

# INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

7ª EDIÇÃO

LUÍS ROBERTO BARROSO

LUIS ROBERTO BARROSO

INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO



 Editora  
**Saraiva**

ISBN 978-85-02-07531-3



[saraivajur.com.br](http://saraivajur.com.br)

Visite nosso portal

LUÍS ROBERTO BARROSO

Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do  
Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Doutor e Livre-Docente pela UERJ.  
Mestre pela *Yale Law School*. Advogado.

# INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

FUNDAMENTOS DE UMA DOGMÁTICA  
CONSTITUCIONAL TRANSFORMADORA

RODRIGO  
BARATA

7ª edição  
revista

2009

 Editora  
**Saraiva**

4. Algumas questões de direito intertemporal suscitadas pelo advento de uma nova Constituição.....	87
a) Inexistência de inconstitucionalidade formal superveniente.....	87
b) Aplicação imediata, mas não retroativa, da Constituição nova.....	91
c) Declaração de inconstitucionalidade e efeito repristinatório.....	94
d) Situações processuais específicas.....	99
e) Normas infraconstitucionais não recepcionadas pela Constituição de 1988.....	102

**PARTE II**  
**A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

*Capítulo I*

OS MÉTODOS E CONCEITOS CLÁSSICOS APLICADOS  
À INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

1. Introdução.....	107
2. Peculiaridades das normas constitucionais.....	111
3. Conceitos, classificações e métodos clássicos de interpretação.....	116
a) Subjetivismo e objetivismo. O originalismo nos Estados Unidos..	116
b) Interpretação constitucional legislativa, administrativa, judicial, doutrinária e autêntica.....	119
c) Interpretação declarativa, restritiva e extensiva.....	125
d) Os métodos ou elementos clássicos de interpretação.....	128
I — A interpretação gramatical.....	131
II — A interpretação histórica.....	136
III — A interpretação sistemática.....	140
IV — A interpretação teleológica.....	143
e) Integração da vontade constitucional. Analogia e costume constitucional.....	146
4. A interpretação constitucional evolutiva.....	151

*Capítulo II*

PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO ESPECIFICAMENTE  
CONSTITUCIONAL

1. Os princípios constitucionais como condicionantes da interpretação constitucional.....	155
2. Princípio da supremacia da Constituição.....	165
3. Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.....	178

4. Princípio da interpretação conforme a Constituição.....	193
5. Princípio da unidade da Constituição.....	202
6. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.....	224
7. Princípio da efetividade.....	253

**PARTE III**

**A OBJETIVIDADE DESEJADA E A NEUTRALIDADE IMPOSSÍVEL:  
O PAPEL DO INTÉRPRETE NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

*Capítulo I*

SABER JURÍDICO CONVENCIONAL, TEORIA CRÍTICA DO DIREITO  
E DIREITO ALTERNATIVO. A SÍNTESE NECESSÁRIA

1. Introdução.....	281
2. A teoria crítica.....	282
3. O direito alternativo.....	285
4. Objetividade e neutralidade. Os limites do possível.....	288

*Capítulo II*

CONCLUSÕES.....	297
-----------------	-----

**PARTE IV: POST SCRIPTUM**

**PÓS-POSITIVISMO E A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

*Capítulo I*

FUNDAMENTOS TEÓRICOS E FILOSÓFICOS DO  
NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO  
(Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)

I. Pré-compreensão do tema.....	305
a) A pós-modernidade e o Direito.....	305
b) A busca da razão possível.....	309
2. Algumas bases teóricas.....	314
a) A dogmática jurídica tradicional e sua superação.....	314
b) A teoria crítica do direito.....	315
3. Algumas bases filosóficas.....	320
a) Ascensão e decadência do jusnaturalismo.....	320
b) Ascensão e decadência do positivismo jurídico.....	324
c) Pós-positivismo e a normatividade dos princípios.....	327

4. Conclusão .....	340
a) A ascensão científica e política do direito constitucional no Brasil .....	340
b) Síntese das idéias desenvolvidas .....	343

### Capítulo II

#### A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O PAPEL DOS PRINCÍPIOS NO DIREITO BRASILEIRO

1. A nova interpretação constitucional .....	347
a) Tradição e modernidades: uma nota explicativa .....	347
b) Pós-positivismo e a ascensão dos princípios .....	350
c) Princípios e regras, ainda uma vez .....	352
d) Ponderação de interesses, bens, valores e normas .....	358
e) A teoria da argumentação .....	364
2. Princípios constitucionais .....	370
a) Princípios instrumentais de interpretação constitucional .....	370
I — Princípio da supremacia da Constituição .....	372
II — Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público .....	373
III — Princípio da interpretação conforme a Constituição .....	373
IV — Princípio da unidade da Constituição .....	373
V — Princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade .....	374
VI — Princípio da efetividade .....	375
b) Os princípios constitucionais materiais: uma classificação .....	376
I — Princípios fundamentais .....	376
II — Princípios gerais .....	377
III — Princípios setoriais .....	377
c) Modalidades de eficácia dos princípios .....	378
I — Eficácia positiva ou simétrica .....	379
II — Eficácia interpretativa .....	379
III — Eficácia negativa .....	380
IV — Eficácia vedativa do retrocesso .....	380
d) Algumas aplicações concretas dos princípios materiais .....	381
3. Conclusão .....	385
<i>Índice onomástico</i> .....	389
<i>Índice alfabético-remissivo</i> .....	403
<i>Bibliografia</i> .....	409

### ABREVIATURAS

ADCT — Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADCon — Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIn — Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADV — <i>Informativo Semanal Advocacia Dinâmica</i>
Agl — Agravo de Instrumento
AgRg — Agravo Regimental
AJCL — <i>American Journal of Comparative Law</i>
AJIL — <i>American Journal of International Law</i>
Ajuris — <i>Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul</i>
Ap. Cr. — Apelação Criminal
BVerfGE — <i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht</i>
DJU — <i>Diário de Justiça da União</i>
Embgs. — Embargos
ILM — <i>International Legal Materials</i>
IP — <i>Revista Interesse Público</i>
MC — Medida Cautelar
MI — Mandado de Injunção
ML — Medida Liminar
MS — Mandado de Segurança
QO — Questão de Ordem
RAPRJ — <i>Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro</i>
RBCC — <i>Revista Brasileira de Ciências Criminais</i>
RDA — <i>Revista de Direito Administrativo</i>
RDCI — <i>Revista de Direito Constitucional e Internacional</i>
RDP — <i>Revista de Direito Público</i>
RDT — <i>Revista de Direito Tributário</i>
RE — Recurso Extraordinário
RECR — Recurso Extraordinário Criminal
Rep. — Representação de Inconstitucionalidade
REsp — Recurso Especial
RF — <i>Revista Forense</i>

VIII

IX

- RILSF — *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*  
RMS — Recurso em Mandado de Segurança  
RPGERJ — *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*  
RT — *CDC e CP — Revista dos Tribunais — Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*  
RTDP — *Revista Trimestral de Direito Público*  
RTJ — *Revista Trimestral de Jurisprudência*  
STF — Supremo Tribunal Federal  
STJ — Superior Tribunal de Justiça  
TFR — Tribunal Federal de Recursos  
TJRS — Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul  
TJSP — Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

## UM PREFÁCIO AFINAL DESNECESSÁRIO

Estas palavras não pretendem ser um prefácio que mereça o nome.

Não é que alimentasse a presunção de oferecer um desses prefácios densos e eruditos, que, às vezes, dissimulam a ambição de competir com a obra que apresentam.

Honrado, porém, pelo convite do autor para prefaciara publicação da tese — que lhe deu as merecidas galas de Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — e verdadeiramente impressionado com a excelência do trabalho, cheguei a cogitar, à guisa de prefácio, de dar um testemunho: aos sete anos de cotidiana interpretação constitucional por dever de ofício, pensei aproveitar o tema e dar conta do método e dos motivos de votar de um juiz do Supremo Tribunal Federal. Ao menos, dos motivos conscientes e racionais. Que os outros — superado, embora, o mito ingênuo ou misticador da interpretação neutra (e não apenas imparcial) — são, de regra, indevassáveis: não que os queira ocultar o intérprete, mas porque, na grande maioria das vezes, é ele próprio o primeiro a ignorá-los.

Na Parte Final deste livro, disse-o o autor, de modo irretocável:

“Idealmente, o intérprete, o aplicador do direito, o juiz, deve ser neutro. E é mesmo possível conceber que ele seja racionalmente *educado* para a compreensão, para a tolerância, para a capacidade de entender o *diferente*, seja o homossexual, o criminoso, o miserável ou o mentalmente deficiente. Pode-se mesmo, um tanto utopicamente, cogitar de libertá-lo de seus preconceitos, de suas opções políticas pessoais e oferecer-lhe como referência um conceito idealizado e asséptico de justiça. Mas não será possível libertá-lo do próprio inconsciente, de seus registros mais primitivos. Não há como idealizar um intérprete sem memória e sem desejos. Em sentido pleno, não há neutralidade possível!”

Frustrou-se o intento do depoimento pessoal, atropelado pelas turbulências da presidência do Tribunal e das dimensões inéditas da crise do Judiciário, que venho tentando discutir sem preconceitos. E ainda pela certeza de que nenhuma contribuição justificaria retardar ainda mais a publicação de estudo tão significativo.

Este livro, cuja apresentação a amizade de Luís Roberto Barroso me entregou, consolida a inscrição do conjunto da sua obra, fruto da juventude ainda vigente, no rol das melhores produções da teoria constitucional brasileira.

O trabalho premiado do estudante<sup>1</sup> — *O problema da federação* (Forense, 1982) — que o grande Seabra Fagundes, no prefácio, não hesitou em saudar como “dos melhores já escritos sobre o regime federal no Brasil” prenunciava os marcos característicos do jurista consagrado de hoje: o domínio seguro dos princípios, da história e da dogmática constitucional, sem asfixia do compromisso com o seu País e o seu povo.

Vem dessa época a nossa aproximação pessoal, na militância da OAB, ao tempo em que, “sobre o crepúsculo do autoritarismo, incidem as primeiras frestas de claridade” (*O problema da federação*, cit., p. XII).

Já em 1989 — entremeando-se na série de trabalhos menores, no entanto, de valor indiscutível (assim, p. ex., Igualdade perante a lei, de 1985, *Revista de Direito Público*, 78:65, e A crise econômica e o direito constitucional, de 1993, *Revista Forense*, 323:83) —, completa o autor a versão original de sua tese de livre-docência — *A força normativa da Constituição. Elementos para a efetividade das normas constitucionais* —, a qual, ampliada e atualizada, foi divulgada em duas edições, com o título definitivo — *O direito constitucional e a efetividade de suas normas* — e o subtítulo que trai o engajamento do teórico — *Limites e possibilidades da Constituição brasileira* (Renovar, 1991 e 1993).

Na primeira das edições, a veemente divergência com a minha postura restritiva nos *leading cases* acerca da natureza e das potencialidades dogmáticas do mandado de injunção — tal como instituído e disciplinado (e muito mal) pela Constituição — valeu-me, na transcrição de uma ementa, o epíteto de ser uma “pena ilustre — outrora progressista” (*O*

1. Prêmio Cândido de Oliveira Neto, 1980, da OAB-RJ.

*direito constitucional e a efetividade de suas normas*, cit., p. 179), expressões abrandadas, com sutileza, na edição seguinte (*O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, cit., p. 183).

A impiedade da crítica do amigo — que assim aparentemente me compelia à retirada do círculo dos “progressistas”, onde há anos o recebera — nem afetou a amizade, nem alterou o juízo extremamente positivo sobre o trabalho<sup>2</sup>.

De qualquer sorte, até por vaidade intelectual, não ousaria retratar-me dos justos encômios ao estudo: a verdade é que — após o clássico de José Afonso da Silva sobre a eficácia jurídica das normas constitucionais<sup>3</sup> — a monografia de Barroso, em torno dos caminhos possíveis para a efetividade (ou eficácia social) da Constituição, deu novas dimensões, no Brasil, ao esforço para vencer a paralisia das inovações constitucionais contra a resistência à sua realização de parte dos interesses criados.

Esta segunda tese, que hoje me orgulha apresentar, responde às mesmas inspirações do jurista comprometido com a descoberta e a exploração das potencialidades transformadoras da Constituição.

Sua tônica é a mesma da obra anterior, uma obsessão fértil com a efetividade da norma constitucional, expressa nesta passagem feliz, que traduz a declarada influência de Konrad Hesse:

“O malogro do constitucionalismo, no Brasil e alhures, vem associado à falta de efetividade da Constituição, de sua incapacidade de moldar e submeter a realidade social. Naturalmente, a Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pelas circunstâncias concretas de cada época. Mas não se reduz ela à mera expressão das situações de fato existentes. A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o

2. Juízo positivo, aliás, que já nem poderia dissimular: da leitura dos originais da tese, dela extraíra citação, precedida de referência elogiosa, que crigira em um dos pilares da fundamentação do voto em que tomara posição na polémica — MI 107 (QQ), Moreira Alves, *RTJ*, 133:11, 50.

3. José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, *Revista dos Tribunais*, 1968.

contexto social e político. Existe, assim, entre a norma e a realidade, uma tensão permanente. É neste espaço que se definem as possibilidades e os limites do direito constitucional<sup>4</sup>.

Ou nesse parágrafo, irretocável, que trai a segura apreensão do melhor da lógica de Kelsen<sup>4</sup>:

“No nível lógico, nenhuma lei, qualquer que seja sua hierarquia, é editada para não ser cumprida. Sem embargo, ao menos potencialmente, existe sempre um antagonismo entre o *dever-ser* tipificado na norma e o *ser* da realidade social. Se assim não fosse, seria desnecessária a regra, pois não haveria sentido algum em impor-se, por via legal, algo que ordinária e invariavelmente já ocorre. É precisamente aqui que reside o impasse científico que invalida a suposição, difundida e equivocada, de que o direito deve limitar-se a expressar a realidade de fato. Isso seria sua negação. De outra parte, é certo que o direito se forma com elementos colhidos na realidade, e seria condenada ao insucesso a legislação que não tivesse ressonância no sentimento social. O equilíbrio entre esses dois extremos é que conduz a um ordenamento jurídico socialmente eficaz”.

