ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

PONDERAÇÃO CONSTITUCIONAL: A LIBERDADE DO ÓRGÃO JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

CONSTITUTIONAL BALANCING: FREEDOM OF JURISDICTION IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

Cyro Roberto dos Santos Carlos*
João Batista de França Silva**

RESUMO: O presente trabalho se propõe a estabelecer critérios para a aplicação do método interpretativo da ponderação constitucional, mormente em face de sua utilização indiscriminada pelos órgãos jurisdicionais, o que culmina, no mais das vezes, em decisões baseadas tão-somente no juízo subjetivo dos magistrados.
Palavras-chave: Direito constitucional. Hermenêutica. Ponderação. Parâmetro para aplicação. Princípio da dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: This study aims to establish criteria for the application of constitutional interpretative method of balancing, especially given its indiscriminate use by the courts, which culminates, in most cases, in decisions based solely in the subjective judgments of magistrates.
Keywords: Constitutional law. Hermeneutics. Balancing. Parameter to the application. Principle of human dignity.

* Acadêmico do 7º Período do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN. Mossoró - Rio Grande do Norte – Brasil.
** Acadêmico do 6º Período do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN. Mossoró - Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

A complexidade campeia, nos tempos hodiernos, em todos os setores da sociedade. O desenvolvimento tecnológico propiciou da expansão da rede mundial de computadores à manipulação genética, insuflando às discussões acerca do direito à intimidade e os questionamentos éticos.

Na política, os blocos e os grandes grupos econômicos desafiam os limites políticos dos Estados, com resultado grave no clássico conceito de soberania, e na ordem jurídica interna de cada país.

No Direito, nessa esteira, a mesma complexidade dos tempos atuais reina, desestruturando ou provocando a renovação no estudo de certos institutos tradicionais, como, por exemplo, o da coisa julgada material, o qual passa a ter sua rigidez mitigada em face dos novos instrumentos probatórios; ou, ainda, a nova concepção de interpretação, que se dá pelas relações entre valores, princípios e regras.

Ainda no campo do Direito, a lei, com suas fórmulas abstratas, e a decisão judicial já não trazem todas as respostas que a sociedade precisa. As rápidas transformações sociais insuflam a realidade cotidiana, que não pode ser prevista pelo legislador. Atualmente, a lei é substituída, flagrantemente, pelas vicissitudes dos casos concretos.

É nesse contexto que emerge a ponderação constitucional, técnica da argumentação jurídica, a qual tem sido amplamente aplicada no Brasil, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, com fito de superar os já arcaicos métodos positivistas de interpretação, insuscetíveis de solucionar as questões que a dinâmica diuturna apresenta.

Revela-se, assim, indubitável, o descompasso entre o raciocínio silogístico de subsunção e a gama infinda de casos difíceis (*hard cases*) que a realidade da vida complexa apresenta. Na premissa maior, em alguns casos, os enunciados normativos são vários, igualmente válidos, que se enquadram perfeitamente na realidade fática, mas apresentam, no mais das vezes, soluções discrepantes.

Basta recordar, por exemplo, na Constituição de 1988, os direitos individuais em que uma determinada situação fática pode colocar em con-

flito a liberdade de expressão e de imprensa em face dos direitos à honra, à intimidade e à vida privada.

Daí a importância que a doutrina e a jurisprudência, unânimes, afirmam da técnica de ponderação constitucional – aplicada de modo acrítico e pouco estudado –, já que apta para solucionar casos para os quais o ordenamento jurídico não possui modo pré-fabricado de solvê-los. Todavia, uma tal solução está muito distante, à primeira vista, da idéia de Estado de Direito ou, ainda, da concepção de Constituição rígida para qual boa parte de seu conteúdo normativo, incluindo os direitos fundamentais, seja dado por juízos exclusivamente pessoais dos juízes, casuísticos e, no mais das vezes, contraditórios entre si.

Ainda nessa esteira, não parece condizente com a realidade constitucional; aliás, em princípio, é com ela totalmente incompatível que o Poder Constituinte Originário, preservando um conteúdo constitucional mínimo – cláusulas pétreas – das turbulências políticas, proibindo a discussão, pelo Poder Constituinte Derivado, de emenda constitucional tendente a aboli-lo, aí incluídos os direitos e garantias individuais, conferir ao intérprete o poder de mitigar e, até mesmo, de afastar sua aplicação no caso concreto.

Assim, de se perguntar, com perplexidade, quais os limites, em face da aplicação da técnica de ponderação constitucional, da atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.

É esse o intento deste trabalho, a partir da análise de algumas decisões dos tribunais pátrios, propor uma discussão acerca dessa técnica da argumentação jurídica – a ponderação constitucional – no que ela consiste e quais os seus limites.

