

13

Revista Jurídica da
PRESIDÊNCIA

Brasília • Volume 2 • Número 13 • Jun. 2000

Centro de Estudos Jurídicos da Presidência
Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil
Presidência da República

O PRINCÍPIO ÉTICO DO BEM COMUM E A CONCEPÇÃO JURÍDICA DO INTERESSE PÚBLICO

| Ives Gandra da Silva Martins Filho

1) Introdução - Perspectiva

O presente estudo sobre o **Princípio do Bem Comum**, que é um dos temas centrais da Ética Social, será feito sob a **perspectiva filosófica aristotélico-tomista**, aproveitando a tradição da filosofia grega e escolástico-medieval, que **WILHELM LEIBNIZ** denominou de "*philosophia perennis*" ("Discurso de Metafísica" - 1686).

Essa perspectiva se justifica tendo em vista que a filosofia moderna, a partir do nominalismo e racionalismo cartesiano, e a filosofia contemporânea, em suas vertentes **liberal-individualista** ou **social-coletivista**, acabaram conduzindo a uma **aparente dicotomia entre o bem comum e o bem individual**, conforme ressaltado por **JOHANNES MESSNER**:

*"A teoria social do **individualismo** partiu do indivíduo como ser acabado em si mesmo e em si mesmo exclusivamente baseado quanto ao seu valor; mas **nunca chegou realmente a um conceito de comunidade** enquanto realidade portadora de uma essência, valor e fim superiores ao indivíduo".*

*"Em contrapartida, a teoria social de todas as formas de **coletivismo** parte do ser da sociedade, tomando-o por valor primário e incondicionado; mas **sem compreender jamais a realidade total da pessoa humana**, com seus fins supra-sociais e o seu valor de ordem supra-social" (grifos nossos).*

Para fundamentar qualquer teoria social, é peça de fundamental importância o **Princípio do Bem Comum**. Ao contrário do que se possa pensar, não é um princípio meramente formal ou demasiadamente genérico e teórico, sem conteúdo determinado, mas um **princípio objetivo**, que decorre da natureza das coisas e possui **inúmeras consequências práticas** para o convívio social.

Comentando a encíclica *Mater et Magistra*, **ALCEU AMOROSO LIMA** afirma sobre o bem comum:

*"A alma do Bem Comum é a Solidariedade. E a solidariedade é o próprio princípio constitutivo de uma sociedade realmente humana, e não apenas aristocrática, burguesa ou proletária. É um princípio que deriva dessa natureza **naturaliter socialis** do ser humano. Há três estados naturais do homem, que representam a sua condição ao mesmo tempo individual e social: a existência, a coexistência e a convivência. Isto vale para cada homem, como para cada povo e cada nacionalidade."*

Ao se perquirir sobre o que seja o **Bem Comum**, **5 noções básicas** devem ser aprofundadas, como instrumental indispensável para sua compreensão: são as noções de **Finalidade**, de **Bondade**, de **Participação**, de **Comunidade** e de **Ordem**. Da conjugação desses conceitos fundamentais é que se extrairá a noção de **Bem Comum**.

Servir-nos-emos, para o desenvolvimento deste estudo, da **seleção de textos de S. TOMÁS DE AQUINO** sobre o "Bem Comum", feita por **CARLOS CARDONA**, e sobre o "Bem", feita por **JESÚS GARCÍA LÓPEZ**.

2) Noção de Finalidade

A primeira noção básica para se compreender o **bem comum** é a de **finalidade** ou **causa final**. **ARISTÓTELES**, quando estudava o tema da **causalidade**, como explicativa do ser das coisas (a ciência seria o conhecimento certo através das causas), reduziu todas as possíveis causas a **4 espécies**:

- Causa Material - do que a coisa é feita (matéria, como princípio comum);
- Causa Formal - qual a essência da coisa (o que a distingue das demais);

- Causa Eficiente - qual a origem ou motor que colocou a coisa em movimento;
- Causa Final - qual o fim ou objetivo da coisa.

Destaca entre as 4 precisamente a última, a **causa final**, como a que melhor explica o ser das coisas: para que serve ou qual o fim para o qual existe. Para se compreender a noção de **bem** (bondade das coisas), a noção de finalidade representa um papel fundamental.

3) Noção de Bem

S. TOMÁS DE AQUINO diz que "**Bem** é aquilo que a todos apetece". Apetece porque possui uma **perfeição, capaz de atrair**. Assim, o bem é o fim buscado pelo agente, porque o atrai.

ARISTÓTELES, quando solveu a antiga dicotomia existente entre as posturas radicais de **HERÁCLITO** (o que existe é apenas o devir) e **PARMÊNIDES** (o que existe é apenas o ser estático), desenvolveu sua **teoria hilemórfica** (diferenciação entre ser em ato e ser em potência), que serve para explicar o **bem como causa final que atua no ser**: Perfeito é o ente que está em **ato**, isto é, que tem atualmente todas as perfeições que lhe são próprias. Se não tem alguma dessas perfeições, está em **potência** de adquiri-la.

Nesse sentido, temos que a perfeição atua como **fim** para o qual tende o ente: o **bem** que busca possuir. Daí que "*primeiro e principalmente se chama bem ao **ser aperfeiçoador** de outro **a modo de fim***".

Quanto mais **perfeito** e **universal** for o bem, a mais seres atrai. O **Ser Perfeito**, diz-se que é **por essência**. O que não é perfeito, mas **tem perfeições**, diz-se que é **por participação**: "*O que é totalmente algo, não participa disso, senão que é isso por essência. Pelo contrário, o que não é totalmente algo, dizemos que participa*".

4) Noção de Participação

Necessário se faz, então, compreender o que seja **participação**, como 3ª noção básica para se delimitar o **bem comum**.

Etimologicamente, **participar** significa **tomar uma parte** (do latim "*partem capere*"). No entanto, a melhor noção de participação vem da etimologia grega, que significa **ter conjuntamente** ou **ter com outro** ("*metekó*" - μετε??). Daí os dois sentidos básicos da palavra **participação**:

- **Sentido Material** (latino) - **dividir um todo material** entre aqueles que dele participarão: o todo desaparecerá e cada sujeito participante terá uma parte do objeto participado, guardando uma relação apenas histórica com o antigo todo;
- **Sentido Espiritual** (grego) - **ter parcialmente** o que outro possui integralmente: uma alegria que é plena no sujeito que obteve uma vitória, é participada em menor intensidade naquele que recebe a comunicação da vitória e com ela se alegra, sem que a participação diminua a alegria do sujeito que obteve a vitória, antes a tem aumentada.

Assim, o bem é **difusivo** por si só, porque atua como **causa final** que atrai a que outros participem de sua bondade.

5) Noção de Comunidade

A participação implica uma **comunidade** entre os participantes em função do participado. Esta 4ª noção básica está nominal e umbilicalmente ligada à própria expressão **bem comum**.

Diz **S. TOMÁS DE AQUINO** que "*a comunidade é um certo todo*". Há uma certa **unidade** entre os participantes, como integrantes de um todo: os homens, por participarem da mesma natureza humana, formam uma comunidade. Comunidade é, pois, uma "comum unidade" ou "comum união", uma **comunhão** entre aqueles que participam de uma mesma natureza e tendem a um mesmo fim.

Assim, a noção de **comum** refere-se àquilo que pertence ou que se predica de vários: mesma natureza ou mesma espécie.

6) Noção de Ordem

Finalmente, para se fechar o cerco dos elementos que propiciam a compreensão do que seja o **bem comum**, temos a noção de **ordem** a desempenhar um papel fundamental, como a noção inicial de **finalidade**.

Para haver **ordem**, são necessárias 3 coisas:

- **Distinção com conveniência** - que haja multiplicidade de indivíduos, com um elemento semelhante que os aglutina, mas com diferenças de talentos e perfeições colocadas à disposição do todo;
- **Cooperação** - que aquilo que falta a um seja suprido pelo que possui o outro (os inferiores se submetem aos superiores e os ajudam; os superiores provêem aos inferiores; cada um desenvolve suas próprias potencialidades, atuando onde se encontra).
- **Fim** - que exista um objetivo comum em torno do qual se aglutinem todos os membros da comunidade.

Assim, uma comunidade não é um aglomerado de pessoas, mas um **todo orgânico**, com uma **ordem** entre as partes, onde deve imperar a **harmonia e concórdia**. *"Todas as coisas que existem aparecem ordenadas entre si, de modo que umas servem a outras. Mas as coisas que são diversas não conviriam numa ordem comum se não houvessem sido ordenadas por algo uno"*.

Há, portanto, duas **espécies de ordem**:

- **Ordem das partes entre si** (intrínseca) - subordinação de umas a outras, conforme uma hierarquia;
- **Ordem do todo ao fim** (extrínseca) - busca de todos pelo bem comum.

A **ordem intrínseca** se subordina à **extrínseca**, como as partes se subordinam ao todo: só há uma ordem interna (das partes entre si), se as partes convêm num fim ordenador comum (externo). A própria ordem do Universo somente se explica em face dessa dupla ordenação.

Deus, como **último fim da Criação** e o **bem mais comum** de todos os seres, é o **princípio ordenador do Universo**: se não houvesse essa ordenação de todos a esse **Fim Último e Bem Supremo**, não formaríamos uma comunidade, nem haveria relação ordenada entre os homens.