O tema agora eleito — *Interpretação e aplicação da Constituição* —, de trato freqüentemente negligenciado, quando não enfadonhamente repetitivo, seguramente não é uma promessa, necessariamente mistificadora, de ensinar caminhos sem desvios nem alternativas para a solução pretensamente unívoca de todo e qualquer problema constitucional.

4. A Hans Kelsen, contudo, a obra reserva, depois (Parte Final, cap. I, n. 1), um tratamento injusto e incide na assimilação, também difundida mas equivocada, entre o normativismo da Teoria Pura — que tem um dos seus pontos fortes na revelação do caráter também criador das etapas sucessivas de aplicação do direito, até a sentença, inclusive (cf., p. ex., *Teoría general del derecho y del Estado*, trad., México, 1949, p. 137 e s.) — e o formalismo dos exegetas, este, sim, que parte da premissa de “que a atividade do intérprete se desenvolve por via de um processo dedutivo, de mera subsunção do fato à norma”, de sentido supostamente inequívoco: permita-me o autor a crítica ligeira, que, por força do contraste, realçará os muitos elogios.

Ao contrário, o subtítulo da tese — *Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora* — desvela o engajamento progressista do autor, que o parágrafo final do estudo corajosamente renova:

“O constituinte é invariavelmente mais progressista que o legislador ordinário. Tal fato dá relevo às potencialidades do direito constitucional, e suas possibilidades interpretativas. Sem abrir mão de uma perspectiva questionadora e crítica, é possível, com base nos princípios maiores da Constituição e nos valores do processo civilizatório, dar um passo à frente na dogmática constitucional. Cuida-se de produzir um conhecimento e uma prática asseguradores das grandes conquistas históricas, mas igualmente comprometidos com a transformação das estruturas vigentes. O esboço de uma dogmática autocrítica e progressista, que ajude a ordenar um país capaz de gerar riquezas e distribuí-las adequadamente”.

Essa audaciosa declaração de compromisso do autor com a “*transformação das estruturas vigentes*” não seria de celebrar se se tratasse apenas de mais uma dessas tentativas, tão comuns na área do direito público, de vender crenças ideológicas dessa ou daquela coloração como soluções de dogmática constitucional, de simulada neutralidade científica.

Certo, Luís Roberto Barroso denuncia com razão que “a idéia de neutralidade do Estado, das leis e de seus intérpretes, divulgada pela doutrina liberal-normativista, toma por base o *status quo*” e, por isso, só reputa neutra “a decisão ou a atitude que não afeta nem subverte as distribuições de poder e riqueza existentes na sociedade”.

É verdade também que não receou enfrentar preconceitos e resgatar, da superficialidade da réplica que só opor-lhe a crítica reacionária, os aspectos positivos da “*teoria crítica do direito*” e do movimento do “*direito alternativo*”.

Não obstante, a obra repele decididamente a pregação dos que, a partir da “*impossibilidade da objetividade plena*” — dado o inextirpável coeficiente de subjetividade que toda interpretação contém —, renunciam na sua prática à busca da “*objetividade possível*”.

Daí, o traço antológico da linha de equilíbrio que propõe:

“A impossibilidade de chegar-se à objetividade plena não minimiza a necessidade de se buscar a objetividade possível. A interpretação, não apenas no direito como em outros domínios, jamais será uma atividade inteiramente discricionária ou puramente mecânica. Ela será sempre o produto de uma interação entre o intérprete e o texto, e seu produto final conterá elementos objetivos e subjetivos. E é bom que seja assim. A objetividade traçará os parâmetros de atuação do intérprete e permitirá aferir o acerto de sua decisão à luz das possibilidades exegéticas do texto, das regras de interpretação (que o confinam a um espaço que, normalmente, não vai além da literalidade, da história, do sistema e da finalidade da norma) e do conteúdo dos princípios e conceitos de que não se pode afastar. A subjetividade traduzir-se-á na sensibilidade do intérprete, que humanizará a norma para afeiçoá-la à realidade, e permitirá que ele busque a solução justa, dentre as alternativas que o ordenamento lhe abriu. A objetividade máxima que se pode perseguir na interpretação jurídica e constitucional é a de estabelecer os balizamentos dentro dos quais o aplicador da lei exercitará sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça do caso concreto”.

A essa orientação o autor consegue manter-se invariavelmente fiel, à custa da rejeição coerente à tentação dos desvios de todas as bandas.

Assim, de um lado, na trilha do seu mestre, o notável José Carlos Barbosa Moreira volta a denunciar a lógica predileta dos reacionários, “uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo”.

Repele, no entanto, com igual vigor, o “*charlatanismo constitucional*”, mercê do qual, com frequência, intérpretes politicamente comprometidos — incluídos alguns dos nossos — forcejam por ignorar princípios

elementares e limites intransponíveis da dogmática do ordenamento positivo, à busca de uma falsa legitimação jurídica para suas posições.

Essa fidelidade à dignidade científica da interpretação constitucional, sem prejuízo da criatividade e do compromisso com a transformação, na medida em que dogmaticamente viáveis, responde pelo nível de altiplano, sem depressões, que o livro mantém, do começo ao fim.

É impossível, contudo, não assinalar alguns pontos da obra, cuja particular cintilação a singulariza, no panorama de hoje da nossa doutrina constitucional.

Entre eles, toda a Parte I — A determinação da norma aplicável —, que, salvo engano, pela sistemática do trato dos conflitos das normas constitucionais no tempo e no espaço, não encontra paralelo em nossa literatura.

Nela, ganha realce a precisa análise da questão, quase inexplorada, da legitimidade e dos limites do controle, no foro brasileiro, da validade da norma estrangeira a aplicar, quer perante a Constituição de origem, quer perante a própria Constituição do Brasil, cujas normas, em passagem de grande felicidade, o autor insere na “*ordem pública internacional*”. São páginas ímpares.

De relevar também é todo o capítulo destinado a enfatizar o decisivo papel dogmático dos princípios constitucionais — “normas eleitas pelo constituinte como fundamentos e qualificações essenciais da ordem jurídica que instituem” —, os quais — assinala o autor, reafirmando sua postura fundamental —, por sua generalidade, abstração e capacidade de expansão, permitem muitas vezes ao intérprete “superar o legalismo estrito e buscar no próprio sistema a solução mais justa”, mas, a um só tempo, “funcionam como limites interpretativos máximos, neutralizando o subjetivismo voluntarista dos sentimentos pessoais e das conveniências políticas, reduzindo a discricionariedade do legislador e impondo-lhe o dever de motivar seu convencimento”.

Exemplar igualmente, dentro da mesma diretiva metodológica, nos tópicos que se ocupam dos princípios específicos da interpretação constitucional, é a exploração das potencialidades do “*princípio da razoabilidade*” e a definição dos marcos do seu espaço legítimo de incidência.

Só duas palavras a mais.

Vai a primeira para o cuidado da tese com a pesquisa e a análise da jurisprudência constitucional brasileira, que a obra de nossos especialistas, a exemplo do que sucede nos demais ramos do direito, tende simplesmente a ignorar.

O escamoteamento da jurisprudência pela doutrina, entretanto, é de todo indesculpável. Não é que se pretenda impor ao teórico a submissão ao entendimento dos tribunais — acentuei, ao prefaciá-la outra obra recente<sup>5</sup>: o que não é leal, sobretudo para o leitor jovem, é não dar conta dele e transmitir, como verdades apodíticas, opiniões diametralmente opostas a quanto se tem decidido — certo ou errado, não importa — na vivência cotidiana, na Justiça, da lei e da Constituição.

É auspicioso verificar que essa tendência tradicional está sendo superada por alguns dos melhores nomes da nova geração de publicistas brasileiros<sup>6</sup>.

Entre eles, com esta tese, Luís Roberto Barroso se inseriu definitivamente com minuciosa atenção à jurisprudência constitucional do País, particularmente a do Supremo Tribunal, que analisa com precisão e crítica com agudeza, quando entende ser o caso.

A transcrição de alguns trechos já dispensaria, a rigor, a última nota destas palavras, reservada para louvar a clareza e a limpidez do estilo, de elegância ática, infenso a ouropéis e berloques, sem concessões à frase arrevesada, às metáforas substitutivas de conceitos técnicos e a tantos outros abomináveis vícios de provinciano pedantismo, dos quais muitos de nossos juristas estão longe de libertar-se.

5. José Tarcísio de Almeida Melo, *Direito constitucional brasileiro*, Del Rey, 1996, prefácio.

6. Cf., a partir de José Celso de Mello Filho (*Constituição Federal anotada*, Saraiva, 1986) e de Gilmar F. Mendes (*Controle de constitucionalidade*, Saraiva, 1990, e *Jurisdição constitucional — o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, Saraiva, 1996), v. g., Clémerson M. Clève, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, Revista dos Tribunais, 1995; Nagib Slaibi Filho, *Ação declaratória de constitucionalidade*, Focense, 1994; Elival S. Ramos, *A inconstitucionalidade das leis*, Saraiva, 1994; Oscar Vilhena Vieira, *Supremo Tribunal Federal — jurisprudência política*, Revista dos Tribunais, 1994; Joaquim Barbosa Gomes, *La Cour Suprême dans le système politique brésilien*, além de valiosos comentários e críticas de decisões determinadas, v. g., Flávio Bauer Novelli, sobre o julgamento da ADIn 939, declaratória da inconstitucionalidade do art. 2º, § 2º, da EC 3/93, *RT — Cadernos de Direito Constitucional*, 13:18.

Por tudo quanto foi dito, o melhor é encerrar.

Afinal, se o livro é tão bom e tão bem escrito, já é mais que hora de deixar que o leitor desavisado, que haja gasto seu tempo com esta apresentação desnecessária, entregue-se afinal ao prazer intelectual da sua leitura.

Brasília, maio de 1996.

J. P. Sepúlveda Pertence

## REGISTROS

Inúmeras pessoas participaram deste projeto, com maior ou menor intensidade, em contribuições intelectuais e afetivas. Por evidente, nenhuma delas tem culpa no resultado. Ana Paula de Barcellos tem sido um adorável anjo da guarda destes últimos anos, com sua dedicação e talento. Luís Eduardo Barbosa Moreira prestou-me valiosa ajuda na pesquisa dos materiais em italiano e reviu em minúcia o texto final. Lúcia Maria Lefebvre Fisher, de novo e sempre, foi a bibliotecária que tomou minha vida mais fácil e melhor. Devo, igualmente, ao Professor Osiris Cuadrat de Souza inúmeras correções da primeira versão.

Nelson Nascimento Diz, Mauro Fichtner Pereira e Joel Alves Andrade, advogados e pessoas notáveis, foram interlocutores frequentes e gratificantes de minhas angústias e perplexidades. Os Professores José Carlos Barbosa Moreira, Milton Flaks, Joaquim Arruda Falcão e Hélio Assunção honraram-me com a leitura dos originais e com suas críticas lúcidas e proveitosas. O Professor Gustavo Tepedino tem sido companheiro e amigo constante de muitos caminhos, que vêm desde o movimento estudantil e chegarão a um mundo melhor.

Os Professores Doutores Caio Tácito, Raul Machado Horta, José Alfredo de Oliveira Baracho, Carlos Alberto Direito e Jacob Dolinger integraram a banca de concurso que me conferiu o grau de titular em Direito Constitucional, com nota máxima. A leitura atenta que fizeram de meu trabalho e as arguições eruditas e instigantes valorizaram imensamente a conquista. Partilho o título, em profunda comunhão afetiva, com a Professora Carmen Tiburcio, pelo estímulo, carinho e transcendente amizade de todos estes anos.

Este trabalho é dedicado à Tê, que o acompanhou a cada passo, e à Luna, que nasceu junto com ele. Nas madrugadas e fins de semana em que o escrevi, e por isto não pude estar com elas, reconheci-me no verso encantado de Jorge Luis Borges, uma linda declaração de amor: "Estar com você ou não estar com você é a medida do meu tempo".

## Capítulo II

### A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O PAPEL DOS PRINCÍPIOS NO DIREITO BRASILEIRO

#### 1. A nova interpretação constitucional

##### a) *Tradição e modernidades: uma nota explicativa*

A idéia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico — o subsuntivo<sup>1</sup>, fundado na aplicação de regras — nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos<sup>2</sup>. Relevante, mas nem sempre suficiente.

Mesmo no quadro da dogmática jurídica tradicional, já haviam sido sistematizados diversos princípios específicos de interpretação constitucional, aptos a superar as limitações da interpretação jurídica convencional, concebida sobretudo em função da legislação infraconstitucional, e mais especialmente do direito civil. A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral — e as normas constitucionais em particular — tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as

---

1. Nessa perspectiva, a interpretação jurídica consiste em um processo silogístico de sub-sunção dos fatos à norma: a lei é a premissa maior, os fatos são a premissa menor e a sentença é a conclusão. O papel do juiz consiste em revelar a vontade da norma, desempenhando uma atividade de mero conhecimento, sem envolver qualquer parcela de criação do Direito para o caso concreto.

2. Sobre esta temática, remete-se ao Capítulo I da Parte I. Para uma outra abordagem no direito brasileiro, v. Juarez de Freitas, *A interpretação sistemática do direito*, 2002 (a 1ª edição é de 1995), e Inocêncio Mártires Coelho, *Interpretação constitucional*, 1997.

situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização.

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.