2 A NOVA INTEPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Para compreender a técnica da ponderação, é imprescindível uma análise, conquanto perfunctória, acerca da nova interpretação constitucional.

Surgido o constitucionalismo no momento em que se consolidava o pensamento civilista, depois de um longo desenvolvimento, com fundadas

bases teóricas, herdou aquele deste os métodos interpretativos[1].

Em verdade, os fundamentos do pensamento civilista, embora voltados para o interesse privado, e, por isso, diametralmente oposto ao ideal público que deveria revestir o Direito Constitucional, aplicados ao constitucionalismo, longe de significar uma contradição, calhava para justificar a ideologia da burguesia em ascensão.

Não se considerava a sociedade em face da Constituição, mas esta diante do indivíduo – era o liberalismo, para o qual a interpretação se limitava em desvendar o conteúdo constante do texto escrito da lei.

Nesse sentido, "A Constituição é de si mesma", no dizer de Paulo Bonavides, "à míngua talvez de uma teoria da Constituição, um repositório de princípios às vezes antagônicos e controversos, que exprimem o armistício na guerra institucional da sociedade de classes"[2].

Mas esse armistício não retirou "à Constituição", diz Bonavides,

> [...] seu teor de heterogeneidade e contradições inerentes, visíveis até mesmo pelo aspecto técnico na desordem e no caráter dispersivo com que se amontoam, à consideração do hermeneuta, matéria jurídica, programas políticos, conteúdos sociais e ideológicos, fundamentos do regime, regras materialmente transitórias embora formalmente institucionalizadas de maneira permanente e que fazem, enfim, da Constituição um navio que recebe e transporta todas as cargas possíveis, de acordo com as necessidades, os métodos e os sistemas da época[3].

Nessa esteira, "o liberalismo constitucional", ainda na lição de Paulo Bonavides, "professava assim o culto da legalidade, da Constituição

1 "[...] O Direito Constitucional clássico, segundo a crítica que se lhe faz, padece de graves defeitos: em primeiro lugar, não leva em conta que as Constituições aparecem quando o Direito Privado já está sendo codificado ou, em outros termos, o Direito Público do Ocidente democrático principia (o constitucionalismo e as codificações constitucionais) por onde o Direito Privado acabava, depois de séculos de lenta elaboração, na qual pesaram também, como fator importantíssimo de sistematização e elaboração deste último, os princípios recolhidos da herança romana. "Nada disso teve o Direito Constitucional atrás de si. Obra de improvisação revolucionária, foi criação de uma nova filosofia política, Evangelho de um novo direito, ergue-se sobre alicerces exclusivamente teóricos, sem o val da experiência e da história[...]" (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 502).

2 BONAVIDES, Paulo, Op. cit., p. 502.

3 BONAVIDES, Paulo, Op. cit., p. 503.

sacrossanta, intangível tanto quanto possível", de modo que, "o intérprete profanaria o caráter legítimo de sua função, se buscasse o direito constitucional fora da norma positiva, dos textos, dos componentes jurídicos que traduzem e explicam toda a Constituição"[4].

Preponderava, como é possível divisar, o positivismo lógico-formal, que consagrava o método subsuntivo, através do qual ao juiz não caberia qualquer atividade criativa, senão tão-somente desenvolver a interpretação através de um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma: a lei, a premissa maior; os fatos, a menor; e a sentença a conclusão; além dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico[5].

A nova interpretação constitucional surge, então, do inconformismo, diante esse positivismo lógico-formal, o qual, se arrogando distante de valores ideológicos, culminava por exprimir a ideologia do Estado liberal[6].

A Constituição, segundo essa nova concepção, passa a se amoldar à realidade social, não se menosprezando mais os fatores extra-constitucionais, os quais a antiga interpretação, considerando-os metajurídicos, costumava relegar a plano secundário, senão ao da irrelevância.

"Disso decorre", arremata Bonavides, "uma plasticidade maior dos textos constitucionais, bem como uma consideração mais larga e expressiva daquilo que se tem chamado 'o Espírito da Constituição', que o intérprete deve buscar"[7].

A nova interpretação não cessou seu movimento renovatório, surgindo várias correntes, propondo novas metodologias de interpretação, como o método concretista, o qual "considera", ainda na esteira de Paulo Bonavides, "a interpretação constitucional uma concretização, admitindo que o intérprete, onde houver obscuridade, determine o conteúdo material da Constituição", prosseguindo à frente, "é uma espécie de metodologia positivista, de teor empírico e casuístico, que aplica as categorias constitucionais à solução direta dos problemas, atenta à realidade concreta"[8].

4 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 465.
5 Idem, ibidem, p. 437 e ss.
6 BONAVIDES, Paulo, Op. cit., p. 466.
7 BONAVIDES, Paulo, Op. cit., p. 480.
8 BONAVIDES, Paulo, Op. cit., p. 482.

