

ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

Setembro/Dezembro
V. 23 - n. 3 - Ano 2021

Rio de Janeiro

Direito Civil- Constitucional e Controle de Constitucionalidade das Leis: Por um Diálogo Necessário

Rodrigo da Guia Silva

Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de cursos de pós-graduação lato sensu da UERJ, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ). Pesquisador da Clínica de Responsabilidade Civil da UERJ. Advogado.

RESUMO: O escopo do presente estudo consiste em promover um diálogo entre a metodologia do Direito Civil-Constitucional e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público, com especial enfoque nas proposições das doutrinas constitucionalistas destinadas a justificar a superação ou o afastamento excepcional de uma norma-regra jurídica. Nessa empreitada, delimitar-se-ão certas premissas teóricas relevantes ao presente estudo, notadamente no que diz respeito à relação entre as noções de enunciado normativo e norma e a noção de ordenamento do caso concreto, bem como a atual compreensão das regras e dos princípios como distintas (conquanto complementares) espécies normativas, ambas sujeitas à incidência imperativa da técnica da ponderação. Na sequência, examinar-se-ão em revista alguns aspectos atinentes à insuficiência do controle abstrato de constitucionalidade. Ao fim, passar-se-ão em revista as principais proposições teóricas con-

cebidas para justificar o dito afastamento excepcional da regra nos casos em que sua aplicação subsuntiva produziria resultado incompatível com a Constituição, buscando destacar a compatibilidade entre a finalidade usualmente subjacente às propostas desenvolvidas na doutrina constitucionalista e os postulados da metodologia do Direito Civil-Constitucional. O estudo adota o método lógico-dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial acerca do Direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Direito Civil-Constitucional. 2. Controle de constitucionalidade. 3. Regras e princípios. 4. Ponderação. 5. Derrotabilidade.

ABSTRACT: The scope of this study is to promote a dialogue between the methodology of civil-constitutional law and the Brazilian system of constitutionality review, with special focus on the constitutionalist doctrine proposals aimed at justifying the exceptional overcoming of a legal rule-norm. In this endeavor, certain theoretical premises relevant to the present study will be delimited, notably with regard to the relationship between the notions of normative statement and norm with the notion of concrete case order, as well as the current understanding of the rules and principles as distinct (although complementary) normative species, both subject to the incidence of the balancing technique. Afterwards, some aspects related to the insufficiency of the abstract control of constitutionality will be reviewed. In the end, the study will review the main theoretical propositions designed to justify the said exceptional overcoming of the rule in cases where its strict application would produce a result incompatible with the Constitution, seeking to highlight the compatibility between the purpose usually underlying the proposals developed in constitutionalist doctrine and the postulates of the methodology of civil-constitutional law. The study adopts the logical-deductive method, based on bibliographic and jurisprudential research regarding Brazilian law.

KEYWORDS: 1. Civil-Constitutional Law. 2. Constitutional review. 3. Rules and principles. 4. Balance. 5. Defeasibility.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Enunciado normativo, norma jurídica e ordenamento do caso concreto; – 3. Revisitando a distinção entre regras e princípios; – 4. Notas sobre a insuficiência do controle abstrato de constitucionalidade; – 5. “Derrotabilidade”, “superabilidade” e “inconstitucionalidade no caso concreto”: perspectivas de um diálogo entre proposições do Direito Constitucional e a metodologia civil-constitucional; – 6. Síntese conclusiva; – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A autonomia científica da metodologia civil-constitucional se associa, entre outras razões, à delimitação das suas particulares premissas.¹ Nesse sentido, sem qualquer pretensão de exaustão, pode-se fazer menção às seguintes premissas metodológicas para a *constitucionalização do Direito Civil*:² (i) a unidade e a complexidade do ordenamento jurídico, bem como o reconhecimento da força normativa e da supremacia da Constituição (PERLINGIERI, 2008, p. 205-208; e SCHREIBER, 2011, p. 11 e ss.); (ii) a superação da *summa divisio* entre direito público e direito privado (MORAES, 1993, p. 24-26; MENEZES; FEITOSA, 2012, *passim*); (iii) a insuficiência do raciocínio puramente subsuntivo (KONDER, 2015, p. 207 e ss.); (iv) o caráter unitário e incindível do processo de interpretação-aplicação do Direito;³ (v) a rejeição ao entendimento tradicional segundo o qual não caberia interpretação de enunciados normativos claros (noção refletida no brocardo latino “*in claris non fit interpretatio*”) (TERRA, 2015, p. 371); (vi) a contingencialidade (notadamente, a historicidade e a relatividade) dos institutos do Direito Civil (KONDER, 2015, *passim*); (vii) a primazia da análise funcional, face à insuficiência

1 Imperiosa, no ponto, a remissão a PERLINGIERI, 2008, *passim*; e, na doutrina nacional, TEPEDINO, 1997, *passim*; e MORAES, 1993, p. 24-26.

2 “(...) constitucionalização do Direito Civil, em uma palavra, não é apenas um adjetivo a colorir a dogmática criada pela Escola da Exegese, que pudesse ser a cada momento *purificada* ou *atualizada*, mas uma definição metodológica, que retrata, ao mesmo tempo, uma alteração profunda da ordem pública, a partir da substituição dos valores que permeiam o Direito Civil, no âmbito do qual a pessoa humana passa a ter prioridade absoluta” (TEPEDINO, 2012b, p. 20).

3 “Interpretação e aplicação do direito constituem momento único, *il tutt'uno* da atividade de construção da norma do caso concreto” (TEPEDINO, 2017, p. 33). V., ainda, por todos, MONTEIRO FILHO, 2016, p. 13; e GRAU, 2008, p. 284.

da análise puramente estrutural (SOUZA, 2013, item 2); (viii) a incidência do juízo valorativo de merecimento de tutela sobre os atos de autonomia privada (PERLINGIERI, 2008, p. 649-650; e SOUZA, 2014, *passim*); e (ix) a supremacia axiológica da dignidade da pessoa humana e a correlata funcionalização das situações jurídicas subjetivas patrimoniais às situações jurídicas subjetivas existenciais (TEPEDINO, 2012b, p. 16; e TEIXEIRA; KONDER, 2012, p. 5 e ss.).

Entre tantas outras possíveis inter-relações verificadas entre as aludidas premissas metodológicas, assume particular relevância a percepção acerca da inviabilidade de interpretação-aplicação do Direito em abstrato, uma vez que somente à luz das vicissitudes do caso concreto se torna possível examinar os variados interesses pela lente de análise composta pelos valores consagrados pela Constituição (TEPEDINO, 2017, p. 36). O civilista vê-se, então, diante do que poderia soar, em leitura inicial, como aparente paradoxo – a imbrincada relação entre *fato* e *norma*.⁴ Se, por um lado, tem-se que o fato só assume relevância jurídica quando o ordenamento lhe atribui alguma eficácia, por outro lado, tem-se que o ordenamento abstratamente considerado não se reveste de sentido normativo concreto se não estiver sob exame algum fato da realidade social.⁵ Não por acaso, esclarece-se que “objeto da interpretação não é a norma, mas sim a norma junto com o fato” (PERLINGIERI, 2010b, p. 27, tradução livre do original).

A partir de tal ordem de raciocínio, compreende-se a enunciação do *ordenamento do caso concreto* como uma das mais proeminentes premissas da metodologia civil-constitucional (PERLINGIERI, 2010b, *passim*). Afinal, “[O] ordenamento vive nos fatos concretos que historicamente o realizam” (PERLINGIERI, 2008, p. 657). Consagra-se, assim, o entendimento de que a disciplina de um dado caso concreto é necessariamente individual

⁴ Nessa linha de sentido, a aludir à *dialética fato-norma*, v. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 602 e ss.

