"BALANCEAMENTOS" ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS E TEORIA DAS FONTES

"BILANCIAMENTI" TRA VALORI COSTITUZIONALI E TEORIA DELLE FONTI

Antonio Ruggeri*

Recebido para publicação em julho de 2005

Resumo: Relevado que os "balanceamentos" entre valores constitucionais pertencem, ao mesmo tempo, à teoria das fontes e à teoria da justiça constitucional, o escrito detém-se na contradição metodológica em que incorre a doutrina usual que, por um lado, se faz portadora de uma idéia de Constituição de inspiração axiológico-substancial e, por outro lado, reconstrói a total ordem das fontes na perspectiva formal-abstrata. Pelo abandono de tal perspectiva provém a relativização dos critérios de composição do sistema das fontes e, com ela, a necessidade do enquadramento das próprias fontes na perspectiva axiológico-susbstancial, que dê atenção às "coberturas" de valor dos quais possam aproveitar (mais ainda que as singulares fontes) as normas das próprias fontes produzidas. Percebemos então que os critérios ordenatórios (e, em especial, aquele cronológico e aquele da competência) são todos reenviáveis ao critério hierárquico. Uma especial consideração dispensa-se aos casos em que mais valores se aglomeram no mesmo campo, afirmando-se um em detrimento do outro, para se determinar suas freqüentes manipulações por parte do tribunal constitucional na condição de "balanceamento"... Passa-se, então, a examinar os casos de "balanceamento" não... balanceados, que se resolvem na "colocação entre parênteses", ou seja, no desvio momentâneo, (e, a saber, na suspensão da eficácia) da norma constitucional expressiva de um valor recessivo. No quadro dos conflitos internos à própria Constituição, uma especial consideração faz-se àqueles entre normas expressivas de valores fundamentais, até ao caso-limite de um valor que se rebela contra... si mesmo; e se releva o caráter ideológico das operações de "balanceamento" realizadas pela Corte constitucional, desenvolvendo-se algumas notas críticas a respeito da razão dos "balanceamentos" jurisprudenciais.
Palavras-chave: Critérios ordenatórios, fontes, balanceamentos, valores constitucionais e razão.

Riassunto: Rilevato che i "bilanciamenti" tra valori costituzionali appartengono, allo stesso tempo, alla teoria delle fonti ed alla teoria della giustizia costituzionale, lo scritto si sofferma sulla contraddizione metodologica in cui incorre la dottrina corrente che, per un verso, si fa portatrice di una idea di Costituzione d'ispirazione assiologico-sostanziale e, per un altro verso, ricostruisce l'intero ordine delle fonti in prospettiva formale-astratta. Dall'abbandono di tale prospettiva discende la relativizzazione dei criteri di composizione del sistema delle fonti e, con essa, la necessità dell'inquadramento delle fonti stesse in prospettiva assiologico-sostanziale, che tenga cioè conto delle "coperture" di valore di cui possono godere (più ancora che le singole fonti) le norme dalle fonti stesse prodotte. Ci si avvede allora che i criteri ordinatori (e, in particolare, quello cronologico e quello della competenza) sono tutti riconducibili al criterio gerarchico. Una speciale considerazione è prestata ai casi in cui più valori si affollano sullo stesso campo, pretendendo di affermarsi l'uno a discapito dell'altro, sì da determinarsi frequenti loro manipolazioni da parte del tribunale costituzionale in sede di "bilanciamento". Si passano, quindi, ad esaminare i casi di "bilanciamento" non… *bilanciati*, che si risolvono cioè nella "messa tra parentesi" (e cioè nella sospensione della efficacia) della norma costituzionale espressiva di un valore recessivo. Nel quadro dei conflitti interni alla stessa Costituzione, una speciale considerazione è fatta a quelli tra norme espressive di valori fondamentali, fino al caso-limite di un valore che si rivolta contro… *se stesso*; e si rileva il carattere ideologico delle operazioni di "bilanciamento" poste in essere dalla Corte costituzionale, svolgendosi alcune notazioni critiche a riguardo della ragionevolezza dei "bilanciamenti" giurisprudenziali.
Palavras-chave: Criteri ordinatori fonti bilanciamenti valori costituzionali ragionevolezza.

---

* Professore Ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università di Messina (Italia). – Direttore del Dipartimento di Scienze Giuspubblicistiche "T. Martines" dell'Università di Messina. ruggant@unime.it. Traduzido do italiano para o português por Juliana Salvetti e revisto por Marcelo Lamy e Luiz Carlos Souza Auricchio.

1. Cada um dos termos dos quais se compõe o título dessa minha reflexão exige uma explicação preliminar e – principalmente – deve ser esclarecida a razão da sua reunião em uma única expressão lingüística. É, todavia, claro que não posso agora, não digo retomar do princípio ao fim antigas e ainda muito controversas questões de teoria geral, mas nem sequer tratá-las de modo aproximativo e precipitado. Encontro-me, então, forçado a tirar de algumas premissas que aqui dou por adquiridas, enviando a outros momentos a sua justificação. Tentarei, portanto, desenvolver um itinerário pessoal de pesquisa para trazer algumas conclusões que me parecem merecedoras de aprofundamentos posteriores.

As teses que me proponho argumentar são as seguintes: **1.** os assim chamados "balanceamentos" entre valores constitucionais constituem um dos capítulos principais do livro das fontes, são, pois, uma *species* de uma teoria geral do ordenamento, mas essa última, por sua vez e circularmente, ressente do modo em que os balanceamentos são ambientados e resolvidos e, por isso, se renova com a renovação dos próprios 'balanceamentos'; e, já que os "balanceamentos" tomam corpo, em última instância, em sede aplicativa (e, especialmente, na condição dos juízos de constitucionalidade), assim **2.** a *teoria das fontes* conflui e se converte na *teoria da justiça constitucional* e ambas se colocam como as duas faces de uma mesma moeda, que é determinada por uma *teoria da Constituição por valores*; **3.** verdadeiros e próprios "balanceamentos", na maioria das vezes, não existem, se por ele entendemos uma satisfação autenticamente igualitária (exatamente "balanceada") entre valores constitucionais ocasionalmente em conflito, eles se resolvem antes no domínio de um valor sobre um outro; **4.** a técnica com que os próprios "balanceamentos" são realizados, a assim chamada *razoabilidade*, joga uma ponte entre o mundo da realidade e o mundo das normas, entre o *ser* e o *dever ser* e, no final, determina-lhe a recíproca compenetração e semelhança; **5.** todos os critérios com os quais as fontes são sistematizadas deixam-se reconhecer e apreciar através da razão e se revestem de modo camaleônico das formas da razão, até o ponto de se assimilar inteiramente por essa última, com a conseqüência que 6. parece ser, sobretudo, apropriado discorrer de um sistema não agora das *fontes*, mas das *normas*, na sua recíproca, móvel composição *em relação às exigências dos casos* e *segundo valor*.

Obviamente, trata-se de pontos que somente de modo artificial, por uma análise cômoda, podem ser consideradas reciprocamente distintas, mas que, antes, remetem-se continuamente um ao outro; tanto que, no decorrer dessa minha exposição, não poucas vezes serei obrigado a antecipar conceitos que serão, portanto, retomados mais adiante, assim como, ao inverso, rever o que já foi dito.

2. A primeira das premissas aqui dadas por certas aborda uma crucial questão da teoria geral: o que é a Constituição, na sua total caracterização. Suscito aqui uma das concepções atualmente mais confirmadas entre os estudiosos, aquela segundo a qual a Constituição é, na sua essência, uma tabela de valores positivados (A. Baldassare). Ninguém, obviamente, duvida que a Constituição não se reduza somente nisso, mas que seja ainda fundamento e limite da soberania (A. Spadaro). E, ainda que essa dilatação do conceito, se prestarmos atenção, pode igualmente reportar ao primeiro, para os nossos objetivos, especificamente interessante.

Sobre a relação entre a Constituição e soberania não falarei agora, a fim de não aumentar muito o raio de ação dessa mi-

nha reflexão, que já é por demais extensa. Limito-me somente a observar que, com específica referência aos ordenamentos de tradição liberal-democrática, a soberania popular é, ao mesmo tempo, *fundadora* da Constituição, mas também, circularmente, por ela *fundada*. É *fundadora*, desde o momento em que a Constituição é filha da vontade popular, expressa por uma assembléia constituinte, livremente formada (sendo o documento constitucional submetido à ratificação popular mediante *referendum* ou não). Uma vez, porém, que a Constituição tenha entrado em vigor, o povo repõe as armas utilizadas no decorrer do fato constituinte e se submete à Constituição, *deve* a ela se submeter se quiser dar um sentido à própria Constituição, como lei *fundamental* (no significado de *fundamento*) do ordenamento.