Esse método, aliás, em muito se aproxima da técnica que ora se estuda. Com efeito, num caso concreto para o qual o ordenamento jurídico ou prevê disposições normativas várias, que se enquadrando na realidade fática, apresentam soluções discrepantes, ou não apresenta solução alguma, a técnica de ponderação constitucional surge com uma saída viável, máxime em face da indeclinabilidade da jurisdição.

A onda renovatória prossegue, culminando com a teoria de Friedrich Müller, como noticia Bonavides, cheia de originalidade. Müller, consoante Paulo Bonavides[9], partindo da crítica ao positivismo, o qual considera a Constituição tão-somente um sistema formal de leis constitucionais, sendo a norma um ato de vontade do Estado expresso em lei, aquele constitucionalista concluiu que não há identidade, como propugna o positivismo, entre a norma e o texto da lei[10].

Para o positivismo formalista, nessa esteira, a norma não é mais do que o texto posto no papel, e sua aplicação se exaure na interpretação desse texto. Para Müller, todavia, não era essa premissa verdade, já que o processo de concretização consiste de três elementos básicos: o fato, o programa da norma e o âmbito normativo[11].

A concretização constitucional não é mecânica; ao revés, é criativa e aperfeiçoada, e "entender o contrário", ensina Paulo Bonavides citando Müller, "significar atar-se ao dogma e ao preconceito de perquirir o Direito onde ele já não existe: a vontade subjetiva do legislador ou essa mesma vontade quando se objetiva na lei"[12].

Para Müller, ao contrário da percepção estreita do positivismo, a norma não se confunde com a expressão idiomática expressa na folha de papel, ao contrário, falar em Constituição não significa o texto da Consti-

9 BONAVIDES, Paulo, Op. cit., p. 501.

10 "A norma jurídica concebida como um comando real ou ainda como uma premissa maior, lógico- formal, que se formaliza, eis a essência da teoria normativa do positivismo no entendimento de Muller, que também lhe irroga o haver estabelecido o dualismo direito e realidade, norma e realidade normativa, como se fossem duas categorias justapostas e incomunicáveis, que só se encontrariam na subsunção de um fato – premissa menor – numa premissa maior: a norma. "Assinala também Muller, como um dos característicos do positivismo e de seus métodos interpretativos, o haver estabelecido a identidade da norma com o texto da norma e que esse entendimento ainda predomina no campo do Direito Constitucional" (BONAVIDES, Paulo, Op. cit., p. 510-502).

11 BONAVIDES, Paulo, Op. cit., p. 502.

12 BONAVIDES, Paulo, Op. cit., p. 504.

tuição, bem como falando em lei não se deve ter em mente a letra da lei, objeto de sua referência[13].

Conclui Bonavides o pensamento de Müller numa prestimosa síntese:

> [...] O texto da norma não 'contém', assevera o constitucionalista, a normatividade e sua estrutura material concreta. Cinge-se tão-somente, dentro em sua moldura, a dirigir e limitar as possibilidades legais de uma determinada concretização material do Direito. Não possui o texto uma 'importância' inerente nele, de modo que só tomo sentido quando posto na operação ativa de concretização[14].

Por todo o exposto, a nova interpretação constitucional se caracteriza pela concretização, que surgiu para interpretar boa parte da Constituição, máxime os direitos fundamentais e as cláusulas abstratas e genéricas, vazados, no mais das vezes, em formulações maleáveis, cuja aplicação exige do intérprete criatividade para conduzir a norma ao plano da eficácia e juridicidade – e é justamente aqui onde se vislumbra a ponderação constitucional. Na nova interpretação, com inspiração na teoria material de valores, campeia a concretização; na velha interpretação do positivismo lógico-formal, a subsunção[15].

Mas não é difícil perceber o perigo a que essa concepção concretizante, levada ao extremo, pode conduzir. Resta indubitavelmente que, aplicada sem alicerces mais seguros, culminaria com a ruína da normatividade da Constituição, extinguindo as garantias e transgredindo competências, e, assim, no sistema jurídico, reinaria a instabilidade.

É o que se vislumbra, claramente, na técnica de ponderação constitucional, cuja aplicação indiscriminada, pode conduzir o órgão jurisdicional a usurpar as competências constitucionais dos outros poderes e tornar o sistema jurídico um todo instável, sujeito aos juízos bem ou mal intencionados do intérprete, com prejuízo flagrante à aplicação isonômica do Direito.

Daí que a nova interpretação não deve, e não pode implicar, no

13 BONAVIDES, Paulo, Op. cit., p. 504.
14 BONAVIDES, Paulo, Op. cit., p. 505.
15 BONAVIDES, Paulo, Op. cit., p. 591.

abandono às técnicas tradicionais de interpretação, "ao contrário", diz Luís Roberto Barroso,

> [...] continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução dos casos concretos"[16], concluindo, "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 valia das soluções subsuntivas[17].

