente que as constituições modernas, pelo menos em sua parte dogmática, estruturam-se como sistemas *abertos* de regras e princípios, cuja linguagem é ne-

62 A propósito das relações entre os fatos sociais e as normas jurídicas, cf. nosso *A defesa da livre concorrência na Constituição de 1988, in* Revista Arquivos do Ministério da Justiça, nº 184, jul./dez. 1994, págs. 5/18.

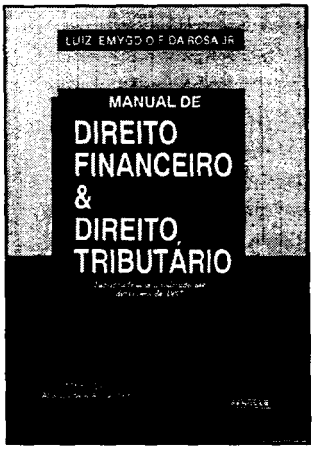
63 *La jurisprudencia como fuente del Derecho.* Barcelona, Bosch, s/d, pág.19.

cessariamente polissêmica e indeterminada; que, ainda hoje, a escolha do método é o grande problema da hermenêutica jurídica; que não existe uma relação hierárquica fixa entre os critérios de interpretação; que todos os métodos de interpretação conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto; que a questão do *método justo* em direito constitucional é um dos problemas mais controvertidos e difíceis da moderna doutrina juspublicística; que, atualmente, a interpretação das normas constitucionais é um *conjunto de métodos* diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares; que essa pluralidade de métodos se converte em *veículo da liberdade do juiz*, o qual, por isso mesmo, acaba por escolher o método em função do resultado que, estimando *correto* e *justo*, pretenda alcançar em cada caso; que, finalmente, como derradeiras instâncias de aplicação do direito, as cortes constitucionais proferem veredictos insuscetíveis de revisão, se tudo isso for verdadeiro, então pode-se concluir que esses veredictos equivalem a *erratas* e *adendas* das constituições, e que a questão da constitucionalidade/inconstitucionalidade fica sujeita a juízos políticos sobre a *validade* das leis, assim entendidas a sua *conveniência*, *oportunidade* e *razoabilidade*, conceitos abertos e indeterminados cuja densificação depende da pré-compreensão e da ideologia dos magistrados que exercem a jurisdição constitucional.



Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário

Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.



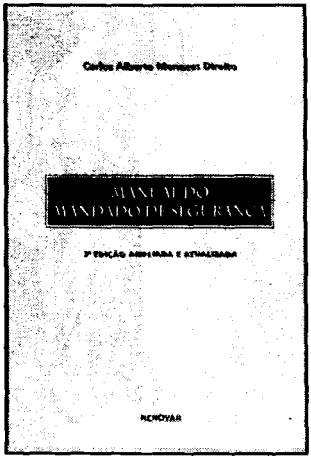
É uma das mais importantes obras doutrinárias existentes na literatura jurídica nacional. Esta obra puramente didática é uma introdução ao estudo do Direito Financeiro e do Direito Tributário, à luz da legislação positiva no Brasil. O autor parte do estudo da atividade financeira do Estado para, em seguida, enfocar o referido estudo dentro do Direito Financeiro e, completando o volume, examina a relação jurídico-tributária entre o Estado e o contribuinte sob todos os seus aspectos, ampliada e atualizada, está de acordo com a nova Constituição Federal.

Ref. 0021	**Cartonado**	**817 págs.**
Form. 16x23	**1999**	**13ª ed.**

Manual do Mandado de Segurança

Carlos Alberto M. Direito

O livro abrange questões doutrinárias e jurisprudenciais necessárias ao exercício da prática forense do mandado de segurança. Contém índice alfabético-remissivo para facilitar a consulta de todos os profissionais do Direito, que enlaçam o dever com o desafio fascinante de descobrir o direito em cada caso concreto.



Ref. 0028	**Brochura**	**297 págs.**
Form. 14x21	**1999**	**3ª ed.**