⁵ “O fato concreto, quando se realiza, constitui o ponto de confluência entre norma e a transformação da realidade: é o modo pelo qual o ordenamento se concretiza. A norma existe na sua realização, quando é individuada pelo intérprete em relação ao caso concreto: o momento fático atribuí à norma a concretude e a historicidade que lhe são essenciais” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 636).

lizada pelas suas particularidades – sem se descuidar, por certo, do dado normativo, na indissociável relação entre fato e norma (TEPEDINO, 2014, p. 35). Nesse contexto, como não poderia deixar de ser, impõe-se a consideração das mais variadas disposições normativas do ordenamento jurídico para o equacionamento de todo e qualquer caso concreto, por não ser dado ao intérprete-aplicador do Direito pré-delimitar as frações do sistema jurídico que mais lhe convenham para a análise de certo caso (PERLINGIERI, 2010a, p. 322). Pode-se afirmar, em síntese, que somente a análise do fato jurídico à luz do inteiro ordenamento jurídico permite individualizar-se a adequada normativa do caso concreto.

Se tais premissas são verdadeiras e adequadas, como parecem, logo se percebe que a aplicação de toda e qualquer norma jurídica (*rectius*: todo e qualquer enunciado normativo) depende da averiguação da sua conformidade com a inteira axiologia constitucional. A se proceder diversamente, contaminar-se-ia o processo de interpretação-aplicação do Direito por uma indevida segmentação do ordenamento, como se ao intérprete fosse conferida a prerrogativa de livremente estipular as disposições normativas a serem levadas em consideração para a resolução de certo caso concreto. A aplicação de um dado enunciado normativo ao caso concreto não pode prescindir, portanto, da aferição da legitimidade do seu respectivo conteúdo à luz do inteiro sistema jurídico, com particular destaque para a tábua axiológica constitucional.

A adoção dessa renovada postura metodológica não raramente leva o intérprete a conclusões que destoam do resultado que derivaria da aplicação subsuntiva de uma norma jurídica (*rectius*: de uma entre as diversas interpretações passíveis de associação a um dado enunciado normativo) ao caso concreto. Assim sucede, a bem da verdade, sempre que se constata a insuficiência da previsão legal (*rectius*: do significado atribuído a um certo significante contido na previsão legal) à promoção dos valores tutelados pelo ordenamento no caso concreto (SILVA, 2017, p. 32).

Em tais situações, mesmo o civilista mais alinhado à metodologia do Direito Civil-Constitucional e à crítica ao raciocínio puramente subsuntivo vê-se confrontado com indagações concernentes ao Direito Constitucional, em geral, e ao controle de constitucionalidade das leis, em particular.⁶ Considerando-se que o ordenamento jurídico brasileiro consagra um específico sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público (SILVA, 2014, p. 281 e ss.), põe-se a reflexão: afigura-se legítimo o afastamento, em um caso concreto, sem declaração formal de inconstitucionalidade, da *norma* jurídica pretensamente mais específica a regular certo tipo de caso? Caso admitida tal possibilidade, haver-se-ia de concluir pela inconstitucionalidade em abstrato da norma e, portanto, pela sua extirpação definitiva do ordenamento jurídico?

O presente estudo se propõe precisamente a desenvolver reflexões acerca de tais questionamentos com base em um esforço de diálogo entre a metodologia civil-constitucional e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público. Nessa empreitada, delimitar-se-ão certas premissas teóricas relevantes ao presente estudo, notadamente no que diz respeito à relação entre as noções de *enunciado normativo* e *norma* com a noção de *ordenamento do caso concreto* (item 2, *infra*), bem como à compreensão das *regras* e dos *princípios* como distintas (conquanto complementares) espécies normativas (item 3, *infra*). Espera-se, com isso, lançar bases para a superação da *distinção forte* em prol de uma *distinção fraca* entre tais espécies normativas, de modo a elucidar que ambas se sujeitam à ponderação em razão da exigência de consideração do inteiro ordenamento jurídico em sua unidade e complexidade.

Na sequência, relatar-se-á o principal problema que parece ter provocado na doutrina constitucionalista a necessidade de construção de proposições teóricas destinadas ao *afastamento excepcional* de regras jurídicas diante de certas situações fáticas – a

6 O diálogo entre Direito Civil e Direito Constitucional não seria mesmo de se estranhar, seja pela já mencionada superação da *summa divisio* entre direito privado e direito público, seja pela interdisciplinariedade que igualmente caracteriza a metodologia civil-constitucional.

insuficiência do controle abstrato de constitucionalidade (item 4, *infra*). Para tanto, far-se-á breve menção aos mecanismos tradicionais de controle, aos quais mais recentemente se agregaram a interpretação conforme e a declaração de nulidade parcial sem redução do texto. Ao fim, será possível demonstrar que o recurso exclusivo à perspectiva abstrata não tem o condão de explicar as hipóteses em que a mera subsunção do fato à norma-regra produziria resultado incompatível com a axiologia constitucional.

Após a delimitação de premissas relevantes e a compreensão do problema referente à insuficiência do controle abstrato de constitucionalidade, passar-se-ão em revista as principais proposições teóricas concebidas para justificar o dito *afastamento excepcional* da regra nos casos em que sua aplicação subsuntiva produziria resultado incompatível com a Constituição (item 5, *infra*). Das construções que invocam a razoabilidade como instrumento de busca pela *justiça do caso concreto* ou como postulado de *equidade* que reclama a atenção do intérprete para as circunstâncias do caso concreto, até a proposição mais geral de *inconstitucionalidade no caso concreto*, buscar-se-á destacar a compatibilidade entre a finalidade usualmente subjacente às propostas desenvolvidas na doutrina constitucionalista e os postulados da metodologia do Direito Civil-Constitucional.

2. ENUNCIADO NORMATIVO, NORMA JURÍDICA E ORDENAMENTO DO CASO CONCRETO

A investigação a que se propõe o presente estudo pressupõe revistar a tradicional distinção entre *norma* e *enunciado normativo*, de modo a se compreender o alcance das variadas técnicas de controle de constitucionalidade e a sua relação com a metodologia civil-constitucional. Inicialmente, pode-se afirmar que a recorrente distinção entre enunciado normativo e norma se assemelha, *mutatis mutandis*, àquela, identificada no estudo da linguística, entre *significante* e *significado*.⁷

⁷ Ao propósito, v., por todos, SAUSSURE, 1997, p. 97-100; e, em língua portuguesa, SAUSSURE, 2006, p. 79-81. Em que pese o valor didático da referida comparação, cumpre reconhecer que “a hermenêutica jurídica não se pode exaurir em uma ciência da linguagem” (PERLINGIERI, 2010b, p. 27. Tradução livre do original).

Com efeito, o *enunciado normativo* consiste no conjunto de signos linguísticos direcionados à descrição de uma formulação jurídica deontológica geral e abstrata (BARCELLOS, 2005, p. 103-104; FRANÇA, 2005, item 2; e DELPUPO, 2014, item 1), ao passo que a *norma* consiste no resultado final da interpretação, *i.e.*, no comando específico idôneo a solucionar o caso concreto (PERLINGIERI, 2008, p. 256). A partir dessa distinção preliminar, comumente se ressalta que pode haver norma sem dispositivo específico, bem como pluralidade de normas a partir de um mesmo enunciado normativo ou mesmo norma única oriunda de uma pluralidade de dispositivos (ÁVILA, 2015, p. 50-51).

Pode-se notar que, tal como originariamente concebida, a distinção entre norma e enunciado normativo amoldava-se, no mais das vezes, ao raciocínio silogístico que buscava antever a norma apta a fornecer solução a um dado caso concreto.⁸ Desse modo, a partir da interpretação dos enunciados normativos mais específicos, se buscava extrair uma ou algumas normas, dentre as quais uma seria a mais adequada para servir de premissa maior à qual se subsumiriam os fatos em busca da solução do caso concreto.

Sem prejuízo da correção teórica que lhes subjaz, as distinções em comento merecem releitura substancial a partir da assunção da metodologia civil-constitucional. Uma vez reconhecido que interpretação e aplicação do Direito constituem momento unitário que leva em consideração a integralidade do ordenamento jurídico, tem-se que a *norma* (no sentido de normativa aplicável a um dado caso), ainda sem se confundir com o *enunciado normativo*, deixa de ser aferível em abstrato e passa a coincidir com a normativa erigida para o caso concreto.⁹ A *norma*

8 A associação é particularmente clara no que tange aos princípios, conforme destaca Maria Celina Bodin de Moraes: "No período atual, de um assim chamado pós-positivismo, difundiu-se a teoria de que as normas jurídicas podem ser divididas nesses dois tipos, diferentes entre si: as regras, dotadas de maior grau de concreção, e os princípios, dotados de maior grau de abstração. Enquanto as regras, em cuja estrutura se reúnem o pressuposto fático e a consequência jurídica de sua ocorrência, ainda podem admitir o procedimento de subsunção aos fatos concretos, os princípios, por não possuírem a mesma estruturação, traduzem a prescrição de um valor ao qual atribuem positividade – trata-se, pois, de normas que impõem a realização de um valor" (MORAES, 2013, p. 2).