3 PONDERAÇÃO CONSTITUCIONAL

A técnica da ponderação constitucional se desenvolveu, dentro dessa nova interpretação constitucional, como resposta à percepção de que a Constituição é, em verdade, não simplesmente uma lei, que está submetida à aplicação dos métodos tradicionais da interpretação. Ao contrário, é um instrumento dialético, o qual tutela valores e interesses conflitantes, de sorte que, em algumas hipóteses não raras, senão comuns, disposições normativas incidem, simultaneamente, regulando a mesma hipótese, conquanto apresentassem soluções diametralmente opostas[18].

Nessa esteira, a ponderação "pode ser descrita", no dizer de Ana Paula de Barcellos[19], "como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês "hard cases"), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado".

16 Exemplo claro de que a utilidade da velha interpretação subsiste, para ficar só neste, é do art. 14, § 3º, IV, *a*, da Constituição Federal. Ora, não é necessária a criatividade do intérprete, acuidade de espírito e observação da realidade subjacente para interpretar essa disposição constitucional, sendo desnecessária a utilização de recursos da nova interpretação. O mesmo não se aplica, todavia, quando, num determinado caso concreto, entram em conflito o direito à honra e à intimidade privada em face da liberdade de expressão e imprensa, no qual, caberá o intérprete, a partir de uma processo de *ponderação*, verificar qual norma deve prevalecer.

17 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 345-346.

18 A ponderação será igualmente útil quando o ordenamento jurídico não apresentar qualquer disposição normativa e o juiz se vê diante de um caso para o qual não há solução. Naturalmente, como é cediço, o juiz não se exime de sentenciar alegando lacuna ou obscuridade da lei – a indeclinabilidade da jurisdição.

19 BARROSO, Luís Roberto (Org.) **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 55.

Prossegue Paula de Barcelos:

> A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre a premissa menor – fatos – e produzindo como conseqüência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e da mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias[20].

O ordenamento jurídico, nesse sentido, como um sistema de normas harmonicamente articulado, não tolera a convivência de leis que, regulando a mesma situação, apresentam resultados antagônicos, de sorte que dispõe de três critérios tradicionais para a dissolução dessas antinomias: o da hierarquia, o cronológico e da especialidade.

Pelo critério hierárquico, entre duas normas incompatíveis, prevalecerá a hierarquicamente superior – "lex superior derogat inferiori"[21]. Já pelo critério cronológico, a lei posterior preponderará sobre a anterior – "lex posterior derrogat priori"[22]. E, finalmente, consoante o critério da especialidade, num conflito entre lei geral e específica, sobrepujará esta em face daquela – "lex specialis derogat generali"[23].

Todavia, de plano, se observa a obsolescência deste critério, mormente quando entram em colisão normas constitucionais, notadamente, princípios constitucionais, já que não é possível, simplesmente, fazer uma opção

20 BARROSO, Luís Roberto (org.) **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. op. cit. p. 55.

21 Para Norberto Bobbio: "[...] As normas de um ordenamento são colocadas em planos diferentes: são colocadas em ordem hierárquica. Uma das conseqüências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores. A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo; essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior" (**Teoria do ordenamento jurídico.** trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 93).

22 "[...] Existe um regra geral no Direito em que a vontade posterior revoga a precedente, e que de dois atos de vontade da mesma pessoa vale o último no tempo. Imagine-se a lei como expressão da vontade do legislador e não haverá dificuldade em justificar a regra" (Idem. p. 93).

23 "[...] Lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma parte da matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória)" (Ibidem. p. 95).

entre uma delas em prejuízo das demais, como se houvesse uma hierarquia entre elas, em face do princípio da unidade[24]. Assim, qual critério utilizar-se quando estão em colisão, por exemplo, a liberdade de expressão e o direito à privacidade? O Direito de propriedade e a sua função social? Livre iniciativa e a proteção do consumidor e do meio ambiente?

Eis que aporta a ponderação constitucional, resultado da argúcia dos pensadores do Direito, e já principiada sua aplicação pelo intérprete, sendo, paulatinamente, prodigalizada sua utilização pelos Tribunais pátrios.

Nesse sentido, interessante caso, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, numa ação civil de investigação de paternidade, em que o provimento judicial determinou a condução do réu ao laboratório, "debaixo de vara", em face de sua recusa, para a coleta do material indispensável à feitura do exame do DNA.

A discussão girou, naquele pretório, em torno do princípio da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano do réu, e, por outro lado, a dignidade da pessoa humana do autor da ação de ver confirmada sua filiação, elemento integrante de sua identidade pessoal. Nesse episódio, o Supremo valeu-se da ponderação constitucional, concluindo em favor do réu que aquele pronunciamento "discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano" [25].