Podemos dizer, portanto, que o objetivo que une os homens em sociedade e determina o modo com se organizarão é o **bem comum** que pretendem alcançar, que se distingue do **bem particular** buscado por cada indivíduo isoladamente, e que se divide, basicamente, em duas **espécies**:

transcendente (externo e eterno) - finalidade última buscada por qualquer sociedade (glória de Deus e felicidade

Bem Comum dos homens)

imanente (interno e temporal) - ordenação das partes da sociedade visando ao fim último (condições e meios para que os membros da sociedade possam alcançar seus fins particulares).

Há, pois, uma **hierarquia** entre os bens que podem ser buscados pelos indivíduos (espirituais e materiais, morais e intelectuais), de acordo com a ordem dos **fins existenciais** próprios da natureza humana (fim último sobrenatural colocado acima dos fins meramente naturais).

Assim, verifica-se que nenhum indivíduo possa alcançar seu fim particular senão como parte ou co-partícipe de um todo no qual está inserido. Daí que apenas **colaborando na consecução do fim comum** e ajudando aos demais membros da comunidade a alcançar seu bem particular, é que **se atinge o próprio bem**, uma vez que se trata de um **bem comum**.

7) Conceito de Bem Comum

Municiados com as noções elencadas, podemos conjugá-las para se chegar, agora, a compreender o que seja o bem comum.

Bem Comum nada mais é do que o próprio **bem particular** de cada indivíduo, enquanto este é parte de um todo ou de uma comunidade: *"O bem comum é o fim das pessoas singulares que existem na comunidade, como o fim do todo é o fim de qualquer de suas partes"*. Ou seja, o bem da comunidade é o bem do próprio indivíduo que a compõe. O indivíduo deseja o bem da comunidade, na medida em que ele representa o seu próprio bem. Assim, o bem dos demais não é alheio ao bem próprio.

O **bem particular** buscado por cada um dos membros da comunidade é, em última análise, a própria **felicidade**, que só se alcança com o perfeito aquietamento do apetite, ou seja, quando nada resta a desejar. O objeto formal de nossa vontade é o **bem**, sem limitações, e não este ou aquele bem. Daí que apenas um bem que seja **universal** é capaz de saciá-la plenamente. Um bem é tanto mais bem quanto é bem para mais pessoas.

8) Noção de Interesse

Noção afim à de bem comum é a de **interesse público**. Ao princípio ético do bem comum corresponde o princípio jurídico do interesse público.

Interesse é a **relação** existente entre uma pessoa e um bem, na qual este se mostra capaz de satisfazer uma necessidade daquela. A etimologia latina da palavra é a chave para apreender o seu significado: "**inter**" (entre) + "**esse**" (ser) = "**interesse**" (ser entre). Ou seja, o interesse é a **ponte entre o sujeito e o bem**, que os relaciona entre si, onde o sujeito busca aquilo que **reputa ser um bem** capaz de satisfazê-lo.

Há, portanto, uma distinção a ser feita, para uma perfeita compreensão do que seja "interesse". É a distinção entre o **bem simpliciter** e o **bem secundum quid**.

O **bem simpliciter**, ou seja, considerado de forma absoluta, é um dos **transcendentais** elencados por **ARISTÓTELES** como **facetas do ser**: o "**ser**" enquanto passível de ser conhecido por uma inteligência é "**verdadeiro**", enquanto passível de ser apreciado pelo sentido estético é "**belo**" e enquanto passível de ser querido por uma vontade é "**bom**". Nesse sentido, todo ente, **pelo simples fato de existir**, é "**bom simpliciter**", isto é, tem uma bondade intrínseca, que o torna capaz de ser tido como um bem por algum sujeito.

Já o **bem secundum quid**, ou seja, segundo determinado aspecto, é aquele que tem **adequação à perfeição exigida por determinada natureza**. Assim, os bens mais próprios à natureza racional do homem são os de ordem espiritual, enquanto a natureza animal exige exclusivamente bens de ordem material.

Ora, o **interesse**, como manifestação volitiva de um sujeito em relação a um bem, apanha-o em sua faceta transcendental de **bem simpliciter**. Trata-se de busca do **interesse privado** que pode, ou não, coincidir com a busca do **bem secundum quid**, hipótese em que teremos o encontro do **bem particular**, ou seja, aquele que, efetivamente, corresponde ao bem próprio do sujeito que o busca, adequado à sua natureza e capaz de satisfazê-lo e aperfeiçoá-lo.

9) Noção de Interesse Público

Seguindo nessa esteira, temos que, quando o sujeito que busca um bem é uma comunidade, está-se diante do que se denomina de **interesse público**, que aparece como a **relação entre a sociedade e o bem comum** que ela almeja, perseguido por aqueles que, na comunidade, estão investidos de **autoridade**.

Cabe ao **governante ou administrador público**, numa sociedade politicamente organizada, promover o **bem comum**, externando, através de suas ações e comandos, o **interesse público**. Este também poderá não se adequar ao bem comum da sociedade, quando houver **descompasso entre o Direito Positivo e o Direito Natural**, ou seja, a lei positiva, emanada da autoridade, vai de encontro aos **direitos humanos fundamentais**, inalienáveis e que não cabe ao Estado outorgar, mas apenas reconhecer, como pré-existentes, como inerentes à dignidade da pessoa humana.

A moderna teoria dos **interesses** veio a ampliar o rol dos interesses existentes na sociedade, fixando uma gradação entre o interesse público e o privado, que inclui as noções de **interesse difuso**, **interesse coletivo** e **interesse individual homogêneo**:

- **Interesse público** - o que diz respeito a toda a coletividade (Ex: segurança pública);
- **Interesse difuso** - que afeta a parcela indeterminada da sociedade (Ex: meio ambiente, direitos do consumidor);
- **Interesse coletivo** - que afeta a um grupo definido da sociedade (Ex: condições de trabalho numa empresa);
- **Interesse individual homogêneo** - que diz respeito a pessoas em situações semelhantes (Ex: empregados acidentados por desobediência de normas de segurança no trabalho por uma empresa);
- **Interesse privado** - que diz respeito exclusivamente ao indivíduo (Ex: filho natural que pretende o reconhecimento de paternidade através do teste de DNA).

A diferenciação entre tais interesses e o possível conflito entre eles pode ser melhor aquilatado no caso da defesa da **moralidade administrativa** relativa à forma de contratação para os entes públicos. O **concurso público** como forma seletiva democrática para o recrutamento de pessoal para o serviço público, premiando o mérito pessoal, é encontrada desde a China da dinastia Han (sec. II a.C.). Impede os apadrinhamentos e promove a escolha dos mais aptos para o desempenho da atividade pública, possibilitando uma melhor prestação do serviço público.

Pois bem, a defesa da moralidade administrativa e do interesse difuso dos potenciais postulantes de um cargo ou emprego público, quando verificada a contratação irregular de pessoal por ente público ou empresa estatal sem prévia aprovação em concurso público, não pode dar azo a ação judicial do Ministério Público, postulando, em nome desses interesses difusos, a **nulidade das contratações**, com imediato desligamento dos servidores contratados ilegalmente, se esse afastamento provocar a **paralisação na prestação dos serviços públicos prestados** pelo ente ou empresa em questão. O interesse público, superior ao interesse difuso, de menor abrangência, prevalece sobre o primeiro, exigindo, como solução, que se mantenham os servidores irregularmente contratados, até que se ultime a realização do concurso, de modo que **não haja solução de continuidade na prestação dos serviços públicos** e se possa dar oportunidade àqueles que tenham, efetivamente, condições de ser efetivados no cargo, que prestem o concurso e possam ser aprovados.

A hipótese é paradigmática para se verificar como o bem comum deve ser levado em conta, quando diferentes interesses, de abrangências distintas, estão em conflito.

10) Relação entre Bem Comum e Interesse Público

Num Estado Democrático de Direito, cabe ao **Poder Judiciário** dirimir os **conflitos de interesses** existentes na sociedade. O Judiciário, para apreciar uma ação movida por qualquer cidadão, exige, entre outras condições, que ele demonstre ter **interesse** pelo bem que pretende submeter ao seu domínio, em face da resistência de outro membro da sociedade.

Ora, a **solução do conflito de interesses** pelo Estado-Juiz se dará pelo reconhecimento de que **o bem disputado cabe, por direito, a uma das partes** litigantes. Daí que a correspondência entre bem e interesse se dá conforme a **proteção jurídica efetiva** ao interesse da parte (interesse privado) ou da comunidade como um todo (interesse público) se faz pelo reconhecimento de que, no caso concreto, correspondem ao direito individual (bem particular) ou social (bem comum).

Podemos, então, estabelecer duas relações:

- *interesse privado relacionado ao bem particular;*
- *interesse público relacionado ao bem comum.*

Em ambos os casos, há duas notas que devem ser destacadas:

- Tanto o bem particular quanto o bem comum são **buscados por pessoas concretas** (cidadão ou governante);
- Tanto o interesse privado quanto o público **podem estar desviados do verdadeiro bem** particular ou comum que corresponderia ao aperfeiçoamento pessoal ou social.

Daí a possibilidade de existir **conflito entre o interesse privado e o bem comum**, quando o membro da comunidade deixa de captar qual é o ser verdadeiro bem particular e busca outro que nem o satisfará, nem corresponde à sua natureza própria. E o **conflito entre o interesse público e o bem comum**, quando a lei civil, que o governante ou magistrado devem aplicar, desrespeita os preceitos básicos da Lei Natural.

