INTERPRETAÇÃO E TEORIA DOS VALORES: RETORNO À CONSTITUIÇÃO*

INTERPRETAZIONE E TEORIA DEI VALORI: TORNARE ALLA COSTITUZIONE

Gaetano Azzariti**

Recebido para publicação em julho de 2005

Resumo: Este artigo analisa a idéia de Constituição através do sentido normativo: a legalidade suprema cabível nas cláusulas constitucionais vem de um inigualável conteúdo, este é o primeiro princípio, ao mesmo tempo definindo a sua função e natureza. Esta regra estrutural tem um princípio especial em variadas democracias, desde que interpretar uma Constituição signifique diferentes adequações, mas com flexibilidade de entendimento. Isto envolve uma crescente função para o intérprete, que não deve esquecer-se sobre a estrutura constitucional, evitando a tendência em direção das normas interpretativas sem vínculos textuais.
Palavras-chave: Constituição. Sentido "normativo". Princípios constitucionais. Interpretação constitucional. Restrições textuais.

Riassunto: L'articolo prende le mosse dall'analisi del concetto di Costituzione nel suo significato "normativo": la superiore legalità assegnata al testo costituzionale viene ricondotta allo specifico contenuto di valore, che ne contraddistingue il ruolo e il carattere. Tale contenuto valoriale acquista una specifica valenza nelle democrazie pluraliste, contrassegnando l'interpretazione costituzionale come un'operazione di ponderazione, bilanciamento e composizione di valori "aperti". L'accresciuto compito che da ció deriva per l'interprete deve tuttavia mettere in guardia dal pericolo di fuga dal testo costituzionale, per scongiurare una creazione ermeneutica della "norma" sciolta dai vincoli testuali.
Parole chiave: Costituzione. Valore normativo. Valori costituzionali. Interpretazione costituzionale. Vincoli testuali.

Abstract: The essay analyses the idea of Constitution through its "normative" meaning: the supreme lawfulness due to the constitutional provisions comes from its unique content, that is a principled one, at the same time marking its role and nature. That principled one, at the same time marking its role and nature. That principled structure has a special value in pluralistic democracies, since interpreting a Constitution means balancing different, but open values. It involves a growing role for the interpreter, who must not forget about the constitutional frame, so as to avoid a trend toward interpretative norms without textual ties.
Key Words: Constitution. "Normative" meaning. Constitutional values. Constitutional interpretation. Textual constraints.

1. A Centralidade da Constituição

O ponto de partida da minha análise será o conceito de Constituição. Creio realmente que não é possível compreender o papel especifico da interpretação constitucional sem antes entender qual é o significado exato da Constituição, esclarecendo que papel cumpre nos atuais ordenamentos democráticos e pluralistas. É conhecido, que o papel das Constituições muda radicalmente na passagem do "Estado de direito" ao "Estado constitucional". Uma evolução que envolve e transforma as formas das nossas democracias, confere o fundamento de legitimação aos ordenamentos

* Texto traduzido por Juliana Salvetti.

** Professor Ordinário de Direito Constitucional da Universidade de Roma, "La Sapienza". Coord. Doutorado de pesquisa em Direito Constitucional e Direito Público Geral – Universidade de Roma "La Sapienza", Faculdade de Jurisprudência – Seção de Direito Público.

jurídicos contemporâneos, impõe refletir sobre algumas categorias fundamentais do Estado liberal do século XIX, transforma profundamente a lógica e a essência dos processos hermenêuticos, aqueles, em especial, relativos à interpretação constitucional. O dado mais evidente e relevante da mutação acontecida é representado pelo fato que a centralidade da Constituição substitui a centralidade da lei. Uma centralidade, aquela constitucional, que permeia todo ordenamento, condicionando toda interpretação jurídica, e que alcança o cerne do princípio de legitimação dos ordenamentos estatais. Foi sustentado por alguns (na Itália, por A. Baldassarre) que com a imposição do Estado constitucional estabeleceu-se uma "dupla legalidade", aquela ordinária e aquela constitucional. Gostaria de acrescentar que as duas legalidades não devem ser entendidas como ordenadas igualmente entre si (ou "paralelas"), ao contrário, uma (aquela constitucional) predomina em superioridade sobre a outra (aquela ordinária). Esse é um dos ensinos fundamentais que, o juiz Marshall, no longínquo ano de 1803, nos confiou, e é aqui que se reencontra a mesma razão fundamental do juízo de constitucionalidade das leis. É por isso que hoje se deve distinguir entre uma legalidade "superior" (da Constituição) e uma "inferior" (da lei ordinária). Uma superioridade que se impõe em cada especialidade do direito, constituindo o princípio de legitimação das normas e do inteiro ordenamento, portanto o centro do sistema. Uma centralidade lógica mais ainda que axiológica, formal além de substancial, fundamental do total sistema jurídico nacional moderno, que não pode, pois, ser renegada, sob pena de uma dissolução do princípio constitutivo do ordenamento.

