DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

CONSTITUTIONAL INTERPRETATION

INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

Por Leonardo Marques Gouveia¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a visão doutrinária e jurisprudencial da interpretação da constituição, por meio de uma abordagem interdisciplinar entre Direito Constitucional e Filosofia Jurídica.

Palavras-chaves: Direito Constitucional; Interpretação Constitucional; Filosofia Jurídica

ABSTRACT

The present work has the objective of analyzing the doctrinal and jurisprudential vision of the interpretation of the constitution, through an interdisciplinary approach between Constitutional Law and Legal Philosophy.

Keywords: Constitutional right; Constitutional Interpretation; Legal Philosophy

RESUMEN

Este documento tiene como objetivo analizar la visión doctrinal y jurisprudencial de la interpretación de la constitución, a través de un enfoque interdisciplinario entre el derecho constitucional y la filosofía jurídica.

Palabras clave: Derecho constitucional; Interpretación constitucional; Filosofía Jurídica

1. INTRODUÇÃO

O estudo do Direito não se dá, como amplamente conhecido e debatido, meramente pela observância e leitura do texto Constitucional e infraconstitucional, vez que o mesmo é definido como uma Ciência Social Aplicada.

Assim, o Direito é ação, não apenas teoria. Desta forma, não basta, para entendê-lo e, talvez mais relevantemente, aplica-lo aos casos concretos, a letra da Lei, mas sim a interpretação da mesma, sendo este o foco do presente trabalho.

Inicialmente, será abordado o conceito da Interpretação Constitucional, seguindo-se para a discussão acerca das particularidades das normas constitucionais em relação às demais normas jurídicas. Ato contínuo, será feita a diferenciação entre a interpretação da norma jurídica e da interpretação judicial, isto é, pelo Estado Juiz. Aborda-se, adiante, a chamada Interpretação Autêntica em matéria constitucional.

Fala-se, então (brevemente e de forma não exaustiva) da Teoria dos Princípios, com base no artigo *Is Law a system of rules*, de Ronald Dworkin (DWORKIN, 1967), após o qual tratar-se-á dos efeitos da interpretação, da ponderação de interesses, dos princípios instrumentais, seguindo-se, finalmente, para a conclusão do texto.

O presente trabalho, de cunho teórico, busca abordar as regras gerais de Interpretação Constitucional, fazendo-se relevante por apresentar as principais normas e princípios que permitem este campo de estudos.

¹ Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho e em Direito Civil e Processual Civil, ambos pela Universidade Estácio de Sá. Advogado com foco em advocacia trabalhista e professor do Curso de Direito junto a Universidade Estácio de Sá. E-mail: leonardo.direito.rj@hotmail.com

Trabalhou-se, ao longo deste artigo, com o método bibliográfico, através de pesquisas doutrinárias e em demais artigos, sejam científicos ou jornalísticos.

2. DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1. CONCEITO

Interpretar é explicitar ou desenvolver o sentido e o alcance da norma. Já a aplicação é o ato final desse processo, é a incidência da norma ao caso concreto. A hermenêutica é o domínio teórico que estuda a interpretação, é o estudo da interpretação do direito.

A lei de introdução às normas inclui critérios interpretativos, enquanto a própria Constituição não. Tais critérios interpretativos são materialmente constitucionais, pois explicitam cânones hermenêuticos fundamentais do direito. A interpretação é inevitável no processo de aplicação do direito. Havia um brocardo latino que afirmava *in claris cessat interpretatio*, ou seja, “na clareza não é preciso interpretar”². Esse brocardo está amplamente superado, sendo a interpretação é inevitável. Os critérios clássicos que orientam a interpretação do direito, sistematizados por Savigny³, são: gramatical, lógico, sistemático e histórico. A estes foi introduzido, posteriormente, o teleológico.

Um caso simples de interpretação é quando os quatro elementos apontam para o mesmo resultado, a mesma interpretação. Em um caso mais complexo, os critérios levam a resultados distintos, sendo necessário entender o papel desses critérios.

Inicialmente, importante dizer que não há uma hierarquia rígida para afirmar que um critério está acima do outro sempre. Existe, sim, uma preferência *prima facie* dos critérios objetivos (sistemático e teleológico) em detrimento do critério subjetivo por excelência (histórico).

Isso ocorre por ser amplamente dominante a tese de que o objetivo central da interpretação do direito é a *mens legis* (que é o espírito da norma, o objetivo buscado por ela) e não da *mens legislatoris* (que é o objetivo do criador da norma), pois a norma, depois de sua criação, adquire sentido próprio, que não necessariamente é igual à vontade histórica do legislador. Trata-se de uma interpretação evolutiva. Isso não significa que a *mens legislatoris* seja inócua ou irrelevante, pois esta é importante para se auferir a *mens legis*. O critério gramatical, porém, possui uma função própria. Os dispositivos legais são textos e todo texto necessita de interpretação. Este elemento, porém, é definitivo? Não, apesar do critério gramatical ser muito importante, este não é definitivo.

Cabe observar que a interpretação literal pode ser tola, levando a uma interpretação totalmente destoante do espírito da norma (*mens legis*). Por exemplo, uma moça arrependida de trair seu marido faz uma promessa: Nunca mais veria seu amante. A partir de então, passa a encontra-lo em um quarto escuro. Ora, embora tenha cumprido o que afirmou que faria, obviamente não era esse o espírito, o objetivo de tal comprometimento.