Soberano no significado subjetivo é, e em um ordenamento democrático estável, o povo; *soberano no significado objetivo* (ou melhor, axiológico-objetivo) é, ao contrário, somente a Constituição.

Os dois conceitos não só não se excluem alternadamente, mas exigem integrarem-se reciprocamente, apóiam-se um no outro; e oferecem uma representação inevitavelmente parcial (e, como tal deformante) seja da Constituição seja da soberania. Essa última tem, finalmente, um duplo vulto: existem os sujeitos ou os órgãos que a encarnam e concretamente exprimem, mas há também *quem* os reconhece e habilita para exercitá-la. Desse ponto de vista, a antiga disputa se soberano é o povo ou o estado, a meu ver não há nenhum sentido, se conviermos a respeito do fato que a Constituição conhece expressões de soberania direta por parte do povo (pensando-se no referendum) junto de expressões de soberania indireta (essencialmente a democracia representativa). No sentido subjetivo, em suma, pareceriam existir dois 'soberanos', o povo e o Estado (porém, até essa difundida e tradicional opinião é muito artificial e forçada, testemunhado pelo fato de que *o povo é o Estado*, não um *quid* distinto do próprio Estado).

No sentido objetivo, todavia, o 'verdadeiro' soberano não é aquele que é proclamado pela própria Constituição, mas aquele que designa o soberano, é a Constituição. O artigo 1º da Constituição italiana afirma solenemente que "a soberania pertence ao povo, que a exercita nas *formas* e nos *limites* da Constituição". As modalidades de manifestação da soberania, assim como os limites por elas encontrados são, portanto exclusivamente e *soberanamente* estabelecidos pela Constituição. E, uma vez que - como direi melhor adiante - a essência indisponível da Constituição repousa nos seus princípios fundamentais, intangíveis pelo próprio poder (constituído, e não constituinte) de revisão constitucional, se nele existe a essência da *soberania constitucional*, no sentido axiológico-normativo, está nos seus *valores fundamentais* (G. Silvestri), valores necessariamente pré-jurídicos quanto à sua origem e à sua íntima e completa natureza, mas que, tanto quanto necessariamente, exigem ser positivados. Os princípios fundamentais da Constituição constituem, assim, a imagem normativa mais genuína e imediatamente expressiva dos valores em nome dos quais o poder constituinte tem conduzido a sua batalha vitoriosa pela afirmação de uma nova ordem constitucional, em interrupção em relação ao velho pelo mesmo derrubado.

Como se vê, também fixando a atenção, justamente, sobre a soberania popular como fundamento da Constituição (e, por reflexo, de todo o ordenamento) e sobre a própria Constituição como limite do poder acaba-se do mesmo modo chegando-se a uma concepção axiologicamente orientada da Constituição.

Do meu ponto de vista (e diferentemente dos outros), pois, não é de especial relevo, com referência ao tema que hoje tratamos, se é mais apropriado raciocinar sobre um 'balanceamento' entre *valores* ou entre *princípios* ou, ainda, entre *bens ou interesses* constitucionalmente protegidos (R. BIN, G. ZAGREBELSKY, O. CHESSA). Considero, de fato, a disputa mais nominalística que real, se for conveniente que a experiência jurídica não pode ser objeto de parciais ou unilaterais observações. Os valores - como acabamos de notar - ganham destaque juridicamente através das *normas*, sejam elas *regras* como *princípios* (mas, principalmente, através desses últimos); as próprias normas fazem referência a bens da vida, incorporam e exprimem então interesses. Separar uns dos outros elementos dos quais é feita a prática jurídica não pode, assim, ser feita se não em um modo absolutamente artificial e forçado.

A segunda das premissas, direta e imediatamente descendente da primeira e à mesma intimamente ligada, é que as normas constitucionais, além da sua habitual pertinência ao documento que está na base do ordenamento, não são todas dotadas do mesmo relevo jurídico ou da mesma força. Não pretendo agora me empenhar em uma qualificação que arriscaria, todavia, ser inadequada. Muitos estudiosos consideram os princípios fundamentais como normas 'superconstitucionais': uma expressão que seguramente dá a idéia exata de sua caracterização peculiar, mas que igualmente pode revelar-se enganosa, se considerarmos que os próprios princípios não estão, obviamente, acima, mas sobretudo dentro da Constituição.

Um ponto é certo, que somente algumas normas constitucionais, expressivas de princípios fundamentais, resistam até a mais vigorosa manifestação de *poder constituído*, ou seja, às leis de revisão constitucional. Nesse sentido justifica-se a tese habitual que vê, de fato, reciprocamente graduadas as normas constitucionais: um ordenamento hierárquico, que se reflete ainda que sobre as modalidades de desenvolvimento das operações de balanceamento e nos seus relativos êxitos.

Não me detenho, agora, especificamente no exame crítico da tese, que tem tido de nós nos últimos tempos um certo interesse, segundo a qual a própria distinção entre poder constituinte e poderes constituídos mereceria ser revista e, até, deixada de lado, do momento em que a noção de 'poder constituinte' teria agora um mero valor histórico e estaria exaurida com a vitória do 'modelo' de Estado liberal-democrático. Uma tese que, todavia, confunde os nossos *desejos* com a *realidade* constitucional. Como a experiência de muitos ordenamentos ensina, conhecem-se, de fato, não poucos casos de violento enfraquecimento das estruturas democráticas por obra de forças políticas que não se fazem portadoras do patrimônio de valores herdado pelas sociedades liberais. Aquilo que deve ser agora esclarecido é que, também seguindo a ordem de idéias patrocinada por essa doutrina, confirma-se posteriormente a existência de limites intangíveis à revisão: com a não secundária diferença segundo a qual os próprios limites, pela opinião favorável à manutenção da distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, apresentam caráter normativo, enquanto segundo a tese aqui criticamente exibida teria caráter meramente factual ou existencial, no sentido que não se conseguiria imaginar como *materialmente* possível uma inversão dos princípios fundados sobre os valores de liberdade e democracia. De um modo ou de outro, como se vê, os princípios fundamentais estariam, todavia, protegidos de toda possível forma de incisão operada em seu prejuízo.

3. A existência de uma ordem hierárquica das normas constitucionais baseadas

no valor não permanece, como está claro, sem conseqüências aos graus inferiores da escala hierárquica e sobre os desenvolvimentos completos das dinâmicas jurídicas, sejam elas no grau das normas e da sua sistematização, e sejam mesmo no grau (e pelas exigências) da aplicação, em condições de 'balanceamento' entre normas ou valores, que se queiram.

Realmente é singular e francamente espantosa a contradição, metodológica antes ainda que teórico-dogmática, na qual na minha opinião cai a doutrina corrente, no momento em que dá lugar a uma sistematização das fontes de tipo formal-abstrata, mas partindo das premissas apreciáveis unicamente na perspectiva axiológico-substancial. Rompe-se, de tal modo, o fio que liga (e *deve* incessantemente unir) as conclusões às próprias premissas.

Se, de fato, é correto o ponto de partida teórico, segundo o qual as normas constitucionais não exprimem com a mesma intensidade os valores fundamentais, se definitivamente limitam-se de forma absoluta e insuperável ao poder de revisão constitucional, pergunto-me como é possível deste ponto chegar à conclusão segundo cujas fontes têm um 'lugar' no sistema que permanece sempre o mesmo, exatamente como o sujeitos retratados em uma fotografia. Só que, justamente, como os próprios sujeitos uma vez tirada a fotografia, voltem prontamente a se movimentar, fazem novas relações entre eles ou diluem o modificam aqueles pré-existentes, envelhecem, mudam (mesmo em certos limites) escolhas e orientações, assim até as fontes não estão absolutamente em relação entre elas em modos sempre idênticos, mas, de fato, se renovam, e fazendo isso mudam de lugar e fazem renovar sem pausa todo o ordenamento, mesmo mantendo-lhe a completa identidade, numa sólida ancoragem e na fidelidade incessantemente manifestada aos valores fundamentais.