Certamente, também a legalidade "superior" constitucional deve avaliar o princípio de efetividade, mas também as transformações dos ordenamentos e do pluralismo desses. Podemos assim constatar que, atualmente, um dos mais problemáticos e agudos momentos de crise dos Estados constitucionais é representado pelo surgir de outras legalidades que, às vezes, se impõem à própria legalidade constitucional, colocando-se "de fato", nesse caso, em uma condição "suprema": a legalidade "comunitária" e aquela determinada pelos equilíbrios, pelas instituições e pelos relacionamentos (de força) internacionais. Esse acontecimento, freqüentemente subestimado nas reflexões dos constitucionalistas, submete o sistema constitucional, no seu conjunto, e a legalidade que ele exprime, a uma grave tensão, ou, até mesmo, a uma verdadeira crise. Nesse ponto, - de extrema ênfase *também* para a interpretação constitucional – limito-me em afirmar que o incremento dos processos de globalização e inteiração, entre os diferentes sistemas e ordenamentos jurídicos, além de impor as "soberanas" decisões internacionais *extra ordinem natae,* não podem colocar em dúvida a centralidade da Constituição nos ordenamentos nacionais, sob ameaça da perda das premissas de legitimidade do ordenamento, o que equivaleria negar a própria existência de um ordenamento autônomo nacional. Ninguém, até hoje, parece-me disposto a tanto.

Finalmente, é relevante que a centralidade da Constituição se torne absoluta e penetrante, manifestando as suas virtualidades máximas, no processo constitucional. Centralidade absoluta, pois sob o ponto de vista formal, a Constituição e as leis constitucionais estabelecem-se como parâmetros de ajuizamento. Mas, analisando bem, trata-se de uma centralidade essencialmente penetrante uma vez que se destaca especialmente no plano lógico conceitual. Tanto é, que, a jurisprudência da Corte constitucional italiana, pôde causar a falta da unicidade formal do parâmetro, fazendo ascender outros tipos diversos

de fontes a parâmetro: as normas intermediárias e, especialmente, os regulamentos comunitários. Ao contrário esses últimos, tornaram-se já "super parâmetros", capazes de renunciar à própria definição das competências constitucionalmente prescritas, não encontrando outros limites a não ser aquele dos princípios supremos.

Para compreender como se manifesta, na Constituição, a centralidade na interpretação constitucional, e em especial no processo constitucional, é oportuno, em seguida, examinarmos o conceito de Constituição: antes individualizando o caráter e o papel exato das Constituições nas democracias pluralistas, e, logo após, analisando a característica e peculiar "estrutura" das normas constitucionais.

2. O Valor Normativo da Constituição

A respeito do primeiro aspecto, deve ser enfatizado que as Constituições podem ser consideradas um "conjunto de valores" (o caráter das Constituições), que impõem a "legalidade suprema" (o papel das Constituições).

É notável o modo que, durante o século XX (sobretudo nas Constituições do segundo pós-guerra), caráter e desempenho das Constituições entrelaçaram-se cada vez mais, a ponto de serem confundidos. Dessa maneira, se é fato que os valores constitucionais (e a ordem geral por eles definida) encontram uma sua especificidade à medida que são expressos em um texto constitucional que se impõe na qualidade de *lei superior*, e é fato ainda o inverso, e, em outras palavras, que a superioridade da lei constitucional se impõe graças ao conteúdo específico de valor expresso pelo texto constitucional. Ambos os aspectos (caráter e papel das Constituições) convergem para caracterizar aquilo que parece ser o problema essencial do constitucionalismo do século XX: identificar e definir – ou segurar (do ponto de vista conceitual) para depois assegurar (do ponto de vista positivo) – o peculiar *valor* normativo dos textos constitucionais.

Um problema – aquele do valor normativo das Constituições – antigo, mas que, atualmente, assume específicos aspectos nas democracias pluralistas; tanto no caráter, quanto no papel das Constituições.

Pelo que se refere ao caráter das Constituições parece ser decisivo considerar como, nas democracias pluralistas, os valores expressos pelas Constituições possuem uma fundamental e peculiar qualidade, a de ser "valores abertos" e não tirânicos (sobre isso, ver a análise feita por G. Zagrebelsky). Valores que, mesmo, revelando os princípios gerais de convivência social, com a força característica da *lei superior*, não aspiram, contudo, ser absolutos. Uma ampla margem, além disso, foi deixada às "políticas constitucionais" e à liberdade do "não constituído" (sobre isso ver as teses de V. Angiolini). A mesma questão do "equilíbrio entre valores" (sobre isso ver entre tantas análises de A. Baldassarre), coloca-se somente como conseqüência da especial qualidade que é própria dos "valores constitucionais" das democracias pluralistas.

Realmente, é evidente que, se os valores fossem considerados absolutos e fechados, não existiria lugar nem possibilidade para nenhum tipo de equilíbrio, cada valor afirmar-se-ia (ou seria negado) na sua integridade e na sua absoluta "pureza" incontaminada. Dessas primeiras observações, deduz-se como a relativização dos valores expressos nas Constituições pluralistas, por um lado, incide profundamente sobre processos hermenêuticos (mas também sobre reais processos de transformação dos ordenamentos jurídicos) ampliando o espaço do intérprete das Constituições, mas, além disso, pretendendo um maior ri-

gor lógico-analítico das interpretações, por outro lado, não enfraquece (nem tampouco soluciona), ao contrário, acentua (e até complica) o problema do *valor* normativo dos textos constitucionais.

