

Curso/Disciplina: Direito Constitucional

Aula: Hermenêutica: Ponderação de interesses. Eficácia das normas constitucionais – 08

Professor (a): Marcelo Tavares

Monitor (a): Luis Renato Ribeiro Pereira de Almeida

Aula 08

HERMENÊUTICA (continuação)

Ainda quanto ao exame dos subprincípios da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade propriamente dita), o STF declarou inconstitucional, por falta de proporcionalidade no aspecto necessidade, uma lei estadual que determinava a pesagem de botijão de gás na frente do consumidor, caso a caso, na venda a varejo.

O meio utilizado (pesagem individual do botijão na frente do consumidor) alcança a finalidade (proteção do consumidor). Porém, há outro meio categoricamente melhor para a proteção do consumidor: a fiscalização, pelo Estado, dos botijões de gás antes de sua saída da fábrica, impedindo que fossem comercializados no comércio varejista com peso adulterado.

1. Princípio da ponderação de interesses.

A ponderação de interesses é um método de solução de conflito real entre normas jurídicas diante de casos difíceis (*hard cases*), em que não há uma solução adequada em tese (a solução é apenas no caso concreto) e no qual ambas as normas podem ser aplicadas com “peso” diferente.

Trata-se de um método utilizado pelo pós-positivismo, depois que os métodos positivistas, baseados num conflito aparente de normas jurídicas, se tornam insuficientes.

No positivismo, o ordenamento jurídico é visto como algo perfeito, em que o conflito normativo é meramente aparente. Quando há esse conflito, deve-se utilizar primeiramente o método da hierarquia, em seguida o método da especialidade, e por fim o método temporal. Esses critérios solucionam os conflitos aparentes, aplicando uma norma em detrimento de outra, que é afastada.

Quando nenhum desses três métodos positivistas consegue resolver a situação, configura-se o conflito real, que deve ser solucionado através da **ponderação de interesses**. Há duas normas de mesmo nível hierárquico, igualmente especiais (ou igualmente gerais) e ambas as normas são contemporâneas. É o caso do conflito que ocorre entre duas normas constitucionais originárias, que exige o método da ponderação.

Portanto, pelos métodos positivistas, no conflito aparente entre duas normas a aplicação de uma afasta a aplicação da outra, uma norma prevalece em detrimento da outra, e essa solução pode ser reproduzida em outros casos concretos.

Na ponderação de interesses, diferentemente, não há uma solução em tese que possa ser utilizada em outros casos sem que se examine as peculiaridades de cada um, e ambas as normas em conflito podem ser aplicadas conjuntamente, com diferença de peso. A solução construída no método da ponderação só é adequada a um fato. Não há uma solução pré-estabelecida, possível de ser replicada para vários fatos.

A doutrina majoritária afirma que o método da ponderação de interesses deve ser aplicado entre princípios. Na definição do pós-positivismo, os princípios são normas dotadas de dimensão de peso, enquanto as regras são binárias (ou são aplicadas ou não são aplicadas).

Assim, se duas regras estão em conflito, deve-se buscar os princípios subjacentes, fazer a ponderação dos princípios e encontrar o resultado, uma vez que não é possível ponderar regras (haja vista sua estrutura binária) nem ponderar uma regra com um princípio.

Segundo Humberto Ávila, um dispositivo não pode ser taxado como regra ou princípio. Um dispositivo pode ter uma aptidão primária a ser regra, mas ser lida como princípio; ou pode ter uma aptidão primária para ser princípio, mas ser lida como regra.

Contudo, o que prevalece na doutrina é que o método da ponderação é adequado à ponderação de princípios, não de regras.

Luis Roberto Barroso propõe que sejam percorridas etapas na aplicação do método da ponderação:

- a) Identificação das normas em conflito;
- b) Identificação das circunstâncias do fato;
- c) Ponderação das circunstâncias em análise com as normas.

Um exemplo é o conflito entre liberdade de imprensa e o princípio da intimidade: ambos têm previsão na Constituição, referem-se aos direitos fundamentais (lastreados na dignidade da pessoa humana) e são normas constitucionais originárias.

Nem sempre as normas se apresentam de antemão com o mesmo peso. Há certos casos em que o constituinte já fez a ponderação de valores: é possível que se esteja diante de uma situação em que o constituinte já estabeleceu que determinado valor moral prepondera em relação a outro, o que deve ser identificado na primeira fase acima exposta (identificação das normas em conflito). Caso o constituinte já tenha previsto a solução, o intérprete pode apenas ratificar a sua opção; se, por outro lado, o intérprete resolver atribuir peso diferente aos princípios, deverá fundamentar a sua decisão.

2. Eficácia das normas constitucionais.

A norma deve ser analisada quanto à sua:

- a) Existência;
- b) Vigência;
- c) Eficácia;
- d) Validade;
- e) Efetividade (eficácia social).