Ainda nesse sentido, a clássica decisão do Conselho de Estado Francês, no caso Morsang-sur-Orge. Tal caso baseou-se na prática, existente nas casas noturnas da região metropolitana de Paris do arremesso de anões, mediante o qual o anão era transformado em projétil. O prefeito da cidade interditou a referida atividade, dela recorrendo, em litisconsórcio, a casa noturna e o anão. A mais alta instância administrativa francesa, no entanto, manteve a indigitada decisão, de modo a interditar a atividade, não com fulcro em lei, senão no peso maior do princípio da dignidade humana em

24 Consoante lição que não se pode olvidar de Luís Roberto Barroso, com fulcro em Canotilho: "A idéia de unidade da ordem jurídica se erradia a partir da Constituição e sobre ela também se projeta, [...]. Embora expresse um consenso fundamental quanto a determinados princípios e normas, o fato é que isso não apaga 'o pluralismo e antagonismo de idéias subjacentes ao pacto fundado'" (**Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.196).

25 STJ, HC 71.373-RS, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10-11-1994.

face do direito ao trabalho.

A técnica da ponderação constitucional, nessa esteira, se constitui, basicamente, num processo de três etapas: a primeira consiste na identificação das normas em conflito em função das soluções por elas apresentadas; a segunda, no exame das peculiaridades do caso concreto e seus reflexos sobre os elementos normativos; e, por fim, a terceira etapa – a fase de decisão – em que serão apurados conjuntamente os diferentes tipos de normas e os seus reflexos no caso concreto, com o fito de definir qual delas terá peso preponderante em relação às outras.

É esse o ínterim proposto por Ana Paula de Barcellos, quando afirma:

> [...] Simplificadamente, é possível descrever a estrutura da ponderação como um processo em três etapas. Em uma primeira fase, se identificam os comandos normativos ou as normas relevantes em conflito, e prossegue, [...] Na segunda fase cabe examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos, daí se dizer que a ponderação depende substancialmente do caso concreto e de suas particularidades[26*], para finalizar, [...] Na terceira fase – a fase da decisão – se estará examinando conjuntamente os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos sobre eles, a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diferentes elementos em disputa[27].

De modo semelhante é a proposição de Humberto Ávila, segundo o qual o processo de ponderação se compõe de três fases:

> [...] a primeira delas é a da preparação da ponderação. Nessa fase devem ser analisados todos os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível", e continua, [...] a segunda etapa é a da realização da ponderação, em que se vai fundamentar a relação estabelecida entre os elementos objeto do sopesamento. No caso dos princípios, esse deve indicar a relação de primazia

26 *Como se verá adiante, este trabalho visa a propor um parâmetro para a aplicação da ponderação independentemente do caso concreto real.

27 BARROSO, Luís Roberto (Org.) **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 57-58.

> entre um e outro, concluindo, "a terceira etapa é a da reconstrução da ponderação, mediante a formulação de regras de relação, inclusive de primazia entre os elementos objeto de sopesamento, com a pretensão de validade para além do caso[28].

4 PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS, REGRAS E VALORES

A ponderação constitucional, não mais se vinculando apenas à teoria dos princípios, como vinha sendo estudada. Essa perspectiva – a de que a ponderação é técnica coadjuvante na aplicação dos princípios – é claramente perceptível no dizer de Luís Roberto Barroso, segundo o qual a ponderação é "técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos", para prosseguir, "deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição"[29].

Esse aspecto, porém, não mais predomina, já que, gradativamente, a ponderação tem escapado à aplicação tão-somente restrita ao campo dos princípios, elevando-se a condição de técnica de decisão jurídica autônoma, que, no dizer de Ana Paula de Barcellos,

> Vem sendo aplicada em diversos outros ambientes que não o do conflito de princípios. É possível encontrar decisões judiciais empregando um raciocínio equiparável ao que se tem entendido por ponderação para, e. g., definir o sentido de conceitos jurídicos indeterminados e decidir o confronto entre regras que se chocam diante de um caso concreto e entre princípios e regras, dentro do sistema constitucional e fora dele[30].

É exemplo o caso levado ao Supremo Tribunal Federal, da prefeita que contratou gari sem o requisito prescrito pelo inc. II do art. 37 da Constituição Federal, segundo o qual, para ser investido em cargo ou emprego

28 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 132.

29 **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.330.

30 BARROSO, Luís Roberto (Org.) **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 55.

público, mister se faz a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, de modo que a contratação feita sem esse requisito deverá ser declarada inválida, além do ingresso da ação penal cabível contra o responsável pela contratação.