Considerando-se o papel das constituições nas democracias pluralistas, o problema do *valor* normativo dos textos constitucionais acentua-se e complica-se cada vez mais. Além do mais, não parece ser mais suficiente como aparentava ser ainda possível no século XIX, afirmar simplesmente o papel de *lei superior* das constituições, torna-se ainda necessário especificar do ponto de vista conteudístico esse papel, para depois lhe conferir a "solidez".

Uma especificação estabelecida pelo fato que, ausente da composição homogênea da sociedade política ativa, não é mais possível pré-supor a capacidade ordenadora das constituições, não é possível presumir que os textos constitucionais, só porque emanados e formalmente vigentes, estejam aptos a se posicionar – como é próprio de cada Constituição moderna – como lugar de unificação e de integração do inteiro sistema. Nas democracias pluralistas, as Constituições para serem respeitadas (do ponto de vista normativo, mas, ainda mais, social) e, portanto, poderem ser legitimamente posicionadas no vértice do sistema político-institucional (como *higher law*), devem comprovar a capacidade para desenrolar a função de integração social que se põe no autêntico fundamento de legitimação. Fundamento de legitimação muito mais importante, porque, em relação ao passado, a Constituição consolidou-se o único instrumento – o último baluarte – para garantir a unidade política (além da social, cultural, mas também a normativa) de um povo. Uma unidade não mais sustentada não somente pela Constituição, mas por outros instrumentos tradicionais (pelo menos na Europa) de unificação dos povos: a Coroa, a homogeneidade de classe e a tradição. Isso define o problema do *valor* normativo dos textos constitucionais, deixa ao mesmo tempo evidente a ligação, nesse ponto indissolúvel, entre o conteúdo e o papel das Constituições, entre o conjunto de valores constitucionalmente definidos e a capacidade das Constituições de expressar a legalidade suprema do ordenamento. Uma Constituição *lei superior*, nas atuais democracias pluralistas, é só aquela Constituição que manifesta a sua legalidade suprema, através da imposição dos valores por ela expressos.

3. Valores e Princípios Constitucionais

A ligação entre conteúdo e papel das Constituições, mas também o problema correlacionado do valor normativo dessas, induz à apreciação que a análise dos textos constitucionais (e conseqüentemente a sua interpretação) pleiteia um exame – não só formal, mas também substancial – que tenha, antes de tudo, domínio sobre a estrutura específica dos enunciados constitucionais.

Segundo alguns, os enunciados constitucionais distinguem-se dos outros enunciados normativos como expressão dos "valores": "normas de valor", não apenas meras "regras de comportamento".

Nessa perspectiva, trata-se de, antes de qualquer coisa, compreender qual é o significado para ser atribuído ao conceito de "valor" (constitucional), e, principalmente, qual é a relação entre esse e os enunciados constitucionais. Trata-se, pois, de esclarecer essencialmente qual é a relação entre valor e texto constitucional. A fundamental questão, agora lembrada, foi regularmente discutida entre os constitucionalistas italianos (mas não somente entre os constitucionalistas e nem só na Itália), investigando a relação entre "valores" e "princípios" constitucionais (uma perspectiva que, na realidade, se mostra

redutiva referente à complexidade da problemática mencionada).

Sem entrar na *querela* entre os defensores da identidade ou da diversidade entre os valores e princípios, podemos limitar-nos a algumas rápidas, mas essenciais, considerações. A distinção entre valores e princípios (além dos campos rigorosamente filosóficos e éticos) pertence essencialmente à visão epistemológica, não interessa, porém, nesse momento o aspecto da relevância jurídica. Isso porque, embora deva ser admitido – do ponto de vista epistemológico – uma quantidade exagerada de significado (e de conteúdo) do valor em relação ao princípio, por outro lado, não se pode separar – colocando-se no lugar do intérprete das Constituições – o significado do significante, o conteúdo do continente, em conclusão o valor pelo seu veículo de positivação, juridicidade e reificação: o princípio, exatamente. Deve ser então estimado que – para o intérprete das Constituições – não existe "valor" sem "princípio". É um dos pais da teoria dos valores, Nicolai Hartmann, que nos adverte que "os valores são também princípios"; embora acrescente, significativamente, que "nem todos os princípios são *também* valores": mas isso vale para apontar o mencionado exagero de significado e de conteúdo dos valores em relação aos princípios, mas, não adequado para sinalizar uma autonomia do valor em relação ao princípio no momento da sua interpretação e relevância jurídica.