O papel do critério gramatical, portanto, é definir uma moldura para separar as interpretações

² Medeiros, Morton Luiz Faria de, in <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/589>, acessado em 25 de janeiro de 2020.

³ COELHO, Inocêncio Mártires, in Métodos de interpretação constitucional, disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/119/edicao-1/metodos-de-interpretacao-constitucional>, acessado em 13 de fevereiro de 2020.

legítimas das ilegítimas, separando o espaço dentro do qual o interprete pode optar por uma interpretação em detrimento de outra. As interpretações compatíveis com o texto são legítimas, enquanto as incompatíveis são ilegítimas (sendo estas as interpretações *contra legem* e, portanto, inadmissíveis). O critério histórico ou interpretação histórica é uma interpretação que se vale do momento histórico da edição da norma para construir o seu sentido. Alguns elementos são importantes na interpretação histórica, como:

- a) A comparação entre a norma anterior e a nova, para se entender as mudanças;
- b) Os debates legislativos travados por ocasião da aprovação da norma, assim como os debates da imprensa na época.

Evidentemente, o critério histórico é mais importante quanto mais recente for à norma. No momento que a norma se torna mais antiga, mais essa se sujeita a uma interpretação evolutiva, ou seja, a mudança da realidade social passa a levar a novas interpretações. O critério sistemático também é muito importante. Segundo o Ministro Eros Grau: “Não se interpreta o direito em tiras”⁴. Um erro que é comum das pessoas em geral é buscar um artigo na lei para resolver seu problema. Ora, se um artigo for ser interpretado de forma apartada do restante do direito, o direito deixa de ser um sistema, se tornando um conjunto anárquico de normas, gerando interpretações colidentes entre si.

Assim, o critério sistemático interpreta o dispositivo interpreta incluindo-o no sistema ao qual ele se insere, construindo conexões de sentido entre a norma mais específica para a mais geral para criar um conjunto harmônico de normas. O critério teleológico ou interpretação teleológica busca aferir a chamada *ratio* da norma, o fundamento racional da norma, a forma como esta busca proteger um determinado bem jurídico.

Este é o elemento essencial inclusive para promover a chamada interpretação evolutiva, adaptando uma determinada interpretação à mudança da realidade social subjacente. Nos EUA, houve uma discussão interessante: Como a constituição lá era muito antiga, a emenda constitucional que trata da vedação ao uso de provas ilícitas se referia especificamente às comunicações telegráficas, que era o que existia na época que fora criada. Discutiu-se se essa vedação se aplicaria a interceptação telefônica. Há uma linha, que é muito mais forte nos EUA do que em qualquer outro lugar do mundo, que é o chamado Originalismo. Para essa linha, a função da interpretação constitucional é buscar a chamada intenção original do constituinte (em inglês: *original intents*), reforçando o peso do critério histórico. Evidentemente, isso inviabiliza a interpretação evolutiva.

Já no critério teleológico, busca-se o fundamento racional da norma, qual o bem jurídico se busca proteger com essa. O meio para a proteção da privacidade é a proteção do sigilo das comunicações privadas. O que houve, nessa hipótese, foi uma evolução tecnológica, sendo evidente que as mesmas razões que levaram a vedação de interceptação das comunicações telegráficas se aplicam a vedação às interceptações telefônicas, por serem meios de comunicação igualmente protegidos pela privacidade.

Importante: Será que a hermenêutica constitucional em particular se submete aos mesmos

⁴ GRAU, Eros Roberto. Julgamento da ADPF nº 101. In: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110034>, acessado em 18 de dezembro de 2019.

cânones interpretativos da hermenêutica jurídica em geral? Não há especificidade na hermenêutica constitucional? Para a doutrina, há diferença. A doutrina entende que os elementos tradicionais são aplicáveis a interpretação constitucional. Porém, esses critérios não são suficientes para que o interprete constitucional exerça sua função. Isso ocorre pelas normas constitucionais possuírem especificidades, que fazem necessários princípios específicos para a interpretação constitucional.

2.2 PARTICULARIDADES DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Quando comparadas às demais normas, as normas constitucionais possuem as seguintes especificidades:

- a) Superioridade jurídica: As normas constitucionais integram o diploma normativo de mais alta hierarquia do direito, ocupando o cume da ordem jurídica. Isso tem muitas repercussões, como, por exemplo, as normas infraconstitucionais que contrariem as normas constitucionais são nulas (inconstitucionalidade), e as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas de acordo com a constituição, o que é tratado pelos Princípios da Interpretação Conforme a Constituição e o da Máxima Efetividade.
- b) Outra peculiaridade da constituição que é ela adota uma linguagem mais aberta do que a adotada na legislação infraconstitucional. A constituição tende a ser mais aberta, utilizando-se de conceitos jurídicos indeterminados com mais constância que a legislação infraconstitucional.
- c) Conteúdo: As normas jurídicas em geral são normas de conduta, isto é, normas que proíbem, impõe ou facultam condutas. Existem normas constitucionais que também o fazem, sendo chamadas de normas constitucionais definidoras de direitos. Porém, há outros tipos de normas constitucionais:
 - I. Normas de organização – Organizam ou estruturam o Estado, separando os poderes, definindo os órgãos dos entes federativos, estabelecer os processos para os exercícios de sua competência;
 - II. Normas programáticas – Estabelecem programas de ação, definem fins a serem perseguidos ou atingidos pelo Estado. Não há impedimento que existam normas de organização ou programáticas na legislação infraconstitucional, apenas são estas mais comuns na Constituição Federal.
- d) Intenso caráter político e moral das normas constitucionais: É óbvio que a constituição tem forte caráter político, por conta da função da constituição (limitar juridicamente o poder político).