Portanto, na maior parte das vezes, quando se pretende existente um conflito entre o bem particular e o bem comum, o que existe é uma oposição entre o interesse privado (desviado do bem particular) e o bem comum.

11) Primazia do Bem Comum sobre o Bem Particular

Compreendido o que seja bem comum, bem particular, interesse privado e interesse público, passamos a tirar as conseqüências teóricas e práticas dessas noções. E a primeira delas diz respeito à **relação entre bem comum e bem particular**.

Se, por um lado, o bem comum é a **potencialização** do bem particular, por outro, tem **primazia** sobre o bem particular, pois o bem de muitos é melhor do que o bem de um só. Assim, se cada componente da comunidade é bom, o conjunto desses componentes é ótimo, uma vez que acresce ao bem particular de cada um a perfeição do conjunto. Isto porque, no bem do todo, está incluído o bem de cada uma das partes. Daí que se deva **preferir o bem comum ao bem próprio**. E daí também que, quando amamos o bem em toda a sua integralidade, é quando melhor nos amamos a nós mesmos.

Na verdade, **ao se buscar o bem comum, busca-se necessária e conseqüentemente o próprio bem**, pelo

benefício que a parte recebe do todo. Daí que *"todas as coisas singulares amam mais o bem de sua espécie que seu bem singular"*.

O **bem comum** está, portanto, para permitir aos indivíduos a consecução de seus **bens particulares**, mas é **superior** a estes: o bem particular de um indivíduo não pode ser buscado em detrimento do bem comum da sociedade.

Nesse sentido, a discussão que se trava sobre as hipóteses de intervenção estatal nas relações coletivas de trabalho é interessante. No Direito Comparado, verifica-se que a maior parte dos países, para solução dos **conflitos coletivos de trabalho**, admitem a **arbitragem voluntária** como forma heterônoma de composição, a par da negociação coletiva autônoma das partes. No entanto, em face de **greves em serviços essenciais**, países como a Espanha, Itália, Chile, Colômbia e Venezuela admitem a **arbitragem obrigatória** como fórmula última para superação do impasse, quando o acirramento do conflito não permite uma solução de auto-composição. Já o Brasil, Austrália, México, Peru e Venezuela são os países que contemplam um **poder normativo** ao Judiciário, em matéria de conflitos coletivos de trabalho, para solucionarem os dissídios, estabelecendo normas e condições de trabalho não previstas em lei.

Quando, no Brasil, se discute, na Reforma Judiciário, a **limitação do poder normativo da Justiça do Trabalho**, ponto que se tornou pacífico é o de que esse poder deve ser mantido para solução das **greves em serviços essenciais** quando afetado o **interesse público**. A própria lei de greve brasileira exige a manutenção de um percentual mínimo de empregados trabalhando, para o **atendimento às necessidades inadiáveis da população**, quando se tratar de greve em serviço essencial. Ou seja, os empregados têm o direito de greve, mas não é um direito absoluto, uma vez que o interesse coletivo não pode conflitar como interesse público, que é mais abrangente: a sociedade não pode ficar como refém de trabalhadores grevistas, para obterem melhores condições de trabalho.

Outro exemplo que serve para mostrar como a busca do bem comum, ainda que não tenha efeitos imediatos palpáveis, é de fundamental importância para a sociedade, diz respeito ao aperfeiçoamento do **sistema penitenciário**. A superlotação de detentos nas prisões, sem uma infra-estrutura mínima, como se verifica no Brasil, leva à corrupção do preso e não à sua reeducação. No entanto, a atitude das autoridades públicas, no sentido de não dar relevância a tal problema, por não haver retorno visível e imediato dos investimentos públicos, acaba gerando um **aumento da violência** na sociedade, na medida em que o pequeno infrator que tenha passado pelo sistema carcerário brasileiro acaba saindo pior do que quando nele ingressou, pelo contato com os demais presos em péssimas condições. Daí a reforma da política criminal ter resultado na lei de penas alternativas (Lei 9.714/98): em vez da reclusão, os **serviços à comunidade**.

12) Primazia do Bem Espiritual sobre o Bem Material

Uma segunda consequência prática é a de que **são mais comuns os bens espirituais do que os materiais**, uma vez que a comunhão naqueles não tem limite quantitativo, enquanto a participação nestes tem esse limite (conforme já visto ao examinar a noção de **participação**).

Assim, o **bem honesto** - aquele que é em si perfeito e apetecível, captado como tal pela **razão** - está acima do **bem deleitável** - aquele que aquieta o apetite, uma vez que apraz aos **sentidos** - uma vez que os sentidos devem subordinar-se à parte mais nobre do ser humano, que é a razão.

Nesse sentido, não é a abundância de **bens materiais**, que só têm um **valor instrumental** para a felicidade do homem, que qualifica como boa a política adotada numa sociedade. Isto porque o **bem comum** não se reduz a um conjunto de bens materiais de uso público. Daí que o fim da sociedade política deva ser propiciar a que o homem possa alcançar a sua bondade existencial e fazer o bem, **agindo virtuosamente**: crescimento interior mais do que exterior. Ser melhores homens e melhores cidadãos contribui mais para o bem da sociedade do que qualquer incremento no bem estar material, pois a felicidade, no final das contas, não está em ter, mas em ser.

Exemplo que se destaca, na aplicação desse princípio, demonstrando como a promoção do **bem particular** pela autoridade pública, quando de natureza superior, contribui substancialmente para a consecução do próprio **bem comum**, é o da proteção legal que se dá à **gestante**. A maternidade, como valor fundamental para a existência e sobrevivência de qualquer sociedade humana, não pode estar subordinada a valores menos relevantes, ligados à lucratividade ou produtividade. Assim, posturas discriminatórias em relação à mulher, afastando-a do mercado do trabalho quando mãe de família, em face dos encargos sociais que a licença-maternidade supõe, são altamente nocivas para o bem comum da sociedade, que depende, para sua manutenção e crescimento, de novos integrantes, que sejam, ao mesmo tempo, sadios e equilibrados.

Assim, no Brasil, a promulgação da Emenda Constitucional n. 20/98, que fixou em R\$1.200,00 o teto de todo e qualquer benefício previdenciário, desembocou na edição da Portaria n. 4883/98 do Ministério da Previdência

Social, que passou a atribuir ao empregador a complementação do salário-maternidade que ultrapassasse esse teto. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADIn n. 1946-5 (Rel. Min. **Sydney Sanches**), considerou inconstitucional a portaria, por introduzir elemento de discriminação contra a mulher gestante no mercado de trabalho. A própria Convenção n. 103 da OIT já previa a vedação à imposição do salário-maternidade ao empregador, como elemento de proteção à mulher.

Lembre-se também que a experiência brasileira e internacional da adoção do **contrato a tempo parcial** como forma de propiciar à mulher uma realização profissional externa e o tempo necessário para a atenção dos filhos, bem maior que possui, tem sido salutar e já vai dando os seus frutos, de tal forma a impedir que as situações críticas de Itália, Alemanha e França, com crescimento demográfico negativo, não obstante o estímulo estatal para a maternidade (na esperança de se reverter esse quadro), possam se repetir em outros países.

13) Limites ao Princípio do Bem Comum

Pelo **princípio da preferência**, o bem comum tem primazia sobre o bem particular. No entanto, essa primazia tem seus limites, impostos pelo **princípio da proporcionalidade**, segundo dupla vertente:

- **Limite qualitativo** - a primazia do bem comum sobre o particular só vale dentro da mesma categoria de bens (não se pode exigir o sacrifício de um bem espiritual particular de ordem superior, para atender um bem material comum de ordem inferior).
- **Limite quantitativo** - a prevalência do todo sobre a parte depende da quantidade de indivíduos afetados pelo sacrifício do bem próprio ao comum (não se pode sacrificar uma parte relativamente grande da comunidade em nome da preservação da própria sociedade politicamente organizada).

Assim, na relação entre o bem comum e o bem particular, há uma proporção conveniente, no **campo tributário**, entre o volume de impostos exigidos para a manutenção do Estado e a capacidade contributiva de cada membro da sociedade. O mesmo se diga, no **campo trabalhista**, entre o volume de produção e o nível salarial, quando se trata de estabelecer a distribuição do produto social por meio do ajustamento entre preços e salários.

Nesse sentido, ainda que buscasse o bem comum, seria **injusta** uma lei que distribuísse desigualmente suas cargas entre os componentes da sociedade.

14) Contribuição Particular para o Bem Comum

Outra conseqüência prática da compreensão do que seja o bem comum é a da participação ativa dos membros da comunidade na sua consecução.

A bondade do indivíduo é tanto maior quanto, além de buscar e alcançar a própria perfeição, for **causa da perfeição de outros**: ama não somente o bem, mas também comunicar esse bem aos demais.

Talvez o que explique uma **visão conflitiosa** entre bem comum e bem particular seja a postura de considerar o **bem dos demais como alheio ao próprio**: não se guarda para com o próximo o mesmo amor que se tem a si mesmo. Assim, uma vez perdida a comunhão que se estabelece por se participar de um mesmo bem, chega-se à **desunião**, em que o bem do próximo passa a ser considerado como mal próprio. Numa sociedade em que imperasse tal postura, não haveria comunidade, mas **mera agregação material** de seres com apetites contrapostos.