Se por essa razão dá-se um significado juridicamente relevante aos valores constitucionais, a discussão deve ser essencialmente sobre os princípios constitucionalmente vigentes, que aqueles valores exprimem e compreendem. Princípios que não podem transcender os valores, mas nem por eles podem ser transcendidos. Tudo o que vale a pena destacar – e não parece estar freqüente na reflexão teórica ou na interpretação dos juizes constitucionais – é que os valores constitucionais não são (não podem ser e nem ao menos podem se tornar) algo de estranho ou autônomo em relação ao texto constitucional, mas assumem um próprio destaque "constitucional" (relevante à interpretação constitucional) se entendidos somente como valores secularizados no texto da Constituição, que encontram um seu previsto (uma sua tradução positiva) nas disposições expressas e nos princípios dedutíveis do texto constitucional.

Depois, pode-se, ainda, garantir licitamente que os valores surgem antes das normas (e dos princípios), e que neles deve ser recuperada, antes do nascimento dos princípios (e das normas), a razão final e a justificação. E de todo relevo são as apreciações que, da aprovação ou pelo menos dessa afirmação, conseguem impetrar; conseqüências que farão referência a mais profunda visão subjetiva da relação entre normas e realidade social. Mas tudo isso não permite superar o ponto decisivo que aqui ficou evidenciado, e no qual podem encontrar um ponto de convergência tanto às tradições jurispositivísticas quanto àquelas jurisnaturalísticas: só a secularização do valor no princípio (aconteça ela sob forma de reconhecimento ou naquela de garantia) torna isso utilizável pelo jurista intérprete das Constituições.

Nesse quadro é possível afirmar que as interpretações da Constituição têm dado basicamente atenção aos seus valores, mas ainda mais adequado, a interpretação da Constituição pode ser prontamente definida como interpretação dos seus princípios-valores, configurando-se essencialmente como uma obra de ponderação, avaliação, decisão em torno e na base dos valores que os princípios exprimem.

Torna-se então necessário voltar a analisar o caráter especifico dos valores constitucionais, avaliando não somente a

qualidade de "valores abertos", mas considerando particularmente as conseqüências que essa sua qualidade produz no plano da interpretação das Constituições, baseando-se nos fatos da estrutura peculiar das normas constitucionais ("normas de valor") no tocante às normas de outro tipo ("regras de comportamento").

4. Interpretação e Dinâmica Constitucional

O caráter específico das normas constitucionais é, portanto aquele de se compor em torno de princípios-valores. Nas democracias pluralistas esses não se colocam, entretanto, como absolutos. Isso impede a "tirania" dos valores e a afirmação de visões constitucionais holísticas, permitindo a convivência de mais valores entre eles teleologicamente diversos ou orientados de forma pluralista (segundo o esquema de memória weberiana do politeísmo dos valores).

É por isso que, o intérprete das Constituições, não deve avaliar tanto o princípio-valor em si, quanto se esforçar em indicar a compatibilidade entre esses, na sua concreta composição. Os princípios-valores de fato se definem e se estruturam colocando-se em uma disposição de relacionamento entre eles. A total valência prescritiva das normas de grau constitucional se modifica, ou até mesmo é condicionada, conforme o enredo que "o conjunto dos valores" vai progressivamente compondo (definindo uma das muitas relações legítimas possíveis entre princípios constitucionais), em uma visão dinâmica e não mais estática do valor normativo das Constituições e da própria legalidade constitucional. A legalidade constitucional para se impor realmente, mesmo em variadas condições históricas-políticas e no âmbito de várias organizações normativas, não pode prescindir, no momento da interpretação das normas, de dar grande valor à mudança das situações de fato e de ordenações: como demonstra a jurisprudência constitucional, com absoluta linearidade, no tocante às "ilegitimidades constitucionais ocorridas".

Nessa perspectiva torna-se, porém, essencial individualizar o limite da incidência da mudança das situações no processo hermenêutico. Esse limite é representado – com base nas considerações expostas no parágrafo precedente e com base no que será tratado em breve – pela recondução, direta e inequívoca, do total projeto hermenêutico ao texto constitucional.

Essa visão "dinâmica" das normas constitucionais e da interpretação constitucional, leva a uma relevante conclusão de caráter geral, que pode ser assim resumida: no plano da interpretação constitucional, nas democracias pluralistas, presencia-se uma *extensão* do espaço e do papel do intérprete (e da interpretação) e, simetricamente, uma *reavaliação* dos vínculos textuais. Tais vínculos, como já foi dito, são constituídos pelos princípios-valores inscritos nas Constituições, os quais dominam a total atividade interpretativa. Isso liga o intérprete ao texto impondo ainda uma exasperação – relativa ao passado e relativa às interpretações não constitucionais – do rigor analítico, mas também pretende uma sintética justificação lógico-conceitual dos processos interpretativos. Pode-se afirmar, como veremos a seguir, que o intérprete das Constituições é obrigado a adotar algumas lógicas argumentativas peculiares, caracterizadas por uma espécie de "eterno retorno": um intérprete que, avaliando os princípios, pode desenvolver operações hermenêuticas complexas e articuladas, mas que, contemporaneamente, deve tornar absolutamente explícita a recondução das interpretações propostas aos pressupostos normativos textuais legitimadores do conjunto da operação hermenêutica,

assim sendo, devendo sempre retornar à Constituição (além disso, a uma Constituição aliada na sua totalidade).