9 "O ordenamento realmente vigente é o conjunto dos ordenamentos dos casos concretos, como se apresentam na vigência do dia-a-dia, e vive, portanto, exclusivamente enquanto individualizado e aplicado aos

reconfigura-se e passa a consistir, assim, no efetivo *ordenamento do caso concreto*, a impor ao intérprete o reconhecimento da sua responsabilidade, por ser preferível que se assumam e se explicitem as suas idiosincrasias do que ocultá-las “sob o manto de uma suposta neutralidade na atribuição de significado aos enunciados normativos” (KONDER, 2017, p. 41).

3. REVISITANDO A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Buscou-se, nas linhas anteriores, apresentar a distinção preliminar entre *norma* e *enunciado normativo*, com base na qual se passa, na sequência do raciocínio, a analisar a tradicional subdivisão do gênero *norma jurídica* em duas espécies – regras e princípios.¹⁰ Tributária, em grande medida, dos estudos de Ronald Dworkin (1977, p. 24 e ss.) e Robert Alexy (2010, p. 47 e ss.), a referida classificação se fundamenta sobre dois principais critérios distintivos: i) estrutura normativa e ii) modo de aplicação.

No tocante à estrutura normativa, afirma-se que as espécies de normas jurídicas se distinguem na medida em que as regras descrevem comportamentos mediante os clássicos modais deontológicos clássicos (permitido, proibido ou obrigatório), ao passo

fatos e aos acontecimentos” (PERLINGIERI, 2008, p. 201).

10 Afigura-se pertinente, a esse respeito, a proposição de Humberto Ávila quanto à distinção entre o que denomina *normas de primeiro grau* (regras e princípios) e *normas de segundo grau* (postulados normativos): “Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. (...) Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete a aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessárias com outras normas” (ÁVILA, 2015, p. 164). Luís Roberto Barroso alcança conclusão semelhante quanto ao caráter metódico de algumas normas, embora prefira atribuir-lhes a alcunha de *princípios instrumentais de interpretação constitucional* (BARROSO, 2009, p. 370 e ss.). Uma relevante consequência da presente distinção consiste no reconhecimento do que pode vir a ser violado em um dado caso concreto: “Só elipticamente é que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência, por exemplo. A rigor, violadas são as normas – princípios e regras – que deixaram de ser devidamente aplicadas” (ÁVILA, 2015, p. 176). Em sentido similar, a ilustrar a aplicação dessa linha de raciocínio no âmbito da doutrina civilista, tendo por referência o *postulado normativo da razoabilidade* e o *postulado metodológico-hermenêutico* da função social do contrato, v., respectivamente, GUEDES, 2011, p. 236 e ss.; e KONDER, 2017, p. 55 e ss.

que os princípios estabelecem objetivos e estados ideais.¹¹ Nesse sentido, pontua-se a textura mais rígida das regras, em contraposição à textura mais aberta dos princípios, de modo que os últimos suscitariam maior espaço de interpretação e um mais amplo espectro de possibilidades normativas.¹²

No tocante ao modo de aplicação, diz-se que as regras operam pela lógica da exclusão, ao passo que os princípios operam, por excelência, pela lógica da ponderação. O raciocínio excludente atribuído às regras implica que, em hipótese de conflito, a solução necessariamente esteja entre uma das seguintes possibilidades: ou ambas as regras são inválidas, ou uma regra foi revogada pela outra, ou, então, uma regra constitui exceção à outra. Eis, em formulação essencial, o chamado modelo do “tudo ou nada”.¹³ De outra parte, a lógica da ponderação,¹⁴ associada à aplicação dos princípios, conduz à conclusão no sentido da impossibilidade de exclusão de um princípio por outro, vez que todos devem ser promovidos e compatibilizados na maior medida possível.¹⁵

No intuito de operacionalizar a ponderação, a doutrina do Direito Constitucional formula propostas de decomposição da

11 “(...) as regras descrevem comportamentos, sem se ocupar diretamente dos fins que as condutas descritas procuram realizar. Os princípios, ao contrário, estabelecem estados ideais, objetivos a serem alcançados, sem explicitarem necessariamente as ações que devem ser praticadas para a obtenção desses fins” (BARCELLOS, 2005, p. 169-170).

12 Para uma análise desse e dos demais critérios tradicionalmente adotados quanto à distinção entre regras e princípios, v. CANOTILHO, 1993, p. 166 e ss.

13 “Regras são aplicáveis em um modelo de tudo-ou-nada. Se os fatos regulados pela regra são verificados, então ou bem a regra é válida, hipótese na qual a resposta por ela indicada deve ser aceita, ou bem ela não é válida, hipótese na qual ela em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, 1977, p. 24. Tradução livre do original). Não se trata, contudo, de entendimento incontroverso. Para um relato da crítica de Robert Alexy à compreensão da distinção em comento com base no modelo de “tudo ou nada” propugnado por Ronald Dworkin, v. CRUZ, 2006, p. 52 e ss.

14 “Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são ‘abertos’, ‘móveis’, e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque a sua amplitude não está de antemão fixada. Em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que ceder até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si. A jurisprudência dos tribunais consegue isto mediante uma ‘ponderação’ dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o ‘peso’ que ela confere ao bem respectivo na respectiva situação. Mas ‘ponderar’ e ‘sopesar’ é apenas uma imagem; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valorações que – nisso reside a maior dificuldade – não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também à situação concreta em cada caso” (LARENZ, 2012, p. 575). Em sentido semelhante, v. CANARIS, 2012, p. 88 e ss.

15 Ana Paula de Barcellos afirma que “(O) objetivo final do processo de ponderação será sempre alcançar a concordância prática dos enunciados em tensão, isto é, sua harmonização recíproca de modo que nenhum deles tenha sua incidência totalmente excluída na hipótese” (BARCELLOS, 2005, p. 133).

referida técnica em três etapas sucessivas.¹⁶ Sem embargo das peculiaridades características de cada formulação teórica, pode-se afirmar que o seu ponto de convergência consiste na identificação prévia dos fatos e enunciados normativos alegadamente relevantes para, na sequência, promover o sopesamento dos valores e normas em rota de colisão e, com isso, extrair a justa solução do caso concreto.¹⁷

Em que pese o louvável propósito didático, não parece de todo adequado conceber a consideração do dado normativo e dos elementos fáticos em etapas distintas, sob pena de consagração do que já se referiu por uma indesejada *subsunção qualificada*.¹⁸ Impõe-se, ao revés, a superação do formalismo que parece subjazer a uma tal ordem de compreensão da técnica da ponderação, reconhecendo-se que o processo unitário de interpretação-aplicação do Direito traduz uma indissociável ligação entre

16 A título ilustrativo, Humberto Ávila propõe que a ponderação se constitui das seguintes etapas: "(i) a preparação da ponderação (análise o mais exaustiva possível de todos os elementos e argumentos pertinentes); (ii) a realização da ponderação (fundamentar a relação estabelecida entre os elementos objeto de sopesamento); e (iii) reconstrução da ponderação (formulação de regras de relação com pretensão de validade para além do caso)" (ÁVILA, 2015, p. 186-187.). Ana Paula de Barcellos igualmente propõe a decomposição da ponderação em três etapas sucessivas, porém em formulação distinta: "Na primeira delas, caberá ao intérprete identificar todos os enunciados normativos que aparentemente se encontram em conflito ou tensão e agrupá-los em função da solução normativa que sugerem para o caso concreto. A segunda etapa ocupa-se de apurar os aspectos de fato relevantes e sua repercussão sobre as diferentes soluções indicadas pelos grupos formados na etapa anterior. A terceira fase é o momento de decisão: qual das soluções deverá prevalecer? E por quê? Qual a intensidade da restrição a ser imposta às soluções preteridas, tendo em conta, tanto quanto possível, a produção da concordância prática de todos os elementos normativos em jogo?" (BARCELLOS, 2005, p. 92). Em sentido semelhante a esse último, v. BARROS, 2010, p. 334-339.