A Constituição sai de um poder político, que é o Poder Constituinte, para criar limitações jurídicas em um Estado Democrático de Direito. Dessa forma, na transição entre poder político para poder jurídico, ela tratará das competências dos três poderes, como estes exercerão suas competências, como se dará a relação entre os Estado e o indivíduo, entre outros. As constituições têm ainda um denso caráter moral, tratando, sobretudo nas normas de direitos fundamentais, das normas de mais intenso caráter moral da ordem jurídica.

Pode-se dizer que o catálogo de direitos fundamentais é a reserva de justiça da constituição, ou seja, o catálogo de direitos fundamentais contem os valores morais mais importantes daquela sociedade. De fato, Liberdade, Igualdade, Solidariedade, Vida, Integridade Física, Segurança são os valores morais centrais da sociedade brasileira.

A relevância prática de se perceber as peculiaridades das normas constitucionais é perceber o quanto mais complexa é a interpretação da constituição quando comparada à interpretação do direito em geral. Por exemplo: Critério gramatical – O que é mais fácil interpretar: O artigo 224 do CPC, que define que os prazos devem ser contados em dias úteis, excluindo-se o de início e incluindo-se o de final, ou a moralidade administrativa prevista na Constituição Federal? Obviamente, é mais fácil, mais simples entender o artigo do CPC.

Sendo os limites semânticos os limites nos quais o interprete irá interpretar uma norma e, via de regra, a linguagem da constituição é mais aberta do que das leis, pode-se afirmar que há maior liberdade de interpretação para o interprete constitucional do que para o de leis infraconstitucionais. Isso gera maior risco de decisionismo judicial, isto é, o juiz passar a decidir não com base no direito, mas sim com base em questões pessoais, sua convicção política, filosófica, moral. A legitimidade da decisão judicial é calcada na aplicação imparcial do direito, não pessoal. Se o juiz decide contra o aborto por ser evangélico, por exemplo, isso não fundamenta juridicamente sua decisão. O fundamento teria que ser o Direito Fundamental à Vida. Tal risco de decisionismo se coloca com outros elementos. Por exemplo: O intenso caráter político e moral tem a ver com pluralismo, com divergência. Quando se fala de liberdade de expressão é muito bom que as pessoas divirjam, mas isso traz dificuldades.

Por exemplo, em uma assembleia constituinte haveria muito desacordo, por exemplo, em relação ao aborto. Neste caso, obtém-se acordo relação ao geral, tratando do direito à vida, não falando especificamente sobre aborto. Da mesma forma, pode haver discordância em relação à cotas raciais, então a constituição não trata disso, apenas do Direito à Igualdade. Assim, deixa-se para depois as decisões concretas sobre questões divergentes. A isso se chama compromisso dilatório. Porém, quando o STF trata da constitucionalidade de aborto ou cotas raciais, o Judiciário que está tomando essa decisão pelo Povo.

Assim, por um lado, essa maior liberdade nas interpretações constitucionais por parte do interprete é boa, pois este interprete pode buscar a solução mais justa ao caso concreto. Porém, tem o risco do decisionismo judicial, decidindo com base em convicções pessoais, não com base em elementos normativos, gerando ilegitimidade da decisão.

Dito isso, o objetivo central da interpretação constitucional é construir regras interpretativas, princípios e parâmetros de interpretação, de modo a tornar o mais objetiva, a mais racional possível à interpretação constitucional. Sabe-se, porém, que nunca será possível interpretar a constituição com uma lógica puramente formal como a subsunção, isto é, quando o caso concreto se enquadra à norma legal em abstrato. É a adequação de uma conduta ou fato concreto (norma-fato) à norma jurídica (norma-tipo). Dizer que só se aplica a constituição por subsunção nunca será o suficiente. Como a aplicação dessas normas mais abertas dos princípios constitucionais não se submete à uma lógica formal da subsunção, será uma lógica um pouco mais flexível.

Para Robert Alexy (ALEXY, 2010, p.7), trata-se da Racionalidade Prática, em oposição à razão formal, pois “um sistema jurídico que pretenda dar resposta às necessidades de racionalidade prática somente pode começar a existir mediante uma ligação de elementos institucionais ou reais com elementos de tipo ideal e não institucionais.”

Ou seja, para eles, é preciso de um mínimo de razão para a interpretação constitucional, buscando um meio termo.

3. INTERPRETAÇÃO DE NORMA JURÍDICA X INTERPRETAÇÃO JUDICIAL

Normalmente, quando se pensa em interpretação de uma norma jurídica, logo surge a ideia da interpretação judicial, isto é, com o Judiciário sendo o único responsável por interpretar o direito, o que é um erro, vez que o Executivo e o Legislativo também interpretam a constituição. O Legislativo, por exemplo, interpreta a constituição quanto ao processo legislativo. Sobre o conteúdo material das leis, estas possuem limites fixados na constituição, cabendo ao legislador interpretar a constituição para saber o que ele pode ou não fazer. Mais do que isso, muitas vezes as leis buscam concretizar normas constitucionais ou são o resultado de ponderações entre princípios constitucionais. Por exemplo, existe uma forte discussão sobre a criação de uma lei visando à proteção de dados pessoais. Quando o legislador reflete sobre este tema, ele pondera sobre a Privacidade (direito fundamental) contra Liberdade de Expressão (outro direito fundamental).