Os dois perfis indicados são entre eles ligados de modo inversamente proporcional: quanto mais extenso o âmbito interpretativo, tanto mais exacerbado o vínculo textual. Essa é a tese que verificarei e esclarecerei a seguir.

5. Interpretação e Estrutura das Disposições Constitucionais

Para um melhor entendimento do espaço interpretativo no campo constitucional, é necessário refletir sobre a variada estrutura das disposições constitucionais no tocante àquelas de direito comum (do direito civil, mas, de forma mais genérica, em relação a todos os tipos de normas das diversas seções do direito nacional). Como foi visto anteriormente, enquanto as primeiras se caracterizam como "normas de valor", as outras se distinguem como "normas de comportamento" (ou "regras de conduta"). Essa distinção referente à estrutura da norma é radical, assumindo um caráter ontológico. Mas ainda há mais: a distinção sinalizada não se limita à estrutura da norma individual, afeta o total sistema de referência (o direito das Constituições) e o conjunto das atividades hermenêuticas e de compreensão do significado das disposições normativas. De qualquer maneira, é o sistema de referência, dentro do qual atuam os vários enunciados normativos, que "estrutura" as normas, subjugando-lhe o mesmo caráter específico (de normas de valor ou de regra de conduta). Isso determina uma diversidade radical entre *todas* as normas de caráter constitucional no tocante aos outros tipos de normas. É fato que, nos textos constitucionais estão presentes normas de comportamento, mas, no meu ponto de vista (sobre isso julgo necessário exprimir uma opinião radical) elas também se classificam continuamente como "normas de valor" e, também, como expressão de princípios-valores.

Um único exemplo será suficiente para explicar o ponto. O art. 13, da Constituição italiana, contém certamente uma norma de comportamento: no prazo de 48 horas, deve-se comunicar à autoridade judicial quanto às medidas provisórias adotadas pela autoridade de segurança pública. Essa é uma norma específica que tem eficácia para determinar um devido comportamento. Quem pode negar que nessa disposição esteja implícito um valor constitucional? O específico articulado constitucional ao qual se atem: aquela norma é a expressão de uma articulação do princípio-valor da liberdade pessoal, devendo colaborar com o seu cumprimento. Todas as normas constitucionais, assim sendo, mais ou menos abertamente, exprimem valores.

Esse incide decididamente sobre os cânones interpretativos e sobre as operações hermenêuticas; antes de tudo acrescendo as responsabilidades do intérprete, o qual não se poderá limitar a uma obra de mera subsunção, ao contrário, enredado no círculo hermenêutico, partícipe do valor. É como se o intérprete tivesse de examinar uma mera subsunção da ocorrência, dentro da norma de comportamento, e devesse tornar inútil o princípio constitucional onde atua o enunciado normativo, ele faria predominar a interpretação concordante ao princípio-valor, no tocante àquele conforme a regra de comportamento. Seria realmente inconstitucional uma lei que mesmo respeitando os termos prescritos (48 horas) tornaria inútil, no entanto, a tutela da liberdade pessoal (durante as 48 horas a pessoa pode ser submetida a todo tipo de impedimento à liberdade). Além disso, o intérprete das normas constitucionais em todo caso (seja qual for a estrutura específica da norma) opera uma avaliação não absoluta (como pode acontecer no caso de regras de

comportamento em campos não constitucionais), mas em conformidade ao sistema total, ou seja, deve ser também pertinente ao conjunto dos outros valores constitucionais. Assim a normativa em relação à medida de polícia, diretamente coligada ao valor da liberdade pessoal, deverá ser considerada pelo intérprete das Constituições, tendo ainda cuidado com os outros princípios-valores constitucionais: daquele do direito de defesa àquele da tutela da ordem pública, e assim por diante.

Dessa maneira, porém, não se delineou ainda o campo exato da interpretação constitucional. Foi somente salientado que essa atua continuamente em um difícil campo e para o cumprimento dos valores constitucionais, e que isso produz uma extensão do espaço interpretativo.

6. Interpretação e Vínculos Textuais

Para compreender qual é o campo pertinente à interpretação constitucional, deve-se levar em conta e esclarecer o sentido do segundo aspecto acima mencionado: a *reavaliação* dos vínculos textuais.

Esses vínculos, rememorados não exatamente com o escopo de promover um retorno ao formalismo, negam, no entanto, que o intérprete seja o artífice da norma constitucional, evitam que o processo interpretativo possa ser admitido como uma criação da norma por parte do intérprete. Reciprocamente deve ser claramente relevado que o conjunto dos valores constitucionais, o conteúdo específico que esses vão curiosamente assumir nos diversos contextos ordinatórios, mas também as regras da sua sistematização, e que representa ao contrário uma diferenciação na atual discussão. Muito freqüentemente (seja aos teóricos, seja aos juizes constitucionais) passa despercebido que os processos interpretativos estão sujeitos a condições às vezes restritas, que vinculam o intérprete porque ditadas pela própria Constituição. Além disso, nem sempre se esclareceu que o intérprete – até mesmo aquele das Constituições – não pode de qualquer forma derrogar àqueles cânones que a teoria geral da interpretação individuou, se esses não se colocam em conflito com as especificidades da interpretação constitucional. Assiduamente assiste-se ao oposto, uma inaceitável simplificação das técnicas e dos instrumentos interpretativos, que levaram a interpretação constitucional a pôr fim a si mesma, ou – ainda pior – fim à visão subjetiva do seu autor e aos seus escopos. Não mais uma interpretação da Constituição, mas uma constituição do intérprete.

