

VIII. A PASSAGEM: DO INTERPRETAR NA CULTURA DO CÓDIGO AO ARGUMENTAR PELA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Para tornar clara a passagem que nos conduz de uma hermenêutica moldada nos quadros da *cultura do código* para uma teoria da argumentação mais voltada para a aplicação direta de princípios, vale-se aqui do exemplo daquilo que ocorre em sede constitucional. Até porque essa mudança recebe a chamada *ponderação de princípios* sob a expressão em sentido abrangente de *neoconstitucionalismo*.

É conhecida uma questão que se põe em nossos dias, para saber como deve ser tratada a decisão de garantir a proteção à saúde em face, de um lado, de uma restrição à livre-iniciativa com o sentido de um *planejamento* compulsório para uma atividade empresarial privada e, de outro, de exercício de uma competência que, expressa na própria Constituição Federal, atribui ao Estado o direito de intervir, em nome do direito à saúde, no livre mercado, quer no aspecto da livre-iniciativa, quer no da liberdade de informação. O problema interpretativo está em como conciliar os eventuais conflitos entre os direitos (liberdade/saúde).

Para a análise do problema, dois princípios fundamentais merecem menção: a previsão constitucional de inviolabilidade da dignidade da pessoa do que decorre, de um lado, a instauração da liberdade como valor moral a ser perseguido e concretizado na ordem jurídica, aí presente a liberdade e o caráter social e livre da atividade econômica, que, por sua vez, dá o padrão da intervenção do Estado nesse âmbito; de outro, o direito à vida, do que decorre o direito social à saúde e que faz dessa um dever do Estado, donde a exigência de políticas que visam à sua garantia (CF, art. 196).

Na competência do Estado com respeito à saúde, o correspondente direito da pessoa deve ser

tia (CF, art. 196).

Na competência do Estado com respeito à saúde, o correspondente direito da pessoa deve ser garantido “mediante *políticas* sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos” (CF, art. 196 – grifo nosso), no sentido de *cuidar da saúde e assistência social*, competência comum a todos os entes federativos (CF, art. 23, II), aí incluídas as políticas de educação por meio de orientação pedagógica e campanhas publicitárias do próprio ente público.

Na verdade, a expressão *políticas sociais e econômicas* refere-se ao dever *do Estado* (todos os entes federados) – e *dos agentes privados*? – de realizar *prestações* de saúde, que se efetivam pelas mencionadas *políticas*, isto é, pela execução de ações e serviços de saúde, inclusive preventivos. Tais ações, entre elas incluída a ação educativa mediante propaganda (políticas sanitárias de natureza pedagógica), constituem dever do próprio Estado, tanto que sua omissão dá cabimento à *ação de inconstitucionalidade por omissão* (CF, arts. 102, I, *a*, e 103, § 2º) e, no caso concreto, ao *mandado de injunção* (CF, art. 5º, LXXI).¹⁴ Sendo dever do Estado, *não* poderia ser transferido ao agente privado (*bloqueio*), sob a forma de planejamento compulsório de sua atividade econômica (CF, art. 174, *caput*). Mas, de outro ângulo, o direito à saúde parece exigir do Estado regulador (CF, art. 174) uma intervenção normativa capaz de dar-lhe a efetividade devida como garantia do direito fundamental à vida (dever de políticas públicas).

O que se observa é que, entre a proclamação formal dos direitos e o real estatuto político dos indivíduos e dos grupos, com suas *diferenças*, estende-se aí um vasto espaço ocupado por formas antigas e novas de tensão política. Por extensão, pode-se dizer que os mecanismos jurídicos de ação nas sociedades políticas contemporâneas não alcançam mais inteiramente aquela legitimação social que seria propiciada apenas pela real efetivação dos direitos do homem ou pelo reconhecimento do cidadão como portador efetivo dos direitos de sua peculiar condição, mas exigem outras formas de efetivação. Efetivação possível, em um primeiro momento, graças à institucionalização dos mecanismos em termos de lei e de direito (às prestações positivas), mas, em um segundo momento, ao reconhecimento social, em termos de uma transformação aceita culturalmente na concepção do ser humano como igual e diferente, parece enfrentar um novo desafio.

desafo.