Não obstante a norma sobredita, o Pretório Excelso deixou de dar seguimento à ação cabível em que a prefeita era denunciada por ato de improbidade administrativa, tendo em vista o fim a que a norma constitucional se destina e a capacidade do ato ímprobo de comprometer o erário público. O Supremo, no caso em apreço, ponderando a norma constitucional e o princípio da razoabilidade, conclui, afastando a incidência daquela, por atentar à ordem natural das coisas exigir a realização de concurso público com o fulcro de se contratar uma única pessoa para o exercício de uma função de menor hierarquia[31].

Como é possível divisar, a regra, seja constitucional ou infraconstitucional, tem a sua aplicação afastada, no âmbito do caso concreto, com aplicação da ponderação, em face da colisão delas com princípios constitucionais.

Antes mesmo do amadurecimento doutrinário acerca dos limites do emprego dessa técnica, os tribunais pátrios vêm se adiantar na sua aplicação, o que implica dizer que o órgão jurisdicional, nesses casos, age com um poder sem precedentes, de afastar, inclusive, a aplicação de normas constitucionais consagradas como cláusulas pétreas, as quais sequer o Poder Constituinte Derivado tem a competência de alterá-las. Aqui, como alhures, a máxima da ciência política, consagrada pelos meandros históricos, continua válida: o detentor de um poder ilimitado tenderá a empregá-lo discricionariamente.

5 PARÂMETOS PARA A PONDERAÇÃO CONSTITUCIONAL

A complexidade da sociedade contemporânea, como dito, refletida, inclusive, na própria Constituição, culmina por fazer surgirem casos para os quais o ordenamento jurídico não tem solução pré-fabricada, ou, ainda, apresenta disposições normativas várias, simultaneamente válidas, mas

31 STF, 2ª Turma, HC 77.003-4-PE, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.6.1998.

apresentando soluções, no mais das vezes, diametralmente opostas. Nesse contexto, a ponderação se mostra inevitável.

Mas se essa técnica, dentro do arsenal hermenêutico, não pode ser evitada, isto não deve, e não pode, significar que os cidadãos estejam fadados ao arbítrio de juízos subjetivos, no mais das vezes, casuísticos e contraditórios entre si. Daí por que, e é isto que intenta este trabalho, a necessidade de se traçar parâmetros normativos com o fito de controlar a interpretação jurídica e dar uma aplicação isonômica às normas[32].

Não é outro o dizer de Humberto Ávila: "[...] Para esse trabalho é importante registrar que a ponderação, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é um instrumento pouco útil para aplicação do Direito", para concluir peremptoriamente, "[...] É preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios"[33].

De se ressaltar, primeiro, que a técnica de ponderação ora em apreço só deve ser utilizada quando todas as outras técnicas de interpretação, aí incluindo as já tradicionais técnicas, e aquelas outras que a nova interpretação constitucional legou, tenham sido debalde.

Ora, num estado de Direito, em que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, as decisões dos órgãos jurisdicionais não podem interferir, fundada tão-somente em juízos subjetivos, na esfera jurídica alheia. Daí por que a importância do caráter excepcional da aplicação da ponderação constitucional.

Nessa esteira, na hipótese de nenhumas das técnicas interpretativas mostrarem-se suficientes para apresentar uma solução para um caso difícil, de sorte a não causar ruptura do sistema, e subsistem diversas possibilidades interpretativas acerca da mesma disposição normativa, qual delas é a correta?

32 Preocupação manifestada por Ana Barcellos: "Se a ponderação é inevitável, por conta da complexidade da sociedade contemporânea, da estrutura estatal e da própria Constituição, isso não condena os cidadãos a dependerem cegamente de cada intérprete e de suas concepções pessoais. Parâmetros – e aqui se estará tratando de parâmetros normativos – não só podem como devem ser buscados para balizar e controlar a interpretação jurídica, de modo a assegurar, ao menos, a aplicação isonômica da norma" (BARROSO, Luís Roberto (Org.) **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 55).

33 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 132

5.1 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

Luís Roberto Barroso propõe a utilização da teoria da argumentação como baliza à aplicação da ponderação constitucional. Para aquele autor, na utilização da indigitada técnica, só uma argumentação fundamentada pode lhe dar sustentação[34].

Ainda segundo Barroso, a argumentação, por sua vez, exige três parâmetros: o primeiro, a argumentação "deve ser capaz de apresentar fundamentos normativos", de modo que "não basta o bom senso e o sentido de justiça pessoal", ao contrário, "é necessário que o intérprete apresente elementos da ordem jurídica que referendem tal ou qual decisão"[35]. Nessa esteira, a argumentação jurídica, no caso de conflito normativo, "deve preservar extremamente seu caráter jurídico"[36].

O segundo parâmetro para o controle da argumentação e, por sua vez, da técnica de ponderação, é a possibilidade de universalização dos critérios adotados pela decisão, de modo que, "por força do critério da isonomia", diz Barroso, "espera-se que os critérios empregados para a solução de um determinado caso concreto possam ser transformados em regra geral para situações semelhantes"[37].