Antes de avançar no tema, cabe ainda uma nota de advertência. Muitas situações subsistem em relação às quais a interpretação constitucional envolverá uma operação intelectual singela, de mera subsunção de determinado fato à norma. Tal constatação é especialmente verdadeira em relação à Constituição brasileira, povoada de regras de baixo teor valorativo, que cuidam do varejo da vida. Alguns exemplos de normas que, de ordinário, não dão margem a maiores especulações teóricas: (i) implementada a idade para a aposentadoria compulsória, o servidor público deverá passar para a inatividade (CF, art. 40, § 1º, II); (ii) o menor de trinta e cinco anos não é elegível para o cargo de Senador da República (CF, art. 14, § 3º, VI, *a*); (iii) não é possível o divórcio antes de um ano da separação judicial (CF, art. 226, § 6º).

Portanto, ao se falar em nova interpretação constitucional, normatividade dos princípios, ponderação de valores, teoria da argumentação, não se está renegando o conhecimento convencional, a importância das regras ou a valia das soluções substantivas. Embora a história das ciências se faça, por vezes, em movimentos revolucionários de ruptura, não é disso que se trata aqui. A nova interpretação constitucional é fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega idéias que anunciam novos tempos e acodem a novas demandas.

No fluxo das modernidades aqui assinaladas, existem técnicas, valores e personagens que ganharam destaque. E outros que, sem desaparecerem, passaram a dividir o palco, perdendo a primazia do papel princi-

pal. Um bom exemplo: a norma, na sua dicção abstrata, já não desfruta da onipotência de outros tempos. Para muitos, não se pode sequer falar da existência de norma antes que se dê a sua interação com os fatos, tal como pronunciada por um intérprete<sup>3</sup>. É claro que os fatos e o intérprete sempre estiveram presentes na interpretação constitucional. Mas nunca como agora. Faça-se uma anotação sumária sobre cada um:

(i) *Os fatos subjacentes e as conseqüências práticas da interpretação*. Em diversas situações, inclusive e notadamente nas hipóteses de colisão de normas e de direitos constitucionais, não será possível colher no sistema, em tese, a solução adequada: ela somente poderá ser formulada à vista dos elementos do caso concreto, que permitam afirmar qual desfecho corresponde à vontade constitucional<sup>4</sup>. Ademais, o resultado do processo interpretativo, seu impacto sobre a realidade não pode ser desconsiderado<sup>5</sup>: é preciso saber se o produto da incidência da norma sobre o fato realiza finalisticamente o mandamento constitucional<sup>6</sup>.

(ii) *O intérprete e os limites de sua discricionariedade*. A moderna interpretação constitucional envolve escolhas pelo intérprete, bem como a integração subjetiva de princípios, normas abertas e conceitos indeterminados. Boa parte da produção científica da atualidade tem sido dedi-

3. A não identidade entre norma e texto normativo, entre o "programa normativo" correspondente ao comando jurídico e o "domínio normativo" (a realidade social), é postulado básico da denominada metódica "normativo-estruturante" de Friedrich Müller (*Discourse de la méthode juridique*, 1996; a 1ª ed. da original *Juristische Methodik* é de 1993). Sobre o tema, v. também J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2001, p. 3179.

4. Qual o bem jurídico de maior valia: a liberdade de expressão ou a liberdade de ir e vir? Quando será legítima uma manifestação política que paralise o trânsito em uma via pública? Se for o comício de encerramento da campanha presidencial do candidato de um partido político nacional, parece razoável. Mas se vinte estudantes secundaristas deitam-se no longo de uma larga avenida, em protesto contra a qualidade da merenda, seria uma manifestação legítima?

5. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1994, p. 383 e s.

6. Pode acontecer que uma norma, sendo constitucional no seu relato abstrato, produza um resultado inconstitucional em uma determinada incidência. Por exemplo: o STF considerou constitucional a lei que impede a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública (RTJ, 169:383, 1999, ADCMC 4, rel. Min. Sydney Sanches), fato que, todavia, não impediu um Tribunal de Justiça de concedê-la, porque a abstenção importaria no sacrifício do direito à vida da requerente (TJRS, AI 598.398.603, 4ª Câm. Cív., rel. Des. Araken de Assis). Veja-se o comentário dessa decisão em Ana Paula Ávila, Razoabilidade, proteção do direito fundamental à saúde e antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, *Ajuria*, 86:361, 2003.

cada, precisamente, à contenção da discricionariedade judicial, pela demarcação de parâmetros para a ponderação de valores e interesses e pelo dever de demonstração fundamentada da racionalidade e do acerto de suas opções.

Feita a advertência, passa-se à discussão de alguns dos temas que têm mobilizado o universo acadêmico nos últimos tempos e que, mais recentemente, vêm migrando para a dogmática jurídica e para a prática jurisprudencial.

#### b) Pós-positivismo e a ascensão dos princípios<sup>7</sup>

Retomam-se aqui algumas idéias expostas no capítulo anterior.

O jusnaturalismo moderno, que começou a formar-se a partir do século XVI, dominou por longo período a filosofia do Direito. A crença no direito natural — isto é, na existência de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma emanada do Estado — foi um dos trunfos ideológicos da burguesia e o combustível das revoluções liberais. Ao longo do século XIX, com o advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação, o jusnaturalismo chega ao seu apogeu e, paradoxalmente, tem início a sua superação histórica. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do final do século XIX<sup>8</sup>.

O positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o Direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentes. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter impe-

7. Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), in *Temas de direito constitucional*, t. II, p. 3 e s.

8. Bobbio, Matteucci e Pasquino, *Dicionário de política*, 1986, p. 659; Ana Paula de Barcellos, As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais, *RF*, 35(1):10, 2000; e Viviane Nunes Araújo Lima, *A saga do zangão: uma visão sobre o direito natural*, 2000, p. 181.

rativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos *de fato*, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos *de valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça<sup>9</sup>.

Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX<sup>10</sup>, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido<sup>11</sup>.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais<sup>12</sup>, edificada sobre o fundamento da

9. V. Norberto Bobbio, *O positivismo jurídico*, 1995, p. 223-4, e também Michael Löwy, *Ideologias e ciência social — elementos para uma análise marxista*, 1996, p. 40: "O positivismo, que se apresenta como ciência livre de juízos de valor, neutra, rigorosamente científica, (...) acaba tendo uma função política e ideológica".

10. Como, por exemplo, a *jurisprudência dos interesses*, iniciada por Ihering, e o *movimento pelo direito livre*, ao qual se destacou Ehrlich.

11. Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos*, 1989, p. 3 e s.; e Ricardo Lobo Torres, *Os direitos humanos e a tributação — imunidades e isonomia*, 1995, p. 6 e s.

12. Sobre o tema, vejam-se: Antônio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, 1991; Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 1998; Flávia Piovesan, *Temas de direitos humanos*, 1998; Ricardo Lobo Torres (org.), *Teoria dos direitos fundamentais*, 1999; Willis Santiago Guerra Filho, *Processo constitucional e direitos fundamentais*, 1999; e Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, 2000.

dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.

Gradativamente, diversas formulações antes dispersas ganham unidade e consistência, ao mesmo tempo que se desenvolve o esforço teórico que procura transformar o avanço filosófico em instrumental técnico-jurídico aplicável aos problemas concretos. O discurso acerca dos princípios, da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a Ética — ao qual, no Brasil, se deve agregar o da transformação social e o da emancipação — deve ter repercussão sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas. Trata-se de transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial e, indo mais além, produzir efeitos positivos sobre a realidade. Os tópicos que seguem têm a ambição de servir de guia elementar para a construção da normatividade e da efetividade do pós-positivismo.

### c) *Princípios e regras, ainda uma vez*

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral e as normas constitucionais em particular enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Antes de uma elaboração mais sofisticada da teoria dos princípios, a distinção entre eles fundava-se, sobretudo, no critério da generalidade<sup>13</sup>. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isso não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento.

13. Josef Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, 1961, p. 66.

Nos últimos anos, todavia, ganhou curso generalizado uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, que veio a se tornar um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas<sup>14</sup>. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin<sup>15</sup> e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy<sup>16</sup>. A conjugação das idéias desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria<sup>17</sup>.

*Regras* são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da *subsunção*: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade *tudo ou nada*: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer<sup>18</sup>. *Princípios*, por sua vez, contêm relatos com

14. Rodolfo L. Vign, *Los principios jurídicos — perspectiva jurisprudencial*, 2000, p. 9-20. O autor apresenta um interessante panorama dos critérios distintivos entre princípios e regras já propostos pela doutrina.

15. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997 (1ª edição é de 1977). O texto seminal nessa matéria, do próprio Dworkin, foi "The model of rules", *University of Chicago Law Review*, 35:14, 1967).

16. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997 (1ª edição do original *Theorie der Grundrechte* é de 1986).

17. O consenso vem sendo, todavia, progressivamente rampido pelo surgimento de trabalhos críticos de qualidade. V., na doutrina nacional, Humberto Ávila, *Teoría dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*, 2003; na doutrina estrangeira, Klaus Günther, *The sense of appropriateness — Application discourses in morality and law*, 1993. Para uma defesa das posições de Alexy, v. Thomas da Rosa Bastamante, *A distinção estrutural entre princípios e regras e sua importância para a dogmática jurídica*, 2003, mimeografado (original gentilmente cedido pelo autor).

18. V. Luís Roberto Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro, in *Temas de direito constitucional*, cit., t. II, p. 32: "O Direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Para solucionar essas hipóteses de con-

maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá ocorrer mediante *ponderação*: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato<sup>19</sup>.

Pois bem: ultrapassada a fase de um certo deslumbramento com a redescoberta dos princípios como elementos normativos, o pensamento jurídico tem-se dedicado à elaboração teórica das dificuldades que sua interpretação e aplicação oferecem, tanto na determinação de seu conteúdo quanto no de sua eficácia. A ênfase que se tem dado à teoria dos princípios deve-se, sobretudo, ao fato de ser nova e de apresentar problemas ainda irresolvidos. O modelo tradicional, como já mencionado, foi concebido para a interpretação e aplicação de regras. É bem de ver, no entanto, que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* — previsibilidade e objetividade das condutas — e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça do caso concreto*<sup>20</sup>.

---

flito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da *hierarquia* — pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior —, o *cronológico* — onde a lei posterior prevalece sobre a anterior — e o da *especialização* — em que a lei específica prevalece sobre a lei geral. Esses critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, especialmente entre princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais”.

19. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, p. 86: “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas”.

20. V. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação de normas: alguns parâmetros jurídicos*, projeto de tese de doutoramento aprovado no programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro: “É possível identificar uma relação entre a segurança, a estabilidade e a previsibilidade e as regras jurídicas. Isso porque, na medida em que veiculam

É de proveito aprofundar o tema da distinção entre princípios e regras, especialmente no que diz respeito às potencialidades que oferecem para a atuação do intérprete constitucional. Sem embargo da multiplicidade de concepções na matéria, há pelo menos um consenso sobre o qual trabalha a doutrina em geral: princípios e regras desfrutam igualmente do *status* de norma jurídica e integram, sem hierarquia, o sistema referencial do intérprete. Dos múltiplos critérios distintivos possíveis<sup>21</sup>, três deles são aqui destacados: (i) o conteúdo; (ii) a estrutura normativa; (iii) as particularidades da aplicação.

Quanto ao *conteúdo*, destacam-se os princípios como normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados. Trazem em si, normalmente, um conteúdo axiológico ou uma decisão política. Isonomia, moralidade, eficiência são *valores*. Justiça social, desenvolvimento nacional, redução das desigualdades regionais são *fins* públicos. Já as regras limitam-se a traçar uma conduta. A questão relativa a valores ou a fins públicos não vem explicitada na norma porque já foi decidida pelo legislador, e não transferida ao intérprete. Daí ser possível afirmar-se que regras são descritivas de conduta, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos.

Com relação à *estrutura* normativa, tem-se que o relato de uma regra específica os atos a serem praticados para seu cumprimento adequado. Embora a atividade do intérprete jamais possa ser qualificada como mecânica — pois a ele cabe dar o toque de humanidade que liga o texto à vida real —, a aplicação de uma regra normalmente não envolverá um processo de racionalização mais sofisticado. Se ocorre o fato previsto

---

efeitos jurídicos determinados, pretendidos pelo legislador de forma específica, as regras contribuem para a maior previsibilidade do sistema jurídico. A justiça, por sua vez, depende em geral de normas mais flexíveis, à maneira dos princípios, que permitam uma adaptação mais livre às infinitas possibilidades do caso concreto e que sejam capazes de conferir ao intérprete liberdade de adaptar o sentido geral do efeito pretendido, muitas vezes impreciso e indeterminado, às peculiaridades da hipótese examinada. Nesse contexto, portanto, os princípios são espécies normativas que se ligam de modo mais direto à idéia de justiça. Assim, como esquema geral, é possível dizer que a estrutura das regras facilita a realização do valor *segurança*, ao passo que os princípios oferecem melhores condições para que a *justiça* possa ser alcançada” (texto ligeiramente editado).

21. Sobre o tema, vejam-se Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 1997; Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 1996. Na doutrina brasileira, v. o importante estudo de Humberto Ávila, *Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*, cit.

em abstrato, produz-se o efeito concreto prescrito. Já os princípios indicam fins, *estados ideais* a serem alcançados. Como a norma não detalha a conduta a ser seguida para sua realização, a atividade do intérprete será mais complexa, pois a ele caberá definir a ação a tomar.