Para compreender a fundo como se protegem as coisas, é necessário preliminarmente tomar consciência do fato que a teoria dos limites para a revisão constitucional é ambientada na perspectiva axiológico-substancial, enquanto o restante da teoria das fontes recebe estranhamente o seu enquadramento usual na perspectiva formal-abstrata. Só que essa segunda teoria não é, não pode ser artificialmente mantida separada da primeira, mas se coloca (ou melhor, *deveria* colocar-se) como o prolongamento natural da mesma. Não deveriam, portanto, existir duas teorias detentoras de uma inspiração e um desenvolvimento metodologicamente incompatível, mas precisamente *uma única teoria*, qual seja, pois, o implante metodológico (axiologicamente fundado).

A teoria dos limites para a revisão constitucional não teria nenhum sentido no momento em que o legislador pudesse remover sem nenhum obstáculo ou sanção as normas que dão a *primeira*, *direta* e *imediata* e, por isso mesmo, *necessária* atuação aos princípios básicos do ordenamento. Isso vale tanto para as normas da própria Constituição, que podem ser consideradas 'cobertas' pelos princípios mesmo que elas não sejam princípios, quanto pelas normas de leis comuns, que se beneficiam igualmente de 'cobertura' constitucional axiologicamente qualificada.

Certamente, estabelecer quando uma norma pode exibir uma tal proteção e em que medida efetivamente pode usufruí-la é uma questão especialmente complexa, teorica e (também principalmente) praticamente. Concluindo, somente a prática jurídica pode dar uma resposta satisfatória para tal questão. Não existe e não pode existir um critério formal, como tal idôneo para ser levado às aplicações uniformes e certas, com o qual resolver a questão das 'coberturas' de valor: precisamente porque

os valores remetem a critérios de natureza substancial para o seu reconhecimento (em última instância à 'técnica' da razão). Aliás, não teria sentido afirmar primeiramente a existência das 'coberturas' mencionadas e, portanto, admitir que, a relativa dinâmica, se desenvolva no plano e com critérios formais.

Um primeiro ponto pode se teoricamente fixado; e é que as 'coberturas' de valor podem (e devem) ser pensadas, se quisermos dar um significado prático à teoria dos limites à revisão constitucional, ou seja, à teoria de que existe um patrimônio de valores que dá a essência ou a identidade da Constituição e em que está fundamentado o inteiro ordenamento. De outra forma, esvaziar e dispersar tal patrimônio seria uma brincadeira de criança, se fosse propriamente permitido agredi-lo e saqueá-lo, seja de maneira desleal e indireta, através do ataque frontal às fontes (ou melhor, às *normas*) que dão a *direta* e *imediata* atuação.

4. Percebemos assim rapidamente que os critérios usuais de sistematização dinâmica das fontes, daquele hierárquico (no sentido formal) àquele cronológico, sofrem uma forte relativização da sua importância e uma completa metamorfose, de fato, axiologicamente orientada, a ponto de ser - em alguns casos - tombados sobre si mesmos (A. Ruggeri).

4.1. Refletindo, por exemplo, no modo em que habitualmente opera o cânone cronológico.

Nenhuma dúvida que, regularmente, as leis comuns possam livremente seguir-se uma após outra. Trata-se, porém, apenas de uma regra; e a exceção é determinada justamente pela subsistência de uma *cobertura de valor* em vantagem da fonte anterior, para que a proteja de modificações que devessem, mesmo indiretamente, incidir sobre a norma superior de cobertura. A relação entre as duas leis em campo é apenas aparentemente bilateral; na realidade, é trilateral, do momento em que sempre retorna ao modo com que cada uma das duas leis se coloca em relação à Constituição: pode-se dizer também que é uma relação bilateral, mas da singular lei (ou melhor, das suas normas) a respeito da Constituição.

Todas às vezes que a Corte constitucional anula uma norma de lei (e o mesmo vale, naturalmente, com as devidas adaptações, nos sistemas de jurisdição constitucional difusa, por tudo que diz respeito a desaplicação das normas inconstitucionais), o parâmetro em nome do qual a própria anulação é operada é unicamente aquele constitucional, por certo não a lei ordinária ab-rogada ou diversamente modificada pela lei anulada, por sua vez adotada a fim de dar atuação à Constituição. E, o mesmo parâmetro constitucional sem a lei a ele funcionalmente interligada não seria capaz de se manter: no plano interpretativo, em primeiro lugar, e, portanto, naquele positivo.

No plano interpretativo, dizia-se, se nos convém a tese, que é especialmente lembrada (A. Ross), segundo a qual a própria interpretação das disposições constitucionais em maior ou menor medida se alimenta das disposições de leis comuns chamadas a dar especificação-atuação àquelas disposições. Aqui se posiciona, aliás, totalmente a 'circularidade' da experiência jurídica, dentro da qual cada norma faz o 'sistema' com as outras (não só com aquelas do mesmo plano, mas também com outras, tanto superiores quanto inferiores), exatamente nesse seu continuo 'dar e ter' no plano semântico. Mas, depois, a verdade é que, se por um lado todas as normas do qual se compõe um ordenamento, mais

ou menos diretamente, mantêm-se pelos princípios fundamentais, não é menos verdade que esses mesmos princípios se mantêm por sua vez pelas normas inferiores: desmoronariam miseravelmente, no exato momento em que devessem ser privados do desenvolvimento e, por isso mesmo, da sustentação que lhes é assegurada pelas leis ordinárias e, diminuindo gradativamente, pelos regulamentos, práticas administrativas e jurisdicionais, etc.

Dá-se, por fim, que os princípios e as normas constitucionais em geral fundam e sustentam o ordenamento inferior, mas esse último também sustenta a Constituição: a norma de lei tem significado, um seu sentido e uma sua 'força' no todo peculiares, justamente graças à 'cobertura' axiológica que ela é capaz de exibir; mas a própria norma constitucional de 'cobertura' adquire significado pelo trâmite das leis e das práticas em geral que a especificam e atuam: aquela com essas é tudo, mas essas sem aquela não são nada.

A Corte constitucional, portanto, anula uma norma de lei em nome da rigidez da Constituição; mas, a Corte, mesmo sem anunciá-la expressamente, tem sempre cautela do modo com que a norma constitucional assumida como parâmetro vive na experiência, pela atuação que a ela é dada por normas inferiores e pelo significado que, mesmo graças a essas últimas, ela assume inteiramente.

Aqui é o primeiro 'balanceamento', que *sempre* é feito, e não somente - como, ao contrário, muitos acreditam - em alguns casos, em que são expressamente avaliados valores constitucionais potencialmente em conflito. A Corte pondera sempre "a situação normativa" que se tem com a manutenção em vigor da lei submetida ao juízo de constitucionalidade com a "situação normativa" que se teria conseqüentemente pela sua anulação. E não poucas vezes o vulto que se teria com a anulação é considerado *ainda mais* inconstitucional em relação à manutenção em vigor de norma em essência inconstitucional. A Corte, finalmente, é sensível às *conseqüências* que podem ocorrer em um caso e no outro: 'balanceando-os' reciprocamente. Seja quando anula, seja quando salva uma norma de lei, a Corte opera sempre um 'balanceamento' axiológico.

Não é o momento de analisar meticulosamente os dois casos mencionados; é importante somente evidenciar que não raramente a Corte anula uma lei que modificou ou ab-rogou outra lei anterior em nome da sua inconstitucionalidade: uma inconstitucionalidade que, nos fatos, se traduz em uma proteção a favor da lei velha, todas às vezes que, em seguida da anulação da lei nova, a disciplina precedente torna a se expandir e volta em vigor.

4.2. O discurso é generalizável e envolve o próprio critério hierárquico segundo forma.

Pensando-se, por exemplo, no ordenamento hierárquico, para nós como para outros, em que estão as leis constitucionais e as leis ordinárias. As primeiras nascem com o procedimento especial e mais dificultoso que o normal indicado no artigo 138 da Constituição e, exatamente por isso, estão habilitadas a derrogar à própria Constituição (protegendo-se os princípios fundamentais); as outras, ao contrário, estão, todavia, sujeitas à observância integral da Constituição e das outras leis constitucionais.