E, por fim, o terceiro parâmetro diz respeito à aplicação dos princípios, "primeiro", diz aquele abalizado constitucionalista, "composto dos princípios instrumentais ou específicos da interpretação constitucional", prossegue, "o segundo, por princípios materiais propriamente ditos, que trazem em si a carga ideológica, axiológica e finalística da ordem constitucional"[38].

Com efeito, a teoria da argumentação, cujo exame escapa ao objetivo desse trabalho, além de outras problemáticas, avalia a validade da argumentação, considerando determinada realidade fática e a incidência de umas tantas normas para a conclusão por aplicação de determinada conseqüên-

34 BARROSO, Luís Roberto (Org.) A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. In: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 363.
35 BARROSO, Op. cit., p.363.
36 Ibid., p.364.
37 Ibid., p.365.
38 Ibid., p.365.

cia. Não se vislumbra aí, todavia, qualquer parâmetro, com a devida vênia, para a aplicação da ponderação constitucional.

Ora, a argumentação jurídica deve ser baseada em argumentos jurídicos, não restando novidade alguma nessa afirmação. No que tange à aplicação dos princípios, não há dúvida quanto à sua aplicação, máxime em face do seu caráter normativo. Todavia, muitas vezes, os princípios entram em linha de colisão, não sendo possível entender como eles, em colisão, repita-se, sirvam de parâmetro para a solução do conflito entre eles mesmos.

Por fim, no que diz respeito ao segundo parâmetro, o da universalização dos critérios, de sorte a ele ser válido para o maior número situações semelhantes, em verdade, essa afirmação, com a devida vênia, trata-se de uma verdadeira tautologia. Ora, critérios são justamente os parâmetros os quais se almejam encontrar, não entendendo no que esses critérios consistem.

5.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PARÂMETRO PARA PONDERAÇÃO CONSTITUCIONAL

A nosso ver, o parâmetro válido para a aplicação da ponderação constitucional é o de que a solução que prestigie a dignidade humana tem preferência sobre as demais, de sorte que, num conflito normativo que exija o recurso à indigitada técnica de ponderação, a decisão que dê preferência à dignidade humana deve prevalecer sobre os demais princípios e regras.

Isto, todavia, não significa uma quebra ou contradição da unidade da Constituição. Não resta dúvida de que, embora as normas constitucionais tenham a mesma hierarquia, certas disposições, insertas na Carta Magna, tenham uma carga axiológica maior que outras. Nessa esteira, ninguém há de questionar que entre o princípio consagrado no art. 5º, caput, e a disposição normativa constante do art. 236, ambos da Constituição Federal, o primeiro tem carga axiológica maior do que a do segundo.

Assim, tendo em vista a nova interpretação constitucional, que superando o positivismo lógico-formal, passou a perscrutar acerca dos valores materiais e as opções políticas constitucionalizadas nas normas da Carta Maior, é natural que, em certas disposições normativas, haja um sentido

mais forte diante da opção, não de qualquer um, senão do próprio constituinte originário.

Nessa esteira, é indubitável que o Poder Constituinte Originário de 1988 fez uma opção clara pela centralidade da dignidade da pessoa humana, consagrando-a tanto como princípio fundamental da República Federativa do Brasil[39] como nos direitos fundamentais, os quais dela decorrem, elegendo-os cláusulas pétreas[40].

> Com efeito, diz Ana Paula de Barcellos, "não há autor, de direito público ou privado, que não destaque a dignidade da pessoa humana como elemento central do sistema jurídico, bem como sua superior fundamentalidade, se comparada a outros bens constitucionais", prosseguindo peremptória, "na realidade, o reconhecimento da centralidade da dignidade humana e dos direitos fundamentais é um fenômeno global", para concluir, "sendo possível verificar que os autores que propõem as mais diversas formas de concepção e organização da sociedade trabalham sempre com esse axioma[41].

Desse modo, quando o intérprete for colocado diante de um caso difícil, em que todas as técnicas de interpretação constitucional se mostrarem insuficientes, a ele caberá tomar uma escolha, de sorte que algumas disposições constitucionais serão fatalmente mitigadas. Essa decisão poderá ser fundada no juízo subjetivo do intérprete, bem ou mal intencionado; por pressão dos meios de comunicação social; ou, ainda, com fulcro na Constituição mesma, com o respaldo que o próprio Poder Constituinte Originário delegou – que não é senão a dignidade da pessoa humana.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela supremacia axiológica da dignidade da pessoa humana, utilizando-a como parâmetro para a ponderação constitucional, e a esse julgado já fizemos referência. A situação fática era a

39 "Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]".