Podem ocorrer ainda, em relação aos princípios, uma dificuldade adicional: o fim a ser atingido ou o estado ideal a ser transformado em realidade pode não ser objetivamente determinado, envolvendo uma integração subjetiva por parte do intérprete. Um princípio tem um sentido e alcance mínimos, um núcleo essencial, no qual se equiparam às regras. A partir de determinado ponto, no entanto, ingressa-se em um espaço de indeterminação, no qual a demarcação de seu conteúdo estará sujeita à concepção ideológica ou filosófica do intérprete. Um exemplo é fornecido pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Além de não explicitar os comportamentos necessários para realizar a dignidade humana — esta, portanto, é a primeira dificuldade: descobrir os comportamentos —, poderá haver controvérsia sobre o que significa a própria dignidade a partir de um determinado conteúdo essencial, conforme o ponto de observação do intérprete<sup>22</sup>.

Quanto ao modo ou particularidades de sua aplicação, a doutrina que se desenvolveu sobre as premissas teóricas de Dworkin e Alexy traça a distinção entre princípios e regras na forma já registrada acima e que se reproduz sumariamente, para fins de encadeamento do raciocínio. Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada* (*all or nothing*). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante *subsunção*.

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem

22. Essa característica dos princípios, aliás, é que permite que a norma se adapte, ao longo do tempo, a diferentes realidades, além de permitir a concretização do princípio da maioria, inerente ao regime democrático. Há um sentido mínimo, oponível a qualquer grupo que venha a exercer o poder, e também um espaço cujo conteúdo será preenchido pela deliberação democrática.

outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de *tudo ou nada*, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*<sup>23</sup>.

É certo que, mais recentemente, já se discute tanto a aplicação do esquema *tudo ou nada* aos princípios como a possibilidade de também as regras serem ponderadas. Isso porque, como visto, determinados princípios — como o princípio da dignidade da pessoa humana e outros — apresentam um núcleo de sentido ao qual se atribui natureza de regra, aplicável *biunivocamente*<sup>24</sup>. Por outro lado, há situações em que uma regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinado ambiente ou, ainda, há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar<sup>25</sup>. Esses são fenômenos de percepção

23. Partindo da ideia original de Dworkin, o autor alemão Robert Alexy (*Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, p. 81 e s.) deu novos desenvolvimentos analíticos ao tema, nos termos a seguir resumidos. As regras possuem *mandados de definição*, ao passo que os princípios são *mandados de otimização*. Por essas expressões se quer significar que as regras (*mandados de definição*) têm natureza *biunívoca*, isto é, só admitem duas espécies de situação, dado seu substrato fático típico: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações. A exceção da regra ou é outra regra, que invalida a primeira, ou é a sua violação.

Os princípios se comportam de maneira diversa. Como *mandados de otimização*, pretendem eles ser realizados da forma mais ampla possível, admitindo, entretanto, aplicação mais ou menos intensa de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem que isso comprometa sua validade. Esses limites jurídicos, capazes de restringir a otimização do princípio, são (i) regras que o excepcionam em algum ponto e (ii) outros princípios de mesma estatura e opostos que procuram igualmente maximizar-se, impondo a necessidade eventual de ponderação.

24. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 191 e s.

25. F. Humberto Ávila, *Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*, cit., p. 28 e s. O STF, no julgamento do HC 7.703-PE (DJU, 11 set. 1998, rel. Min. Marco

recente, que começam a despertar o interesse da doutrina, inclusive e sobretudo por seu grande alcance prático.

Princípios — e, com crescente adesão na doutrina, também as regras — são ponderados, à vista do caso concreto. E, na determinação de seu sentido e na escolha dos comportamentos que realizarão os fins previstos, deverá o intérprete demonstrar o fundamento racional que legitima sua atuação. Chega-se, assim, aos dois temas que seguem: a ponderação e a argumentação jurídica.

d) *Ponderação de interesses, bens, valores e normas*<sup>26</sup>

Durante muito tempo, a subsunção foi a única fórmula para compreender a aplicação do Direito, a saber: premissa maior — a norma — incidindo sobre a premissa menor — os fatos — e produzindo, como conseqüência, a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto. Como já se viu, essa espécie de raciocínio continua a ser fundamental para a dinâmica do Direito. Mais recentemente, porém, a dogmática jurídica deu-se conta de que a subsunção tem limites, não sendo por si só suficiente para lidar com situações que, em decorrência da expansão dos

---

Aurélio), considerou ser essa a hipótese e afastou, no caso concreto, a aplicação do art. 1º do Decreto-Lei n. 200/67 para conceder a ordem e trancar ação penal proposta contra ex-Prefeita. A questão era a seguinte. Determinado Município contratou, sem concurso público, um gari por cerca de nove meses; posteriormente, o gari ingressou na justiça trabalhista exigindo um conjunto de direitos. A reclamação foi julgada improcedente pelo Juízo trabalhista, que acolheu a alegação do Município de nulidade da relação por falta de concurso público e determinou a remessa de peças ao Ministério Público para responsabilização da autoridade que dera causa ao descumprimento da regra constitucional. Com fundamento nesses fatos, o Ministério Público propôs a ação penal em face da ex-Prefeita. O STF, no entanto, considerou que o evento era insignificante, que a Municipalidade não teria sofrido prejuízo e que o fim da norma prevista no art. 1º do Decreto-Lei n. 200/67 não fora afetado e, por essas razões, determinou o trancamento da ação penal.

26. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, e os seguintes textos mimeografados: *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais* (1998) e *Constitutional rights, balancing, and rationality* (2002) (textos gentilmente cedidos por Margarida Lacombe Camargo); Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 1997; Daniel Sarmiento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 2000; Ricardo Lobo Torres, *Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação*, in Urbano Zilles (coord.), *Miguel Reale. Estudos em homenagem a seus 90 anos*, 2000, p. 643 e s.; Avron Barak, *Foreword: a judge on judging: the role of a Supreme Court in a Democracy*, *Harvard Law Review* 116:1, 2002; Marcos Maselli Gouvêa, *O controle judicial das omissões administrativas*, 2003; Humberto Ávila, *Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*, cit.

princípios, são cada vez mais frequentes. Não é difícil demonstrar e ilustrar o argumento.

Imagine-se uma hipótese em que mais de uma norma possa incidir sobre o mesmo conjunto de fatos — várias premissas maiores, portanto, para apenas uma premissa menor —, como no caso clássico da oposição entre liberdade de imprensa e de expressão, de um lado, e os direitos à honra, à intimidade e à vida privada, de outro<sup>27</sup>. Como se constata singelamente, as normas envolvidas tutelam valores distintos e apontam soluções diversas e contraditórias para a questão. Na sua lógica unidirecional (premissa maior — premissa menor), a solução subsuntiva para esse problema somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na escolha de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal fórmula, todavia, não seria constitucionalmente adequada: por força do princípio instrumental da unidade da Constituição (v. *infra*), o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas. Como conseqüência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético — que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes — e que os princípios nela consagrados freqüentemente entram em rota de colisão.

A dificuldade que se acaba de descrever já foi amplamente percebida pela doutrina; é pacífico que casos como esses não são resolvidos por uma subsunção simples. Será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexo, que seja capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos. De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objetivo daquilo que se convencionou denominar *técnica da ponderação*.

---

27. Há diversos estudos sobre esse conflito específico. Veja-se, por todos, o trabalho de Edilson Pereira de Farias, *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, 1996.

A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica<sup>28</sup> aplicável a casos difíceis<sup>29</sup>, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas<sup>30</sup>. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas. A importância que o tema ganhou no dia-a-dia da atividade jurisdicional, entretanto, tem levado a doutrina a estudá-lo mais cuidadosamente<sup>31</sup>. De forma simplificada, é possível descrever a ponderação como um processo em três etapas, relatadas a seguir.

Na *primeira* etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Como se viu, a existência dessa espécie de conflito — insuperável pela subsunção — é o ambiente próprio de trabalho da ponderação<sup>32</sup>. Assinale-se que norma não se confunde com dispositivo: por vezes uma norma será o resultado da conjugação de mais de um dispositivo. Por seu turno, um dispositivo isoladamente considerado pode não conter uma norma ou, ao revés, abrigar mais de uma<sup>33</sup>. Ainda neste estágio, os diversos fundamentos normativos — isto é: as diversas pre-

28. José María Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, 2000.

29. Do inglês *hard cases*, a expressão identifica situações para as quais não há uma formulação simples e objetiva a ser colhida no ordenamento, sendo necessária a atuação subjetiva do intérprete e a realização de escolhas, com eventual emprego de discricionariedade.

30. A ponderação também tem sido empregada em outras circunstâncias, como na definição do conteúdo de conceitos jurídicos indeterminados (a definição do que sejam os "valores éticos e sociais da pessoa e da família", referidos no art. 221, IV, da Constituição, envolverá por certo um raciocínio do tipo ponderativo) ou na aplicação da equidade a casos concretos, embora este último caso possa ser reconduzido a um confronto de princípios, já que a equidade tem como fundamento normativo específico o princípio constitucional da justiça.

31. Ricardo Lobo Torres, Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação, in Urbina Zúñiga (coord.), *Miguel Reale: estudos em homenagem a seus 90 anos*, 2000, p. 643 e s.

32. É bem de ver que algumas vezes o conflito se estabelece mais claramente entre interesses que se opõem, quando então será preciso verificar se esses interesses podem ser reconduzidos a normas jurídicas (normas que, por sua vez, podem ter como fundamento regras e/ou princípios, explícitos ou implícitos).

33. Sobre o tema, v. Humberto Ávila, *Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*, cit., p. 13.

missas maiores pertinentes — são agrupados em função da solução que estejam sugerindo. Ou seja: aqueles que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. O propósito desse agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo.

Na *segunda* etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Relembre-se, na linha do que já foi exposto anteriormente, a importância assumida pelos fatos e pelas consequências práticas da incidência da norma na moderna interpretação constitucional. Embora os princípios e regras tenham uma existência autônoma em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.

Até aqui, na verdade, nada foi solucionado e nem sequer há maior novidade. Identificação das normas aplicáveis e compreensão dos fatos relevantes fazem parte de todo e qualquer processo interpretativo, sejam os casos fáceis ou difíceis. É na *terceira* etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. Relembre-se, como já assentado, que os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade<sup>34</sup>. Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas — e a solução por ele indicada — deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo

34. Essa estrutura em geral não se repete com as regras, de modo que a ponderação de regras será um fenômeno muito mais complexo e excepcional.

esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da *proporcionalidade* ou *razoabilidade* (v. *infra*).

Da exposição apresentada extrai-se que a ponderação ingressou no universo da interpretação constitucional como uma necessidade antes que como uma opção filosófica ou ideológica<sup>35</sup>. É certo, no entanto, que cada uma das três etapas descritas acima — identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição geral de pesos, com a produção de uma conclusão — envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências<sup>36</sup>.

É interessante observar que alguns dos principais temas da atualidade constitucional no Brasil têm seu equacionamento posto em termos de ponderação de valores, podendo-se destacar:

(i) o debate acerca da relativização da coisa julgada, onde se contrapõem o princípio da segurança jurídica e outros valores socialmente relevantes, como a justiça, a proteção dos direitos da personalidade e outros<sup>37</sup>;

(ii) o debate acerca da denominada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, envolvendo a aplicação das normas constitucionais às relações privadas, onde se contrapõem a autonomia da vontade e a efetivação dos direitos fundamentais<sup>38</sup>;

35. Há, na verdade, quem critique essa necessidade e a própria conveniência de aplicar-se a ponderação a temas constitucionais que, por seu caráter fundamental, não deveriam estar sujeitos a avaliações tão subjetivas como as que ocorrem em um processo de ponderação: v. T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional law in the age of balancing*, *Yale Law Journal* 96, 1987, p. 943 e s.

36. Para o exame de algumas situações concretas de ponderação na nossa perspectiva, vejam-se em Luís Roberto Barroso, *Temas de direito constitucional*, 2002: “Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro”, p. 243 e s. (sobre liberdade de expressão e informação *versus* políticas públicas de proteção à saúde); “Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988”, p. 341 e s. (sobre liberdade de expressão *versus* proteção aos valores éticos e sociais da pessoa e da família). E em *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003: “A ordem constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços”, p. 47 e s. (sobre livre iniciativa e livre concorrência *versus* proteção do consumidor); e “Banco Central e Receita Federal. Comunicação ao Ministério Público para fins penais. Obrigatoriedade da conclusão prévia do processo administrativo”, p. 539 e s. (sobre proteção da honra, imagem e privacidade *versus* repressão de ilícitos).

37. V. Cândido Rangel Dinamarco, *Relativizar a coisa julgada material*, in Carlos Valder do Nascimento (coord.), *Cóisa julgada inconstitucional*, 2002, p. 33 e s.

38. Ingo Wolfgang Sarlet, *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.),

(iii) o debate acerca do papel da imprensa, liberdade de expressão e direito à informação em contraste com o direito à honra, à imagem e à vida privada.

Algumas observações finais sobre o tema. A metáfora da ponderação, associada ao próprio símbolo da justiça, não é imune a críticas, sujeita-se ao mau uso e não é remédio para todas as situações. Embora tenha merecido ênfase recente, por força da teoria dos princípios, trata-se de uma idéia que vem de longe<sup>39</sup>. Há quem a situe como um componente do princípio mais abrangente da proporcionalidade<sup>40</sup> e outros que já a vislumbram como um princípio próprio, autônomo, o princípio da ponderação<sup>41</sup>. É bem de ver, no entanto, que a ponderação, embora preveja a atribuição de pesos diversos aos fatores relevantes de uma determinada situação, não fornece referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita. No seu limite máximo, presta-se ao papel de oferecer um rótulo para voluntarismos e soluções *ad hoc*, tanto as bem-inspiradas como as nem tanto<sup>42</sup>.