Êxito esse não aceitável que beneficiado de maneira especial pela habilidade de alguns teóricos e conferível, até mesmo, em alguns comportamentos concretos do juiz das leis, para dar uma absoluta preeminência a genéricas técnicas de equilíbrio, e ao único flexível cânone da racionalidade. Não se entende com isso diminuir a importância que esses dois critérios assumem na interpretação constitucional, mas se quer ressaltar que não nos podemos limitar a eles. Muito mais rico é o instrumental que a Constituição ministrar aos intérpretes das suas normas, e múltiplos os vínculos que ela impõe.

Além das complexas lógicas que presidem, tanto os critérios de racionalidade quanto as técnicas de equilíbrio, aparecem outros vínculos: aqueles que se impõem ao intérprete porque ditados diretamente pelo texto constitucional, ou pela teoria geral.

Assim, por exemplo:

a) não se pode equilibrar ou distinguir racionalmente quando a nossa Constituição estabelece *específicas hierarquias* de valor. Isso acontece, por exemplo, no art. 21, quando estabelece que o bom costume representa o limite da liberdade de manifestação do pensamento. Nesse caso, estaria sendo avaliado o conceito de bom

costume, que varia conforme... alguns costumes justamente, mas não será possível operar nenhum equilíbrio. Se superado o limite do bom costume, o direito de manifestar livremente o próprio pensamento se retrai, sacrifica-se.

Em uma primeira apreciação, pode ser afirmado que, em qualquer ocorrência em que a Constituição impõe diretamente alguns *limites* ou alguns *condicionamentos expressos,* esses têm força para definir uma hierarquia. É importante, no entanto, notar que isso é real somente em uma primeira apreciação porque, aprofundando a análise, seria necessário considerar o conjunto dos valores envolvidos, que poderiam diluir uma exata hierarquização entre princípio e seu limite ou condicionamento.

As hierarquias que, segundo o esquema indicado, podem ser individuadas no texto da nossa Constituição são numerosas. Assim exemplificado: o princípio da livre iniciativa econômica privada, no art. 41 Const., subordinado aos limites da utilidade social, da segurança, da liberdade e dignidade humana; ou até a instituição de escolas por entidades e privados, cuja liberdade está condicionada ao art. 33 Const., para não onerar com encargos o Estado.

Nesses casos o intérprete, particularmente o juiz constitucional, não pode equilibrar nada, nem tampouco usar o cânone flexível da racionalidade. Deve simplesmente assumir a hierarquia que, através da individuação de um limite, ou mesmo de um condicionamento ao direito ou à liberdade, a Constituição colocou diretamente. b) Em outros casos podem ser utilizadas as técnicas de equilibração (mas também a utilização do cânone da racionalidade), mas são fortemente condicionadas pela Constituição. São esses os casos em que a Constituição, mesmo não prevendo limites ou condicionamentos expressos, não deixa, no entanto, nem ao menos indefinido ou em um plano de substancial liberdade a moderação entre princípios-valores diferentes, mas fornece uma tutela reforçada para alguns desses. É esse o campo próprio da *equilibração desigual*, quando deve ser preferida a interpretação a outros direitos também eles constitucionalmente tutelados.

É clássico o caso dos direitos fundamentais. Desse modo, por exemplo, deve ser privilegiada a tutela constitucionalmente reconhecida aos direitos sociais (devendo ser reconsiderados tais direitos entre aqueles fundamentais) no tocante àquela relativa aos denominados direitos econômicos (que a prerrogativa do direito fundamental não possuem), possuindo os primeiros, mas não os segundos, um estatuto de salvaguarda constitucional reforçado.

Diferentemente do que já foi visto (no caso da hierarquia definida por um limite ou por um condicionamento colocado pela Constituição), a maior intensidade de tutela constitucional do direito fundamental não admite sempre e em qualquer caso, a prevalência desse sobre qualquer outro direito constitucional diferente (portanto, na exemplificação mencionada, do direito social sobre aquele econômico), exige, porém, que se busque sempre e em qualquer caso, a interpretação mais favorável à melhor realização do primeiro, ou ainda ao seu menor sacrifício. As técnicas de equilibração tenderão a fazer conviver ambos os valores, mas a realização do equilíbrio entre valores não pode ser considerada de modo paritário, ao contrário é pela Constituição explicitamente ponderado.

c) Enfim, o campo onde podem operar plenamente as técnicas de equilibração e o cânone da racionalidade é aquele em que a Constituição não opera nem substanciais hierarquias, nem substanciais preferências. Mas, também nesses âmbitos, "equilibração" e "racionalidade" não ocupam o total espaço das avaliações interpretativas, de-

vendo sempre ser respeitados os posteriores cânones da hermenêutica jurídica.