Ninguém duvida que as leis constitucionais supervenientes em relação às leis ordinárias possam ser dotadas de conteúdos contrastantes; discute-se, também, se as antinomias em palavras comporta a *invalidade* das leis comuns, como tal necessitada de ser verificada em caráter judicial

(para nós, pela Corte constitucional), ou a *ab-rogação* das próprias leis, como tal relevável por qualquer um em sede aplicativa. Com toda probabilidade, ambas as qualificações podem ser adequadamente utilizadas, dependendo da estrutura e da completa conformação lingüística das disposições afrontadas, na prática, a própria jurisprudência constitucional, que mesmo na sua primeira pronúncia (a número 1 de 1956) havia esplanado o percurso tanto da anulação por invalidez quanto da desaplicação por ab-rogação, havia feito de tudo para atrair para si toda forma de antinomia.

E então, a solução da sistemática predominante, de um modo ou de outro, das leis constitucionais sobre as leis comuns é, entretanto, subordinada à condição da observância escrupulosa por parte das primeiras leis dos seus próprios limites. Deduz-se, então, que, enquanto isso não devesse acontecer, poderia ser visto a anulação de norma constitucional que se traduza, nos fatos, na manutenção em vigor ou mesmo na recuperação do vigor da norma ordinária dotada da 'cobertura' a ela oferecida por um princípio fundamental.

É óbvio que, nos dois casos rapidamente examinados, a presunção sempre joga, respectivamente, a favor do cânone cronológico e do cânone hierárquico. Um ordenamento renova-se e transmite fisiologicamente no tempo somente quando no próprio interior formam-se e nascem atos (normativos ou não) válidos, respectivamente conforme a parâmetros superiores; a invalidez, além disso, permanece sempre um fato excepcional, e assim deve ser, de outra forma seria o sintoma de um mal incurável que afligiria o próprio ordenamento e estaria pronto para devorá-lo. Mas os fatos patológicos, se também circunscritos, fazem parte do mesmo desenvolvimento fisiológico da vida do ordenamento, exatamente assim como as doenças fazem parte da vida de um ser humano. E o ordenamento é completamente salutar quando consegue colocar em campo os instrumentos e os recursos do qual é dotado para vencer os fatos patológicos que ocasionalmente se manifestam no seu interior.

As 'coberturas' de valor são o mais eficaz desses recursos, sempre que estejam por sua vez sustentadas por técnicas aplicativas adequadas; e as 'coberturas' em palavras não podem ser, pela sua natureza, contempladas por uma perspectiva meramente formal, mas por uma axiologicamente orientada.

Portanto, a colocação final das fontes (ou melhor, das *normas*) no sistema percebe-se unicamente em caráter aplicativo, não através da estática observação das próprias fontes e da estrutura hierárquica no qual interiormente se dispõe. A *teoria das fontes*, em suma, conflui e se converte na *teoria da justiça constitucional*, sede privilegiada em que tomam corpo os 'balanceamentos' axiológicos, e ambas constituem as duas faces de uma mesma medalha, que é determinada pela *teoria da Constituição*: os dois perfis, a saber, necessariamente parciais e necessitados de recíproca integração, pela qual pode ser percebida a essência da Constituição como tabela dos valores positivados.

5. É necessário dar um passo adiante e notar como as antinomias entre as normas possam deslocar-se de um grau a outro, na escala hierárquica: manifestar-se, por exemplo, ao nível das leis ordinárias e refletir-se, portanto, em uma antinomia de grau constitucional, e vice-versa.

Logo se explica a razão.

Até aqui, por razões de fluidez da exposição, levantou-se a hipótese que, em ocasião da aplicação do critério cronológico ou do critério de hierárquico, uma só das

normas em campo usufrua de 'cobertura' constitucional; e isso, naturalmente, pode em algumas circunstâncias acontecer, assim como pode acontecer que uma mesma norma possa exibir mais 'coberturas' de valor, simultaneamente convergentes a seu favor. Mas, ainda mais freqüentes são os casos em que ambas as normas em campo podem invocar para sua proteção valores diversos ou, talvez, um mesmo valor. Em tais casos, o conflito que tem origem no grau primário da hierarquia, converte-se automaticamente em conflito entre valores constitucionais ou mesmo em um conflito de um valor... consigo mesmo, enquanto ambas as normas em conflito o invoquem legitimamente para sua tutela. E é então o momento de estabelecer em que modo o próprio conflito possa ser superado.

5.1. A formidável força expansiva dos valores constitucionais faz que um mesmo valor possa se distender até 'cobrir' toda a área material em que se dispõem normas de lei reciprocamente contrastantes, com a conseqüência que encontrar uma solução (não digo plenamente, mas suficientemente) a contento é muito problemático, às vezes realmente impossível: quero dizer uma solução autenticamente 'balanceada' do ponto de vista axiológico. E é também para ser notado que, quanto mais se assiste a um ajuntamento de valores no mesmo campo, tanto mais crescem e se dilatam as margens de manobra dos quais dispõem os operadores (especialmente, os juízes, e entre esses, ainda mais os juízes constitucionais) para resolver o caso.

Uma observação sistemática da jurisprudência constitucional leva-me a afirmar que, nos casos em que o parâmetro do juízo de constitucionalidade é determinado por um só valor, o próprio juízo é, em regra, menos expressivo de criatividade e, por isso mesmo, de politicidade em relação aos casos em que, ao contrário, os parâmetros mencionados são mais de um. E isso pela razão elementar que, nesses últimos casos, a Corte constitucional dispõe de margens de manobra ainda mais extensas para combinar diversamente os próprios parâmetros, fazendo-os convergir ou até divergir na qualificação final do caso: fazer com que se unam, afinal, em uma mesma parte ou colocá-los um contra o outro. Também em referência aos precedentes judiciários, em tais circunstâncias, apresenta-se como especialmente livre ou criativo: combinando de maneira sempre diversa os valores, a Corte têm um bom jogo para demonstrar que o caso que tem hoje é diferente em relação a casos precedentes e, portanto, não merece ser tratado do mesmo modo.

Não é verdade o que habitualmente se pensa e que quanto mais o peso das normas constitucionais cresce sobre as leis ordinárias, tanto mais a rigidez constitucional é salvaguardada: antes, o inverso é verdadeiro: que, mesmo nesses casos, a Corte manipula a arte da Constituição, na dinâmica composição dos valores (e das normas) que a compõem, para extrair do 'recipiente' constitucional as suas 'verdades' de direito constitucional: 'verdades' que, não poucas vezes, causam à absolvição das normas suspeitas de inconstitucionalidade.

Com essas advertências, é necessário agora ver mais de perto em quais modos se apresentam as 'coberturas' de valor e quais, portanto, podem ser as técnicas colocadas em campo pela jurisprudência para sistematizá-las.

5.2. Preliminarmente, deve ser dito que, uma hierarquia entre valores é, em alguns casos, *abstratamente* feita pela própria Constituição: como tal é uma hierarquia *estática* e *imutável*, qualificada uma vez por todas, ainda que necessite de ser

reconhecida concretamente após uma análise dificultosa da realidade.

Refiro-me ainda aos casos em que uma mesma norma constitucional dá lugar a um ordenamento axiológico. Por exemplo, a Constituição italiana (e, igualmente para outras cartas constitucionais) subordina o exercício da liberdade de imprensa (artigo 21) ou da liberdade religiosa (artigo 19), em especial pelo que concerne às práticas religiosas (aos rituais), ao limite do bom costume. Eis que, com referência aos casos respectivamente previstos pelos artigos já mencionados, o valor do bom costume é considerado, todavia, predominante sobre o valor da livre expressão do pensamento por meio da imprensa ou da liberdade religiosa. E ainda mais, a Constituição solenemente afirma a igualdade moral e jurídica entre os cônjuges no seio da família, mas admite que a própria igualdade possa ir de encontro a limites em nome do valor, evidentemente considerado predominante, da unidade da família (artigo 29).

Nesses e em outros casos, nenhuma dúvida teórica pode, portanto, existir acerca da ordem axiológica estabelecida pela lei fundamental; a dúvida, eventualmente, pode existir (e não poucas vezes é muito complexo explicá-la) acerca da qualificação de um comportamento ou de um ato: por exemplo, se concretamente um certo ritual religioso ou um certo artigo na imprensa superam, ou não, o limite do bom costume.