É fundamental, portanto, que cada membro da sociedade veja no bem comum a sua própria realização e para isso colabore. Assim, todos os homens devem **contribuir** para o bem comum da sociedade, o que pode ser concretizado através das seguintes condutas:

- Adquirir e praticar as virtudes morais (**bom convívio social**);
- Exercer de forma competente a própria profissão ou ofício (**serviço ao próximo**);
- Participar direta ou indiretamente na vida pública (**cumprimento dos deveres cívicos**);
- Fomentar a união na vida social (**respeito à liberdade**).

A participação ativa na vida social, opinando e colaborando na consecução do bem comum, supõe o **pluralismo** de soluções para questões marcadas pela contingência: daí as **divergências** naturais entre os membros da sociedade, que devem ser superadas pelo **estudo** dos problemas e pela **crítica positiva**, que não busca destruir a opinião contrária, mas ofertar alternativas melhores para resolver os problemas sociais (**crítica construtiva**).

Nessa perspectiva, a "Cidade Temporal" poderá ser um reflexo da "Cidade Eterna", tal como vislumbrada por **S. TOMÁS DE AQUINO**:

"A vida eterna, além da visão de Deus, em sumo louvor e perfeita segurança, consiste na gozosa sociedade de todos os bem-aventurados; sociedade que será deleitável em grau máximo, porque cada um amarà ao outro como a si mesmo, e, por conseguinte, se alegrará com o bem do outro como de seu próprio bem, o que faz que aumente tanto a alegria e o gozo de um, quanto é o gozo de todos".

A busca concreta do bem comum pelo governante ou administrador público, nos casos em que se manifestasse aparente conflito com o seu bem particular, não teria, na verdade, esse confronto, uma vez que os **efeitos da postura favorável à prevalência do bem comum** sobre o interesse particular são:

- **mediatos** - a defesa do bem comum se espalhará necessariamente ao bem particular do administrador que a promove, uma vez que melhora as condições gerais da sociedade ou da comunidade na qual se insere;
- **imediatos** - o contraste entre o reconhecimento teórico, pelo administrador, da necessidade da promoção do bem comum e do interesse público, e a **prática de atender primariamente ao seu interesse privado** (desvirtuado do seu verdadeiro bem particular), gera um **conflito interior** no administrador, capaz de **desnortear** a sua capacidade de promover efetivamente o bem comum (**hipocrisia** ou duplicidade entre o discurso e a prática), que só se resolve com a efetiva **opção pelo interesse público**, capaz de gerar no administrador a **consciência do dever cumprido**, essencial para o bom desempenho da missão que lhe é afeta (**coerência entre o discurso e a prática**).

15) Conclusão - Resumo

Podemos, em **síntese**, dizer que:

a) O **princípio do bem comum** é peça chave para a **compreensão das relações sociais**, tanto dos indivíduos entre si, como destes com a sociedade, sendo que sua exata captação é elemento que propicia, quando respeitado, a otimização do convívio social.

b) Para se formar um **conceito de bem comum**, necessário se faz **conjugar 5 noções básicas**: finalidade, ordem, participação, comunidade e ordem.

c) **Finalidade** é o objetivo para o qual tende o ser e que o move por **atração** (causa final, que melhor explica o ser).

d) **Bem** é aquilo que **apetece a todos**, atraindo como um fim a ser buscado.

e) **Participação** é ter uma parte de um todo (concepção material), ou **ter parcialmente** o que outro tem totalmente (concepção espiritual).

f) **Comunidade** é a comunhão existente entre os que **participam de um mesmo bem** e possuem uma finalidade comum.

g) **Ordem** é a **hierarquia** entre seres distintos (subordinação de uns em relação a outros), que têm algo em comum (participação de uma mesma natureza ou fim).

h) **Bem Comum** é o **bem singular**, considerado como **parte de um todo**.

i) **Interesse** é a **relação entre um sujeito e um bem** capaz de satisfazer uma necessidade sua.

j) **Interesse público** é a **relação entre a sociedade e o bem comum** por ela perseguido, através daqueles que, na comunidade, têm **autoridade** (governantes, administradores públicos, magistrados, etc).

k) Pode haver conflito entre o **interesse privado** e o **bem comum**, quando o bem buscado pelo cidadão ou administrador público não corresponde àquele próprio para o seu aperfeiçoamento, de acordo com sua natureza (**bem particular**).

l) Cabe ao Estado-Juiz, ao dirimir os **conflitos de interesses** na sociedade, estabelecer a quem corresponde o bem em disputa, de acordo com o ordenamento jurídico vigente na sociedade.

m) De acordo com a **ordem** existente entre os bens, o **bem comum** tem **primazia** sobre o **bem particular**, como também o **bem de natureza espiritual** tem primazia sobre o **bem de natureza material**.

n) Essa primazia tem seu **limite** no princípio da **proporcionalidade**, que não admite o sacrifício de um bem de natureza espiritual a um bem de natureza material (limite qualitativo), nem de parcela substancial da comunidade em benefício do todo (limite quantitativo).

o) Cabe ao indivíduo **cooperar** para a realização do bem comum, vindo na sua consecução, o bem próprio.

p) Também o administrador pode perceber que a busca do **bem particular dos outros**, em determinadas situações, representa uma forma indireta de se obter a consecução do bem comum.

q) E, finalmente, ainda que os efeitos das ações que visem a consecução do bem comum possam não ter **efeitos imediatos visíveis**, a sua não implementação acarreta, mediatamente, a **deterioração da sociedade** em aspectos fundamentais de sua existência.

Ainda que tais conclusões sejam de caráter muito geral, não são despidas de interesse, na medida em que o princípio do bem comum, como conceito gêmeo ao de **interesse público**, é esgrimido para fundamentar toda espécie de exigências aos membros da sociedade, sem que se saiba, ao certo, **o fundamento de sua obrigatoriedade e os limites e condições de sua aplicação**. Tais substratos conceituais é que procuramos trazer para reflexão, ao desenvolver o presente estudo. Esperamos que sirvam de subsídio a uma melhor compreensão do **princípio do bem comum**.

Bibliografia:

Alvira, Tomás e outros - "Metafísica" (Eunsa - 1993 - Pamplona)

Andrade, Renato Cardoso de Almeida - "A Política Penitenciária e os Trabalhos de Reforma", *in* Anais do I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária (Imprensa Nacional - 1982 - Brasília, pgs. 517-525)

Antiseri, Dario e **Reali, Giovanni**, "História da Filosofia" (Paulinas - 1990 - São Paulo)

Agostinho, S. - "A Cidade de Deus" (Vozes - 1990 - Petrópolis, 2 Volumes)

Agostinho, S. - "As Confissões" (Livraria Apostolado da Imprensa - 1981 - Porto)

Aquino, S. Tomás de - "Suma Teológica" (Sulina - 1980 - Porto Alegre, 11 Volumes, tradução de Alexandre Corrêa, edição bilíngüe latim-português)

Aquino, S. Tomás de - "El Bien"(Universidad de Navarra - 1996 - Pamplona, seleção de textos, introdução e tradução de Jesús García López)

Aristóteles - "Metafísica" (Editorial Porrúa - 1978 - Ciudad de México)

Cardona, Carlos - "La Metafísica del Bien Comum" (Rialp - 1966 - Madrid)

Cardona, Carlos - "Metafísica de la Opción Intelectual" (Rialp - 1973 - Madrid)

Ferraz Jr., Tércio Sampaio - "Interesse Público" (*in* Revista do Ministério Público do Trabalho em São Paulo, IMESP - 1995 - São Paulo)

Gardeil, H. D. - "Iniciação à Filosofia de S. Tomás de Aquino - IV" (Duas Cidades - 1967 - São Paulo)

Gilson, Etienne - "El Tomismo" (Eunsa - 1989 - Pamplona)

Grinover, Ada Pellegrini (Coordenação) - "A Tutela dos Interesses Difusos" (Max Limonad - 1984 - São Paulo)

Lima, Alceu Amoroso - "Introdução" à Encíclica *Mater et Magistra*, do Papa João XXIII (Livraria José Olympio Editora - 1963 - Rio de Janeiro)

Luño, Angel Rodriguez - "Ética" (Eunsa - 1991 - Pamplona)

Mancuso, Rodolfo de Camargo Mancuso - "Interesses Difusos" (RT - 1988 - São Paulo)

Martins Filho, Ives Gandra - "Manual Esquemático de História da Filosofia" (LTr - 1997 - São Paulo)

Martins Filho, Ives Gandra - "A Legitimidade do Direito Positivo" (Forense Universitária - 1992 - Rio de Janeiro)

Martins Filho, Ives Gandra - "Processo Coletivo do Trabalho" (LTr - 1996 - São Paulo).

Messner, Johannes - "Ética Social - O Direito Natural no Mundo Moderno" (Quadrante-EDUSP - s/data - São Paulo, tradução de Alípio Maia de Castro)

Toynbee, Arnold - "Um Estudo da História" (Martins Fontes-Unb - 1987 - Brasília)

Roteiro da palestra proferida no Workshop Internacional sobre "Eficiência e Ética na Administração Pública", realizado em Brasília nos dias 17, 18 e 19 de maio de 2000, no Centro de Convenções Corporate Financial Center, e promovido pelo ISE - Instituto Superior da Empresa e pela ABRH-DF - Associação Brasileira de Recursos Humanos, Seccional do Distrito Federal.

Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

cfr. **Antiseri, Dario** e **Reali, Giovanni**, "História da Filosofia" (Paulinas - 1990 - São Paulo, pg. 445).

cfr. **Carlos Cardona**, "Metafísica de la Opción Intelectual", Rialp - 1973 - Madrid

"Ética Social", Quadrante-EDUSP - s/d - São Paulo, pg. 10

cfr. **Johannes Messner**, "Ética Social", op. cit., pgs. 277-278

cfr. **Alceu Amoroso Lima**, *in* "Introdução" à encíclica "Mater et Magistra" do Papa João XXIII (Livreria José Olympio Editora - 1963 - Rio de Janeiro, tradução do Prof. Luiz José de Mesquita).

"La Metafísica del Bien Comum" (Rialp - 1966 - Madrid)

"El Bien" (Universidad de Navarra - 1996 - Pamplona)

cfr. **Aristóteles**, "Metaphysica", Livro I

S. Tomás de Aquino, "Summa Theologiae" 1, q. 5, a. 1c

cfr. **Aristóteles**, "Metaphysica", Livro IX

S. Tomás de Aquino, "De Veritate", 21, a. 1c

S. Tomás de Aquino, "In Librum Boethii de Hebdomadibus Expositio", lect. 2, n. 24

S. Tomás de Aquino, "In Libros Politicorum Expositio", I, lect. 1, n. 11

cfr. **S. Tomás de Aquino**, "In De Divinis Nominibus Expositio", IV, lect. 1, n. 283-284

S. Tomás de Aquino, "Summa Theologiae" 1, q. 11, a. 3c

S. Tomás de Aquino, "Summa Theologiae" 1, q. 6, a. 3c

cfr. **S. Agostinho**, "De Civitate Dei", Lib. XI, XV, XVIII, XIX e XXII

cfr. **S. Tomás de Aquino**, "In Sententiarum Magistri Petri Lombardi Expositio" IV, d. 19, q. 2, a. 2, ad 1

S. Tomás de Aquino, "Summa Theologiae" 2-2, q. 58, a. 9 ad 3

cfr. **S. Tomás de Aquino**, "Summa contra Gentiles" III, c. 39

S. Agostinho: "*Criaste-nos para Vós, Senhor, e o nosso coração anda inquieto enquanto não descansar em Vós*" ("Confissões", Liv. I, cap. I).

cfr. **Tércio Sampaio Ferraz Júnior** - "Interesse Público" (*in* Revista do Ministério Público do Trabalho em São Paulo, IMESP - 1995 - São Paulo, pgs. 9-20)

cfr. **Aristóteles**, "Metafísica", Livros IV e X; **S. Tomás de Aquino**, "De Veritate", qq. 1-21

cfr. **Ives Gandra Martins Filho**, "A Legitimidade do Direito Positivo" (Forense Universitária - 1992 - Rio de Janeiro)

cfr. **Ada Pellegrini Grinover** (Coordenação), "A Tutela dos Interesses Difusos" (Max Limonad - 1984 - São Paulo); **Rodolfo de Camargo Mancuso**, "Interesses Difusos" (RT - 1988 - São Paulo).

Arnold Toynbee, "Um Estudo da História" (Martins Fontes-UnB - 1987 - Brasília, pg. 324).

cfr. **S. Tomás de Aquino**, "Summa Theologiae" 2-2, q. 32, a. 6c

S. Tomás de Aquino, "Summa Theologiae" 1, q. 60, a. 5, ad 1

cfr. **Ives Gandra Martins Filho**, "Processo Coletivo do Trabalho" (LTr - 1996 - São Paulo, pgs. 26-35)

cfr. **Renato Cardoso de Almeida Andrade**, "A Política Penitenciária e os Trabalhos de Reforma", *in* Anais do I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária (Imprensa Nacional - 1982 - Brasília, pgs. 517-525)

cfr. **S. Tomás de Aquino**, "In Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum Expositio" VIII, 2, n. 1552

cfr. **S. Tomás de Aquino**, "In Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum Expositio" I, 14, n. 174

cfr. **Johannes Messner**, "Ética Social", op. cit., pgs. 279-281

Constitucionalidade / inconstitucionalidade: uma questão política? (*)

| Inocêncio Mártires Coelho

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

1. Colocação do tema

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

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

O de que se trata, portanto, é de situar as palavras de Charles Hughes no contexto da jurisdição constitucional norte-americana, que lhe inspirou a formulação, uma realidade essencialmente idêntica à de todos os países cujas leis fundamentais - especialmente na sua parte *dogmática* - ao se estruturarem como *sistemas abertos de regras e princípios*, só por isso se tornam "vulneráveis" a múltiplas e cambiantes interpretações.

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

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

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

"Juiz das atribuições dos demais Poderes, sois o próprio juiz das vossas. O domínio da vossa competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e se especifica o Governo. No poder de interpretá-la está o de traduzi-la nos vossos próprios conceitos. Se a

*interpretação, e particularmente a interpretação de um texto que se distingue pela generalidade, a amplitude e a compreensão dos conceitos, não é operação puramente dedutiva mas atividade de natureza plástica, construtiva e criadora, **no poder de interpretar há de incluir-se, necessariamente, por mais limitado que seja, o poder de formular.** O poder de especificar implica margem de opção tanto mais larga quanto mais lata, genérica, abstrata, amorfa ou indefinida a matéria de cuja condensação há de resultar a espécie".*

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

Muito pelo contrário, não são poucos os constitucionalistas de renome que defendem essa *legislação judicial*, como Alexander Pekelis, por exemplo, para quem o ideal de uma jurisprudência estimativa não é de modo algum incompatível com o ideal do Estado de direito, assim como o conceito de governo das leis não pressupõe nem exige que a criação do direito seja monopólio dos órgãos legislativos, até porque - anota o arguto jurista - se em determinado ambiente político e histórico essa monopolização algum dia se fez necessária, tal circunstância não a justifica em termos absolutos. Em conclusão - arremata Pekelis - tal monopólio não é suficiente nem necessário para preservar o ideal do Estado de direito; de um lado, porque as leis, e até mesmo as constituições, podem conter e às vezes contêm disposições *ad personam* que se contrapõem a esse ideal; de outro, porque esse ideal freqüentemente tem alcançado a sua mais alta expressão em normas universais de origem puramente judicial.

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

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

Dado o possível déficit de legitimidade democrática inerente a essa concepção estritamente *judiciarista* do bem comum - uma carência congênita que, evidentemente, não se compensa nem mesmo com o apelo às melhores criações judiciais do direito - diante disso ganham relevo esforços como o de Peter Häberle por uma visão *republicana* e *democrática* da interpretação das leis fundamentais, por uma fórmula jurídico-política centrada na tese de que uma sociedade *aberta* exige uma interpretação igualmente aberta da sua carta política, até porque "no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição".

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

Em suma, se vivemos num Estado de direito, que se pretende liberal, democrático e social, torna-se imperioso que a *leitura* da sua Constituição se faça *em voz alta* e *à luz do dia*, no âmbito de um processo verdadeiramente público e republicano, de que participem os diversos atores sociais - agentes políticos ou

não - porque, afinal, todos os membros da sociedade política "fundamentam na constituição, de forma directa e imediata, os seus direitos e deveres".

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

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

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

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

De outra parte, a própria organização desses tribunais extraordinários - na Alemanha, Itália, França, Espanha e Portugal, por exemplo - demonstra que os instituidores da jurisdição constitucional conceberam-na como instância de avaliação jurídica e política da atividade legislativa, sem que essa opção implicasse quer a *politização* da justiça, quer a *judicialização* da política.

Nesse contexto, em que os dissídios de interpretação constitucional assumem nítida conotação política, registre-se que sob a Constituição de 1988 já foram propostas nada menos que 2212 ações de inconstitucionalidade, uma estatística evidentemente impressionante mesmo levando-se em conta o extenso rol de agentes legitimados a provocar a jurisdição constitucional e o natural inconformismo daqueles que, não conseguindo viabilizar as suas propostas legislativas, batem às portas do STF na esperança de invalidar as leis aprovadas pelos seus adversários.

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

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

Aceito, então, que o acesso à questão da constitucionalidade/inconstitucionalidade exige o prévio domínio dos temas e problemas com que se defronta a interpretação constitucional como *hermenêutica de princípios*, torna-se imperioso discutirmos a natureza desses enunciados, bem como os métodos e princípios que norteiam o seu manejo no âmbito da jurisdição constitucional, o que se fará comparando *princípios jurídicos e regras de direito*, até porque é desse cotejo que emergirão não apenas as diferenças entre essas duas espécies normativas, mas também entre os seus modos de aplicação.

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

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

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

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

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

Com efeito, em razão da sua estrutura normativo-material - *dado A, deve ser B* - , as *regras* são aplicadas à maneira de proposições disjuntivas, isto é, se ocorrerem os fatos descritos na sua hipótese de incidência e se elas forem normas válidas, de acordo com a *regra de reconhecimento* do sistema a que pertencem, as suas prescrições incidirão necessariamente sobre esses fatos, regulando-os na exata medida do que estatuírem e afastando - como *inválidas* - outras regras, que, eventualmente, possam concorrer ou entrar em conflito com elas.