O risco de tal disfunção, todavia, não a desmerece como técnica de decisão nem priva a doutrina da possibilidade de buscar parâmetros mais bem definidos para sua aplicação. No estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade, dando lugar a ampla discricionariedade judicial. Tal discricionariedade, no entanto, como

*A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, 2000, p. 107 e s. Vejam-se, também, Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2003, e o seguinte projeto de doutoramento em curso perante a Pós-graduação em Direito Público da UERJ: Jane Reis Gonçalves Pereira, *O sistema de interpretação dos direitos fundamentais*, 2002.

39. Roscoe Pound, *Interpretations of legal history*, 1923, é citado como grande impulsionador da moderna técnica de ponderação, no âmbito da “jurisprudência sociológica”. V. Murphy, Fleming e Harris, II, *American constitutional interpretation*, 1986, p. 309.

40. Robert Alexy, *Constitutional rights, balancing, and rationality*, 2002, mimeografado, p. 6.

41. Ricardo Lobo Torres, *Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação*, in Urbano Zilber (coord.), *Miguel Reale: estudos em homenagem a seus 90 anos*, cit., p. 643 e s.

42. Antônio Henrique Corrêa da Silva, em monografia de final de curso na Pós-graduação em Direito Público da UERJ, significativamente denominada *Colisão de princípios e ponderação de interesses: solução ruim para problema inesistente*, 2002, faz densa crítica à idéia de ponderação em si e, considerando artificiais as distinções entre regra e princípio, concluiu: “a) a distinção entre regra e princípio é inócua do ponto de vista funcional, uma vez que o princípio não pode operar por si só, mas apenas através de uma regra que dele se extraia; b) a ‘colisão de princípios’ é, na verdade, um conflito de regras extraídas de princípios, que podem ou não ser solucionáveis (*tractus*: solucionável) pelos critérios tradicionais de superação de antinômias”.

regra, deverá ficar limitada às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução em tese, elegendo um valor ou interesse que deva prevalecer. A existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial. O controle de legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação tem sido feito através do exame da *argumentação* desenvolvida. Seu objetivo, de forma bastante simples, é verificar a correção dos argumentos apresentados em suporte de uma determinada conclusão ou ao menos a racionalidade do raciocínio desenvolvido em cada caso, especialmente quando se trate do emprego da ponderação. O próximo tópico será dedicado a esse tema.

### e) A teoria da argumentação<sup>43</sup>

Após um primeiro momento de perplexidade, os iniciantes no estudo do Direito passam a encarar com naturalidade um fenômeno que causa estranheza a uma pessoa leiga: a existência de decisões em sentidos opostos acerca de uma mesma matéria, posições doutrinárias divergentes e até mesmo votos conflitantes em um mesmo julgado<sup>44</sup>. Isto é: considerados os mesmos fatos e os mesmos elementos normativos, pessoas diferentes poderão chegar a conclusões diversas. A principal questão formulada pela

43. Sobre o tema, v. Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da argumentação: a nova retórica*, 1996 (1ª edição do original *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*, 1958); Stephen E. Toulmin, *The uses of argument*, 1958; Neil MacCormick, *Legal reasoning and legal theory*, 1978; Robert Alexy, *Teoria de la argumentación jurídica*, 1989 (1ª edição do original *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978); Manuel Atienza, *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 2002; Antônio Carlos Cavalcanti Maia, *Notas sobre direito, argumentação e democracia*, in Margarida Maria Lacombe Camargo (org.), *1988-1998: uma década de Constituição*, 1999.

44. O HC 73.662-MG (STF, DJU, 20 set. 1996, rel. Min. Marco Aurélio) é um exemplo interessante e emblemático do que se afirma. A discussão envolvia a interpretação das arts. 213 e 224, alínea a, do Código Penal, e em particular da presunção de violência nos casos de relação sexual com menor de 14 anos, para o fim de tipificar-se o crime de estupro. O voto do Relator defendeu que a presunção deveria ser compreendida como relativa, tendo pelas circunstâncias do caso concreto (a menor levava vida promíscua, aparentava maior idade e consentiu com a relação sexual), como por força da norma constitucional que prevê deva ser conferida especial proteção à família (art. 226). Isso porque, segundo o ministro relator, cinco anos já se haviam passado do evento e, nesse ínterim, o paciente no *habeas corpus*, condenado por estupro, havia casado e constituído família. Os votos vencidos, por outro lado, e afóra outros argumentos, defendiam a presunção absoluta de violência no caso com fundamento no art. 227, § 4º, da Constituição, pelo qual "a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente".

chamada *teoria da argumentação*<sup>45</sup> pode ser facilmente visualizada nesse ambiente: se há diversas possibilidades interpretativas acerca de uma mesma hipótese, qual delas é a correta? Ou, mais humildemente, ainda que não se possa falar de *uma* decisão correta<sup>46</sup>, qual (ou quais) delas é (são) capaz(es) de apresentar uma fundamentação racional consistente? Como verificar se uma determinada argumentação é melhor do que outra?

Existem diversas teorias acerca dos parâmetros que a argumentação deve observar para ser considerada válida e não se pretende aqui discutir suas complexidades, cujo exame forma por si só um ramo novo e autônomo de estudo<sup>47</sup>. Mesmo sem ingressar nelas, no entanto, é possível sistematizar três parâmetros elementares de controle da argumentação que, a despeito de sua simplicidade, serão especialmente úteis quando a técnica da ponderação esteja sendo utilizada.

Em primeiro lugar, a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos *normativos* (implícitos que sejam) que a apoiem e lhe dêem sustentação. Ou seja: não basta o bom senso e o sentido de justiça pessoal — é necessário que o intérprete apresente elementos da ordem jurídica que referendam tal ou qual decisão. Embora óbvia, essa exigência tem sido deixada de lado com mais frequência do que se poderia supor, substituída por concepções pessoais embaladas em uma retórica de qualidade. Não custa lembrar que, em um Estado democrático de direito, o Judiciário apenas pode impor coativamente determinada conduta a alguém com fundamento em lei. A argumentação jurídica deve preservar exatamente seu caráter *jurídico* — não se trata apenas de uma argumentação lógica ou moral. Nessa mesma linha, ao menos como orientação *prima facie*, um conflito normativo deve ser resolvido em favor da solução que apresente em seu suporte o maior número de normas jurídicas<sup>48</sup>. Nesse ponto, é oportuno fazer uma observação de caráter geral.

45. Na verdade, há várias teorias sobre a argumentação, mas suas preocupações concentram-se em elementos comuns, de modo que se estará fazendo referência a elas de forma unificada.

46. Com efeito, praticamente todas as teorias que se têm desenvolvido acerca dos parâmetros que a argumentação deve observar para ser considerada válida reconhecem que, muitas vezes, não haverá *uma* resposta certa, mas um conjunto de soluções plausíveis e razoáveis. V. Manuel Atienza, *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 2002, p. 40 e s.

47. Manuel Atienza, em *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 2002, faz uma apresentação do pensamento dos principais autores sobre o assunto.

48. Humberto Ávila, *Argumentação jurídica e a imutabilidade do livro eletrônico*, *RDT*, 79:178, 2001.

Apenas será possível controlar a argumentação do intérprete se *houver* uma argumentação explicitamente apresentada. Essa evidência conduz ao problema da motivação das decisões que envolvam a técnica da ponderação, particularmente as decisões judiciais. Como é corrente, toda e qualquer decisão judicial deve ser motivada quanto aos fatos e quanto ao direito; mas quando uma decisão judicial envolve a técnica da ponderação, o dever de motivar torna-se ainda mais grave. Nesses casos, como visto, o julgador percorre um caminho muito mais longo e acidentado para chegar à conclusão. É seu dever constitucional guiar as partes por essa viagem, demonstrando, em cada ponto, por que decidiu por uma direção ou sentido e não por outro.

Nada obstante o truísmo do que se acaba de afirmar, provavelmente nunca se motivou tão pouco e tão mal<sup>49</sup>. Há uma série de explicações para esse fenômeno, que vão do excesso de trabalho atribuído aos juízes, passam pela chamada "motivação concisa", autorizada pela jurisprudência das Cortes superiores<sup>50</sup>, e pelas recentes reformas do Código de Processo Civil, que admite agora como fundamentação de determinadas decisões a mera referência a súmulas<sup>51</sup>. Não é o momento aqui de examinar cada uma dessas questões. Ainda que se possam admitir *motivações concisas* em muitos casos, certamente isso não é possível quando se

49. A ausência de motivação chega, às vezes, a ser tautológica, como registrou o Ministro Sepúlveda Pertence no acórdão que segue: "Sentença condenatória: o acórdão que imprové a apelação: motivação necessária. A apelação devolve integralmente ao Tribunal a decisão da causa, de cujos motivos o teor do acórdão há de dar conta total: não o faz o que — sem sequer transcrever a sentença — limita-se a afirmar, para refutar a apelação arazoada com minúcia, que 'no mérito, não tem os apelantes qualquer parcela de razão', somando-se ao vazio dessa afirmação a tautologia de que 'a prova é tranqüila em desfavor dos réus': a melhor prova da ausência de motivação válida de uma decisão judicial — que deve ser a demonstração da adequação do dispositivo a um caso concreto e singular — é que ela sirva a qualquer julgado, o que vale por dizer que não serve a nenhum" (STF, DJU, 19 mar. 1999, HC 78013-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

50. STF, DJU, 28 jun. 2002, AgRg em AI 310272-RJ, rel. Min. Maurício Corrêa: "A fundamentação concisa atende à exigência do artigo 93, IX da Constituição Federal, não implicando a invalidação da decisão que a utiliza".

51. CPC, art. 537: "O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso".

trate de decidir adotando a técnica de ponderação. Nessas hipóteses, é absolutamente indispensável que o julgador exponha analítica e expressamente o raciocínio e a argumentação que o conduziram a uma determinada conclusão, permitindo assim que as partes possam controlá-la.

Feita a digressão, e retornando ao ponto, um segundo parâmetro útil para o controle da argumentação jurídica, em especial quando ela envolve a ponderação, diz respeito à possibilidade de universalização dos critérios adotados pela decisão. Por força do imperativo de isonomia, espera-se que os critérios empregados para a solução de um determinado caso concreto possam ser transformados em regra geral para situações semelhantes. Esse exercício de raciocínio — verificar a possibilidade de generalizar o critério de decisão que se pretende adotar no caso concreto — projeta a argumentação desenvolvida para o caso concreto em um conjunto maior de hipóteses, facilitando a visualização de desvios e inconsistências.

Por fim, um último parâmetro capaz de balizar de alguma forma a argumentação jurídica, especialmente a constitucional, é formado por dois conjuntos de princípios: o primeiro, composto de princípios instrumentais ou específicos de interpretação constitucional; o segundo, por princípios materiais propriamente ditos, que trazem em si a carga ideológica, axiológica e finalística da ordem constitucional. Ambas as categorias de princípios orientam a atividade do intérprete, de tal maneira que, diante de várias soluções igualmente plausíveis, deverá ele percorrer o caminho ditado pelos princípios instrumentais e realizar, tão intensamente quanto possível, à luz dos outros elementos em questão, o estado ideal pretendido pelos princípios materiais.

Aqui vale fazer uma nota. Os três parâmetros de argumentação expostos acima estão relacionados com *um* dos problemas suscitados pela teoria da argumentação, talvez o principal deles: a verificação da correção ou validade de uma argumentação que, consideradas determinadas premissas fáticas e a incidência de certas normas, conclui que uma consequência jurídica deve ser aplicada ao caso concreto. Isto é: cuida-se aqui do momento final da aplicação do direito, quando os fatos já foram identificados e as normas pertinentes, selecionadas. Isso não significa, porém, que esses dois momentos anteriores — seleção de fatos e de enunciados normativos — sejam auto-evidentes. Ao contrário.

Desse modo, fica apenas o registro de que, além da questão posta acima, outros dois problemas que têm ocupado os estudiosos da argumentação jurídica envolvem exatamente a seleção das normas e dos fatos que serão considerados em uma determinada situação. Com efeito, não é incomum, diante de um caso, que alguns fatos sejam considerados relevantes e outros, ignorados. Que critérios levam o intérprete a dar relevância jurídica a alguns eventos e ignorar outros<sup>52</sup>? Também a seleção da norma ou normas aplicáveis, isto é, o estabelecimento da premissa normativa, nem sempre é um evento simples. A pergunta aqui, que muitas vezes não terá uma resposta unívoca, pode ser formulada nos seguintes termos: que normas são pertinentes ou aplicáveis ao caso<sup>53</sup>?

Em suma, o controle da racionalidade do discurso jurídico suscita questões diversas e complexas, que se tornam tanto mais graves quanto maior seja a liberdade concedida a quem interpreta. No caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um papel decisivo: é que o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados

52. Um exemplo dessa espécie de problema pode ser observado na decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou legítima a aplicação de aumento da alíquota do imposto de renda, publicado ao longo de determinado ano, ao fato gerador que se consolidou em 31 de dezembro daquele mesmo ano. Na hipótese, era possível considerar ao menos dois fatos aparentemente relevantes: (i) o fato gerador já estava em curso quando do incremento da alíquota; e (ii) o fato gerador se consolida no dia 31 de dezembro. O intérprete que tomasse em consideração apenas o primeiro fato poderia concluir pela inconstitucionalidade do aumento, tendo em conta o princípio constitucional da anterioridade tributária. Por outro lado, aquele que apenas considerasse relevante o segundo, como fez o STF, entenderia constitucional a incidência do aumento desde logo. Confira-se: "Tratava-se, nesse precedente, como nos da súmula, de Lei editada no final do ano-base, que atingiu a renda apurada durante todo o ano, já que o fato gerador somente se completa e se caracteriza, ao final do respectivo período, ou seja, a 31 de dezembro" (STF, DJU, 8 maio 1998, RE 194.612-1, rel. Min. Sydney Sanches).