Observa-se, como no exemplo acima, que o ponto crucial para a resolução de um caso está justamente no reconhecimento *da natureza de um 'fato'*: na qualificação, em suma, dos caracteres materiais do caso, antes mesmo que na interpretação do parâmetro constitucional e, em geral, dos dados normativos (que, em todo caso, são às vezes muito difíceis).

5.3. Além disso, deve-se ter presente que, ainda em outros casos, não se tem um conflito entre valores em sentido exato, mas uma incerteza acerca da natureza de um fato ou de um ato, que, porém, uma vez superada, conduz naturalmente à aplicação dessa ou aquela norma constitucional.

Ser por exemplo, escrevo um livro, pode ser muito importante que se estabeleça se o mesmo constitui uma mera expressão da 'usual' liberdade de imprensa, reconhecida pelo artigo 21 da Constituição, ou se é uma obra científica que, como tal, goza da liberdade privilegiada das quais se beneficiam as obras artísticas e científicas com base no artigo 33 (os limites, de fato, das duas liberdades não são coincidentes). Uma vez anulado o dilema, a aplicação ao caso será de uma, e de *uma única* norma, sem que se assista a algum conflito entre as mesmas.

5.4. Finalmente da reflexão que estou fazendo agora, todavia, preocupa-me fixar a atenção sobre os únicos casos de conflitos entre valores no sentido restrito, que - como indicava pouco antes - acontecem quando dois ou mais valores (e as relativas normas constitucionais) convergem sobre o mesmo caso e pretendem dar-lhe a única, absolutizante qualificação ou quando um mesmo valor é chamado por duas normas em mútuo conflito.

Os dois casos devem ser estudados separadamente, mesmo se a prática ensina que, na maioria das vezes, podem ser confundidos reciprocamente ou refluir um no outro.

Suponhamos que sejam dadas duas normas de lei em conflito, a velha e a nova que, com base no cânone cronológico, pretenda tomar o seu lugar, e que se reconheça que ambas gozam de cobertura constitucional. Nesse caso, é necessário questionarmos se as normas de cobertura são, ou não, do mesmo grau. Se não o são, enquanto que uma é *regra* e a outra um *princípio*, a so-

lução conduz naturalmente para dar a anterioridade àquela norma dotada de proteção mais forte (significado diferente é aquele do reconhecimento da estrutura e/ou da natureza de simples normas: problema muito árduo, como se sabe, do momento em que não se dispõe de uma medida segura para distinguir umas das outras, mas que deve ser enfrentado e resolvido toda vez).

Ao contrário, no caso em que ambas as normas de cobertura sejam *regras*, trata-se posteriormente de se questionar se uma das duas possa reivindicar para si, o título de ser *diretamente* e *imediatamente* especificativa-atuativa de um princípio, diferentemente da outra que não possui esse título: no qual caso, como se vê, voltaríamos à hipótese logo acima descrita.

A questão, o contrário, complica-se terrivelmente quando ambas as regras de cobertura sejam atualizadoras de modo imediato e direto de princípios e igualmente diferentes ou, quiçá, do mesmo princípio. Nesse caso o conflito então se desloca de um grau e se coloca no teto do ordenamento jurídico. Assiste-se então, como se fazia há pouco notar, aos casos mais dramáticos de conflito axiológico, que se têm quando dois princípios se rebelam um contra o outro, ou, precisamente, um mesmo princípio volta-se contra si mesmo.

Essa última hipótese é, contudo, muito mais freqüentes do que parece à primeira vista e mostra os limites evidentes aos quais a lógica formal vai de encontro no momento em que se tenta aplicá-la aos conflitos máximos.

Realmente, até quando é possível subir os degraus cada vez mais altos da escala hierárquica, na busca das coberturas de valor a favor das normas ou dos interesses em campo? A lógica indutiva ou até aquela dedutiva, segundo a direção empreendida para reunir as normas ordinárias com as constitucionais, pode ser colocada em campo. Quando, porém, chega-se ao teto do ordenamento (das normas 'superconstitucionais'), não é possível em tese ir além, porque além existe somente o direito natural (para aqueles que nele crêem) ou valores, todavia, não positivizados.

Temos que os conflitos no maior nível da escala hierárquica não podem ser resolvidos aplicando-se a 'pura' lógica jurídica (digo: a lógica formal), que é em tais casos forçada a *capitular*, mas exigem ser enfrentados e resolvidos com técnicas de outra natureza.

Por exemplo, pensando-se no conflito que existe entre a liberdade religiosa (artigo 19) e direito à saúde (artigo 32) sempre que, em nome da primeira, exista um obstáculo que comprometa totalmente a realização do segundo (lembramos sobre a recusa das Testemunhas de Jeová nos confrontos das transfusões de sangue). E então se pode ter uma hierarquia entre religião e saúde (ou, precisamente, à vida)? Não podemos esquecer que, mesmo em nome da primeira, os mártires cristãos deram a sua vida; e não se deve esquecer, pois, o fato que tanto a liberdade quanto o direito, podem ser considerados *imediatamente* e *diretamente* descendentes do valor do artigo 2 da Constituição, onde é solenemente afirmado que 'a República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo seja nas formações sociais onde desenvolve a sua personalidade'. É verdade que constituem manifestações ou especificações diversas do valor do reconhecimento dos direitos invioláveis, mas certamente - *abstratamente* - não graduáveis. Além disso, uma graduação deve ser feita *concretamente*: é uma imposição dada no caso da vida que coloca em mútua oposição a liberdade e o direito mencionados.

Não são as normas ou os valores por elas expressos que se dirigem natural-

mente uns contra os outros: considerados abstratamente, separadamente dos casos da vida, os artigos 19 e 32 parecem estar em perfeita harmonia. São os casos da vida que mais os constrangem - pode-se dizer inaturalmente - a rebelar-se um contra o outro. E os casos reivindicam, todavia, uma solução: uma solução que não será 'jurídica' ou, melhor, juridicamente 'pura', no sentido de fruto de aplicação da lógica formal às dinâmicas da normação, mas uma solução que, para um bom resultado, *deve* ser dada.

Em outros casos, o conflito de um valor em si mesmo apresenta-se na sua forma mais genuína e dramaticamente expressiva.

Pensando-se no aborto, onde é o mesmo direito, aquele à vida, do qual se fazem portadores diferentes sujeitos, que se rebela contra si mesmo (não discuto a natureza do feto, que, todavia, a jurisprudência constitucional reconheceu ser uma pessoa humana).

Nesses e em outros casos semelhantes, se toca com as mãos verdadeiros 'balanceamentos', no sentido de soluções compromissórias e equilibradas, igualmente adequadas para satisfazer, seja somente em parte, *ambos* os valores em conflito, que não podem acontecer. Tem-se a 'colocação entre parênteses', seja ainda a momentânea suspensão, em relação a um caso, da eficácia da norma constitucional portadora do valor recessivo. A corte não pode, obviamente, anular uma norma da Constituição, enquanto pode anular uma norma de lei constitucional, pelo simples fato, de todos conhecido, que a primeira traz consigo impressa a imagem do poder constituinte: seria como se insensatamente pensasse em serrar o galho da árvore sobre o qual está sentada! As decisões da Corte são realmente sempre significativas de *poder constituído*, e não podem, contudo, opor-se em nenhum caso a vontade soberana do poder constituinte (e ao seu produto normativo objetivado, a Constituição), que, ao contrário, são mantidas para servir e para serem observadas. E, todavia, as próprias decisões podem momentaneamente privar de efeitos normas da lei fundamental significativas de valores recessivos em sede de 'balanceamento'. São os casos da vida que obrigam a fazer isso, por mais doloroso que possa ser.

No caso das Testemunhas de Jeová, dando-se – como a legislação e a jurisprudência finalmente concluíram por dar - a supremacia ao direito à saúde, coloca-se de lado a liberdade religiosa. Pode-se dizer que essa é a solução justa. Talvez. Não pretendo agora dar lugar a uma discussão interminável sobre esse assunto. Apropriado, porém, é que a liberdade religiosa é, nesse modo, inteiramente sacrificada.

O aborto. Consentir à sua realização, mesmo que só em certas condições rigorosamente permitidas, não impede que uma vida humana vá, todavia, perdida; e, quando se perde uma vida ainda que única, sofre sempre a humanidade inteira.