17 A propósito do objeto da ponderação, Humberto Ávila sustenta que podem ser objeto de sopesamento os mais variados elementos, como os bens jurídicos, os interesses, os valores e os princípios (ÁVILA, 2015, p. 185-187).

18 A expressão remonta à lição de Eduardo Nunes de Souza, que adverte para os riscos de utilização indevida da técnica da ponderação: "Nessa perspectiva, aliás, resta claro que a técnica da ponderação como mecanismo de solução de casos em que dois princípios indicam soluções antagônicas corresponde, *mutatis mutandis*, a uma espécie de subsunção qualificada: tratar-se-ia de um procedimento para harmonizar a complexidade do ordenamento (em casos não solucionáveis pelo mecanismo do 'tudo-ou-nada') após o qual seria possível aplicar ao caso concreto o equilíbrio encontrado entre os princípios originalmente colidentes como se fosse uma premissa maior – lógica que não dista do raciocínio silogístico. Em outras palavras, a ponderação funciona como uma forma mais complexa de se encontrar a premissa maior, exigida por determinados casos, ditos difíceis. Semelhante postura hermenêutica não corresponde, como se vê, a uma superação da subsunção, padecendo das mesmas críticas que o direito civil-constitucional dirige à técnica subsuntiva" (SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela, 2014, p. 88). O autor conclui: "Não significa, cumpre ressaltar, que a ponderação não ocorra na metodologia civil-constitucional, mas, ao contrário, que ela ocorre, a rigor, o tempo todo. Não são, em outros termos, excepcionais ou especiais as hipóteses em que é necessário compatibilizar princípios – o intérprete o faz o tempo todo. Reconhecida essa ressalva, toda a técnica relacionada ao balanceamento revela-se de grande utilidade ao hermenauta" (*Ibid.*, p. 88-89).

dado normativo e fato no processo complexo de individuação da normativa do caso concreto (TEPEDINO, 2017, p. 35-36).

Nos termos em que usualmente concebida, não bastasse restringir-se à aplicação de princípios, a técnica da ponderação resta limitada à resolução dos ditos *casos difíceis*.¹⁹ O recurso à ponderação apenas se faria necessário, desse modo, quando os mecanismos tradicionais de interpretação e de solução de conflitos normativos não se revelassem suficientes à adequada resolução de um caso concreto envolvendo princípios em rota potencial de colisão.²⁰ Em perspectiva civil-constitucional, contudo, reconhece-se que todo caso concreto, por demandar a consideração do inteiro ordenamento jurídico, poderia ser qualificado de *difícil*, o que acarreta a autêntica desnecessidade (*rectius*: impropriedade) do recurso à classificação de casos fáceis em oposição a casos difíceis (SOUZA, 2014, p. 86-87). Não bastasse a dificuldade teórica ínsita à referida distinção, a sua artificialidade consagraria, ainda, indesejável risco de arbitrariedade judicial, vez que findaria por caber ao julgador a definição da *dificuldade* ou *facilidade* do caso, como se lhe fosse dado escolher quando levar ou não em consideração o inteiro ordenamento jurídico.²¹

Tecidas considerações mais pormenorizadas acerca da ponderação, cumpre retomar a análise dos supramencionados critérios mais utilizados para distinguir regras e princípios – estrutura normativa e modo de aplicação. A assunção de tais critérios em caráter rígido conduz à observação, encontradisa

19 “(...) consiste ela [a ponderação] em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2010, p. 335). Nesse sentido, v., ainda, DWORKIN, 1977, p. 81 e ss. Parece mais adequado concluir, todavia, pela necessidade de superação geral da subsunção, dada a sua insuficiência para a consideração de toda a complexidade do ordenamento jurídico a incidir em todo e qualquer caso concreto, como destaca KONDER, 2015b, p. 208.

20 Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos conceitua a ponderação como “(...) a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” (BARCELLOS, 2005, p. 23).

21 Apesar da diversidade de matrizes metodológicas, semelhante advertência está contida na crítica formulada por Lenio Luiz Streck: “Cindir *hard cases* e *easy cases* é cindir o que não pode ser cindido: o compreender, com o qual sempre operamos, que é condição de possibilidade para a interpretação (portanto, da atribuição de sentido do que seja um caso simples ou um caso complexo). Afinal, como saber se estamos em face de um caso simples ou de um caso difícil? Eis, aqui, a pergunta fulcral: já não seria um caso difícil decidir se um caso é fácil ou difícil?” (STRECK, 2012, item 2).

na doutrina, no sentido de que as regras constituem *mandados definitivos*, por conterem comandos estritos que supostamente dispensariam o sopesamento com outras normas ou valores. Os princípios, por sua vez, são tidos por *mandados de otimização*, os quais visariam à promoção dos valores neles plasmados na maior medida possível, sem uma predeterminação dos meios necessários a tal desiderato.²² Acoplada à identificação de regras e princípios com mandados definitivos e de otimização, respectivamente, encontra-se a noção, também recorrente, segundo a qual as regras teriam maior inspiração na segurança jurídica (tal como tradicionalmente concebida), enquanto os princípios estariam mais vocacionados à promoção da justiça em cada caso – o que se depreenderia da diferença de estrutura e de modo de aplicação das referidas espécies normativas (BARCELLOS, 2005, p. 186; ÁVILA, 2015, p. 147-149).

Sem embargo do valor didático da distinção e, sobretudo, da importância histórica da afirmação do caráter normativo dos princípios, os tradicionais critérios distintivos entre as duas espécies normativas não passam imunes a críticas na doutrina.²³ Argumenta-se, por exemplo, em proposta autoproclamada *heurística*, que as normas necessariamente são construídas pelo intérprete a partir da qualificação dos significados extraídos dos enunciados normativos em cotejo com a consideração de valores os mais variados.²⁴ Referida proposta funciona como modelo ou hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução

22 Para uma síntese da distinção tradicionalmente atribuída a Ronald Dworkin e Robert Alexy, v. SOUZA, 2014, p. 86.

23 Para uma análise crítica de cada um dos critérios usualmente adotados para a distinção entre regras e princípios, v. ÁVILA, 2015, p. 60-87.

24 Eis a proposição de Humberto Ávila: “A proposta aqui defendida pode ser qualificada como heurística. Como já foi examinado, as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos e do seu significado usual. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. Por isso a distinção entre princípios e regras deixa de se constituir em uma distinção quer com valor empírico, sustentado pelo próprio objeto da interpretação, quer com valor conclusivo, não permitindo antecipar por completo a significação normativa e seu modo de obtenção. Em vez disso, ela se transforma numa distinção que privilegia o valor heurístico, na medida em que funciona como modelo ou hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos” (ÁVILA, 2015, p. 91-92). O autor arremata: “A proposta aqui defendida diferencia-se das demais porque admite a coexistência das espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo” (*Ibid.*, p. 92).

de conteúdos normativos, o que, a um só tempo, impossibilita a indicação apriorística da natureza da norma e permite o reconhecimento simultâneo de regras e princípios a partir de um mesmo enunciado normativo (ÁVILA, 2015, p. 91 e ss).

Ainda no sentido de revisitar a tradicional distinção entre regras e princípios, importa mencionar a proposição teórica que propugna pela superação da denominada *distinção forte* em prol do reconhecimento da dita *distinção fraca* entre as mencionadas espécies normativas. A *distinção forte* parte da suposição de que sempre seria possível demarcar precisamente os caracteres e atributos de cada espécie normativa, de modo a afastar qualquer dúvida sobre a natureza de cada norma – se regra ou princípio (STRECK, 2012, item 3). A *distinção fraca*, por sua vez, pressupõe que todas as normas ostentam, em alguma medida, caracteres mais associados às regras e aos princípios (PINO, 2012, p. 88).