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

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

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

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

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

É que, efetivamente, a incidência de uma norma afasta a incidência da outra, de tal sorte que, no mais das vezes, as chamadas regras de *solução* de conflitos são invocadas pelos aplicadores do direito, menos para *resolver* do que para *declarar* inexistentes supostos defeitos lógicos nos ordenamentos em que operam.

Afinal de contas, parece-lhes *intuitivo* que aquelas regras, precedendo a promulgação das normas jurídicas, previnam ou evitem o surgimento de contradições entre elas, as quais, precisamente por isso, podem ser descartadas como simplesmente aparentes, num procedimento que seria correto se - contra toda a evidência - existisse de fato o *legislador racional* e os sistemas jurídicos, fruto do seu trabalho, fossem logicamente consistentes ou imunes à ocorrência de conflitos reais, assim entendidas aquelas situações em que duas normas pertencentes ao mesmo ordenamento; dotadas de igual hierarquia; editadas simultaneamente; e possuindo idêntico âmbito de validade, estabelecem para um mesmo caso soluções que - sempre aos olhos do intérprete! - parecem mutuamente incompatíveis.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A propósito da dimensão polissêmica dos princípios, da sua múltipla funcionalidade e do modo como se desenvolve o *jogo* da sua aplicação, o Supremo Tribunal Federal, numa decisão que se pode considerar

paradigmática, deixou assentado que em face da Constituição, para *conciliar* o fundamento da *livre iniciativa* e o princípio da *livre concorrência* com os princípios da *defesa do consumidor* e da *redução das desigualdades sociais*, em conformidade com os ditames da *justiça social* - valores que seriam inconciliáveis, se fossem tomados em sentido absoluto - , pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, *abusivo* que é o poder econômico que visa ao aumento *arbitrário* dos lucros.

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

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

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

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

Considerando, como acentuamos acima, que em função do contexto a avaliação dos princípios pode *mudar de sinal*, o fato de se atribuir maior importância a um deles, em determinada situação, não invalida nem desqualifica a pauta que se deixou de aplicar, porque a sua preterição terá decorrido exclusivamente da análise das *circunstâncias* do caso, não valendo, por isso mesmo, sequer como precedente. É que, ao contrário das regras de direito, os princípios jurídicos - porque são *mandatos de otimização* e não *ordenações de vigência* - , podem e devem ser aplicados na medida do possível e com diferentes graus de efetivação.

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

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

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

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

3. Métodos e princípios da interpretação constitucional

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

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

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

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

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

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

e) *método normativo-estruturante*: na tarefa de concretização da norma constitucional, o intérprete-aplicador deve considerar tanto os elementos resultantes da interpretação do programa normativo, quanto os decorrentes da investigação do domínio normativo, a que correspondem, na doutrina tradicional, respectivamente, a norma propriamente dita e a situação normada, o texto e a realidade social que o mesmo intenta conformar.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política

Aceitando-se que não existe norma jurídica, senão norma jurídica *interpretada*; que o direito, em sua concreta existência, é aquele "declarado" pelos juizes e tribunais; que a norma jurídica não é o pressuposto, mas o *resultado* da sua interpretação; e que a interpretação constitucional é uma hermenêutica de princípios, uma atividade que opera com *fórmulas lapidares* ou com enunciados abertos, indeterminados e plurissignificativos; se isso tudo for admitido, então poderemos dizer - na linha do pensamento de Kelsen - que não existe inconstitucionalidade *em si*, mas apenas inconstitucionalidade *declarada*; que só *ocorrem* conflitos entre lei e Constituição onde algum ordenamento jurídico atribua competência a determinado órgão para *provocar* essa ocorrência; que, por isso mesmo, toda decisão pela inconstitucionalidade de uma lei, embora aparentemente declaratória, será necessariamente *constitutiva* dessa inconstitucionalidade; que, finalmente, à luz das modernas construções hermenêuticas da jurisdição constitucional - do tipo *interpretação conforme, apelo ao legislador, declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto* e, especialmente, a *declaração total de inconstitucionalidade com gradação dos efeitos* - , as decisões sobre a constitucionalidade/inconstitucionalidade das leis assumiram a feição de juízos de conveniência e de oportunidade, para cuja formulação as cortes que os emitem parecem haver trocado a lógica do racional pela lógica do razoável, e o império das regras pela soberania dos princípios.

Nessa linha de raciocínio - que ousaríamos chamar *fática, livre e realista* - e ainda acompanhando o pensamento do maior jurista do século XX, pode-se dizer, igualmente, que sem aquela declaração de

incompatibilidade, proferida pelo órgão a tanto legitimado, nenhuma norma será reputada inconstitucional; que onde a Constituição não atribuir a algum órgão, distinto do que produz as leis, a prerrogativa de aferir-lhes a constitucionalidade, norma alguma poderá reputar-se *inconstitucional*; e que, finalmente, enquanto não for anulada - e nos limites em que o seja - toda lei é simplesmente *constitucional*.

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

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

Entre nós, merece registro especial - até porque remete aos mais importantes estudiosos do tema - o trabalho de Almiro do Couto e Silva *Princípios da legalidade da Administração e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*, um primoroso ensaio que o mestre gaúcho dedicou à análise do princípio da segurança jurídica em suas interseções com o princípio da legalidade da Administração Pública, sob a ótica de que esse último princípio, "até então tido como incontrastável, encontrava limites na sua aplicação, precisamente porque se mostrava indispensável resguardar, em certas hipóteses, como interesse público prevalecente, a confiança dos indivíduos em que os atos do Poder Público, que lhes dizem respeito e outorgam vantagens, são atos regulares, praticados com a observância das leis".

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

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

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

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

São desse estudo exploratório as seguintes observações críticas:

"Com essa fórmula, inspirada imediatamente na Constituição Portuguesa de 1976, mas historicamente amadurecida na experiência da nossa jurisdição constitucional, tem-se em mira atenuar as conseqüências das declarações de inconstitucionalidade, em ordem a impedir que, por amor aos princípios, os juizes acabem contrariando a natureza das coisas, desnecessariamente aliás, porque a Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo, como bem salientaram os autores do projeto."

Conscientes da gravidade e do risco de se atribuir semelhante prerrogativa a um tribunal - mesmo que essa corte seja o Supremo Tribunal Federal - , gravidade e risco que se potencializam pelo caráter aberto e indeterminado dos conceitos de segurança jurídica e de excepcional interesse social, cuidaram os idealizadores da proposta de justificá-la à exaustão, certamente atentos à advertência de que o abandono dos precedentes exige não apenas a explicação ordinária das razões de fato e de direito que fundamentaram essa mudança de posição, como também uma justificação adicional dos motivos que levaram o intérprete a se afastar do critério anterior.

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

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

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

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

Num caso, como no outro, i.e., tanto na ação direta de inconstitucionalidade, como na arguição de descumprimento de preceito fundamental, se o STF julgá-las procedentes, mas ainda assim - tendo em vista aquelas razões de *segurança jurídica* ou de *excepcional interesse social* - resolva graduar os efeitos dos respectivos veredictos, as normas e os atos declarados contrários à Constituição serão "recepcionados" *como se fossem emendas - pontuais e transitórias - ao texto da Lei Maior, reputando-se válidos pelo tempo em que se "tolerar" a sua inconstitucional eficácia.*

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

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

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

Por outras palavras, embora *ainda* constitucional, aos olhos do tribunal a situação *tende* se tornar inconstitucional, exigindo do Parlamento uma pronta atuação para estancar o processo e impedir seu desfecho. Via de regra, esses apelos têm sido atendidos, dando ensejo a profundas reformas legislativas,

como registra em sua erudita tese de doutoramento o ilustre constitucionalista Gilmar Ferreira Mendes.

A essa luz, portanto, o que antes era tratado como enfermidade incurável, sob a lógica do *tudo ou nada* - sabidamente insuficiente para resolver as crises dos negócios humanos - , agora passa a ser visto apenas como um *estado de tensão*, próprio da interpretação constitucional como hermenêutica de princípios , um mal-estar passageiro, que sob a *lógica do razoável* não exige as traumáticas soluções cirúrgicas, até porque se trata de um simples incômodo, não de uma doença fatal...

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Conclusão

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

* * *

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

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

Sobre esse conceito, ver Gomes Canotilho. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra, Almedina, 1998, pág. 1033.

Sobre *mudança* ou transição constitucional, ver também Gomes Canotilho, op. cit., págs.1101/1103; Anna Cândida da Cunha Ferraz, Processos informais de mudança da Constituição. São Paulo, Max Limonad, 1986, pág.10.

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

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

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

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

Sobre as origens sociais do pensamento, ver Karl Mannheim. Ideologia e Utopia. Rio, Zahar, 1968; Karl Mannheim, Wright Mills e Robert Merton. Sociologia do Conhecimento. Rio, Zahar, 1967; Adam Schaff. História e Verdade. São Paulo, Martins Fontes, 4ª ed., 1987; sobre os diversos sentidos e funções de *ideologia*, ver Luis Villoro. El concepto de ideología. México, Fondo de Cultura Económica, 1985; sobre a pré-compreensão na experiência hermenêutica, ver Hans-Georg Gadamer. Verdad y Método. Salamanca, Sígueme, 1993, págs.331/377; sobre a impossibilidade antropológica do juiz "asséptico", ver Eugenio Raúl Zafaroni. Estructuras Judiciales. Buenos Aires, Ediar, 1994, págs.199/205; e, especificamente, sobre ideologia e interpretação do direito, ver Luis Prieto Sanchís. Ideologia e Interpretación Jurídica. Madrid, Tecnos, 1987.