Onde está nos casos acima citados (mas em muitos outros também), o 'balanceamento' igualitário entre valores opostos? Onde aquele direito 'dúctil' que prega uma doutrina sensível (G. Zagrebelsky), e que todos gostaríamos de ver sempre realizado, mas que (temo), na maioria das vezes, é inatingível?

6. A razoabilidade, em uma das suas formas mais significativas, é adequação da norma ao 'fato', às exigências dos bens da vida necessitados de satisfação (L. D'Andrea).

É interessante notar como a adequação das normas ao valor e a adequação das normas aos 'fatos' são apenas aparentemente distinguíveis entre elas, mas na re-

alidade, na viva experiência jurídica, são uma única 'coisa'.

Um exemplo vale mais do que qualquer outro discurso de ordem teórica geral para esclarecer o conceito.

Pensando-se, portanto, no outro critério de sistematização das fontes, aquele da competência ou da separação das competências (V. Crisafulli). As relações entre as leis de Estado e Regiões constituem, para a doutrina usual, um dos mais visíveis e expressivos testemunhos: cada uma das duas leis tem, de fato, seus próprios âmbitos de competência, com base nos catálogos de matérias contidos na Constituição. Tenha-se, todavia, presente que, enquanto em relação a algumas matérias a competência das Regiões parece ser exclusiva ou plena, igualmente se pode assistir ao ingresso nos campos regionais de leis estatais adotadas para garantia do bem da unidade-indivisível do ordenamento e idôneas para vincular diversamente a autonomia regional (por exemplo, as leis estatais com as quais se determinam 'os níveis essenciais' das prestações concernentes aos direitos civis e sociais, que devem ser uniformes no inteiro território da República: artigos 117, II parágrafo, letra *m*). Em outras matérias, o poder legislativo é repartido entre o Estado e as Regiões (em um sentido, todavia, diferente daquele que é próprio da *konkurrierende Gesetzgebung* do ordenamento alemão): um é, de fato, competente para dar a disciplina de princípio (a pôr - como diz o artigo 117, III parágrafo, os 'princípios fundamentais'), as outras para dar a disciplina pormenorizada ou de detalhe, com *regras*.

A jurisprudência constitucional tem afirmado repetidamente que a verificação do respeito das competências por parte das leis tanto do Estado quanto das Regiões deve ser cumprida com base nos *interesses* em campo, da sua natureza: onde, em suma, existem interesses nacionais ou supranacionais que exigem, todavia, ser protegidos, aí a competência é do estado, assim como onde estão em jogo interesses locais a competência é das regiões.

O 'balanceamento' entre o valor de unidade e o valor de autonomia ambos reconhecidos merecedores de tutela pelo princípio fundamental pelo artigo 5 da Constituição, deve ser então efetuado concretamente com base na *natureza dos interesses* confiados à vigilância, respectivamente, das leis estatais e das leis regionais. Desse modo, a conformidade das leis ao valor ou, melhor, à síntese dos valores mencionados coincide com a concordância das próprias leis da natureza dos interesses, ou seja, com a sua própria razoabilidade.

Ainda uma confirmação da possibilidade de reconduzir à razoabilidade todos os critérios (aqui, aquele da competência) com cujas fontes (ou melhor, as *normas*) são compostas em sistema: uma razoabilidade que se mostra no seu significado qualificante de congruência da norma, simultaneamente, seja ao valor que ao 'fato'.

O exemplo dado é, pois, muito instrutivo ainda por um outro aspecto, comumente um tanto negligenciado também pela mais acreditada teoria das fontes; e é que os parâmetros constitucionais, particularmente os parâmetros mais expressivos de valores (os princípios fundamentais), remetem naturalmente aos 'fatos' ou aos interesses por eles previstos ao final da verificação da constitucionalidade das leis e dos atos produtivos de normas em geral. A análise da *estrutura* das disposições constitucionais confirma que ela resulta composta não exclusivamente por 'materiais' normativos, mas ainda - e, principalmente - por materiais 'factuais': no 'recipiente' constitucional se introduz, finalmente, elementos extraídos da realidade que passam a compor o parâmetro, regeneram-no se-

manticamente sem pausa e desenvolvem, ao contrário, justamente o papel de maior relevo em sede de qualificação da constitucionalidade. E, uma vez que os 'fatos' ou os interesses estão em contínua transformação (um mesmo interesse, por exemplo, em um primeiro momento pode parecer como nacional e um segundo como local, e vice-versa), eis que os mesmos parâmetros são transpassados por um movimento incessante: *transformam*, ou antes, *são*, ou melhor, *são enquanto se transformam.*

A Constituição é, em suma, mais que um *ato*, um processo (A. Spadaro): seja pelo fato que a linguagem da Constituição sofre contínuas mudanças de significado, tal como a linguagem comum, também com base nas solicitações que derivam dos atos inferiores (G. Silvestri), e seja pelo fato que mudam continuamente a natureza e as combinações dos interesses em campo, os seus 'balanceamentos' na realidade (F. Viola - G. Zaccaria, L. Mengini, A. Ruggeri).

Os valores, na sua formulação abstrata, permanecem sempre idênticos a si mesmos (no exemplo citado, o valor de unidade-indivisibilidade da República e o valor da promoção da autonomia); mas os modos com os quais os próprios valores tomam corpo na experiência renovam-se continuamente, exatamente enquanto experiência não é, mas *transforma*. A única técnica que consegue dar uma ordem segundo valor às dinâmicas produtivas é a razoabilidade, que no momento em que é aplicada aos casos da vida reúne *fatos e normas*, *ser e dever ser*, e ambos orienta para os valores.

Nota-se então alguns riscos e algumas incertezas que sempre acompanham à utilização da técnica da razoabilidade e do enorme poder do qual é naturalmente dotado o juiz das leis que delas dispõe. E, incertezas e riscos acima mencionados fazem parte das habituais práticas jurídicas e, pelo menos em certa medida, são inevitáveis. Trata-se antes de encontrar o modo para circunscrevê-las quanto maior possível é o alcance.

Disso acrescenta-se finalmente o momento de tratar com a necessária rapidez essa reflexão.

7. O problema, nesse ponto, desloca-se sobre as técnicas que podem ser utilmente colocadas em campo para dar lugar aos 'balanceamentos' e principalmente às formas utilizadas para o controle do seu uso correto.

A jurisprudência constitucional é freqüente em afirmar que os conflitos entre valores recebem a sua composição graças à técnica da razoabilidade e acrescenta-se que a mesma, graças à sua flexibilidade estrutural, é apropriada às sentenças axiológicas, de qualquer modo, adequada aos casos, às exigências por elas expressas de um 'balanceamento' que não comporte o sacrifício de um valor em vantagem de um outro.

Notou-se pelos exemplos dados que esse sacrifício é, pelo menos em alguns casos, inevitável. A razoabilidade é exclusivamente a *forma* através da qual se torna demonstrada a vontade ou a ideologia da Corte. A razoabilidade é, em suma, uma máscara ideológica, um tipo de *deus ex machina*, que vem do céu - como nas tragédias gregas - para resolver situações especialmente embaraçadas que os homens por si sós não seriam capazes de encarar.

E a Corte não pode dizer nada mais do que diz, senão renegaria a si mesma, ou melhor, se privaria da legitimação da qual tem constante necessidade. A Corte não pode admitir que os 'balanceamentos' operados sejam frutos da sua ideologia ou cultura, e não apenas da ascética ou neutra aplicação de uma impossível lógica jurídico-formal; não pode, certamente, impor à força da própria concepção do mundo.

Retomando, ainda por um momento, um exemplo já dado, cada um de nós, se chamado para opinar sobre o aborto, pode puramente e simplesmente declarar qual é o seu pensamento em relação a isso, é exatamente assim como faz em relação a qualquer outra questão jurídica social. Mas, a Corte não pode certamente dizer ser a favor ou contra o aborto, enquanto essa é, puramente e simplesmente, a ideologia dominante no seu interno.

Faz bem, portanto, a Corte em apresentar como *demonstrações* invencíveis os veredictos que entrega a cidadãos e operadores para que façam uma escrupulosa aplicação. Mas, as demonstrações pressupõem a supra-ordenação das normas, as bases sobre as quais elas são conjugadas, a respeito dos antagonismos em campo; e aqui, contudo, antagonistas são as próprias normas do ápice do ordenamento, os princípios fundamentais que se enfrentam sem intermediários e sem economia de golpes.