A defesa da superação da *distinção forte* em prol da *distinção fraca* visa a ressaltar, em última instância, que a distinção entre regras e princípios é mais propriamente quantitativa do que qualitativa (PINO, 2012, p. 94). Tem-se, assim, um relevante desenvolvimento na compreensão da matéria, o que não afasta – ao revés, corrobora – a necessidade de se reconhecer que, sem prejuízo do esforço de delimitação dogmática das espécies normativas, todas elas necessariamente concorrem na tarefa de individualização da normativa do caso concreto.

De todo modo, parece possível afirmar que as críticas aos tradicionais critérios distintivos revelam expressivo esforço da doutrina em revisitar noções concebidas e desenvolvidas à luz de paradigmas que não necessariamente correspondem ao modelo contemporâneo de interpretação do Direito. No que tange ao objeto precípua do presente estudo, a revisitação dos tradicionais critérios distintivos entre regras e princípios faz-se de especial importância para a investigação do alcance da ponderação como técnica geral de sopesamento de normas em rota potencial de colisão. Somente assim será possível compreender que também regras (e não apenas princípios) devem ser compatibilizadas

e promovidas na maior medida possível, ainda que isso implique reconhecer que uma dada aplicação possível (e, talvez, a mais recorrente) da regra pode vir a ser afastada, mediante decisão devidamente fundamentada, caso não guarde compatibilidade com o inteiro ordenamento jurídico em sua unidade e complexidade.

4. NOTAS SOBRE A INSUFICIÊNCIA DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

O delineamento de algumas premissas teóricas referentes ao conteúdo e às espécies de norma jurídica, a que se dedicou nos itens precedentes, buscou lançar as bases sobre as quais será investigada a hipótese, aventada no seio da doutrina constitucionalista, concernente à possibilidade de se reputar inconstitucional, no caso concreto, uma dada aplicação da norma jurídica abstratamente considerada constitucional. Trata-se da chamada *inconstitucionalidade no caso concreto*, hipótese que desponta como símbolo de uma questão tão mais elementar quanto menos percebida pela doutrina: a necessidade de diálogo entre a metodologia civil-constitucional e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das leis.

Nota-se, desde logo, que a investigação da denominada *inconstitucionalidade no caso concreto* pressupõe a compreensão preliminar dos mecanismos de controle de constitucionalidade de que dispõe o sistema jurídico brasileiro. Como é cediço, o controle de constitucionalidade foi concebido para aferir, sob a concepção de ordenamento jurídico como sistema hierarquicamente escalonado,²⁵ a compatibilidade das normas infraconstitucionais com aquela que lhes serve de fundamento último de validade – a Constituição.²⁶ Diante da pluralidade de opções

25 Eis a síntese da construção kelseniana sobre a estrutura escalonada da ordem jurídica: “Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estatal, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais” (KELSEN, 1994, p. 247).

26 Luís Roberto Barroso afirma, ao tratar do *princípio da supremacia da Constituição*: “A supremacia da Constituição é assegurada pelos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade. O princípio não tem um conteúdo próprio: ele apenas impõe a prevalência da norma constitucional, qualquer que seja ela. É por força da supremacia da Constituição que o intérprete pode deixar de aplicar uma norma inconstitucional a um caso concreto que lhe caiba apreciar – controle *incidental* de constitucionalidade – ou o

disponíveis, em tese, para a formulação do sistema de controle de constitucionalidade, a doutrina comumente distingue os mecanismos sob o aspecto subjetivo (*difuso*, se exercido por vários órgãos; e *concentrado*, se restrito a um único órgão), sob o aspecto modal (*incidental*, se realizado como questão prévia; ou *principal*, se realizado como questão central do processo)²⁷ e sob o aspecto dos efeitos dos pronunciamentos (*declarativos x constitutivos; erga omnes x inter partes*).²⁸

Diante da diversidade de mecanismos de controle que se desenvolveram ao redor do mundo, o Direito brasileiro optou por um modelo híbrido, que mescla o controle *difuso* (realizado por todos os juízes) com o *concentrado* (conferido ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais de Justiça dos Estados).²⁹ Reúnem-se, ainda, mecanismos de controle *incidental* (poder-dever dos juízes de reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei como questão prévia ao julgamento do mérito da demanda – *e.g.*, mediante incidente de arguição de inconstitucionalidade, *ex vi* dos arts. 948-950 do Código de Processo Civil de 2015) e *principal* (*e.g.*, mediante ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade).³⁰ Celeuma especialmente sensível existe no que tange aos efeitos do pronunciamento de inconstitucionalidade, cuja análise pormenorizada não caberia nessa sede – valendo, contudo, a ressalva no sentido de que as distinções

Supremo Tribunal Federal pode paralisar a eficácia, com caráter *erga omnes*, de uma norma incompatível com o sistema constitucional (controle *principal* ou por ação direta)” (BARROSO, 2006, p. 360).

27 Evitou-se a utilização das expressões *concreto* e *abstrato* – muitas vezes associadas ao controle *incidental* e ao *principal*, respectivamente – para afastar confusão conceitual entre a *abstração* como atributo do controle que investiga a compatibilidade genérica da lei com a Constituição e a *principalidade* como atributo do controle cujo objeto precípuo é a constitucionalidade da lei. Com efeito, afigura-se possível, em tese, a existência de um controle *principal* em que a constitucionalidade seja aferida em perspectiva *concreta*, como se busca demonstrar no presente estudo.

28 Para uma análise, na perspectiva do Direito Comparado, dos métodos de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis sob os diversos aspectos mencionados, v. CAPPELLETTI, 1992, *passim*.

29 Ao Supremo Tribunal Federal compete o controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos primários tendo por parâmetro a Constituição Federal (CF/1988, art. 102, *caput*, inciso I, alínea “a” e § 1º); aos Tribunais de Justiça dos Estados, por sua vez, compete o controle concentrado tendo por parâmetro a Constituição dos Estados (CF/1988, art. 125, § 2º).

30 Tais ações de controle abstrato estão previstas no art. 102, I, *a*, da CF/1988, *in verbis*: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

outrora rígidas entre efeitos constitutivos *versus* efeitos declaratórios, e efeitos *erga omnes versus* efeitos *inter partes* tendem a ter seu relevo consideravelmente reduzido diante da expansão da técnica de modulação dos efeitos do pronunciamento judicial de (in)constitucionalidade.³¹

O ponto comum aos referidos mecanismos de controle de constitucionalidade parece residir na circunstância de que a compatibilidade da norma infraconstitucional com a Constituição Federal é aferida em perspectiva *abstrata*, *i.e.*, dissociada das peculiaridades de cada caso concreto.³² Com efeito, ainda que realizado incidentalmente (a título de questão prévia ao mérito da demanda) no bojo de um dado caso concreto, o controle de constitucionalidade, tal como largamente difundido, invariavelmente leva em consideração a norma objeto de controle em caráter verdadeiramente abstrato, buscando aferir a compatibilidade geral (por assim dizer, *abstrata*) da norma objeto de controle com o tecido normativo parâmetro de controle. Tal aspecto parece se vincular à tradicional preocupação de se definir a aptidão da norma a ser fonte do direito objetivo (LEITE, 2012, p. 113 e ss.). Assim ocorre com a generalidade dos pronunciamentos judiciais de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, hipóteses em que a norma será extirpada do ordenamento jurídico ou nele mantida como regular fonte do Direito, respectivamente.

O caráter abstrato se faz presente até mesmo nos mecanismos mais modernos, os quais não raramente geram a falsa impressão de aproximação a um modelo de controle *concreto*. Tomem-se para consideração a declaração de nulidade parcial

31 A técnica de modulação, largamente difundida na prática jurisprudencial brasileira, encontra-se positivada no art. 27 da Lei n. 9.868/1998, no art. 11 da Lei n. 9.882/1999 e, mais recentemente, nos arts. 525, § 13, 535, § 6º, e 927, § 3º, do CPC/2015.