Se, no passado, foi assim que apareceram os direitos fundamentais sociais, chamados de segunda geração, que requerem não uma abstenção, mas uma intervenção não na forma de uma prestação garantidora (prestação jurisdicional: direito de ação judicial e tutela judicial), e sim numa forma positiva que começa com uma prestação de garantia (direito de greve, direito à previdência) e avança para direitos a prestações capazes de não apenas proteger os desiguais em face dos iguais, mas de promover entre ambos uma igualdade (CF, art. 5º: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, mas também, todos têm direito à igualdade, garantia a todos de se tornarem iguais), hoje o problema está em como institucionalizar socialmente no ambiente extraoficial, na escola, no hospital, na fábrica, na empresa, não um direito de ser tratado igualmente apesar das desigualdades, mas de promover uma igualdade em que existam despersonalizações que se sobreponham à personalização dos sujeitos.

Para se compreender essas transformações em sede de argumentação jurídica, é interessante observar o que aconteceu a partir das constituições modernas e sua positivação em normas escritas.

Essa positivação foi uma das ideias que corporificaram o movimento constitucionalista a partir do século XIX. Um dos traços centrais do Estado de Direito foi, assim, a fixação de uma ordem estatal livre, na forma de normas positivas, sujeitas às formalidades garantidoras da certeza e da segurança. Dessa forma protegia-se a liberdade conforme a lei. Isso exigiu, portanto, uma *formalidade constitucional*. Essa formalidade conferia à constituição uma transparência e uma estabilidade indispensáveis. Graças a ela, as constituições puderam submeter-se às regras usuais de interpretação. Por seu intermédio chegava-se ao seu sentido e se controlava a sua eficácia. Sua estabilidade decorria igualmente, não obstante as mudanças na realidade, das limitações postas por essas regras.

Na tradição do século XIX, essas regras correspondiam à fixação do sentido vocabular (método gramatical), proposicional (método lógico), genético (método histórico) e global (método sistemático), conforme as lições de Savigny e outros autores clássicos. Para efeito de uma hermenêutica constitucional voltada para o Estado de Direito concebido como um estado mínimo,

sistemático), conforme as regras de Cavalieri e Cavalieri-Bonardelli, a interpretação constitucional voltada para o Estado de Direito concebido como um estado mínimo, reduzido em suas funções, a interpretação tinha uma orientação de bloqueio – interpretação de bloqueio – conforme princípios de legalidade e estrita legalidade como peças fundantes da constitucionalidade. Não se pode desconhecer, contudo, nesse passo, que a norma constitucional contém elementos jurídicos que a diferenciam das demais normas, características da qual um normativismo rigorosamente positivista, supostamente neutro e acrítico, não chega a dar conta. Aqui entra em cena a ordem política global do Estado constitucional, que obriga a certas correções e especificações.

Partimos do princípio hermenêutico da unidade da Constituição. Esse princípio nos obriga a vê-la como um *articulado de sentido*. Tal articulado, na sua dimensão analítica, é dominado por uma lógica interna que se projeta na forma de uma organização hierárquica. Ou seja, uma Constituição, da mesma forma que o ordenamento jurídico de modo geral, também conhece a estrutura da ordem escalonada, não estando todas as suas normas postas horizontalmente uma ao lado da outra mas, verticalmente, uma sobre outra. Concebê-la sem escalonamento é impo-
dir aquele articulado, tornando-a destituída de unidade. Perdendo-se a unidade, perde-se a di-
mensão da certeza, o que faria a Constituição um instrumento de arbítrio.