Existe uma diferença fundamental entre os 'balanceamentos' que pode fazer cada um de nós ou que faz o próprio legislador, por um lado, e aqueles que, ao contrário, faz a Corte ou fazem os juízos em geral, por outro lado.

Cada um de nós pode mudar até radicalmente de idéia sobre um mesmo problema, sem nem ao menos dizer o porquê; e do mesmo modo, o legislador pode, querendo, rever do começo ao fim uma sua decisão política anterior, reescrevendo e variavelmente modificando um texto de leis, ab-rogando-o inteiramente, acrescentando-lhes novos, etc. O leque das possibilidades que em consideração se oferecem ao legislador é praticamente muito amplo, mesmo porque o legislador faz política e, no respeito da Constituição (e do cânone da razoabilidade...), pode retornar nos próprios passos, manifestando uma vontade até profundamente divergente da outra vontade anteriormente expressa. O legislador não é levado a explicar as razões pela qual dá lugar a um certo 'balanceamento' axiológico, mesmo se - naturalmente - nem todos os efeitos lhe são permitidos, devendo-se a todos manter no interior da moldura constitucional.

A Corte constitucional e os juízes, ao contrário, são levados a justificar as suas decisões. A Corte, em especial, apresenta os próprios 'balanceamentos' como as *únicas* soluções possíveis nos singulares casos, como as únicas *justas*, adequadas aos próprios casos, perfeitamente 'balanceadas' de fato. E, como dizia, faz bem em fazer assim. E, todavia, mesmo enquanto a Corte é operadora jurisdicional, os seus 'balanceamentos' não dispõem da amplitude de raio que é própria dos operadores políticos. A Corte deve apresentá-los sempre como aplicações de normas superiores, mesmo quando não o é efetivamente.

A verdade é que, justamente pelo fato que a lógica formal é aqui forçada muitas vezes a ceder, devem socorrer-se de outros recursos, adequados para garantir contra o arbítrio do próprio endossante máximo da legalidade constitucional.

Há tempo com respeito a isso pondero sobre uma 'dupla coerência' da jurisprudência constitucional. Existe, de fato, uma *coerência interna* à simples pronúncia, pela qual, fixadas algumas premissas (e – admita-se - na maioria das vezes *livremente* fixadas), descendem (devem descender) algumas conseqüências, intimamente e necessariamente ligadas às mesmas premissas. E existe, pois, uma *coerência externa*, que diferentemente da primeira é do tipo diacrônico, pela qual as decisões que têm o mesmo objeto resultam (*e devem* resultar) uniformemente adotadas, a ponto de compor um mesmo *endereço* jurisprudencial que se renova somente no próprio interior (mas a pequenos passos), ficando em todo

modo sempre idêntico a si mesmo. A renovação pode ser às vezes até radical, dando vida a verdadeiros e próprios *revirement* jurisprudenciais, mas à única condição que resulte mudada a 'situação normativa' de partida, vista no conjunto dos elementos normativos e factuais que a compõem. Neste caso, a mudança de jurisprudência não só é lícita, mas até obrigatória, mesmo enquanto seja uma singular pronúncia judicial que a jurisprudência no seu complexo devem, como primeiras, aparecer como *racionais*. Permanecendo ao contrário, não mudada a 'situação normativa' de partida, a Corte não pode tratar um mesmo caso, que apresente os mesmos objetivos, em modos radicalmente diversos: seria irracional justamente se o fizesse, pelo fato que dessa maneira a Corte renegaria a sua própria natureza de órgão jurisdicional, convertendo-se em um órgão puramente político: não daria mais, em suma, certezas de direito constitucional, mas, ao contrário, daria de si mesma a imagem do operador que se impõe com a força. Justamente pela razão que os 'balanceamentos' efetuados pela Corte apresentam caráter *concreto*, em relação às peculiares exigências totais dos casos singulares, diferentemente dos 'balanceamentos' efetuados pelo legislador que são *abstratos*, assim como abstratas são as disposições normativas que os incluem e exprimem, exige-se a implantação de certas 'constantes', *freqüentemente* respeitadas pela própria Corte, nas quais se reflete a alma jurisdicional do juiz das leis.

Prestemos atenção, somente por um momento, nesse ponto.

Viu-se que a Corte nos seus 'balanceamentos' entre valores fundamentais não dá, pelo menos em alguns casos, lugar à aplicação da lógica formal, mas deduz a solução do caso exclusivamente por uma ordenação hierárquica entre os próprios valores, que é fruto de escolha ideológica. E, ao fazer isso, a Corte faz, substancialmente, tudo o que faz o próprio legislador: adota uma decisão política mascarada de formas jurídicas. E, a Corte recupera e (*deve* recuperar) a sua íntima e indisponível natureza de operador jurisdicional pelo *modo* com que chega à própria decisão, ou seja, pelo *procedimento* no decorrer do qual a decisão se aperfeiçoa, as *técnicas* que permitem a formação, as *formas* das quais se reveste.

Releva nesse propósito a elaboração de alguns *standards* ou *tests* de juízo que a Corte é obrigada a aplicar de modo uniforme, mesmo como *juiz*, seja apenas um juiz diferente dos outros. São os *standards* mencionados que garantem a coerência da jurisprudência, nas suas duas projeções ou manifestações mencionadas (como coerência *interna* e como coerência *externa*). Nesse plano a diferença entre as decisões políticas assumidas pelo legislador e as decisões políticas da Corte é substancial. Ou melhor, o é *em teoria*. Inclina-se, todavia, *na prática* a empalidecer com referência aos casos em que os próprios *standards* se apresentam como excessivamente vagos e conceitualmente indeterminados, presta-se a fáceis manipulações da sua substância apresentadas, ao contrário, como fiéis e uniformes aplicações.

8. Aquilo que, em todo modo, é certo é que a jurisprudência é obrigada a medir-se continuamente consigo mesma, disso dependendo a sua razão. A Corte julga a razão das leis, submete-as ao controle de constitucionalidade os 'balanceamentos' de valores incluídos nos textos de lei. Mas as suas pronúncias têm um sentido somente enquanto elas sejam em primeiro lugar *razoáveis*. No perfil dos efeitos, a diferença fundamental entre a posição do legislador e aquela da Corte, entre os dois 'tipos' de razoabilidade, é que aquela uma está

sujeita ao controle de validade, enquanto a outra é, ao contrário, expressamente excluída de qualquer impugnação (assim, expressamente, o artigo 137, último parágrafo, da Constituição).

A razoabilidade dos 'balanceamentos' realizados pelo legislador é inferior a algumas verificações que, por sua natureza, permanecem excluídas a razoabilidade dos 'balanceamentos' da Corte.

É justo que seja assim. A jurisprudência constitucional é, de fato, o 'lugar' de fechamento das dinâmicas do ordenamento, mesmo com as justificações que desenvolverei a seguir. Se os veredictos da Corte pudessem ser voltar à discussão em outra situação jurisdicional, o ordenamento giraria no vazio e não disporia de um ponto fixo de unificação-integração interna. A Corte é, portanto, o lugar em que se formam as 'verdades' (no sentido processual) de direito constitucional, em cujo direito constitucional adquire certeza, estabilidade.

Duas observações devem ser feitas a respeito.

A primeira, óbvia, é aquela que agora volta à mente, simplesmente, para dar um mínimo de organicidade (se não de integridade) à reflexão que se fazia, é que também as decisões da Corte, por mais que sejam juridicamente não impugnáveis, sujeitam-se sempre à crítica difusa (da comunidade, dos estudiosos, dos operadores). Em última instância, na presença de decisões 'monstruosas', já que irracionais, evidentemente, desperta o *direito de resistência* tanto dos cidadãos quanto das outras instituições, como se pode manifestar na desaplicação de um veredicto da Corte julgado não conforme aos princípios fundamentais e à sua combinação segundo os casos.

Por exemplo, uma hipótese de resistência do Parlamento à Corte pode ser considerada aquela que se tem todas às vezes que o primeiro reaprova tal e qual uma norma de lei precedentemente anulada pela segunda. Em tais circunstâncias, assiste-se a uma violação (uma verdadeira e própria fraude) nos confrontos do julgado constitucional, que em essência deve ser julgada como ilegítima, mas que, justamente, torna-se legítima enquanto realizado para enfrentar o veredicto da Corte irrazoável no sentido anteriormente afirmado. Obviamente, trata-se, pois de inquirir quem tenha o título para fazer tais avaliações. É claro, porém, que em última instância é o princípio de efetividade que estabelece qual parte é a que está com a razão ou não. Trata-se, em suma, de observar que se implantem os verdadeiros e próprios costumes em um sentido ou em outro.