O Executivo não é, e nem deve ser, um espaço livre de constituição. Ao praticar seus atos administrativos, deve buscar a maior aplicação possível das normas constitucionais e infraconstitucionais. Já o Judiciário aplica as normas constitucionais de diferentes formas:

Uma hipótese de interpretação destas normas é sua aplicação direta, aplicando-a para resolver o caso concreto. Outra forma é quando exerce o Controle de Constitucionalidade, pois ele deve interpretar a norma constitucional paradigma e a lei que será declarada inconstitucional para aferir que há incompatibilidade entre elas. Uma terceira hipótese é a interpretação do direito infraconstitucional de acordo com a constituição, na chamada Filtragem Constitucional, quando o direito infraconstitucional é lido a partir da premissa, da “lente” da constituição.

Assim, toda interpretação jurídica é uma interpretação constitucional, pois, no mínimo, ao interpretar uma norma, tem que se fazer juízo de controle de constitucionalidade. Ora, tal conclusão tem um risco, que é constitucionalizar tudo, pois prevalece no Brasil a ideia de que a solução para todos os problemas está na constituição, sendo os Ministros do STF infalíveis.

A interpretação constitucional não depende somente do Estado, devendo ser feita também pela sociedade civil, pelos grupos sociais, econômicos, profissionais, etc. Existe, pois, uma sociedade aberta de interpretes da constituição, isto é, a constituição possui uma importância tão grande para a vida do Estado e da sociedade que a sua interpretação não pode ser restrita ao Judiciário ou ao Estado em geral, devendo vir de uma interpretação coletiva, envolvendo todos os ramos da sociedade civil.

Assim, a constituição é interpretada pelas empresas, pelas famílias, pelos movimentos sociais, sindicatos, associações civis. Há, ainda, a interpretação doutrinária, sendo papel dos juristas analisarem

como mais reflexão e fundamento determinados temas, dando suporte à tomada de decisão pelas autoridades competentes.

4. INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA

Interpretação autêntica é quando o próprio órgão responsável pela edição da norma, edita outra com função meramente interpretativa. Dessa forma, essa nova norma irá surtir efeitos retroativos, ou seja, atingirá fatos passados, uma vez que sua função limitou-se a explicar o sentido da norma anterior.

Caberia, então, interpretação autêntica em sede constitucional? Seria possível editar uma emenda constitucional com o escopo de pura e simplesmente interpretar uma norma constitucional originária? Há grande divergência sobre este tópico, pois um dos conceitos inerentes da interpretação autêntica é sua retroatividade. Ora, uma vez que esta interpretação somente interpreta outra norma, sem alterá-la, ela retroage até o momento da edição da primeira norma. Para Luís Roberto Barroso, não cabe interpretação autêntica em matéria constitucional por duas razões:

- 1) Ordem temporal: A concessão de efeitos retroativos significa violar a proteção ao ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada. Seria a visão dele compatível com o art. 5º, XXXVI, CRFB:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

- 2) Para ser verdadeiramente autêntica, essa interpretação teria que vir do poder constituinte originário, não pode poder constituinte derivado.

Como bem observado por Paulo Bonavides “Corre-se não raro com o emprego desse método o risco de transformar a interpretação da lei conforme a Constituição numa interpretação da Constituição conforme a lei (*eine gesetzeskonforme Auslegung der Verfassung*), distorção que se deve conjurar” (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 1993, p. 432).

Ora, o que acontece muitas vezes é isso, chamar de interpretativa uma norma que não o é, e sim uma norma que altera a supostamente interpretada. Neste caso, o efeito não pode ser retroativo, devendo ser *ex nunc*. A concessão de efeitos retroativos tem que ser excepcionalíssimo, devendo comprovar que a norma é puramente interpretativa.

5. TEORIA DOS PRINCÍPIOS

Tem por base um artigo acadêmico escrito por Ronald Dworkin (DWORKIN, 1967) chamado *Is Law a system of rules?*. Trata-se de uma crítica ao Método Normativista de Herbert Hart. Hart (HART, 1961) tem uma teoria de que o direito é, basicamente, um sistema de regras e, por isso, para aquilo que não for regra, não haveria um método racional para sua aplicação, devendo ser decidido de maneira volitiva pelo juiz.

Hart defendia isso porque era cético em relação ao potencial da razão, entendendo que razão é razão formal, subsunção. Já Dworkin é menos cético, afirmando que o direito é sim um sistema de regras, mas também é um sistema de princípios, sendo que estes são, também, normas jurídicas.

A partir da Teoria dos Princípios, a distinção não é mais entre princípios e normas, mas sim entre princípios e regras, como espécies do gênero normas.

A mais importante contribuição da Teoria dos Princípios é a força normativa dos princípios, reconhecer que estes são obrigatórios. Surge um problema: É preciso critérios racionais, objetivos, para pautar a correta e a incorreta aplicação de princípios. Para isso, precisa-se de método, critérios que pautem a aplicação de princípios.

Apesar desse debate ter surgido na década de 1960 e ter se desenvolvido no mundo a partir de 1980, ele chega ao Brasil atrasado, no final da década de 1990. O primeiro ponto para se construir uma metodologia para a aplicação de princípios é a distinção entre princípios e regras, saber de que forma essas normas jurídicas se diferenciam.