A noção de hierarquia, que conduz à aplicação de esquemas interpretativos como a regra da superioridade e da especialidade, donde a possibilidade de interpretação restritiva, já teve menos alcance na hermenêutica constitucional.¹⁵ Na medida, porém, em que constituições passam a ser concebidas não como um complexo compacto e indiferenciado de normas, mas, justamente pela complexidade quantitativa e qualitativamente crescente de suas disposições, passam a ser vistas como um *sistema* de normas coordenadas e inter-relacionadas que se condicionam reciprocamente,¹⁶ torna-se inevitável o recurso ao escalonamento e suas consequências analíticas.¹⁷

Afinal, não é possível deixar de reconhecer, no seu complexo normativo, a presença do cerne

Afinal, não é possível deixar de reconhecer, no seu complexo normativo, a presença do cerne fixo material representado pelos direitos fundamentais e sua prevalência sobre as demais normas, bem como a diferença entre normas que agasalham princípios, normas que instituem princípios, normas que têm um sentido técnico de organização, normas que visam à própria aplicabilidade da constituição etc. e a sua consequente imbricação formal conforme esquemas lógicos de identidade e não contradição.

A concepção *formal* da hierarquia, porém, não é suficiente para compreender o sistema. Existem aí aspectos econômicos, sociológicos, jurídicos e filosóficos que não podem ser reduzidos à mera forma. Nesse sentido nos diz Pinto Ferreira¹⁸ que o “edifício” constitucional possui vários andares:

embaixo a infraestrutura das relações econômicas, a técnica de produção e de trabalho, como símbolos de uma economia individualista ou coletivista; logo em seguida as representações coletivas da sociedade, os sentimentos e instituição dominantes da comunidade humana, como reflexo da consciência comunal; depois, o sistema de normas jurídicas que, se inspirando nos antecedentes econômicos e histórico-sociais, transluzem essa consciência social, corporificando-a em uma carta política; e, acima de tudo, os princípios de justiça, direito natural e segurança coletiva, como o ideal do regime constitucional perfeito.

Isso, obviamente, torna a unidade de sentido, peça imprescindível da interpretação constitucional, um dado irreduzível à mera forma lógica.

Essa unidade de sentido não se obtém se consideramos a Constituição sem conexão com a própria realidade constitucional, enquanto uma experiência normativa, vivida e concreta da comunidade. Por isso, sua unidade de sentido não tem apenas uma dimensão teológica própria do sistema de valores que lhe é ínsito. Quando se fala de sistema de valores, é preciso precaver-se contra uma interpretação abstrata e por isso mesmo incontrolável. Uma interpretação abstrata busca, por exemplo, no reconhecimento de direitos fundamentais uma avaliação valorativa do seu conteúdo (direito à vida e superioridade dos valores de preservação da vida sobre os de preservação da liberdade). Hierarquizar direitos fundamentais em nome de uma hierarquia – abstrata – de valores pode levar a privilegiar meio ambiente, concorrência e outros interesses

preservação da liberdade). Hierarquizar direitos fundamentais em nome de uma hierarquia – abstrata – de valores pode levar a privilegiar meio ambiente, concorrência e outros interesses difusos em face de garantias básicas como o respeito à legalidade. A experiência alemã a esse propósito, no entendimento da famosa Constituição de Weimar, e que conduziu aquele país às arbitrariedades do nazismo, deve-nos servir de exemplo. A forma abstrata e difusa como foi entendida e valorada a expressão *povo* (*Volk*) como sujeito do poder constituinte (o povo não se deixa *representar* pois está sempre presente, sendo sua forma básica de manifestação a aclamação) foi uma fórmula que acabou favorecendo a ascensão de Hitler. Assim, o reconhecimento de um sistema de valores não deve conduzir à justificação de quaisquer hipostasias, na medida em que a superação de um método positivista não deva significar uma perda do sentido da positividade do direito.¹⁹

¹⁴ Cf. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, p. 768.

¹⁵ Cf. SILVEIRA, Alpio. *Hermenêutica no direito brasileiro*, v. I, p. 222.

¹⁶ Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 37.

¹⁷ Cf. ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*, p. 157 (há tradução em português: *Introdução ao pensamento jurídico*).

¹⁸ *Princípios constitucionais de direito constitucional moderno*, p. 64.

¹⁹ FORSTHOFF, Ernst. *Rechtsstaat im Wandel*, p. 134. Sobre *Volk*, ver Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 1928/reprodução de 1970, p. 243.