32 Ilustrativamente, colhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle concentrado de constitucionalidade: “O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade” (STF, Tribunal Pleno, ADI 2.422 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 10/5/2012); “Não se discutem situações individuais no âmbito do controle abstrato de normas, precisamente em face do caráter objetivo de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade” (STF, Tribunal Pleno, ADI 1.254 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 14/8/1996).

sem redução de texto e a interpretação conforme a Constituição.³³ Diante de um mesmo enunciado normativo do qual se extraem diversas normas, é possível que o intérprete conclua pela inconstitucionalidade de apenas uma ou da maioria delas (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1.407). Na primeira hipótese, em que do enunciado aparentemente compatível com a Constituição decorre uma norma ilegítima, recorre-se à declaração de nulidade parcial sem redução do texto para afirmar que a generalidade das normas extraídas de um dispositivo, com exceção de uma ou algumas, é constitucional (CANOTILHO, 1993, p. 1.013). Já na segunda hipótese, em que do enunciado aparentemente incompatível decorrem uma única ou algumas poucas normas legítimas, recorre-se à interpretação conforme a Constituição para se afirmar que somente aquela ou aquelas normas têm validade.³⁴

A ilustrar o raciocínio, tem-se que na declaração de nulidade parcial sem redução de texto, o órgão julgador conclui: “A Lei X é inconstitucional se interpretada de modo a autorizar Y”, o que acarreta, por via oblíqua, o reconhecimento da constitucionalidade de possíveis resultados oriundos de outras interpretações. Diversamente, ao aplicar a interpretação conforme a Constituição, o órgão julgador conclui: “A Lei X somente é constitucional se interpretada de modo a autorizar Y”, o que implica, por via oblíqua, o reconhecimento da inconstitucionalidade de todas as interpretações que conduzam a resultado diverso.³⁵

33 Para uma análise detida de cada um desses mecanismos, v., por todos, MENDES; BRANCO, 2012, p. 1.398 e ss.; e BASTOS, 1998, *passim*.

34 Na interpretação conforme a Constituição, o órgão jurisdicional limita-se “(...) a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1.405). Afirma Luís Roberto Barroso: “Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional” (BARROSO, 2010, p. 302). No mesmo sentido, afirma-se que “(...) o juiz, antes de declarar a inconstitucionalidade da lei, deve buscar, por via interpretativa, sua concordância com a constituição, pois a invalidação de uma lei cria um vácuo” (SILVA, 2014, p. 884).

35 A distinção parece ser muito mais quantitativa do que qualitativa, na medida em que ambos os mecanismos de controle buscam definir, em abstrato, as interpretações compatíveis ou não com a Constituição. Referida similitude subjaz à lição de José Afonso da Silva: “Se a regra for daquelas que têm mais de uma forma de aplicação, sendo uma delas compatível com a constituição, não se deve declarar a inconstitucionalidade que extirpe a lei, redução do texto; antes, deve o juiz preservar o texto na conformidade com a constituição” (SILVA, 2014, p. 885). Luís Roberto Barroso, por sua vez, expressamente reputa: “(...) acertada sua equiparação [da interpretação conforme] a uma declaração de nulidade sem redução de texto” (BARROSO, 2009, p. 296). Independentemente de se proceder ou não à análise individualizada dos fenômenos,

Hodiernamente, assiste-se a progressivo crescimento da utilização da interpretação conforme, tendo por pressupostos mais diretos a supremacia da Constituição e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público (BARROSO, 2006, p. 361). O raciocínio pode ser enunciado do seguinte modo: se as normas constitucionais ocupam a mais alta hierarquia no ordenamento e se se presume a legitimidade das leis até pronunciamento judicial em sentido contrário, impõe-se ao intérprete a responsabilidade de priorizar, dentro dos limites do enunciado normativo,³⁶ a interpretação compatível com a Constituição em detrimento da extirpação definitiva do dispositivo normativo cuja constitucionalidade seja questionada.

Possível exemplo de recurso à interpretação conforme a Constituição na seara do Direito Civil diz respeito ao art. 1.723 do Código Civil. O dispositivo prevê o reconhecimento da união estável “entre homem e mulher”, previsão que gerou grande celeuma a propósito da possibilidade ou não de configuração de união estável entre pessoas do mesmo sexo.³⁷ Desse único enunciado normativo podem se extrair ao menos duas interpretações: uma restritiva, no sentido de que a união estável tem como pressuposto inafastável o relacionamento entre um homem e uma mulher; e outra ampliativa, no sentido de que a menção à união “entre homem e mulher” é meramente exemplificativa e não tem

o intérprete deverá dedicar especial atenção à problemática referente à possibilidade de reapreciação da matéria pelo órgão julgador. Isso porque o juiz não pode voltar atrás e declarar constitucional norma previamente reputada inconstitucional em controle principal, pois nessa hipótese considera-se que a norma foi definitivamente extirpada do ordenamento jurídico. Diversamente, reconhece-se ao tribunal a faculdade de declarar inconstitucional norma previamente reputada constitucional (ainda que em sede de controle principal), vez que novos argumentos podem ser aduzidos e levar à conclusão pela incompatibilidade da norma com a ordem constitucional.

36 Adverte-se: “(...) naturalmente, não é possível ao intérprete torcer o sentido das palavras nem adulterar a clara intenção do legislador. Para salvar a lei, não é admissível fazer uma interpretação *contra legem*. Tampouco será legítima uma linha de entendimento que prive o preceito legal de qualquer função útil” (BARROSO, 2009, p. 198). O autor arremata: “Atente-se, por relevante, que o excesso na utilização do princípio pode deturpar sua razão de existir. Isso porque, ao declarar uma lei inconstitucional, o Judiciário devolve ao Legislativo a competência para reger a matéria. Mas, ao interpretar a lei estendendo-a ou restringindo-a além do razoável, estará mais intensamente interferindo nas competências do Legislativo, desempenhando função legislativa positiva” (*Ibid.*, p. 198).

37 Evitou-se a denominação *união homoafetiva* para que se afaste a usual confusão entre sexo/gênero, identidade de gênero e orientação sexual.

o condão de impedir o reconhecimento de entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo.

Dentre as referidas possibilidades de interpretação, somente a ampliativa guarda compatibilidade com a tábua axiológica constitucional, uma vez que a restrição da união estável às entidades formadas por homem e mulher vai de encontro à liberdade e à igualdade (de gênero, de orientação sexual etc.) constitucionalmente tuteladas (TEPEDINO, 2012a, p. 26). Essa foi exatamente a conclusão do Supremo Tribunal Federal ao julgar conjuntamente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, tendo a Corte recorrido expressamente à técnica sob análise para determinar a interpretação do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição, “(...) para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família”.³⁸

Nada obstante sua importância e utilidade, cumpre observar que, ao contrário do que poderia parecer à primeira vista, a interpretação conforme a Constituição traduz mecanismo de controle abstrato (e não propriamente concreto) de constitucionalidade.³⁹ Desse modo, a interpretação conforme não se presta a esclarecer como uma regra abstratamente constitucional pode ter uma aplicação, em um dado caso concreto, incompatível com a normativa constitucional. Pense-se, a título de ilustração, no caso dos atributos dos direitos da personalidade: caso uma pessoa sofra lesão corporal gravíssima e esteja em risco iminente

³⁸ STF, Tribunal Pleno, ADPF 132 e ADI 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 5/5/2011. Em que pese a acertada e louvável conclusão alcançada pela Corte, parece possível afirmar que tal desfecho haveria de ser produzido mesmo sem o recurso à técnica de interpretação conforme, desde que se reconhecesse que da incidência direta dos princípios constitucionais (em especial, os princípios da igualdade, da liberdade, da dignidade, da solidariedade e do livre planejamento familiar) já se poderia extrair a plena legitimidade da união estável homoafetiva.

³⁹ Assim se depreende, embora implicitamente, da doutrina especializada: “Porque assim é, a interpretação conforme a Constituição funciona também como um mecanismo de controle de constitucionalidade. Como bem perceberam os publicistas alemães e, especialmente, o Tribunal Constitucional Federal, quando o Judiciário condiciona a validade da lei a uma determinada interpretação ou declara que certas aplicações não são compatíveis com a Constituição, está, em verdade, declarando a inconstitucionalidade de outras possibilidades de interpretação (*Auslegungsmöglichkeiten*) ou de outras possíveis aplicações (*Anwendungsfälle*)” (BARROSO, 2009, p. 196).

de morte, poderá a equipe médica em atuação realizar, contra a vontade manifesta do lesado, tratamento médico de eficiência não plenamente comprovada que também ofereça risco à vida do paciente? Caso se conceba a possibilidade de resposta afirmativa (em decorrência dos valores constitucionais), como tal solução poderia ser compatibilizada com o comando estrito da regra contida no art. 15 do Código Civil, segundo o qual “[N]inguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”? Estar-se-ia diante de regra abstratamente inconstitucional ou, em realidade, de aplicação concreta (à luz do paradigma subsuntivo) incompatível com a Constituição?