Junto com Dworkin, Alexy é considerado o pai da Teoria dos Princípios, e estes autores fazem uma distinção que é estrutural entre regra e princípio. A distinção que existia antes da Teoria dos Princípios, é que a distinção entre ambos era quantitativa, relativa ao grau de abstração, sendo as regras normas mais concretas, precisas, enquanto os princípios seriam regras mais abertas, mais abstratas.

Com as obras de Dworkin e Alexy, se evoluiu para uma distinção qualitativa, havendo uma diferença estrutural, ontológica entre regras e princípios.

- O primeiro critério para essa distinção estrutural seria o modo de aplicação, sendo que as regras se aplicam, segundo Dworkin, à lógica do tudo ou nada, enquanto os princípios se aplicam sob a lógica do mais ou menos.

A lógica do tudo ou nada das regras é a lógica da subsunção, ou seja, ocorrendo a subsunção, tem que se aplicar a consequência jurídica da regra. Por exemplo: Um carro furou o sinal vermelho, aplica-se multa. Se o sinal está verde, não há multa. É tudo ou nada. Essa lógica, porém, não é suficiente para a aplicação de um princípio. Segundo o debate entre Alexy e Friedrich Müller, será que um artista poderia fazer uma pintura em um cruzamento de ruas movimentado na hora do rush? Ora, o ato de pintar é protegido pela Liberdade Artística. Ocorrendo a subsunção, entender-se-ia que sim, ele poderia fazê-lo. Porém, essa interpretação simplista não se aplica neste caso, pois é necessário ponderar a liberdade artística com outros princípios, como o Direito de Ir e Vir. Assim sendo, os princípios tem, segundo Alexy, uma dimensão de peso, enquanto as regras tem uma dimensão de validade.

- O segundo critério é a forma de resolução de conflitos.

Nos princípios, a conflituosidade é inerente ao processo de sua aplicação. Os princípios naturalmente colidem entre si, não bastando ocorrer à subsunção para sua aplicação, pois é necessário resolver a ponderação entre dois ou mais princípios. Não basta, pois, que uma situação de fato se amolde a sua hipótese de incidência, devendo um princípio se sobrepor a outro princípio contraposto. Nos conflitos entre regras, eles se resolvem segundo uma dimensão de validade. O postulado da coerência da ordem jurídica exige que, havendo conflito entre regras, uma das regras ou a parte dela em conflito, seja expelida da ordem jurídica.

Por exemplo: Um município tem uma regra que diz que é proibido pisar na grama dos par-

ques municipais. O mesmo município tem outra regra que diz que é permitido pisar na grama dos parques municipais. Ora, essas duas regras não podem coexistir validamente, pois são conflitantes. Assim sendo, uma delas deve deixar de existir, para preservar a coerência da ordem jurídica.

Quais os critérios para saber qual regra permanecerá válida em caso de conflitos? Existem, pois, três critérios, quais sejam:

- 1) Hierárquico: A regra de maior hierarquia prevalece sobre a regra de menor hierarquia.
- 2) Cronológico: A regra mais recente prevalece sobre a regra mais antiga.
- 3) Especialidade: A regra mais específica prevalece sobre a regra mais geral.

Segundo Alexy, quando se utiliza um desses critérios, isso se dá em uma dimensão de validade, validade essa em um sentido mais amplo, no sentido de existência ou validade em sentido estrito. Por exemplo: Quando há um conflito entre uma lei de 1995 e uma lei de 2000, utiliza-se o critério cronológico. Quando há conflito entre a constituição de 1988 e uma lei de 1995, utiliza-se o critério hierárquico e a solução desse conflito está na validade em sentido estrito. De uma forma ou de outra, a lei será expelida da ordem jurídica, não mais se aplicando. Porém, isso não ocorre quando há conflitos entre princípios, pois estes estão submetidos a uma dimensão de pesos.

Por exemplo: Conflito entre Liberdade de Expressão e Imprensa contra Privacidade, Honra e Intimidade. Uma atriz é flagrada fazendo sexo com seu namorado em uma praia supostamente deserta e é filmada por um paparazzi. Este paparazzi então quer publicar este vídeo de sexo em um site e a atriz e seu namorado entram com uma ação para impedir a divulgação.

O pedido feito pelas pessoas envolvidas no fato é a proibição de disponibilização do vídeo, fundamentado nos princípios constitucionais de proteção à privacidade, honra e intimidade. De outro lado, a defesa do paparazzi irá requerer a autorização para a publicação do vídeo, com base nos princípios de liberdade de expressão e de comunicação. Todos esses princípios são constitucionais, e, pelo Princípio da Unidade da Constituição, todas as normas constitucionais possuem a mesma hierarquia, não podendo se resolver a questão pelo critério hierárquico.

Pelo critério cronológico também não é possível, pois são todas normas constitucionais originárias, estando na constituição desde 05 de outubro de 1988. O critério da especialidade também não resolve, pois não há nenhuma relação geral ou especial neste caso.

Assim, os critérios que são suficientes para resolver conflitos entre regras não são suficientes para resolver conflitos entre princípios, que devem ser resolvidos por um método próprio, qual seja, pelo método da Ponderação de Interesses.