O Poder Judiciário na Constituição de 1937. in Direito Constitucional. Rio, Forense, 1942, pág. 367. Nessa mesma linha de pensamento, registre-se que nos albores da República, quando do julgamento do célebre pedido de *habeas corpus* em favor dos perseguidos políticos de Floriano Peixoto, Rui Barbosa, invocando a doutrina norte-americana, assim definiu a posição do STF no jogo dos poderes do Estado: " Intérprete final da

Constituição (Dicey), o Supremo Tribunal Federal é, pois, o último juiz da sua própria autoridade (Cooley)". Cf. Edgard Costa, Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Rio, Civilização Brasileira, 1964, 1º vol., pág. 22.

Para uma visão precisa dos diferentes métodos e princípios utilizados na interpretação constitucional, ver Ernst-Wolfgang Böckenförde. *Los métodos de la interpretación constitucional - Inventario y crítica*, in Escritos sobre Derechos Fundamentales. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, págs. 13/43; e Gomes Canotilho. Direito Constitucional, cit. , págs. 1084/1087 e 1096/1099.

La tecla para una ciencia jurídica estimativa, in El actual pensamiento jurídico norteamericano.

Buenos Aires, Editorial Losada, 1951, págs. 144/145.

Op. cit., pág. 125.

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

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

Gomes Canotilho. Direito Constitucional, cit., pág. 1074.

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

Relembre-se, a propósito, que em tema de aplicação do direito, ontem como hoje, o problema crucial é a *eleição do método* (Arthur Kaufmann. Filosofia del derecho. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pág. 194), que não existe uma ordem precisa, nem uma relação hierárquica fixa entre os critérios de interpretação, o que acaba se convertendo em *veículo da liberdade do juiz* (Martin Kriele, *apud* Karl Larenz. Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa, Gulbenkian, 1978, pág. 394, e Christopher Wolfe, La transformación, cit., pág.77); que "todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto" (Hans Kelsen. Teoria Pura do Direito. Coimbra, Arménio Amado, 1962, vol. II, pág. 290) ; que "a questão do *método justo* em direito constitucional é um dos problemas mais controvertidos e difíceis da moderna doutrina juspublicística" e que, "no momento actual, a interpretação das normas constitucionais é um *conjunto de métodos*, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares" (Gomes Canotilho. Direito Constitucional, cit., pág. 1084).

Juizes Legisladores?. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, pág. 92.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs.86/87.

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

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

Direito Constitucional, cit., pág. 1084.

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

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

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

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

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

Teoría General del Derecho y del Estado. México, UNAM, 1969, págs. 185/190.

Op. cit., pág. 187.

In Revista de Direito Público, n.º 84, outubro-dezembro de 1987-Ano XX, São Paulo, RT, pág. 47.

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

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

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

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

Inocência Mártires Coelho. Interpretação Constitucional. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1997, pág.98.

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

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

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

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

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

A propósito das relações entre os fatos sociais e as normas jurídicas, cf. nosso A defesa da livre concorrência na Constituição de 1988, in Revista Arquivos do Ministério da Justiça, n.º 184, jul./dez. 1994, págs. 5/18.

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

Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Demonstração de inexistência de outro meio eficaz*

Gilmar Ferreira Mendes

Procurador da República; Professor Adjunto da Universidade de Brasília - UnB; Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB (1988), com a dissertação "Controle de Constitucionalidade: Aspectos Políticos e Jurídicos"; Doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha - RFA (1990), com a dissertação "Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal", publicada na série "Schriften zum Öffentlichen Recht", da Editora Duncker & Humblot, Berlim, 1991 (a tradução para o português foi publicada sob o título "Jurisdição Constitucional", Saraiva, 1996). O autor exerce, atualmente, o cargo de Advogado-Geral da União.

A Lei n.º 9.882, de 1999, impõe que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4, § 1º).

À primeira vista, poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para afastar a eventual lesão poder-se-ia manejar, de forma útil, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no direito alemão e no direito espanhol para, respectivamente, o recurso constitucional e o recurso de amparo, acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático.

De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que, na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo, deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão – contido no art. 4, § 1º, da Lei n.º 9.882, de 1999, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global.

Nesse sentido, se se considera o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta inclusive da legitimação ativa), meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.

Convém observar que, no direito alemão, a *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional) está submetida ao dever de exaurimento das instâncias ordinárias. Todavia, a Corte Constitucional pode decidir de imediato um recurso constitucional, se se mostrar que a questão é de interesse geral ou se demonstrar que o requerente poderia sofrer grave lesão caso recorresse à via ordinária (Lei Orgânica do Tribunal, § 90, II).

Como se vê, a ressalva constante da parte final do § 90, II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã confere-lhe uma ampla discricionariedade, tanto para conhecer das questões fundadas no interesse geral (*allgemeine Bedeutung*), quanto daquelas controvérsias baseadas no perigo iminente de grave lesão (*schwerer Nachteil*).

Assim, tem o Tribunal Constitucional admitido o recurso constitucional, na forma antecipada, em matéria tributária, tendo em vista o reflexo direto da decisão sobre inúmeras situações homogêneas. A Corte considerou igualmente relevante a apreciação de controvérsia sobre publicidade oficial, tendo em vista o seu significado para todos os partícipes, ativos e passivos, do processo eleitoral. No que concerne ao controle de constitucionalidade de normas, a posição da Corte tem-se revelado enfática: "*apresenta-se, regularmente, como de interesse geral a verificação sobre se uma norma legal relevante para uma decisão judicial é inconstitucional*".

No direito espanhol explicita-se que cabe o recurso de amparo contra ato judicial desde "*que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía recursal*" (Lei Orgânica do TC, art. 44, I). Não obstante, a jurisprudência e a doutrina têm entendido que, para os fins da exaustão das instâncias ordinárias, "*não é necessária a interposição de todos os recursos possíveis, senão de todos os recursos razoavelmente úteis*".

Nessa linha de entendimento anotou o Tribunal Constitucional espanhol:

"Al haberse manifestado en este caso la voluntad del órgano jurisdiccional sobre el mismo fondo de la cuestión planteada, há de entenderse que la finalidad del requisito exigido en el art. 44, 1, a de la LOTC se há cumplido, pues el recurso hubiera sido en cualquier caso ineficaz para reparar la supuesta vulneración del derecho constitucional conocido" (auto de 11 de fevereiro de 1981, n. 19).

Vê-se, assim, que também no direito espanhol tem-se atenuado o significado literal do princípio da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias ordinárias, até porque, em muitos casos, o prosseguimento nas vias ordinárias não teria efeitos úteis para afastar a lesão a direitos fundamentais.

Observe-se, ainda, que a legitimação outorgada ao Ministério Público e ao Defensor do Povo para manejar o recurso de amparo reforça, no sistema espanhol, o caráter objetivo desse processo.

Tendo em vista o direito alemão, Schlaich transcreve observação de antigo Ministro da Justiça da Prússia, segundo a qual "*o recurso de nulidade era proposto pelas partes, porém com objetivo de evitar o surgimento ou a aplicação de princípios jurídicos incorretos*". Em relação ao recurso constitucional moderno, movido contra decisões judiciais, anota Schlaich:

"essa deve ser também a tarefa principal da Corte Constitucional com referência aos direitos fundamentais, tendo em vista os numerosos e relevantes recursos constitucionais propostos contra decisões judiciais: contribuir para que outros tribunais logrem uma realização ótima dos direitos fundamentais".

Em verdade, o princípio da subsidiariedade, ou do exaurimento das instâncias, atua, também, nos sistemas que conferem ao indivíduo afetado o direito de impugnar a decisão judicial, como um pressuposto de admissibilidade de índole objetiva, destinado, fundamentalmente, a impedir a banalização da atividade de jurisdição constitucional.

No caso brasileiro, o pleito a ser formulado pelos órgãos ou entes legitimados dificilmente versará – pelo menos de forma direta – sobre a proteção judicial efetiva de posições específicas por eles defendidas. A exceção mais expressiva reside talvez na possibilidade de o Procurador-Geral da República, como previsto expressamente no texto legal, ou qualquer outro ente legitimado, propor a argüição de descumprimento a pedido de terceiro interessado, tendo em vista a proteção de situação específica. Ainda assim, o ajuizamento da ação e a sua admissão estarão vinculados, muito provavelmente, ao significado da solução da controvérsia para o ordenamento constitucional objetivo e não para a proteção judicial efetiva de uma situação singular.

Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da argüição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, ou, ainda, a ação direta por omissão, não será admissível a argüição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla e geral e imediata, há de se entender possível a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

É o que ocorre, fundamentalmente, nos casos relativos ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da argüição de descumprimento.

Também é possível que se apresente argüição de descumprimento com pretensão de ver declarada a constitucionalidade de lei estadual ou municipal que tenha sua legitimidade questionada nas instâncias

inferiores. Tendo em vista em vista o objeto restrito da ação declaratória de constitucionalidade, não há cogitar aqui de meio eficaz para solver, de forma ampla, geral e imediata, eventual controvérsia instaurada.

Afigura-se igualmente legítimo cogitar de utilização da argüição de descumprimento nas controvérsias relacionadas com o princípio da legalidade (lei e regulamento), uma vez que, assim como assente na jurisprudência, tal hipótese não pode ser veiculada em sede de controle direto de constitucionalidade.