53. Nos casos, e.g., em que a conteúdo de matérias jornalísticas se pode opor à honra e à privacidade, há autores que procuram solucionar a problema afirmando que a liberdade de expressão assegurada constitucionalmente é aplicável apenas às pessoas naturais, individualmente consideradas, e não às empresas que exploram meios de comunicação. Estas gozariam apenas da liberdade de empresa e de iniciativa, direitos também assegurados pela Constituição, mas que poderiam ser restringidos com muito maior facilidade que a liberdade de expressão, prevista, afinal, como uma cláusula pétrea. Esta é a posição do professor Fábio Konder Comparato, expressa em obra coletiva em homenagem a Paulo Bonavides (*A democratização dos meios de comunicação de massa*, in Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, 2001). Ora, o fato de a liberdade de expressão ser ou não um elemento normativo relevante no caso é fundamental para sua solução.

conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida<sup>54</sup>.

Em desfecho desta parte do trabalho, faz-se a seguir, para ilustrar as idéias desenvolvidas, um exercício singelo de ponderação e argumentação. Suponha-se o seguinte fato: o ocupante de um importante cargo político na República é visto na saída de um motel, acompanhado de uma senhora que não é sua esposa. Um jornalista que se encontrava na calçada em frente fotografa o casal, ainda sob a placa identificadora do estabelecimento. A foto irá ilustrar a capa de uma importante revista semanal, que circulará no sábado seguinte, trazendo ampla matéria intitulada "A infidelidade no poder". Tomando conhecimento do fato, a autoridade propõe medida judicial de natureza cautelar com o fim de impedir a publicação de sua foto e de referências à sua pessoa, invocando seu direito de privacidade (CF, art. 5º, X) e alegando que: estava em seu carro particular, fora do horário do expediente e que não há qualquer interesse legítimo em divulgar fatos de sua vida pessoal e sexual. Os direitos contrapostos, como intuitivo, são os da liberdade de expressão (CF, art. 5º, IX) e o da informação (CF, arts. 5º, XIV, e 220).

Não é um caso fácil, por envolver um conflito entre direitos fundamentais, sem que o ordenamento jurídico forneça, em tese, a solução

54. Comentando a absolvição do ex-presidente Collor em artigo publicado no *Jornal do Brasil* (O avesso do Direito) e reproduzido parcialmente na *Revista Consolet*, 19, 1998 (Juristas analisam a candidatura Collor), escrevem Luís Roberto Barroso: "A decisão do STF que absolve o ex-Presidente Fernando Collor comporta mais de uma leitura. É possível alguém supor, em boa-fé, que os cinco ministros que consideraram o Presidente inocente simplesmente não se convenceram de sua culpabilidade. Provavelmente, além de Suas Excelências, dos advogados de defesa e da estranha gente que recebe a alcunha de 'tropa de choque', não teria sido possível contabilizar outras cinco pessoas no País inteiro que pensassem igual. (...) Mas há outra leitura possível da decisão majoritária do STF. A teoria convencional do Direito sustenta que o juiz é um mero aplicador da lei. Seu papel consiste tão-somente em apurar os fatos e sobre eles fazer incidir o comando da norma. Mecanicamente. Acriticamente. Vive-se a ficção implausível de que o Estado é inteiramente neutro e seus agentes são totalmente imparciais. O terceiro-mundismo tem dessas hipocrisias. Na verdade, por um processo que é frequentemente inconsciente, o que se constata é que por trás do discurso aparentemente jurídico o que existe é o compromisso ideológico, o sentimento de classe. Os afortunados e os não afortunados. O que acontece no dia-a-dia da Justiça se materializou de forma emblemática na decisão do Supremo: a classe dominante brasileira — e seus intérpretes conscientes e inconscientes nos tribunais — não consegue condenar os seus pares, os seus iguais".

constitucionalmente adequada. O juiz, portanto, terá de fazer a ponderação entre os valores em conflito e efetuar escolhas. E, reconheça-se, pessoas esclarecidas e de boa-fé poderão produzir soluções diferentes para o problema. Veja-se a demonstração argumentativa de uma delas. Apreciando a matéria, o juiz de primeiro grau nega a liminar, fundamentando sua decisão em um teste tríplice:

a) *O fato é verdadeiro*. Argumento: somente em situações de rara excepcionalidade deve o Judiciário impedir, mediante interferência prévia, a divulgação de um fato que incontroversamente ocorreu.

b) *O conhecimento do fato foi obtido por meio lícito*. Argumento: O Judiciário pode e deve interferir para impedir a divulgação de uma notícia se ela tiver sido produto, por exemplo, de um crime, como uma interceptação telefônica clandestina ou uma invasão de domicílio. Não sendo este o caso, não deve fazê-lo.

c) *Há interesse público potencial no conhecimento do fato*. Suponha-se que a autoridade em questão exercesse seu cargo no Ministério dos Transportes, onde uma importante licitação estivesse por ser decidida. E que a senhora que o acompanhava estivesse a serviço de um dos licitantes, utilizando argumentos — como dizer? — não previstos no edital.

Em sua fundamentação, portanto, o juiz levou em conta as normas constitucionais relevantes, os elementos do caso concreto e a existência ou não de interesse público legitimador de uma determinada opção. Esta solução não era a única possível, pois o domínio dos conflitos de direitos fundamentais não é de verdades ou certezas absolutas. Mas a argumentação desenvolvida é suficientemente lógica e racional para pretender conquistar a adesão de um universo de pessoas bem-intencionadas e esclarecidas.

## 2. Princípios constitucionais<sup>55</sup>

### a) Princípios instrumentais de interpretação constitucional

As normas constitucionais são normas jurídicas e, como consequência, sua interpretação serve-se dos conceitos e elementos clássicos

55. O item 2 do presente texto sintetiza e consolida idéias expostas no Capítulo II da Parte II deste livro e em Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2001.

da interpretação em geral. Todavia, as normas constitucionais apresentam determinadas especificidades que as singularizam, dentre as quais é possível destacar: a) a superioridade jurídica<sup>56</sup>; b) a natureza da linguagem<sup>57</sup>; c) o conteúdo específico<sup>58</sup>; d) o caráter político<sup>59</sup>. Em razão disso, desenvolveram-se ou sistematizaram-se categorias doutrinárias próprias, identificadas como princípios específicos ou princípios instrumentais de interpretação constitucional.

Impõe-se, nesse passo, uma qualificação prévia. O emprego do termo *princípio*, nesse contexto, prende-se à proeminência e à precedência desses mandamentos dirigidos ao intérprete, e não propriamente ao seu conteúdo, à sua estrutura ou à sua aplicação mediante ponderação. Os *princípios instrumentais* de interpretação constitucional constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta. Nenhum deles encontra-se expresso no texto da Constituição, mas são reconhecidos pacificamente pela dou-

56. A Constituição é dotada de superlegalidade, de superioridade jurídica em relação às demais normas do ordenamento. Tal característica faz dela o parâmetro de validade, o paradigma pelo qual se afere a compatibilidade de uma norma com o sistema como um todo. Adiante se voltará ao tema.

57. A natureza da linguagem constitucional, própria à veiculação de normas principiológicas ou esquemáticas, faz com que estas apresentem maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica. Cláusulas gerais e conceitos indeterminados conferem à Constituição uma adaptabilidade às mudanças operadas na realidade e ao intérprete um significativo espaço de discricionariedade.

58. As normas materialmente constitucionais podem ser classificadas em três grandes categorias: a) as normas constitucionais de organização, que contêm as decisões políticas fundamentais, instituem os órgãos de poder e definem suas competências; b) as normas constitucionais definidoras de direitos, que identificam os direitos individuais, políticos, sociais e coletivos de base constitucional; e c) as normas programáticas, que estabelecem valores e fins públicos a serem realizados. As normas definidoras de direitos têm, como regra, a estrutura típica das normas de conduta, presentes aos diferentes ramos do Direito: prevêm um fato e a ele atribuem uma consequência jurídica. Mas as normas de organização e as normas programáticas têm características singulares na sua estrutura e no seu modo de aplicação.

59. A Constituição é o documento que faz a travessia entre o poder constituinte originário — fato político — e a ordem instituída, que é um fenômeno jurídico. Cabe ao direito constitucional o enquadramento jurídico dos fatos políticos. Embora a interpretação constitucional não possa e não deva romper as suas amarras jurídicas, deve ela ser sensível à convivência harmônica entre os Poderes, aos efeitos simbólicos dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal e aos limites e possibilidades da atuação judicial.

trina e pela jurisprudência. Embora toda classificação tenha um componente subjetivo, a sistematização que segue parece ter resistido ao teste do tempo<sup>60</sup>.

### I — Princípio da supremacia da Constituição

Do ponto de vista jurídico, o principal traço distintivo da Constituição é a sua supremacia, sua posição hierárquica superior à das demais normas do sistema. As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional. A Constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que possam ter. Como consequência, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo poderá ter caráter formal ou material. A supremacia da Constituição é assegurada pelos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade. O princípio não tem um conteúdo próprio: ele apenas impõe a prevalência da norma constitucional, qualquer que seja ela. É por força da supremacia da Constituição que o intérprete pode deixar de aplicar uma norma inconstitucional a um caso concreto que lhe caiba apreciar — controle *incidental* de constitucionalidade — ou o Supremo Tribunal Federal pode paralisar a eficácia, com caráter *erga omnes*, de uma norma incompatível com o sistema constitucional (controle *principal* ou por ação direta).

60. Esta é a ordenação da matéria proposta desde a primeira edição do nosso *Interpretação e aplicação da Constituição*, lançada em 1995. Autores alemães e portugueses de grande expressão adotam sistematizações diferentes, mas o elenco acima parece o de maior utilidade, dentro de uma perspectiva brasileira de concretização da Constituição. Na doutrina brasileira mais recente, embora de forte influência germânica, destaca-se o tratamento dado ao tema por Humberto Ávila, em seu *Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*, cit. Propõe ele a superação do modelo dual de separação *regras-princípios* pela criação de uma terceira categoria normativa: a dos *postulados normativos aplicativos*. Seriam eles "instrumentos normativos metódicos" que imporiam "condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo". Em alguma medida, tal categoria se aproxima daquilo que temos denominado *princípios instrumentais* de interpretação constitucional. Todavia, sua classificação é bem distinta, nela se identificando o que denomina *postulados inespecíficos* (ponderação, concordância prática e proibição de excesso) e *postulados específicos* (igualdade, razoabilidade e proporcionalidade).

### II — Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público

A Constituição contém o código de conduta dos três Poderes do Estado, cabendo a cada um deles sua interpretação e aplicação no âmbito de sua competência. De fato, a atividade legislativa destina-se, em última análise, a assegurar os valores e a promover os fins constitucionais. A atividade administrativa, tanto normativa quanto concretizadora, igualmente se subordina à Constituição e destina-se a efetivá-la. O Poder Judiciário, portanto, não é o único intérprete da Lei Maior, embora o sistema lhe reserve a primazia de dar a palavra final. Por isso mesmo, deve ter uma atitude de deferência para com a interpretação levada a efeito pelos outros dois ramos do governo, em nome da independência e harmonia dos Poderes. O princípio da presunção de constitucionalidade, portanto, funciona como fator de autoflimitação da atuação judicial: um ato normativo somente deverá ser declarado inconstitucional quando a invalidade for patente e não for possível decidir a lide com base em outro fundamento.

### III — Princípio da interpretação conforme a Constituição

A interpretação conforme a Constituição pode ser apreciada como um princípio de interpretação e como uma técnica de controle de constitucionalidade. Como princípio de interpretação, decorre ele da confluência dos dois princípios anteriores: o da supremacia da Constituição e o da presunção de constitucionalidade. Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto. Como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, uma ação "correlativa" que importa em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Em qualquer de suas aplicações, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo.

### IV — Princípio da unidade da Constituição

A ordem jurídica é um *sistema*, o que pressupõe unidade, equilíbrio e harmonia. Em um sistema, suas diversas partes devem conviver sem

confrontos inarredáveis. Para solucionar eventuais conflitos entre normas jurídicas infraconstitucionais utilizam-se, como já visto, os critérios tradicionais da hierarquia, da norma posterior e o da especialização. Na colisão de normas constitucionais, especialmente de princípios — mas também, eventualmente, entre princípios e regras e entre regras e regras — emprega-se a técnica da ponderação. Por força do princípio da unidade, inexistente hierarquia entre normas da Constituição, cabendo ao intérprete a busca da harmonização possível, *in concreto*, entre comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham. Conceitos como os de ponderação e concordância prática são instrumentos de preservação do princípio da unidade, também conhecido como princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição.

#### V — Princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade<sup>61</sup>

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível<sup>62</sup>, não está expresso na Constituição, mas

61. O tema é tratado de forma mais detida no Capítulo II da Parte II, onde se faz ampla levantamento da bibliografia na matéria.

62. A idéia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido, como próprio do sistema do *common law*, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. De parte isto, deve-se registrar que o princípio, nos Estados Unidos, foi antes de tudo um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já na Alemanha, o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Executivo. Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis. Este é o ponto de vista que tenho sustentado desde a 1ª edição deste livro. No sentido do texto, v. por todos Fábio Corrêa Souza de Oliveira, *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*, 2003, p. 81 e s.

É certo, no entanto, que a linguagem é uma convenção. E se nada impede que se atribuam significados diversos à mesma palavra, com muito mais razão será possível fazê-lo em relação a vocábulos distintos. Basta, para tanto, qualificar previamente a acepção com que se está empregando um determinado termo. É o que faz, por exemplo, Humberto Ávila (*Teoria dos princípios*, cit.), que explicita conceitos diversos para proporcionalidade e razoabilidade. Ainda na mesma temática, Luís Virgílio Afonso da Silva (*O proporcional e o razoável*, RT, 798:23, 2002) investe

em seu fundamento na idéia de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (*adequação*); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (*necessidade/vedação do excesso*); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade em sentido estrito*). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto.