Quando se aplica a Ponderação de Interesses, podem ocorrer duas situações: Ou Impõem-se restrições recíprocas aos princípios em conflito para aplica-los na maior medida possível, ou afasta-se um princípio para proteger o outro. Em nenhum dos casos, porém, se retirar um dos princípios da ordem jurídica, como é feito com as regras. O máximo que pode ocorrer é negar a aplicação do princípio ao caso concreto, mas ele continua em vigor e apto a produzir efeitos em outros casos concretos. Por isso que, como anteriormente dito, os princípios têm dimensão de peso, enquanto regras têm dimensão de validade.

6. EFEITOS DA INTERPRETAÇÃO

Quanto aos efeitos, a interpretação pode ser declaratória, restritiva ou extensiva:

- a) Declaratória: Quando o resultado da interpretação for muito próximo à interpretação literal do texto. O legislador não disse nem mais, nem menos do que queria dizer.
- b) Restritiva: O legislador disse mais do que ele queria dizer, devendo restringir a literalidade da norma. É a chamada norma sobreinclusiva, isto é, abrange conteúdo normativo em excesso.

Por exemplo: Uma lei que diga que é proibido entrar com animais de estimação em veículos coletivos. Porém, caso um cego queira entrar com um cão-guia, se interpretar-se literalmente a norma, este cego não poderia entrar. Esta é uma norma sobreinclusiva, pois tinha que ter uma exceção, constando que esta norma não se aplica ao cego com cão-guia.

Assim, cabe ao interprete interpretar esta norma de forma restritiva.

- c) Extensiva: É quando precisa-se ampliar o texto para atingir situações não expressamente albergadas por ele, pois o legislador disse menos do que pretendia.

Por exemplo: Imagine-se que haja uma lei que proíba entrar com animais de estimação em ônibus. Determinado sujeito quer entrar com um leão no ônibus, sob o argumento que leão é animal selvagem, não de estimação, logo não sofre a limitação imposta pela lei. Assim, interpreta-se extensivamente a norma, para aplicá-la também aos animais selvagens.

7. PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Como dito antes, é o método próprio para solucionar casos de conflitos entre princípios. Mas o que seria ponderação de interesses? Inicialmente, é necessário um roteiro da ponderação:

- O primeiro passo é a identificação das normas relevantes à resolução do conflito. Suponha-se que um político é flagrado com uma mulher, saindo de um motel, em uma daquelas fotos irrefutáveis, tirada por um paparazzi. Neste caso, quais os princípios em jogo para serem argumentados pelo político para evitar que o jornal publique aquelas imagens?

Como no exemplo anterior, os princípios constitucionais de proteção à privacidade, honra e intimidade, enquanto o jornal usaria os princípios de liberdade de expressão e de comunicação.

O segundo passo é identificar os fatos relevantes, vez que a ponderação é radicalmente dependente dos fatos. Sendo um fato em nada ligado com o cargo público do político, sendo puramente um fato privado de sua vida, então a proteção à sua intimidade ganha um peso maior. Porém, se houver conexão com o cargo público, como no caso da mulher que o acompanha seja diretora de uma empresa com ligação em processo de licitação milionária no ministério onde atua o político, então o interesse público na informação terá um peso maior.

Portanto, é importante perceber que não se trata de uma ciência exata, pois mudando-se os fatos, muda-se o resultado da ponderação. Por fim, a combinação entre os fatos e as normas, sendo essa a combinação que gera a conclusão sobre qual princípio tem o maior peso e qual princípio so-

breporá o outro. Esse roteiro ajuda, é útil, mas não traz resposta à questão mais importante: Como atribuir peso aos princípios?

O maior risco da ponderação é gerar uma carnavalização principiológica, que é um pouco do que se nota na realidade forense. Na dúvida de como justificar algo, operadores do direito citam princípios constitucionais como se isso resolvesse qualquer questão. Quando isso ocorre, tem-se um descrédito dos princípios, sendo fundamental que haja critérios minimamente objetos para se ponderar princípios, para evitar o decisionismo judicial. Existem, basicamente, duas linhas para dar racionalidade à ponderação:

- a) A fixação de parâmetros (standards) de ponderação, que é mais próxima da racionalidade jurídica norte-americana;
- b) O desenvolvimento de princípios instrumentais, que é mais ligada ao direito alemão.

Na primeira linha, deve-se inicialmente compreender o que são os standards ou parâmetros: É uma regra de precedência condicionada. É uma regra que diz que, sendo os fatos estes, o princípio X larga na frente em relação ao princípio Y. Não quer dizer que o princípio X vencerá a ponderação, apenas que ele começa com vantagens.

Na prática, significa que quem defende a regra contrária, que defende que deve prevalecer o princípio Y, tem o que se chama de ônus argumentativo, uma espécie de adaptação do conceito de ônus da prova para questões de argumentação sobre questões de direito. Assim, ônus argumentativo é a necessidade de se desenvolver argumentos sólidos para se inverter essa presunção.

O primeiro *standard* tem a ver com o grau de restrição dos princípios: Quanto maior o grau de restrição ao princípio, maior o seu peso no caso concreto. Por exemplo: Houve uma decisão do STF onde este entendeu pela não obrigatoriedade do réu, em exame de DNA em processo de investigação de paternidade, realizar o exame (ARE 900521/MG). O STF entende que não se pode obrigar a parte a realizar o exame, mas pode interpretar a recusa como prova final contra o réu.

O que está em jogo neste caso? Não é tão somente uma questão patrimonial, mas também uma questão existencial, onde uma pessoa saberá de fato quem é o seu pai.