Como se percebe, parece haver um elo perdido no diálogo entre o Direito Civil (ou, a bem da verdade, a práxis jurídica como um todo) e a enunciação formal do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, uma vez que a afirmação abstrata da legitimidade de uma norma não assegura *ipso facto* a legitimidade dos efeitos que decorreriam da sua aplicação subsuntiva ao caso concreto. A questão não tem sido de todo ignorada pela doutrina constitucionalista, a qual, gradativamente, passa a reconhecer que uma norma-regra válida (*i.e.*, incólume frente aos mecanismos tradicionais de controle de constitucionalidade) pode não servir satisfatoriamente de premissa maior à qual o intérprete deveria subsumir o fato concreto – o que traduz, antes de qualquer juízo valorativo, simples constatação com base na práxis jurídica. Passa-se, então, à análise das principais proposições contemporâneas atinentes à matéria, com especial enfoque sobre o que se pode denominar de *inconstitucionalidade no caso concreto*.

5. “DERROTABILIDADE”, “SUPERABILIDADE” E “INCONSTITUCIONALIDADE NO CASO CONCRETO”: PERSPECTIVAS DE UM DIÁLOGO ENTRE PROPOSIÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL E A METODOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Verifica-se uma tendência contemporânea, tanto na doutrina do Direito Civil-Constitucional quanto em outras linhas de pensamento, ao reconhecimento da insuficiência do raciocínio si-

logístico, por se reconhecer que a mera subsunção do fato à norma-regra mais específica pode vir a gerar resultados tidos por incompatíveis com a axiologia do ordenamento. Tal percepção, conquanto gradativamente mais expressiva, ainda causa relativo espanto ao intérprete-operador do Direito acostumado a pensar que a afirmação abstrata da constitucionalidade (o que se pode associar, ainda que indiretamente, à simples ausência de declaração de inconstitucionalidade) tem o condão de determinar a imediata aplicação da regra ao caso que a mesma supostamente se destinaria a regular.

Imbuída de tal preocupação, parcela da doutrina constitucionalista tem envidado esforços de modo a justificar que a solução de um dado caso concreto que decorreria da aplicação (subsuntiva) da regra pode, *excepcionalmente*, ser *afastada* quando restar concretamente demonstrada a incompatibilidade da específica norma com a axiologia constitucional. Afirma-se, nessa linha de sentido, que o princípio (ou *postulado*) da razoabilidade atribui ao julgador o poder-dever de graduar o peso da norma a ser aplicada, em busca da efetiva promoção da *justiça do caso concreto*.⁴⁰ A *justa* solução de um caso demandaria, em tais casos ditos *excepcionais*, a adequada conformação da norma aos valores tutelados pelo ordenamento jurídico.⁴¹

Ainda com base na razoabilidade (dessa vez entendida como postulado normativo aplicativo ou norma de segundo grau) (ÁVILA, 2015, p. 194 e ss.), sustenta-se que a correta aplicação de toda norma-regra depende da análise das peculiaridades do caso concreto, a fim de se perquirir a compatibilidade entre a finalidade justificadora da norma e as circunstâncias específicas do caso sob análise (ÁVILA, 2015, p. 197; PERLINGIERI, 2008, p. 574). Assim, na hipótese de restar demonstrado que o caso con-

40 "O princípio [da razoabilidade] pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto" (BARROSO, 2006p. 363). A proposta de aproximação da razoabilidade à produção da *justiça do caso concreto* é relatada, com mais detalhada bibliografia, por PEREIRA, 2011, p. 202-203. Em sentido semelhante, v., ainda, LEITE, 2012, p. 111-112.

41 Em perspectiva civil-constitucional, Giovanni Perlingieri sustenta que da razoabilidade decorre a exigência de conformação das disposições legais aos valores do sistema jurídico (PERLINGIERI, 2015, p. 66-85). V., ainda, TEPEDINO, 2017, *passim* e, em especial, p. 35-36.

creto, por suas peculiaridades fáticas e pelos interesses concretamente envolvidos, não se amolda à finalidade geral subjacente à norma-regra, restaria justificada a *superação da regra*.⁴²

Proliferam, assim, proposições teóricas centradas na enunciação de *requisitos formais e materiais de derrotabilidade (ou superabilidade) das regras*.⁴³ Tamanho é o relevo conquistado por tal linha de raciocínio que parcela da doutrina contemporânea chega a enunciar uma *teoria da derrotabilidade das regras* (VASCONCELLOS, 2010, *passim*; SERBENA, 2012, *passim*; PREVEDELLO, 2019, *passim*; FIGUEROA; MOREIRA, 2012, *passim*; FARIAS, 2014, *passim*). Com origem usualmente associada à compreensão da Filosofia do Direito na vertente desenvolvida por Herbert L. A. Hart,⁴⁴ tais formulações parecem convergir, em síntese essencial, em torno da necessidade de fundamentação racional quanto à não conformidade da aplicação de uma regra (*rectius*: da aplicação subsuntiva da regra ao fato) perante a axiologia do ordenamento jurídico. O problema teórico sob exame não raramente é enunciado, no âmbito de tal linha de pensamento, como o enfrentamento da “juridicidade de decisões *contra legem*” (BUSTAMANTE, 2010, p. 152).

42 Como se desenvolverá na sequência do estudo, não parece tratar-se de efetiva *superação* da regra, mas sim da sua consideração e sopesamento em conjunto com as demais normas componentes do sistema jurídico. A regra abstratamente constitucional não pode ser legitimamente *superada* no sentido de ser completamente ignorada quando da interpretação-aplicação do Direito; o que não se deve tolerar, igualmente, é que as supostas neutralidade e clareza do raciocínio silogístico justifiquem a inobservância do inteiro ordenamento jurídico em cada caso concreto. Resta *superada*, enfim, a hegemonia da subsunção, como de longa data propugna a doutrina do Direito Civil-Constitucional.

43 Ao analisar o que denomina *requisitos materiais de superabilidade das regras*, Humberto Ávila afirma:“(...) o grau de resistência de uma regra à superação está vinculado tanto à promoção do valor subjacente à regra (valor substancial específico) quanto à realização do valor formal subjacente às regras (valor formal da segurança jurídica). E o grau de promoção do valor segurança está relacionado à possibilidade de reaparecimento frequente de situação similar” (ÁVILA, 2015, p. 144-145). O autor prossegue: “A decisão individualizante de superar uma regra deve sempre levar em conta seu impacto para aplicação das regras em geral. A superação de uma regra depende da aplicabilidade geral das regras e do equilíbrio pretendido pelo sistema jurídico entre justiça geral e justiça individual” (*Ibid.*, p. 146). No que tange ao que denomina *requisitos procedimentais de superabilidade das regras*, o autor assevera: “A superação de uma regra deverá ter, em primeiro lugar, uma justificativa condizente. Essa justificativa depende de dois fatores. Primeiro, da demonstração de incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente. (...) Segundo, da demonstração de que o afastamento da regra não provocará expressiva insegurança jurídica. (...) Em segundo lugar, a superação de uma regra deverá ter uma fundamentação condizente: é preciso exteriorizar, de modo racional e transparente, as razões que permitem a superação. Vale dizer, uma regra não pode ser superada sem que as razões de sua superação sejam exteriorizadas e possam, com isso, ser controladas. A fundamentação deve ser escrita, juridicamente fundamentada e logicamente estruturada” (*Ibid.*, p. 147).

44 A relatar a recorrente afirmação do pioneirismo de Hart na aplicação da chave conceitual da *derrotabilidade* no Direito (em especial, a partir de HART, 1948, *passim*), v. VASCONCELLOS, 2007, item 2.1.