Em primeiro lugar os cânones *vinculativos do intérprete*: o "logicamente deduzido", o princípio de não contradição, o princípio de coerência.

Depois os cânones *condicionadores da interpretação:* a experiência jurídica (na ampla acepção dada por Riccardo Orestano); a leitura das dinâmicas sociais, o papel dos precedentes jurisprudenciais, a capacidade persuasiva das motivações, a mais linear renomeação da operação interpretativa ao parâmetro de sentença.

Todos os cânones hermenêuticos imediatamente relacionados devem encontrar uma plena utilização no campo da interpretação constitucional. Os instrumentos e as técnicas a disposição do intérprete das Constituições aparecem por isso mais ricos do que se possa, às vezes, supor. Tanto é que, quando a resolução do quesito interpretativo se determina através de uma equilibração entre valores constitucionais ou mesmo com base na racionalidade da solução adotada, deve ser considerado que o êxito deve ser calculado ainda na mesma situação de outros cânones mais relevantes.

Nas reconstruções teóricas, e, principalmente, nos comportamentos práticos dos juízos constitucionais, não me parece que tenha estado sempre presente o conjunto das regras que vinculam a interpretação constitucional. A minha impressão é que, às vezes, a jurisprudência da Corte constitucional, com mais freqüência no último período, comumente sustentada pela doutrina, graças a um uso simplificado e, portanto, distorcido das técnicas de equilibração e da racionalidade, tenha perdido de vista a complexidade das operações hermenêuticas, ultrapassando de tal modo os seus limites, com êxitos que devem ser considerados excessivamente descontraídos. Justamente isso, o uso descontraído da interpretação constitucional e das suas técnicas, levou a Corte a adotar decisões que em alguns casos se libertam dos vínculos textuais, privando assim as suas decisões da sua mais profunda legitimação.

7. Vínculos Textuais e Interpretações do Juiz Constitucional

O exame crítico, agora formulado, deseja denunciar uma preocupante tendência, que aparece afortunadamente não ainda consolidada, mas que se manifesta em diversas formas. Não podendo nessa sede analisar a cabal atividade da Corte constitucional italiana, nos limitaremos em rememorar, sintomaticamente, algumas hipótese que estão entre as mais evidentes.

Em algumas sentenças *aditivas* parece-nos passar das "rimas forçadas" de Vezio Crisafulli à prosa livre. Bastaria reler uma decisão (a sentença 361 de 1998, no art. 513 do c. p. p.) que suscitou alvoroço pelos efeitos políticos e judiciários que produziu, mas que, ao contrário, deveria golpear não tanto pelo êxito, quanto pela frágil argumentação e o uso desordenado dos cânones interpretativos seguidos pelo juiz, que se apegou a uma miscelânea de "valores envolvidos", "razoáveis justificações" e meras "indicações" ou "analogias" fornecidas por outros artigos do c. p. p. (aquele sobre testemunhas), acreditou poder criar um mecanismo totalmente novo no tocante àquele existente: uma nova norma entre as tantas possíveis, não decerto imposta por uma interpretação constitucionalmente necessária.

Além do mais, são cada vez mais numerosas as decisões em que a Corte utiliza exclusivamente o cânone da racionalidade. Essa tendência pode ser compreendida considerando-se a extrema flexibilidade do cânone. Justamente, essa flexibilidade representa o seu maior mérito e explica o seu "sucesso" nos sistemas, que aqueles de democracia pluralista, refratários a esquemas

muitos rígidos de controle da legitimidade constitucional. É necessário, conseqüentemente, avisar que a flexibilidade pode representar ainda o mais delicado limite. Se assumido como único parâmetro de julgamento, a racionalidade, de fato, arrisca a transmudar-se facilmente em um meio para assegurar uma racionalização *ex post* do real, garantindo qualquer escolha política e assegurando a todo conteúdo normativo uma "racional" legitimação constitucional. Assim, contudo estaria extraviada a razão de ser do sindicato de constitucionalidade, que não tanto para salvaguardar o real, mas para submetê-lo a julgamento, pelo crivo da lei superior, cujo real deve estar também submetido. Nessa perspectiva são rememoradas diversas sentenças da corte que parecem usa impropriamente o instrumento do sindicato sobre a racionalidade: pensando-se naquelas decisões que julgam a coerência interna da lei com base em um escrutínio de racionalidade que não parece suficientemente restrito e rigoroso.

O risco para a corte é aquele de se limitar a um papel impróprio de racionalização do real, colocando em situação de perigo de tal maneira o mesmo caráter preceptivo da Carta constitucional, chagando a abalar a sua essência de *lei superior*.