Quais são os princípios em colisão? Por parte do filho, tem-se o direito à propriedade e o direito a real identidade. Por parte do suposto pai, o que existe é o direito à integridade física.

Qual o nível de restrição no caso do filho? Não conhecer seu verdadeiro pai, algo que abalará por toda a vida sua identidade sobre si mesmo. Qual o nível de restrição no caso do suposto pai? Considerando os modernos exames, um simples fio de cabelo basta, então a restrição é ínfima.

II. Outro parâmetro importante é a ideia que a constituição tem uma hierarquia axiológica, de valor.

Como já observado, o Princípio da Unidade da Constituição impede que se fale de hierarquia jurídica entre normas constitucionais. Todas as normas constitucionais têm o mesmo status hierárquico.

Porém, não há vedação ao reconhecimento de que há, subjacente à constituição, uma hierarquia valorativa, ou seja, existem normas constitucionais que têm valor superior à outras.

Como defende a área do direito civil constitucional, por exemplo, a Constituição Federal de 1988 é mais ligada à proteção da pessoa do que à proteção ao patrimônio.

Uma norma de direito fundamental de um conteúdo moral, valorativo, muito superior à regra que afirma que o Colégio Pedro II continua na esfera da União, por exemplo. Ora, ambas as regras possuem o mesmo status constitucional, possuindo a mesma hierarquia, mas sob o plano moral, valorativo, o peso é diferente.

Quando há princípios entre normas constitucionais e uma tem um valor moral mais intenso que a outra, a com maior valor terá uma prioridade *prima facie*, ou seja, “larga na frente”. Assim, se há um conflito entre uma norma de direito fundamental e uma norma constitucional que não possui esse status, a norma de direito fundamental terá prioridade.

Um terceiro *standard* é do conflito entre Regras e Princípios: No caso de conflitos entre regras e princípios de igual hierarquia, ambos constitucionais, qual deve prevalecer?

A primeira vista, normalmente se responderia que os princípios devem prevalecer, por serem fundamentos, alicerces do sistema jurídico.

Porém, a doutrina contemporânea vem defendendo o oposto disso, ou seja, as regras possuem prioridade *prima facie* em detrimento dos princípios, caso sejam de igual hierarquia.

Isso ocorre porque a regra é uma norma mais densa. Além disso, o legislador, ao aprovar uma regra, já ponderou os Princípios Constitucionais, ao menos na teoria. Assim, se simplesmente se ignora uma regra com base em um princípio que é interpretado por quem resolve o caso concreto, como em uma decisão do STF, existe o risco do STF substituir a valoração do legislador pela sua valoração.

Por exemplo: Vedação à quebra da inviolabilidade de domicílio, salvo por decisão judicial. Aí se tem uma decisão judicial que decide pela quebra da inviolabilidade por motivos de interesse público no combate à criminalidade, permitindo que autoridades administrativas, como policiais, com meros indícios da prática de crimes, entrem em domicílios sem autorização judicial.

Ora, essa ponderação já foi feita pelo constituinte. É óbvio que, em uma perspectiva de combate à criminalidade, possa ser mais eficiente, mas isso tem um custo muito alto para a sociedade.

Desta forma, é correto afirmar que as regras têm prioridade *prima facie* sobre os princípios. Para se afastar uma regra por força de um princípio, é necessário um fundamento muito sólido. Quem defende a tese da prevalência do princípio terá que se desincumbir do ônus argumentativo para provar que esta é a única solução justa para o caso concreto, demonstrando isso de maneira muito satisfatória.

O ultimo *standard* é a chamada lei epistêmica da ponderação: Muitas vezes, as premissas fáticas do caso que o juiz julgará são muito incertas. O juiz não tem acesso a todos os fatos relevantes para julgar aquela causa. Por razões institucionais, ele tem menos acesso que outras autoridades, pois ele está limitado às alegações de autor e réu, enquanto outros poderes possuem maior acesso à informação, até por um maior e mais disponível staff que eles possuem. Nesse caso, o que deve o magistrado fazer quando as premissas fáticas do caso concreto não são tão claras?

Assim, quanto mais incertas forem as premissas fáticas, maior a dose de autocontenção judicial, mais respeitosa em relação a anular aquela regra por inconstitucionalidade deve ser. Isso ocorre muito em questões nas quais não há uma certeza científica sobre uma determinada substância, por exemplo. Nesse cenário, havendo uma decisão legislativa, a tendência deve ser prestigiar essa decisão.

8. PRINCÍPIOS INSTRUMENTAIS

O principal dos princípios instrumentais é o Princípio da Proporcionalidade. Hoje a proporcionalidade é o principal método de aplicação dos princípios, não apenas no Brasil, havendo estudos relevantes de direito comparado que demonstram como as cortes constitucionais e as supremas cortes vêm utilizando de maneira muito proveitosa e ampla a Proporcionalidade.

Alguns autores controvertem quanto ao nome desses princípios: Luís Roberto Barroso os chama de Princípios Instrumentais; Ricardo Lobo Torres os chama de Princípios de Legitimação; Humberto Ávila os chama de Postulados Normativos Aplicativos.

Porém, a finalidade é sempre a mesma: São princípios que se destinam a interpretar outros princípios. Por isso, são chamados de metanormas, normas destinadas a interpretar outras normas. Normalmente, se associa a ponderação à proporcionalidade, utiliza-se a imagem de uma balança para representar a proporcionalidade, enquanto os princípios em análise seriam os pesos colocados nos pratos dessa balança.