#### VI — Princípio da efetividade

Consoante doutrina clássica, os atos jurídicos em geral, inclusive as normas jurídicas, comportam análise em três planos distintos: os da sua existência, validade e eficácia. No período imediatamente anterior e ao longo da vigência da Constituição de 1988, consolidou-se um quarto plano fundamental de apreciação das normas constitucionais: o da sua efetividade. Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social<sup>63</sup>. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se

grande energia procurando demonstrar que os termos não são sinônimos e critica severamente a jurisprudência do STF na matéria.

63. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2002.

refugiem no argumento da não-auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.

#### b) *Os princípios constitucionais materiais: uma classificação*

Uma classificação que se tem mostrado útil e parece ter resistido ao teste do tempo é a que procura singularizar os princípios — princípios materiais, note-se, e não mais instrumentais — de acordo com o seu destaque no âmbito do sistema e a sua abrangência<sup>64</sup>. Os princípios, ao expressar valores ou indicar fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, irradiam-se pelo sistema, interagem entre si e pautam a atuação dos órgãos de poder, inclusive a do Judiciário, na determinação do sentido das normas. Nem todos os princípios, todavia, possuem o mesmo raio de ação. Eles variam na amplitude de seus efeitos e mesmo no seu grau de influência. Por essa razão, podem ser agrupados em três categorias diversas, que identificam os princípios como fundamentais, gerais e setoriais.

#### I — Princípios fundamentais

Os princípios fundamentais expressam as principais decisões políticas no âmbito do Estado, aquelas que vão determinar sua estrutura essencial. Veiculam, assim, a forma, o regime e o sistema de governo, bem como a forma de Estado. De tais opções resultará a configuração básica da organização do poder político<sup>65</sup>. Também se incluem nessa categoria os objetivos indicados pela Constituição como fundamentais à República<sup>66</sup> e os princípios que a regem em suas relações internacionais<sup>67</sup>. Por

64. Luís Roberto Barroso, *Princípios constitucionais brasileiros (ou de como o papel aceita tudo)*, RTDP, I: 168, 1993.

65. E.g., princípio republicano (art. 1º, *caput*), princípio federativo (art. 1º, *caput*), princípio do Estado democrático de direito (art. 1º, *caput*), princípio da separação de Poderes (art. 2º), princípio presidencialista (art. 76), princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV).

66. CF, art. 3º: construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

67. E.g., soberania, independência, autodeterminação dos povos, não-intervenção e igualdade entre os Estados (art. 4º, I, III, IV, V), defesa da paz, de solução pacífica dos conflitos e repúdio ao terrorismo e ao racismo (art. 4º, VI, VII e VIII), prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II).

fim, merece destaque em todas as relações públicas e privadas o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), que se tornou o centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais.

#### II — Princípios gerais

Os princípios constitucionais gerais, embora não integrem o núcleo das decisões políticas que conformam o Estado, são importantes especificações dos princípios fundamentais. Têm eles menor grau de abstração, sendo mais facilmente determinável o núcleo em que operam como regras. Por tal razão, prestam-se de modo corrente à tutela direta e imediata das situações jurídicas que contemplam. Por serem desdobramentos dos princípios fundamentais, irradiam-se eles por toda a ordem jurídica<sup>68</sup>. A maior parte dos princípios gerais concentra-se no art. 5º da Constituição, dedicado aos direitos e deveres individuais e coletivos, o que apenas ratifica a equiparação doutrinária que se costuma fazer entre direitos fundamentais e princípios<sup>69</sup>.

#### III — Princípios setoriais

Princípios setoriais ou especiais são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos. Por vezes, são mero detalhamento dos princípios gerais, como os princípios da legalidade tributária ou da reserva legal em matéria penal. Outras vezes são autônomos, como o princípio da anterior-

68. Exemplos de princípios gerais são: legalidade (art. 5º, II), liberdade (*caput* e diversos incisos do art. 5º, como II, IV, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII etc.), isonomia (art. 5º, *caput* e inciso I), autonomia estadual e municipal (art. 18), acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV), juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), devido processo legal (art. 5º, LIV). O elenco, naturalmente, não é exaustivo e comportaria significativa ampliação, de acordo com o ponto de observação de cada um. Há características peculiares a esses princípios, em contraste com os que se identificam como fundamentais. Notadamente, não têm caráter organizatório do Estado, mas sim limitativo de seu poder, resguardando situações individuais.

69. Robert Alexy, *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*, cit., p. 10: "As colisões dos direitos fundamentais acima mencionadas devem ser consideradas segundo a teoria dos princípios como uma colisão de princípios. O processo para a solução de colisões de princípios é a ponderação".

ridade em matéria tributária ou o do concurso público para provimento de cargos na administração pública. Há princípios especiais em domínios diversos, como os da Administração Pública<sup>70</sup>, organização dos Poderes<sup>71</sup>, tributação e orçamento<sup>72</sup>, ordem econômica<sup>73</sup> e ordem social<sup>74</sup>.

### c) Modalidades de eficácia dos princípios<sup>75</sup>

Examinam-se, neste tópico, os diferentes comportamentos exigíveis com base nos princípios materiais. A *eficácia* é um atributo associado às normas e consiste na consequência jurídica que deve resultar de sua observância, podendo ser exigida judicialmente se necessário. A percepção de que também aos princípios constitucionais deve ser reconhecida eficácia jurídica é fenômeno relativamente recente, em comparação com as regras. De toda sorte, a doutrina tem procurado expandir a capacidade normativa dos princípios através de dois movimentos: aplicando, com as adaptações necessárias, a modalidade convencional de eficácia jurídica das regras também aos princípios — é a eficácia positiva ou simétrica referida abaixo — e desenvolvendo modalidades diferenciadas, adaptadas às características próprias dos princípios — de que são exemplo as três outras modalidades de eficácia apresentadas na sequência<sup>76</sup>.

70. E.g., legalidade administrativa (art. 37, *caput*), impessoalidade (art. 37, *caput*), moralidade (art. 37, *caput*), publicidade (art. 37, *caput*), concurso público (art. 37, II) e prestação de contas (arts. 70, parágrafo único, 34, VII, *d*, e 35, II);

71. E.g., majoritário (arts. 46 e 77, § 2º), proporcional (arts. 45 e 58, § 1º), publicidade e motivação das decisões judiciais e administrativas (art. 93, IX e X), independência e imparcialidade dos juízes (arts. 95 e 96) e subordinação das Forças Armadas ao poder civil (art. 142).

72. E.g., capacidade contributiva (art. 145, § 1º), legalidade tributária (art. 150, I), isonomia tributária (art. 150, II), anterioridade da lei tributária (art. 150, III), imunidade recíproca das pessoas jurídicas de direito público (art. 150, VI, *a*), anualidade orçamentária (art. 165, III), universalidade do orçamento (art. 165, § 5º) e exclusividade da matéria orçamentária (art. 165, § 8º).

73. E.g., garantia da propriedade privada (art. 170, II), função social da propriedade (art. 170, III), livre concorrência (art. 170, IV), defesa do consumidor (art. 170, V) e defesa do meio ambiente (art. 170, VI).

74. E.g., gratuidade do ensino público (art. 206, IV), autonomia universitária (art. 207) e autonomia desportiva (art. 217, I).

75. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 59 e s.

76. Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 1999, p. 254; Ruy Samuel Espíndola, *Conceito de princípios constitucionais*, 1999.

### I — Eficácia positiva ou simétrica

*Eficácia jurídica positiva ou simétrica* é o nome pelo qual se convencionou designar a eficácia associada à maioria das regras. Embora sua enunciação seja bastante familiar, a aplicação da eficácia positiva aos princípios ainda é uma construção recente. Seu objetivo, no entanto, seja quando aplicável a regras, seja quando aplicável a princípios, é o mesmo: reconhecer àquele que seria beneficiado pela norma, ou simplesmente àquele que deveria ser atingido pela realização de seus efeitos, direito subjetivo a esses efeitos, de modo que seja possível obter a tutela específica da situação contemplada no texto legal. Ou seja: se os efeitos pretendidos pelo princípio constitucional não ocorreram — tenha a norma sido violada por ação ou por omissão —, a eficácia positiva ou simétrica pretende assegurar ao interessado a possibilidade de exigí-los diretamente, na via judicial se necessário. Como se vê, um pressuposto para o funcionamento adequado dessa modalidade de eficácia é a identificação precisa dos efeitos pretendidos por cada princípio constitucional. A este ponto se retornará adiante.

### II — Eficácia interpretativa

A *eficácia interpretativa* significa, muito singelamente, que se pode exigir do Judiciário que as normas de hierarquia inferior sejam interpretadas de acordo com as de hierarquia superior a que estão vinculadas. Isso acontece, e.g., entre leis e seus regulamentos e entre as normas constitucionais e a ordem infraconstitucional como um todo. A eficácia interpretativa poderá operar também dentro da própria Constituição, em relação aos princípios; embora eles não disponham de superioridade hierárquica sobre as demais normas constitucionais, é possível reconhecer-lhes uma ascendência axiológica sobre o texto constitucional em geral, até mesmo para dar unidade e harmonia ao sistema<sup>77</sup>. A eficácia dos princípios constitucionais, nessa acepção, consiste em orientar a interpretação das regras em geral (constitucionais e infraconstitucionais), para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente.

77. O tema é abordado em detalhes no Capítulo II da Parte II. V. também José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1998, p. 157 e s.

### III — Eficácia negativa

A *eficácia negativa*<sup>78</sup>, por sua vez, autoriza que sejam declaradas inválidas todas as normas ou atos que contravenham os efeitos pretendidos pela norma<sup>79</sup>. É claro que para identificar se uma norma ou ato viola ou contraria os efeitos pretendidos pelo princípio constitucional é preciso saber que efeitos são esses. Como já referido, os efeitos pretendidos pelos princípios podem ser relativamente indeterminados a partir de um certo núcleo; é a existência desse núcleo, entretanto, que torna plenamente viável a modalidade de eficácia jurídica negativa. Imagine-se um exemplo. Uma determinada empresa rural prevê, no contrato de trabalho de seus empregados, penas corporais no caso de descumprimento de determinadas regras. Ou sanções como privação de alimentos ou proibição de avistar-se com seus familiares. Afóra outras especulações, inclusive de natureza constitucional, não há dúvida de que a eficácia negativa do princípio da dignidade da pessoa humana conduziria tal norma à invalidade. É que nada obstante a relativa indeterminação do conceito de dignidade humana, há consenso de que em seu núcleo central deverá estar a rejeição às penas corporais, à fome compulsória e ao afastamento arbitrário da família.

### IV — Eficácia vedativa do retrocesso

A *vedação do retrocesso*, por fim, é uma derivação da eficácia negativa<sup>80</sup>, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: freqüentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordi-

78. Sobre essa modalidade de eficácia, vejam-se: Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, 1990, v. II, p. 220 s.; Germán J. Bidart Campos, *La interpretación y el control constitucional en la jurisdicción constitucional*, 1997, p. 238 e s.; Celso Antônio Bandeira de Mello, Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, *BDP*, 57-58:243, 1981; e José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1988, p. 158 e s.

79. No caso das normas, elas poderão ser consideradas revogadas ou não recepcionadas, caso anteriores à promulgação da Constituição.

80. A vedação do retrocesso enfrenta ainda alguma controvérsia, especialmente quanto à sua extensão. Para uma visão crítica dessa construção, confira-se José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 1998, p. 307-311.

nária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais<sup>81</sup>. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar<sup>82</sup>. Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que se entenda mais apropriada. A questão que se põe é a da revogação pura e simples da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente<sup>83</sup>.

A atribuição aos princípios constitucionais das modalidades de eficácia descritas acima tem contribuído decisivamente para a construção de sua normatividade. Entretanto, como indicado em vários momentos no texto, essas modalidades de eficácia somente podem produzir o resultado a que se destinam se forem acompanhadas da identificação cuidadosa dos efeitos pretendidos pelos princípios e das condutas que realizem o fim indicado pelo princípio ou que preservem o bem jurídico por ele protegido.

### d) Algumas aplicações concretas dos princípios materiais

Não é possível, à vista do objetivo do presente estudo e das circunstâncias de tempo e espaço, analisar o sentido, alcance, propriedades e particularidades de cada uma das categorias e espécies de princípios assinalados acima. Nem tampouco investigar o núcleo no qual cada um

81. Na Carta brasileira, esse propósito fica claro tanto no art. 5º, § 2º, como no *caput* do art. 7º.

82. Cármen Lúcia Antunes Rocha, O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, *SP*, 4:41: "De se atentar que prevalece, hoje, no direito constitucional, o princípio do *não-retrocesso*, segundo o qual as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser desfeitas, anuladas ou combatidas (...)"

83. Sobre o tema, v. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 1999, p. 327.

deles operará como regra e o espaço remanescente onde deverão ser ponderados entre si. Mas para ilustração, antes do desfecho das idéias desenvolvidas, faz-se o destaque da aplicação concreta dos princípios da dignidade humana<sup>84</sup> e do devido processo legal<sup>85</sup>, concluindo com breve apreciação do papel desempenhado pelo princípio da razoabilidade no âmbito do sistema.

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido singelo, todavia, o esforço para permitir que o princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais. Partindo da premissa anteriormente estabelecida de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana esse núcleo é representado pelo mínimo existencial. Embora existam visões mais ambiciosas do alcance elementar do princípio<sup>86</sup>, há razoável consenso de que ele inclui

84. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002; Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2002; Fernando Ferreira dos Santos, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, 1999; Cleber Francisco Alves, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja*, 2001; Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2003; Alexandre de Moraes, *Direitos humanos fundamentais*, 2002; Lúcia de Barros Freitas de Alvarenga, *Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*, 1998; Joaquim B. Barbosa Gomes, O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa, *ADVSJ*, 12:17, 1996; Cármen Lúcia Antunes Rocha, O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, *JP*, 4:23, 1999; Antonio Juazeira de Azevedo, Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana, *RT*, 797:11, 2002; Valter Shuenquener de Araújo, Hierarquização axiológica de princípios — relativização do princípio da dignidade da pessoa humana e o postulado da preservação do contrato social, *RPGERJ*, 55:82, 2002.

85. Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 1998, p. 56.

86. Como, por exemplo, a que inclui no mínimo existencial o atendimento às necessidades que deveriam ser supridas pelo salário mínimo, nos termos do art. 7º, IV, da Constituição, a saber: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

pelo menos os direitos à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça<sup>87</sup>.

A percepção da centralidade do princípio chegou à jurisprudência dos tribunais superiores, onde já se assentou que “a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado democrático de direito, ilumina a interpretação da lei ordinária”<sup>88</sup>. De fato, tem ela servido de fundamento para decisões de alcance diverso, como o fornecimento compulsório de medicamentos pelo Poder Público<sup>89</sup>, a nulidade de cláusula contratual limitadora do tempo de internação hospitalar<sup>90</sup>, a rejeição da prisão por dívida motivada pelo não-pagamento de juros absurdos<sup>91</sup>, o levantamento do FGTS para tratamento de familiar portador do vírus HIV<sup>92</sup>, dentre muitas outras. Curiosamente, no tocante à sujeição do réu em ação de investigação de paternidade ao exame compulsório de DNA, há decisões em um sentido<sup>93</sup> e noutro<sup>94</sup>, com invocação do princípio da dignidade humana.

Quanto ao princípio do devido processo legal, embora seus corolários mais diretos já estejam analiticamente previstos no texto constitucional e na legislação infraconstitucional, tem sido aplicado de modo a gerar a exigibilidade de outros comportamentos não explicitados. O princípio foi invocado para considerar, com base nele, inválido o oferecimento de denúncia por outro membro do Ministério Público, após anterior arquivamento do inquérito policial<sup>95</sup>, entender ilegítima a anulação de processo administrativo que repercutia sobre interesses individuais sem observância do contraditório<sup>96</sup>, reconhecer haver constrangimento ilegal no uso de algemas quando as condições do réu não ofereciam

87. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 247 e s.

88. STJ, *DJU*, 26 mar. 2001, HC 9.892-RJ, rel. orig. Min. Hamilton Carvalhido, rel. para ac. Min. Fontes de Alencar.

89. STJ, *DJU*, 4 set. 2000, ROMS 11.183-PR, rel. Min. José Delgado.

90. TJSP, *ADV*, 40:636, 2001, AC 110.772-4-4-00, rel. Des. O. Breviglieri.

91. STJ, *DJU*, 12 fev. 2001, HC 12547-DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

92. STJ, *DJU*, 26 jun. 2000, REsp 249026-PR, rel. Min. José Delgado.

93. STF, *DJU*, 10 nov. 1994, HC 71.373-RS, rel. Min. Marco Aurélio.

94. TJSP, *ADV*, 37:587, 2001, AC 191.290-4-7-0, rel. Des. A. Germano.

95. STJ, *RT*, 755:569, 1998, HC 6.802-RJ, rel. Min. Vicente Leal.

96. STF, *DJU*, 14 ago. 1997, AI 199.620-55, rel. Min. Fernando Gonçalves.

perigo<sup>97</sup>, para negar extradição à vista da perspectiva de inobservância do devido processo legal no país requerente<sup>98</sup> e para determinar fosse ouvida a parte contrária na hipótese de embargos de declaração opostos com pedido de efeitos modificativos, a despeito de não haver previsão nesse sentido na legislação<sup>99</sup>.

Por fim, merece uma nota especial o princípio da *razoabilidade*<sup>100</sup>, que tem sido fundamento de decidir em um conjunto abrangente de situações, por parte de juízes e tribunais, inclusive e especialmente o Supremo Tribunal Federal. Com base nele tem-se feito o controle de legitimidade das desigualdades entre pessoas, de vantagens concedidas a servidores públicos<sup>101</sup>, de exigências desmesuradas formuladas pelo Poder Público<sup>102</sup> ou de privilégios concedidos à Fazenda Pública<sup>103</sup>. O princípio, referido na jurisprudência como da proporcionalidade ou razoabilidade (v. *supra*), é por vezes utilizado como um parâmetro de justiça — e, nesses casos, assume uma dimensão material —, porém, mais comumente, desempenha papel instrumental na interpretação de outras normas. Confira-se a demonstração do argumento.

O princípio da razoabilidade faz parte do processo intelectual lógico de aplicação de outras normas, ou seja, de outros princípios e regras. Por exemplo: ao aplicar uma regra que sanciona determinada conduta com uma penalidade administrativa, o intérprete deverá agir com proporcionalidade, levando em conta a natureza e a gravidade da falta. O que se estará aplicando é a norma sancionadora, sendo o princípio da razoabilidade um instrumento de medida. O mesmo se passa quando ele é auxiliar do processo de ponderação. Ao admitir o estabelecimento de uma idade máxima ou de uma altura mínima para alguém prestar concurso para determinado

97. TJRS, RT, 785:692, 2001, HC 70.001.561.562, rel. Des. Silvestre Jasson Ayres Torres.

98. STF, DJU, 6 abr. 2001, Extr. 633-Chira, rel. Min. Celso de Mello.

99. STF, DJU, 19 dez. 2001, AI 327.728-SP, rel. Min. Nelson Jobim.

100. Sobre o princípio da razoabilidade, v. *supra*, Parte II, capítulo 2, tópico 6.

101. STF, RDA, 209:242, 1995, ADIn J. 158-8-AM, rel. Min. Celso de Mello. A norma legal que concede ao servidor vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa (gratificação de férias) ofende o princípio da razoabilidade.

102. STF, RDA, 194:299, 1993, ADIn 855-2-PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence. Viola o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade lei estadual que determina a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor.

103. STF, DJU, 12 jan. 1998, ADInMC L.753-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

cargo público<sup>104</sup>, o que o Judiciário faz é interpretar o princípio da isonomia, de acordo com a razoabilidade: se o meio for adequado, necessário e proporcional para realizar um fim legítimo, deve ser considerado válido. Nesses casos, como se percebe intuitivamente, a razoabilidade é o meio de aferição do cumprimento ou não de outras normas<sup>105</sup>.

Uma observação final. Alguns dos exemplos acima envolveram a não-aplicação de determinadas regras porque importariam em contrariedade a um princípio ou a um fim constitucional. Essa situação — aquela em que uma regra não é em si inconstitucional, mas em uma determinada incidência produz resultado inconstitucional — começa a despertar interesse da doutrina<sup>106</sup>. O fato de uma norma ser constitucional em tese não exclui a possibilidade de ser inconstitucional *in concreto*, à vista da situação submetida a exame. Portanto, uma das conseqüências legítimas da aplicação de um princípio constitucional poderá ser a não-aplicação da regra que o contravenha<sup>107</sup>.

Mas este já é o começo de uma outra história.

### 3. Conclusão

Ao final desta exposição, é possível compendiar algumas das principais idéias desenvolvidas nas proposições que seguem.

104. STF, DJU, 15 dez. 2000, RE 140.889-MS, rel. Min. Marco Aurélio. V. tb. STF, DJU, 7 maio 1999, RE 150.455-MS, rel. Min. Marco Aurélio.

105. No mesmo sentido, v. Humberto Ávila. Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos), cit., p. 71: “[N]o caso em que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional uma lei estadual que determinava a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor, o princípio da livre iniciativa foi considerado violado, por ter sido restringido de modo desnecessário e desproporcional. Rigorosamente, não é a *proporcionalidade* que foi violada, mas o princípio da livre iniciativa, na sua inter-relação horizontal com o princípio da defesa do consumidor, que deixou de ser aplicado adequadamente”.

106. Normalmente, na linha da doutrina de Dworkin e Alexy, a ponderação se dá entre princípios. Trata-se aqui, no entanto, de uma hipótese menos típica, mas passível, de ponderação entre princípio e regra. Usualmente, a regra já espelhará uma ponderação feita pelo legislador e deverá ser aplicada em toda a sua extensão, desde que seja válida. Mas a ponderação feita em tese pelo legislador, assim como a pronúncia em tese de constitucionalidade pelo STF, pode não realizar a justiça do caso concreto.

107. Sobre o conflito entre princípios e regras, v. o Capítulo I deste *Post Scriptum*. Para uma importante reflexão sobre o tema, v. Ana Paula Oliveira Ávila, Razoabilidade, proteção do direito fundamental à saúde e antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, *Ajuris*, 86:361, 2003.

1) A interpretação constitucional tradicional assenta-se em um modelo de regras aplicáveis mediante subsunção, cabendo ao intérprete o papel de revelar o sentido das normas e fazê-las incidir no caso concreto. Os juízos que formula são de fato, e não de valor. Por tal razão, não lhe toca função criativa do Direito, mas apenas uma atividade de conhecimento técnico. Esta perspectiva convencional ainda continua de grande valia na solução de boa parte dos problemas jurídicos, mas nem sempre é suficiente para lidar com as questões constitucionais, notadamente a colisão de direitos fundamentais.

2) A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são idéias essenciais a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação.

3) Pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética. A estes elementos devem-se agregar, em um país como o Brasil, uma perspectiva do Direito que permita a superação da ideologia da desigualdade e a incorporação à cidadania da parcela da população deixada à margem da civilização e do consumo. É preciso transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na prática jurisprudencial e produzir efeitos positivos sobre a realidade.

4) A ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis, que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. O raciocínio ponderativo, que ainda busca parâmetros de maior objetividade, inclui a seleção das normas e dos fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos.

5) A teoria da argumentação tornou-se elemento decisivo da interpretação constitucional, nos casos em que a solução de um determinado

problema não se encontra previamente estabelecida pelo ordenamento, dependendo de avaliações subjetivas a serem feitas à vista do caso concreto. Cláusulas de conteúdo aberto, normas de princípio e conceitos indeterminados envolvem o exercício de discricionariedade por parte do intérprete. Nessas hipóteses, o fundamento de legitimidade da atuação judicial transfere-se para o processo argumentativo: a demonstração racional de que a solução proposta é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional.

6) A interpretação constitucional serve-se das categorias da interpretação jurídica em geral, inclusive os elementos gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Todavia, as especificidades das normas constitucionais levaram ao desenvolvimento de um conjunto de princípios específicos de interpretação da Constituição, de natureza instrumental, que funcionam como premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas da aplicação das normas que vão incidir sobre a relação jurídica de direito material. Estes princípios instrumentais são os da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade, da interpretação conforme a Constituição, da unidade, da razoabilidade-proporcionalidade e da efetividade.

7) Os princípios constitucionais materiais classificam-se, em função do seu *status* e do grau de irradiação, em fundamentais, gerais e setoriais. Dentre as modalidades de eficácia dos princípios, merecem destaque a *interpretativa* — que subordina a aplicação de todas as normas do sistema jurídico aos valores e fins neles contidos — e a *negativa*, que paralisa a incidência de qualquer norma que seja com eles incompatível. É possível acontecer de uma norma ser constitucional no seu relato abstrato, mas revelar-se inconstitucional em uma determinada incidência, por contrariar o próprio fim nela abrigado ou algum princípio constitucional.

8) A jurisprudência produzida a partir da Constituição de 1988 tem progressivamente se servido da teoria dos princípios, da ponderação de valores e da argumentação. A dignidade da pessoa humana começa a ganhar densidade jurídica e a servir de fundamento para decisões judiciais. Ao lado dela, o princípio instrumental da razoabilidade funciona como a justa medida de aplicação de qualquer norma, tanto na ponderação feita entre princípios quanto na dosagem dos efeitos das regras.

9) A Constituição de 1988 tem sido valiosa aliada do processo histórico de superação da ilegitimidade renitente do poder político, da atávica falta de efetividade das normas constitucionais e da crônica instabilidade institucional brasileira. Sua interpretação criativa, mas comprometida com a boa dogmática jurídica, tem-se beneficiado de uma teoria constitucional de qualidade e progressista. No Brasil, o discurso jurídico, para desfrutar de legitimidade histórica, precisa ter compromisso com a transformação das estruturas, a emancipação das pessoas, a tolerância política e o avanço social.

## ÍNDICE ONOMÁSTICO

- Abbagnano, Nicola, 305, 320, 327  
Acciofy, Hildebrando, 16, 23  
Ackerman, Bruce, 66, 309  
Adorno, Theodor, 284, 317  
Agesta, Luis Sánchez, 114  
Aguiar, Roberto Ramos de, 287  
Aguiar, Ruy Rosado de, 383  
Aleinikoff, T. Alexander, 362  
Alexy, Robert, 155, 327, 331, 332, 353, 354, 357, 358, 363, 364, 377, 385  
Alvarenga, Lúcia de Barros Freitas de, 382  
Alves, Cleber Francisco, 382  
Andrade, André Gustavo C. de, 196  
Andrade, Christiano José de, 125  
Andrade, José Carlos Vieira de, 380  
Andrade, Lédio Rosa de, 286  
Andrade, Manuel A. Domingues de, 117, 120  
Anzilotti, Dionisio, 15  
Aragão, Egas Moniz de, 236  
Aranha, Maria Lúcia de Arruda, 291, 309  
Araújo, José Antonio Estévez, 5, 132, 139, 181  
Araújo, Nádia de, 13  
Araújo, Valter Shuenquener de, 382  
Arendt, Hannah, 114, 322  
Arnaud, André-Jean, 305  
Arruda Jr., Edmundo Lima de, 283  
Ascensão, José de Oliveira, 95, 125, 136, 140, 150, 314  
Ascoli, Max, 120