A norma jurídica existe quando tem forma, conteúdo e é produzida por um órgão do Estado (elementos primários). A Lei, contudo, existe a partir da sanção do Presidente da República ou da rejeição do veto pelo Congresso Nacional, antes disso o que existe é o projeto de lei, conforme dispõe o art. 66, *caput* e §7.º.

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§7.º. Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.

A vigência depende do esgotamento de todas as fases do processo legislativo (iniciativa; discussão e votação; sanção ou veto; promulgação e publicação). Se não houver *vacatio legis*, a lei entra em vigor com a publicação. No caso de *vacatio legis*, a lei é publicada mas não está ainda em vigor.

Ou seja, a lei existe antes da publicação, mas não há lei em vigor sem publicação.

A vigência é a aptidão genérica da lei para produzir efeitos.

A eficácia é uma aptidão menos abrangente, na medida em que uma lei que está em vigor pode não ser eficaz. Em princípio a lei que está em vigor é também eficaz (gera efeitos), mas é possível que uma lei tenha sua eficácia suspensa. Ex.: uma lei tributária, no período em que deve ser respeitada a anterioridade, está em vigor mas tem eficácia suspensa. Outro exemplo é a medida cautelar em ADI, que suspende a eficácia da norma.

A validade é a verificação da compatibilidade dos elementos essenciais do ato normativo (órgão, forma e conteúdo) com a Constituição. Assim, a norma será nula se houver um vício de iniciativa, se não for observado o processo legislativo, ou se o conteúdo afrontar materialmente a Constituição.

A efetividade (ou eficácia social) analisa se a lei é respeitada/observada pela sociedade. Trata-se de um conceito que diz respeito à sociologia.

Há duas escolas sobre a eficácia das normas constitucionais: a escola americana, introduzida no Brasil por Ruy Barbosa; e a escola italiana, defendida por José Afonso da Silva (*A Eficácia das Normas Constitucionais*, Ed. Malheiros).

A **escola americana** identifica:

- a) **Normas auto-executáveis (ou auto-aplicáveis)**: aquela que são aplicadas aos fatos, e, portanto, **têm eficácia**.
- b) **Normas não auto-executáveis (ou não auto-aplicáveis)**: são normas que não podem ser aplicadas aos fatos (na medida em que dependem de uma regulamentação), logo **não têm eficácia**.

Essa teoria começou a sofrer críticas da escola italiana: a norma é um dispositivo que coage condutas humanas, e uma norma que não consegue coagir condutas humanas em verdade não é uma norma. Assim, haveria uma incoerência em falar “norma não eficaz”.

A **escola italiana** parte de um pressuposto que a diferencia da escola americana: **toda norma têm eficácia**. O que essa escola propõe é uma distinção entre a eficácia meio e a eficácia fim.

- **Eficácia meio**: toda norma tem eficácia meio, que se consubstancia na **eficácia interpretativa** (serve como orientação de interpretação das normas infraconstitucionais); na **eficácia negativa** (possibilidade de figurar como parâmetro do controle de constitucionalidade e invalidar uma norma infraconstitucional) e na **eficácia de vedação de retrocesso**.
- **Eficácia fim**: é a eficácia de ser aplicada aos fatos independentemente de regulamentação.

A partir disso, José Afonso da Silva propõe uma classificação das normas constitucionais em:

- a) **Normas de eficácia plena**: têm aplicabilidade imediata, direta e integral sobre os fatos. Não dependem de regulamentação para serem aplicadas.
- b) **Normas de eficácia contida (contível ou restringível)**: têm aplicabilidade imediata e direta, podendo não ser integral nos casos em que outra norma (prevista na própria Constituição ou em sede infraconstitucional) restringe a aplicação da norma constitucional.

Ex.: nos termos do art. 93, IX, todos os atos do Poder Judiciário são públicos. Não há necessidade de regulamentação dessa norma, que tem aplicabilidade imediata e direta. No entanto, pode a lei limitar, em determinados casos, o acesso aos atos judiciais somente a advogados e partes do processo. Não havendo lei que restrinja a aplicação da norma, terá esta aplicação integral.

Art. 93. IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

- c) **Normas de eficácia limitada:** a aplicabilidade será mediata, indireta e não integral. Essas normas apenas possuem eficácia meio, não eficácia fim. Não podem ser aplicadas diretamente sobre os fatos, mas têm eficácia interpretativa, negativa e de vedação de retrocesso.

José Afonso da Silva argumenta que as normas definidoras de direitos individuais têm estrutura normativa de **norma de eficácia contida**. O art. 5.º, §1.º, da CRFB/88, apenas prevê que tais normas têm aplicação imediata, o que não contraria a afirmação de José Afonso da Silva, uma vez que as normas de eficácia contida também têm aplicabilidade imediata.

Art. 5.º. §1.º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

As normas do art. 5.º entregam o direito e permitem que seja restringido. Um dos grandes papéis das normas que regulamentam os direitos individuais é trazer a restrição que irá caracterizá-los como normas de natureza restringível. O art. 5.º, X e XI, apresentam exemplos dessa estrutura.

Art. 5.º. X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.