A própria aplicação do princípio da subsidiariedade está a indicar que a argüição de descumprimento há de ser aceita nos casos que envolvam a aplicação direta da Constituição – alegação de contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre interpretação adotada pelo Judiciário que não envolva a aplicação de lei ou normativo infraconstitucional.

Da mesma forma, controvérsias concretas fundadas na eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo podem dar ensejo a uma pletera de demandas, insolúveis no âmbito dos processos objetivos.

Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque, tal como assinalado, o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva.

Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a argüição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem capazes, a mais das vezes, de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. A necessidade de interposição de uma pletera de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do Supremo Tribunal Federal e das próprias Cortes ordinárias.

A propósito, assinalou o Ministro Sepúlveda Pertence, na ADC n. 1, que a convivência entre o sistema difuso e o sistema concentrado *"não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará, se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito"*.

A possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes dos pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar uma ameaça a preceito fundamental (pelo menos, ao da segurança jurídica), o que também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da argüição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição imediata da controvérsia mostrar-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria idéia de prestação judicial efetiva.

Ademais, a ausência de definição da controvérsia – ou a própria decisão prolatada pelas instâncias judiciais – poderá ser a concretização da lesão a preceito fundamental. Em um sistema dotado de órgão de cúpula que tem missão de guarda da Constituição, a multiplicidade ou a diversidade de soluções pode constituir-se, por si só, em uma ameaça ao princípio constitucional da segurança jurídica e, por conseguinte, em uma autêntica lesão a preceito fundamental.

Assim, tendo em vista o perfil objetivo da argüição de descumprimento, com legitimação diversa, dificilmente poder-se-á vislumbrar uma autêntica relação de subsidiariedade entre o novel instituto e as formas ordinárias ou convencionais de controle de constitucionalidade do sistema difuso, expressas, fundamentalmente, no uso do recurso extraordinário.

Como se vê, ainda que, aparentemente, pudesse ser o recurso extraordinário o meio eficaz de superar eventual lesão a preceito fundamental nessas situações, na prática, especialmente nos processos de massa, a utilização desse instituto do sistema difuso de controle de constitucionalidade não se revela plenamente eficaz, em razão do limitado efeito do julgado nele proferido (decisão com efeito entre as partes).

Assim sendo, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da argüição de descumprimento. Ao contrário, tal como explicitado, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, as mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.

Essa leitura compreensiva da cláusula da subsidiariedade contida no art. 4º, §1º, da Lei n.º 9.882, de 1999, parece resolver, com superioridade, a controvérsia em torno da aplicação do princípio da exaustão das instâncias.

É fácil ver também que a fórmula da relevância do interesse público, para justificar a admissão da argüição de descumprimento (explícita no modelo alemão), está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro, tendo em vista especialmente o caráter marcadamente objetivo que se conferiu ao instituto.

Assim, o Tribunal poderá conhecer da argüição de descumprimento toda vez que o princípio da segurança jurídica restar seriamente ameaçado, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional.

. Cf. BVerfGE 19, 268 (273); BVerfGE 62, 338 (342); ver também Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht*, 4a edição, 1997, p. 162.

. Cf. BVerfGE 62, 230 (232); 62, 117 (144), Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 162.

. Cf. BVerfGE 91, 93 (106).

. Cf. Almagro, Jose, *Justicia Constitucional, Comentarios a la Ley Organica del Tribunal Consittucional*, 2ª ed., Valencia, 1989, p. 324.

. Cf. Almagro, op. Cit., p. 325. Anote-se que, na espécie, os recorrentes haviam interposto o recurso fora do prazo.

. Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 1997, p. 184.

. Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 184.

. Cf., a propósito, Zuck, Rüdiger, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, p. 13 s.

Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União "seguradora universal"?

Gilmar Ferreira Mendes
Doutor em Direito pela Universidade de Münster
Advogado-Geral da União

Algumas práticas interpretativas no Direito conduzem a equívocos notáveis, nos quais uma visão parcial do problema compromete a correta aplicação das Leis e da Constituição. Entretanto, os equívocos passam a não mais ser aceitáveis quando assumem uma feição de patologia institucional. É o que vem ocorrendo, desde há alguns anos, no tocante à interpretação das regras jurídicas referentes à responsabilidade civil do Estado.

O Direito brasileiro, como é sabido por todos, aceita a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Mas será que isso quer dizer a responsabilidade do Poder Público por qualquer fato ou ato, comissivo ou omissivo no qual esteja envolvido, direta ou indiretamente? Qualquer acadêmico de Direito que tenha uma mínima noção dos requisitos para a configuração dessa responsabilidade civil sabe que não.

Porém, alguns de nossos juristas e magistrados têm-se servido de um conceito amplíssimo de responsabilidade objetiva, levando às raias do esoterismo a exegese para a definição do nexa causal. A esse respeito, alguns exemplos podem indicar a dramaticidade do problema, que não se restringe a discussões meramente acadêmicas – ao contrário, tratam do próprio núcleo do interesse público.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.º 220.999, corrigiu uma dessas perplexidades. A hipótese, em resumo, era de uma empresa que pleiteava ressarcimento por cessação de lucros decorrentes da interrupção do escoamento de sua produção após a suspensão da prestação de serviço de transporte fluvial pela sociedade de economia mista federal FRANAVE. Para o espanto de todos, a decisão de 1ª instância, confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, entendia que a União tinha o dever de manter em funcionamento a sociedade, mesmo que não houvesse qualquer previsão legal a respeito, nem obrigação de continuidade dos serviços entre a FRANAVE e a autora da ação. Pior, a decisão funda-se num misto de responsabilização da União pela edição de atos legislativos referentes à possibilidade de cessão dos bens da FRANAVE para os Estados e Municípios no processo de desestatização e responsabilização pela desativação da empresa, acusada como omissão da União. Em última análise, o que pleiteava a empresa era o direito ao lucro garantido, a ser custeado pelo Estado.

Graças à atuação diligente da Procuradoria da União em Pernambuco, o STF fez o bom senso voltar aos autos, corrigindo grave e lamentável equívoco do TRF da 5ª Região ao interpretar de forma precisa o nexa causal exigido para a apuração da responsabilidade.

Não paremos por aí. As companhias aéreas, beneficiárias de extensos estímulos e subvenções em determinado período, pleiteiam ressarcimentos por parte da União, em razão de supostas defasagens nas tarifas aéreas decorrentes de planos econômicos. Também os empresários do setor sucro-alcooleiro pretendem ser ressarcidos pela União por supostos prejuízos ocorridos no período compreendido entre março/85 e outubro/89, decorrentes da política econômica adotada pelo Governo Federal para o setor. Naquele período, o extinto Instituto do Alcool e do Açúcar – IAA era encarregado de definir os preços, tendo por subsídio levantamento de custos médios efetuados pela FGV. O fundamento das decisões judiciais é a infundada ilicitude decorrente da violação da Lei nº 4.870/65, pois o IAA não reconhecia caráter vinculante aos levantamentos da FGV, e essa equivocada presunção de ilícito determinou a incidência de correção monetária e juros desde a data da suposta lesão a direito. Em verdade, essas decisões violaram a Lei nº 4.870/65, bem como o DL nº 2.335/87 e a Lei nº 7.730/89 (oriunda da MP nº 32/89), que legitimavam a fixação dos preços pelas autoridades públicas ou determinavam congelamentos de preços.

O cortejo de aberrações não termina, e esses pleitos, pulverizados dentro da brutal massa de processos

judiciais em curso, passam despercebidos, arrimados freqüentemente em laudos e pareceres técnicos de duvidosa idoneidade.

Alguns juízes entendem que estão a criar uma jurisprudência libertária quando condenam a União – significa dizer, a pobre sociedade brasileira – a pagar vultosas indenizações a segmentos largamente privilegiados, seja com a política de subsídios do passado, seja com a generosa hermenêutica do presente.

Por mais que se faça um pretenso juízo de equidade, constitui-se em abuso querer transformar o Poder Público em salvador de empresas com gestões comprometidas e concebidas dentro do peculiar conceito de capitalismo "à brasileira", no qual os lucros são apropriados e os prejuízos são socializados.

A consideração central a se fazer é, se determinados planos econômicos ou se determinadas políticas públicas afetaram toda a sociedade, por que razão pretenderiam alguns privilegiados encontrar numa atuação global do Poder Público umnexo de causalidade com eventual prejuízo. Essa obscura lógica só pode encontrar respaldo numa visão distorcida de Estado, protetora de privilégios e de corporativismos.

É necessário, portanto, identificar-se no Estado Democrático de Direito a formação do interesse público calcado em interesses universalizáveis e publicamente justificáveis. As razões e os interesses forjados em um discurso e uma prática corporativa, em sentido contrário, são unilaterais, sectários, e, freqüentemente, obscurantistas.

O que tem ocorrido, lamentavelmente, é a usurpação de instrumentos normativos destinados à proteção da cidadania para proteger privilégios, e os casos aqui abordados representam apenas parcela das conspirações sectárias que se fazem hoje para cooptar o interesse público para a defesa de interesses obscuros e injustificáveis. A tarefa de todos, nesse contexto, é desenvolver uma percepção crítica, para permitir-se a identificação e a denúncia das tentativas ilegítimas de apropriações indevidas de recursos da sociedade brasileira.