40 Art. 60, § 4, inc. IV, da Constituição da República.

41 BARROSO, Luís Roberto (org.) A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. In: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 110.

seguinte: um indivíduo de 60 (sessenta) anos de idade havia firmado contrato de alienação fiduciária em garantia de um táxi, sendo que, no ínterim inferior a dois anos, o valor do débito quadruplicou devido, basicamente, à incidência de juros, já que a inflação encontrava-se sob controle. Em face do não-pagamento da dívida, ainda no exemplo, foi decretada a prisão civil do devedor por quatro meses, tendo sido impetrado "habeas corpus" dessa decisão.

Aquele pretório, todavia, afastou decretação da prisão, assim se posicionando:

> [...] a decisão judicial que atende a contrato de financiamento bancário com alienação fiduciária em garantia e ordena a prisão de devedora por dívida que se elevou, após alguns meses, de R$ 18.700,00 para R$ 86.858,24, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, dá validade a uma relação negocial sem nenhuma equivalência, priva por quatro meses o devedor de seu maior valor, que é a liberdade, consagra o abuso de uma exigência que submete uma das partes a perder o resto provável da vida que não seja o de cumprir com a exigência do credor. Houve ali ofensa ao princípio da dignidade da pessoa, que pode ser aplicado diretamente para o reconhecimento da invalidade do decreto de prisão[42].

Como é possível divisar, há aqui uma ponderação para solucionar a colisão do direito de crédito e direito à liberdade e igualdade de contraprestações, e a opção pelo órgão jurisdicional foi pela solução que prestigie a dignidade da pessoa humana.

Eis a aplicabilidade do parâmetro por este trabalho proposto, tendo respaldo, não nos juízos meramente subjetivos e casuísticos do órgão jurisdicional, senão no caráter axiológico e, notadamente, normativo, da dignidade da pessoa humana, princípio centralizador da ordem constitucional pátria.

Naturalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana exige um estudo profundo, que claro está, transborda em muito a competência e o intento singelo desta produção acadêmica, principalmente em face de sua repercussão não só nos direitos fundamentais, que avultam no texto constitucional, senão em sua funcionalidade e importância em todo o ordenamento jurídico.

42 STJ, HC 12.427-DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU, 12 fev. 2001.

6 CONCLUSÃO

O papel desenvolvido pela Constituição, na atualidade, de que exerce superioridade jurídica sobre os demais atos normativos, de sorte a estar situada no vértice do ordenamento jurídico, sendo fundamento de validade de todas as demais normas, fez surgir a idéia de uma nova interpretação. Ademais, a Constituição, tendo em vista se tratar de consenso político mínimo, consubstancia em seu bojo, no mais das vezes, interesses dissonantes, pelo que cabe ao intérprete sua harmonização.

Se a Constituição é um arcabouço normativo superior, por se tratar de um consenso político mínimo, as já tradicionais técnicas de interpretação das normas não se mostram suficientes para realizar a vontade nela encartada.

Nessa esteira, dentre outros subsídios da nova interpretação, surge a ponderação constitucional, que é técnica para solução de casos difíceis, em que o ordenamento jurídico dispõe de várias normas, regulando a mesma realidade fática, mas apresentando conseqüências diametralmente opostas.

Todavia, uma tal solução está muito distante, à primeira vista, da idéia de Estado de Direito ou, ainda, da concepção de Constituição rígida para qual boa parte de seu conteúdo normativo, incluindo os direitos fundamentais, seja dado por juízos exclusivamente pessoais dos magistrados, casuísticos e, no mais das vezes, contraditórios entre si.

Ainda, nessa esteira, não parece condizente com a realidade constitucional, aliás, em princípio, é com ela totalmente incompatível, que o Poder Constituinte Originário, preservando um conteúdo constitucional mínimo – cláusulas pétreas – das turbulências políticas, proibindo a discussão, pelo Poder Constituinte Derivado, de emenda constitucional tendente a aboli-lo, aí incluídos os direitos e garantias individuais, conferir ao intérprete o poder de mitigar e, até mesmo, de afastar sua aplicação no caso concreto.

Este trabalho propôs, então, um parâmetro para aplicação da ponderação constitucional – que se deve ser aplicada depois que todo o arsenal hermenêutico da velha e nova interpretação ter sido debalde –, que é a opção pela decisão que prestigie a dignidade da pessoa humana, máxime em face da sua carga axiológica e sua centralidade do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In. BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 71.373-RS**, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. **Diário da Justiça da União**, Brasília, DF, Julgado em: 10 nov. 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 12.427-DF. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. **Diário da Justiça da União**, Brasília, DF, 12 fev. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. HC 77.003-4-PE. Relator: Min. Marco Aurélio. **Diário da Justiça da União**, Brasília, DF, publicado em: 16 jun. 1998.

MORAIS, Alexandre de. (Org.). **Constituição da República Federativa do Brasil.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.