Por outro lado, uma debilidade da força preceptiva da norma constitucional pode ser avistada, em contraluz, em muita jurisprudência atual. Pensa-se, por exemplo, às numerosas decisões que "salvaram" algumas normas da declaração de inconstitucionalidade, de outro modo corrompidas, baseando-se, somente, no fato que o ato normativo que as previa era considerado temporário (como no caso dos infinitos decretos referentes à transmissão de rádio/televisão). Analogamente pode ser dito por aqueles casos em que a norma foi considerada legitima com base no mero fato que a situação que estava sendo regulada era considerada excepcional (como nos casos da normativa referentes aos despejos nas épocas de "crises" habitacionais, ou aquelas disposições que previam agravantes pelos crimes de terrorismo). Pensando, além disso, naquelas diversas tipologias de decisões que, após reconhecer a ilegitimidade da questão submetida a julgamento, não tendo, porém, levado a devida conseqüência, evitando declarar a caducidade da norma, ou ainda aquelas decisões que, reconhecida e declarada a inconstitucionalidade, submetem essa a condições ou a interpretações futuras de temas diversos.

Para afrouxar o rigor interpretativo da Corte compete também o cada vez menor condicionamento exercitado pelos precedentes. Não que seja fácil comparar uma explícita recusa da jurisprudência constitucional pregressa, ao contrário nas sentenças constitucionais são sempre rememoradas as decisões passadas, mas freqüentemente por razões somente formais ou de "decoro", o que termina por tornar ainda menos visíveis e claras as razões das modificadas orientações. Basta lembrar a copiosa e imprecisa jurisprudência referente à admissibilidade referendaria, que a propósito apresenta-se significativa.

8. O "Valor" do Texto Constitucional

Todas as hipóteses lembradas parecem contribuir para delinear uma Corte pouco ligada a rígidos vínculos textuais. Às vezes, nas argumentações e na tipologia das suas sentenças, a Corte parece distanciar-se da Carta, dando a impressão que está em busca de uma solução eficaz, que possa responder às expectativas, uma solução "racionalmente compartilhada" e "responsável". Talvez satisfeita pelo resultado que vez por outra obtém, a Corte arrisca perder a visão, sem se dar conta do perigo que desse modo ela corre: aquele de ver extraviada a sua "verdadeira" legitimação.

Não é aqui o momento de destacar a óbvia conveniência que as sentenças do juiz das leis sejam amparadas pelo consenso social, como deve ser deduzida a incidência da opinião pública (e aquela dos especialistas) no julgamento constitucional, deve ser finalmente admitido também que uma Corte que não conseguisse mais responder às expectativas veria comprometida à própria legitimação; mas tudo isso não pode deixar esquecer o essencial, ou seja, que a legitimação da Corte é para ser encontrada *integralmente* na Carta, aqui a Corte encontra o seu papel e o fundamento dos seus poderes. *A Corte não é dona do seu processo.* O que implica que a verificabilidade do resultado e a sua legitimação estão, em primeiro lugar, ligadas à recondução ao texto. O resto não tem outra opção que vir a seguir.

Mas, distanciar-se do texto constitucional quer dizer, distanciar-se dos seus princípios-valores; ao invés disso, conforme o que antes justificado, tem essencialmente esse significado. Como é que então entre as decisões mais descontraídas da Corte estão justamente aquelas que mais utilizam o critério do "valor"? Como é que a "fuga do texto" na jurisprudência constitucional freqüentemente acontece usando o argumento dos "valores"?

A resposta em parte já está em parte contida nas considerações esmiuçadas na primeira parte dessa análise: na concepção dos valores constitucionais como distintos, antes distantes, dos princípios colocados nos textos das Constituições escritas; na pressuposição que o valor normativo dos textos constitucionais pudesse arbitrariamente reduzir-se ao seu conteúdo (o conjunto dos seus valores), separado pelo papel essencial das Constituições (impor a legalidade suprema). Nesse modo, alcançamos não somente – como era devido – destinar um papel ativo aos interpretes (especialmente ao juiz constitucional), não só – como era oportuno – buscar soluções que respondessem às expectativas e à ética da responsabilidade, mas – em alguns casos extremos – também a legitimar decisões orientadas *somente* aos valores, com uma inevitável quanto uma injustificável distorção subjetivística.

Eis então que a menção de reavaliar o texto constitucional no campo hermenêutico não assume o sentido de um impossível e impróprio retorno a um perdido formalismo, mas tende a solicitar um mais atento e completo uso dos instrumentos e das técnicas da interpretação, arriscando de outra forma deixar somente aos valores substancialmente "infundados" (ou somente aos subjetivamente fundados) o dever de tornar explicito o sentido das Constituições. Êxito inaceitável, tanto mais se estamos conscientes que o interpretar das Constituições, pelas razões antes mencionadas, é uma atividade não redutível a uma mera operação de subsunção do fato à norma. Através da atividade hermenêutica, dá-se vida à Carta, os seus enunciados "vazios" tornam-se "cheios" depois e através da interpretação, mas justamente por isso é necessário insistir, seguindo as palavras de Hans Georg Gadamer, que no "circulo hermenêutico", do texto retorna-se ao texto.