Se, por exemplo, a Corte encontra em si a força para anular até a lei que reproduziu outra lei já anulada e o fato não determine uma reação posterior por parte do legislador, confirmaremos o fato de que a própria reprodução era ilegítima, por violação do julgado constitucional. Se, ao contrário, a Corte é forçada a se dobrar perante o fato reprodutivo, principalmente enquanto ao mesmo tempo seja oferecido um consenso difuso por parte da comunidade e dos outros operadores (administradores e juízes comuns), afirmaremos que a violação do julgado constitucional era perfeitamente lícita, exatamente como ilícito era o próprio julgado.

A segunda observação é que as dinâmicas institucionais, do qual se compõe ordenamento e através das quais incessantemente esse se renova, não têm sempre e só na Corte o lugar onde se aperfeiçoa uma atividade de justiça constitucional.

Em relação a isso é necessário indicar que a distinção entre sistemas de justiça constitucional assim chamada difusa e sistemas de justiça centralizada, pelo modo com que é comumente entendida e representada, é muitas vezes enganosa. A

realidade é, antes, muito mais complexa e internamente articulada, diríamos até: 'fluida'. Em especial, no nosso ordenamento, existem traços muito marcantes e visíveis deixados por elementos usualmente considerados próprios dos sistemas de jurisdição difusa (E. Malfatti - R. Rombioli - E. Rossi, curr.). Não pude, todavia, tratar desse assunto com a devida profundidade. Gostaria, contudo de indicar somente um fenômeno que é ainda pouco estudado e que apresenta um notável interesse teórico e também um relevo prático.

A fim de estabelecer em que medida ou objetivo o nosso sistema é realmente aquele próprio de uma justiça constitucional centralizada, é necessário questionar se todas as operações de justiça se cumprem e se exaurem somente na sede da Corte. Assim, porém, no meu parecer, não é confirmado, até por uma observação superficial das questões de constitucionalidade levantadas perante a Corte e do modo em que elas são resolvidas. A verdade é que, não raramente, os 'balanceamentos' feitos pela Corte são incompletos, postergando-se, ao seu aperfeiçoamento completo, para futuros 'balanceamentos', que exigem ser feitos ora pelo legislador, ora pelos juízes e pelos práticos em geral. Nesse modo, a dinâmica das relações entre a Corte e os operadores restantes não *se fecha* definitivamente junto à própria Corte, mas se põe novamente em movimento, abrindo-se a seus posteriores e imprevisíveis desenvolvimentos.

Muitas vezes as decisões da Corte solicitam um 'seqüência' que só o legislador pode dar a elas um caráter mais adequado: exigem ser especificadas e atuadas legislativamente, ficando, em todo caso, a salvo a possibilidade de submeter a um controle posterior a atividade realizada pelo legislador. Ainda a perdurante inércia no legislar pode, dentro de certos limites, ser sancionada: não poucas vezes, a Corte salva, em um primeiro momento, um texto de lei, na consciência da maior nocividade do vazio que se criaria, solicitando, todavia, uma imediata e enérgica intervenção por parte do legislador; no caso desse último não acontecer, a Corte reserva-se o direito de sancionar em um momento sucessivo a inércia do legislador com a anulação da lei não adequadamente reescrita pelo seu autor.

Outras vezes a Corte dá lugar, desde o início à anulação, no sentido que declara inconstitucional um texto de lei, mas somente enquanto omite-se em conter uma norma de princípio que deveria ter desde o início (C. Salazar). Em tais casos, a Corte em boa substância manipula o texto de lei, reescreve-o, mas apenas em modo *soft*, não o integra com *regras*, mas unicamente com um *princípio* inexistente ilegitimamente. E o próprio princípio é consignado, ao mesmo tempo, tanto pelo legislador quanto pelos juízes (e pelos administradores) a fim de que, cada um, segundo as próprias competências, desenvolvam-no e apliquem-no: o legislador produzindo as regras atuativas do próprio princípio, o juiz extraindo as regras para aplicar, mesmo provisoriamente (na espera da obrigatória intervenção do legislador), aos casos.

A justiça constitucional apresenta-se, em circunstâncias tais, como uma espécie de *work in progress*, que se inicia durante a Corte constitucional (apesar disso, com base na solicitação proveniente dos juízes, que chamam em campo a própria Corte) e se aperfeiçoa, portanto, em situações diversas. E as atividades que em tais situações são realizadas estão, naturalmente, sujeitas a um eventual e posterior controle de constitucionalidade. E assim por diante: o 'círculo' constitucional *fecha-se*, mas o seu interior caracteriza-se por um movimento incessante, que leva da Corte aos outros operadores, e desses para ela novamente.

Nós nos damos conta, dessa maneira, que os 'balanceamentos' nunca têm fim, que se reproduzem e multiplicam por si mesmos, pouco a pouco o 'jogo' axiológico realizado nos vários níveis institucionais desenvolve-se durante os canais constitucionalmente construídos. A afirmação corrente segundo a qual a Corte é um órgão de 'fechamento' do ordenamento, o órgão que dá certezas do direito constitucional e coloca a palavra 'fim' às dinâmicas institucionais que, de outro modo, resultariam caracterizadas por uma taxa crescente de conflitualidade interna, deve ser, portanto, especificada e corrigida com base na indicação acima citada.

A Corte, de fato, coloca-se, todavia, com os seus 'balanceamentos', como ponto de integração e fator de orientação para as dinâmicas que se implantam e desenvolvem com base nas pronúncias emitidas pela própria Corte. Nenhum operador (nem mesmo a Corte), pode reivindicar para si o título de *único* ou *autêntico* intérprete da Constituição e dos seus valores, é conveniente que a interpretação da Constituição e a sua realização seja fruto de um 'jogo' complexo ao qual, mesmo com diversidade de papéis, todos são chamados, ao que a própria doutrina jurídica não se mantém absolutamente estranha, com a sua observação crítica da experiência e as solicitações que incessantemente dirige a uma correta e crescente realização dos valores constitucionais.

REFERÊNCIAS

BALDASSARRE, Antonio, Costituzione e teoria dei valori. *Politica del diritto*, Bologna, 1991, p. 639 ss.

BIN, Roberto, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992.

CHESSA, Omar, *Principi, valori e interessi nel ragionevole bilanciamento dei diritti*, in M. LA TORRE, Massimo - SPADARO, Antonino (curr.), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 207 ss.

CRISAFULLI, Vezio, Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, 1960, p. 775 ss.

D'ANDREA, Luigi, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, Giuffrè, 2005.

MALFATTI, Elena – ROMBOLI, Roberto – ROSSI, Emanuele (curr.), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, Giappichelli, 2002.

MENGONI, Luigi, Il diritto costituzionale come diritto per principi. *Ars interpretandi*, Padova, 1996, p. 95 ss.

ROSS, Alf, *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig-Wien, Deuticke, 1929.

RUGGERI, Antonio, *Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e le "metamorfosi" dei criteri ordinatori delle fonti*, Torino, Giappichelli, 1994.

RUGGERI, Antonio, Giurisprudenza costituzionale e valori. *Diritto pubblico*, Padova, 1/1998, p. 1 ss.

RUGGERI, Antonio, Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale. *Ars interpretandi*, Padova, 2002, p. 261 ss.

RUGGERI, Antonio, Metodi e dottrine dei costituzionalisti ed orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di fonti e della loro composizione in sistema. *Diritto e società*, Padova, 1/2000, p. 141 ss.

SALAZAR, Carmela, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, Giappichelli, 2000.

SILVESTRI, Gaetano, Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso. *Quaderni costituzionali*, Bologna, 1989, p. 229 ss.

SILVESTRI, Gaetano, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, Giappichelli, 2005.

SPADARO, Antonino, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, Giuffrè, 1994.

SPADARO, Antonino, Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua *evoluzione* del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità. *Quaderni costituzionali*, Bologna, 1998, p. 341 ss.

F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, 2. ed., Roma-Bari, Laterza, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992.