O tema da proporcionalidade se desenvolveu essencialmente na Alemanha, por força da jurisprudência da corte constitucional alemã, e hoje é relativa conhecida e amplamente dominante que essa tese se decompõe em três itens, quais sejam: Adequação; Necessidade; Proporcionalidade em sentido estrito.

- a) A Adequação é a análise se o meio (seja lei ou ato administrativo) adotado pelo legislador ou administrador é, pelo menos, tendencialmente apto a atingir o princípio. É um juízo unidimensional.
- b) A Necessidade é um exame relacional, comparativo, entre o ato administrativo ou lei sendo realizado e outros atos que o legislador ou administrador poderiam ter utilizado e não o fizeram. É uma análise especulativa. A pergunta que se faz é: Existe um alternativo que o administrador ou legislador poderia ter utilizado e não o fez que protege igualmente o princípio em análise e restringe menos os outros princípios? Afinal, se existe uma medida menos restritiva que sane o problema, não faz sentido adotar uma medida mais restritiva para alcançar o mesmo fim.
- c) A Proporcionalidade em sentido estrito, por fim, é a típica análise de custo-benefício. Será que as vantagens produzidas pelo meio escolhido (lei ou ato administrativo) para proteger ou atingir um determinado princípio superam as limitações ou restrições a outro ou outros princípios? Ou seja, o saldo dessa medida adotada pelo Estado é positivo ou negativo? Traz mais vantagens ou desvantagens? Essa deve ser a análise central.

Por exemplo: O STF analisou um caso em que uma lei estadual obrigava o vendedor de botijão de gás a vendê-los na frente do consumidor⁵. Assim, a lei era a obrigação de pesagem de botijões de gás. Essa medida, que era lei estadual, visa proteger o Princípio da Proteção do Consumidor, evitando que o consumidor seja enganado e adquira um volume de gás menor do que pagou. Por outro lado, tal proteção ocorre ao custo da restrição ao Princípio da Livre Iniciativa.

⁵ “Para o STF, lei paranaense que determinava a pesagem do botijão de gás na frente do consumidor é inconstitucional”, in <https://www.migalhas.com.br/quentes/55855/para-o-stf-lei-paranaense-que-determinava-a-pesagem-do-botijao-de-gas-na-frente-do-consumidor-e-inconstitucional>, acessado em 10 de fevereiro de 2020.

Será que existe alguma medida que proteja igualmente o consumidor, mas que restrinja menos o vendedor? O STF entendeu que sim, que a fiscalização por amostragem, onde o fiscal iria até as empresas, pesaria os botijões e os devolveria, resguardaria o consumidor ao mesmo tempo que não oneraria (ou o faria de forma mais reduzida) o empresário. Porém, é cabível aqui a crítica: Será que protege igualmente o consumidor? Ora, são poucos fiscais, existe o risco de corrupção, etc. Então, não protege-se em igual nível o consumidor.

Disse o STF que não passa também na análise da proporcionalidade em sentido estrito, pois traz mais malefícios do que benefícios, pois o empresário teria que comprar esses botijões, incorporaria esse custo no preço do botijão e o consumidor, que deveria ser o beneficiado, pagaria mais caro. Esse julgado mostra como é complicado o juízo de proporcionalidade e como os Tribunais devem ser cautelosos, o que cabe observar com duas situações hipotéticas:

Cenário 01: Suponha-se que a incidência de fraude seja de 20% (um a cada cinco botijões são fraudados). Levando-se em conta, ainda, que o aumento de preço seja de 2%;

Cenário 02: Fraude de 2% e aumento de preço em 20%.

Será que em ambos os cenários o raciocínio do STF se aplica igualmente? Será que nos dois casos a medida traz mais malefícios que benefícios ao consumidor? Claramente, no Cenário 02, a decisão do STF faz sentido, pois o risco de fraude é baixo de mais para compensar um aumento tão grande no preço final. Já no Cenário 01, melhor pagar 2% a mais para evitar tão grande chance de fraude.

Assim, como todo o mais, é necessário um juízo de Proporcionalidade.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho, abordou-se as principais formas de interpretação no Direito Constitucional, com especial atenção aos critérios elaborados por Friedrich Carl von Savigny, embora não se limitando ao mesmo.

Percebe-se, finalmente, o quão importante é o cenário fático para o juízo de proporcionalidade, além de que, não sendo claro o cenário fático, a postura do Judiciário deve ser de autocontenção, deve ser de respeitar a decisão do Legislador ou, pelo menos, exigir que o Legislador explicita os dados empíricos sobre os quais ele se embasou para tomar a decisão de criar a norma.

REFERÊNCIAS

Medeiros, Morton Luiz Faria de, *in* <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/589>, acessado em 25 de janeiro de 2020.

COELHO, Inocêncio Mártires, *in* Métodos de interpretação constitucional, disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/119/edicao-1/metodos-de-interpretacao-constitucional>, acessado em 13 de fevereiro de 2020.

GRAU, Eros Roberto. Julgamento da ADPF nº 101. *In*: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110034>, acessado em 18 de dezembro de 2019.

“Para o STF, lei paranaense que determinava a pesagem do botijão de gás na frente do consumidor é inconstitucional”, *in* <https://www.migalhas.com.br/quentes/55855/para-o-stf-lei-paranaense-que-determinava-a-pesagem-do-botijao-de-gas-na-frente-do-consumidor-e-inconstitucional>, acessado em 10 de fevereiro de 2020.