Vista a questão sob outro ângulo, parece possível afirmar que essas e outras proposições caminham rumo ao sentido comum que já se identificou na doutrina como a “declaração de inconstitucionalidade da norma produzida pela incidência da regra sobre uma determinada situação específica” (BARCELLOS, 2005, p. 231-232), proposição à qual doravante se fará referência como *inconstitucionalidade (da regra) no caso concreto*.⁴⁵ Aventa-se, assim, a possibilidade de uma regra abstratamente constitucional (*i.e.*, cuja validade não foi infirmada pelos mecanismos tradicionais de controle de constitucionalidade) produzir resultados *ilegítimos* diante das peculiaridades de um certo caso e, por essa razão, ser ela própria (a norma-regra) reputada *inconstitucional no caso concreto*.⁴⁶ Trata-se, em suma, de aferir a legitimidade de uma regra ainda que dos mecanismos de controle abstrato se desprenda sua constitucionalidade e, portanto, sua aptidão genérica à resolução de casos concretos (SILVA, 2017, *passim*).

A ilustrar a problemática, tome-se para análise a apreciação da constitucionalidade do art. 20, §3º, da Lei n. 8.742/1993.⁴⁷

45 Ao se referir às “(...) hipóteses em que as regras, embora aplicáveis ao caso concreto, geram uma solução profundamente injusta e inadequada”, Ana Paula de Barcellos propõe três possíveis critérios para solução desses peculiares conflitos envolvendo regras – equidade, imprevisão e invalidade de incidência específica da regra. Leciona a autora: “Em suma: afora o uso da equidade, que em qualquer caso respeita as possibilidades semânticas do texto, o intérprete apenas poderá deixar de aplicar uma regra por considerá-la injusta se demonstrar uma de duas situações: (i) que o legislador, ao disciplinar a matéria, não anteviu a hipótese que agora se apresenta perante o intérprete: imprevisão; ou (ii) que a incidência do enunciado normativo à hipótese concreta produz uma norma inconstitucional, de tal modo que, ainda que o legislador tenha cogitado do caso concreto, sua avaliação deve ser afastada por incompatível com a Constituição. Sublinhe-se que tais fórmulas funcionam como exceções ao parâmetro geral da preferência das regras e, por isso mesmo, fazem recair sobre o intérprete o ônus argumentativo especialmente reforçado de motivação” (BARCELLOS, 2005, p. 221).

46 Nesse sentido, Luís Roberto Barroso assevera: “É possível acontecer de uma norma ser constitucional no seu relato abstrato, mas revelar-se inconstitucional em uma determinada incidência, por contrariar o próprio fim nela abrigado ou algum princípio constitucional” (BARROSO, 2006, p. 375). Em sentido semelhante, v. LEITE, Fábio Carvalho. Pelo fim da “cláusula de reserva de plenário”, cit., p. 109 e ss. A conclusão não seria de se estranhar, segundo Humberto Ávila, pela percepção de que “(...) toda norma jurídica – inclusive as regras – estabelece deveres provisórios, como comprovam os casos de superação das regras por razões extraordinárias com base no postulado da razoabilidade” (ÁVILA, 2015, p. 114).

47 *In verbis*: “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) (...) § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)”. Nada obstante os referidos dispositivos legais (*caput* e § 3º do art. 20 da Lei nº 12.435/2011) tenham sido alterados pela Lei nº 13.982/2020, optou-se por fazer menção à redação anterior em razão de ter se desenvolvido sobre ela a deliberação do Supremo Tribunal Federal exposta na sequência.

No esforço de dar concretude ao art. 203, V, da Constituição Federal,⁴⁸ o referido dispositivo legal estabelece como requisito objetivo para a concessão do benefício de prestação continuada a comprovação de renda mensal *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. Em um primeiro momento, ao julgar improcedente a ADI 1.232/DF, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela constitucionalidade do requisito objetivo estabelecido no diploma legal – à época, com redação substancialmente idêntica àquela determinada pela Lei n. 12.435/2011.⁴⁹ Anos mais tarde, porém, ao julgar o RE 567.985/MT, a Corte reviu seu entendimento para pronunciar incidentalmente a inconstitucionalidade por omissão sem redução do texto do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93.⁵⁰ Vale destacar, do aludido julgamento, a proposição do Relator originário Min. Marco Aurélio no tocante à possibilidade de “(...) inconstitucionalidade em concreto na aplicação da norma, consideradas as circunstâncias temporais e os parâmetros fáticos revelados”.⁵¹ A partir dessa paradigmática decisão, sucederam-se diversos julgados no sentido de reconhecimento da possibilidade de concessão do benefício de prestação continuada a pessoas em concreta situação de miserabilidade, ainda que superado o requisito objetivo de renda familiar *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.⁵²

Independentemente da nomenclatura a que se dê preferência, parece possível afirmar que gradativamente se esboça um consenso da doutrina constitucionalista no que tange à insufi-

48 *In verbis*: “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

49 Vale conferir a ementa do acórdão: “Constitucional. Impugna dispositivo de Lei Federal que estabelece o critério para receber o benefício do inciso V do art. 203, da CF. Inexiste a restrição alegada em face ao próprio dispositivo constitucional que reporta à lei para fixar os critérios de garantia do benefício de salário mínimo à pessoa portadora de deficiência física e ao idoso. Esta lei traz hipótese objetiva de prestação assistencial do estado. Ação julgada improcedente” (STF, ADI 1.232/DF, Tribunal Pleno, Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim, julg. 27/8/1998).

50 STF, RE 567.985/MT, Tribunal Pleno, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. 18/4/2013.

51 Trecho extraído do voto do Min. Marco Aurélio (STF, RE 567.985/MT, Tribunal Pleno, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. 18/4/2013).

52 Ilustrativamente, v. STF, ARE 937.070/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 30/3/2016; STF, RE 926.963/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 1/2/2016; e STF, ARE 845.634/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julg. 22/2/2016.

ciência do controle abstrato de constitucionalidade para a afirmação da aplicabilidade da regra a todo e qualquer caso que ela supostamente estaria apta a reger (STRECK, 2014, p. 185-186). Não se trata, com efeito, de declarar a inconstitucionalidade da norma para toda e qualquer hipótese, tampouco de restringir a interpretação do enunciado normativo para dele se extrair apenas uma norma legítima (interpretação conforme a Constituição) ou para dele subtrair uma norma ilegítima (declaração de nulidade parcial sem redução de texto). A questão situa-se não no plano (abstrato) da aptidão genérica da norma à produção de efeitos, mas sim no plano (concreto) da valoração das consequências efetivamente resultantes da aplicação de uma norma.

Para além da insuficiência do controle (abstrato) de constitucionalidade das leis, o ponto comum que parece subjazer (ainda que sem reconhecimento explícito) às proposições relatadas consiste na percepção da insuficiência da subsunção como técnica decisória (TEPEDINO, 2014, p. 34; SOUZA, 2014, p. 78-85). Nota-se, com efeito, que as variadas proposições, cada qual à sua feição, buscam elencar razões pelas quais se justifica, em caráter supostamente excepcional, a produção de um resultado interpretativo distinto daquele que decorreria da mera subsunção do fato à norma-regra. O passo seguinte do raciocínio há de residir no questionamento e na superação do papel de proeminência tradicionalmente atribuído à subsunção.

Nesse ponto, especial contribuição fornecida pela metodologia civil-constitucional consiste na elucidação de que a técnica da subsunção nunca é suficiente à adequada resolução do caso concreto (TEPEDINO, 2017, p. 27 e ss.). Isso porque, mesmo diante de casos aparentemente *fáceis* e normas presumivelmente *claras*, impõe-se ao intérprete a consideração do inteiro ordenamento jurídico, em decorrência dos próprios atributos de unidade e complexidade que o constituem como sistema (CANARIS, 2012, *passim*). Some-se a isso a percepção de que parece mais adequado entender que, em realidade, não há casos *fáceis*, tampouco normas *claras*.

A *clareza* da norma, com efeito, é atributo que somente se pode associar ao resultado do processo unitário de interpretação-aplicação do Direito, e não à leitura prévia e isolada que se faz de uma específica regra.⁵³ Por mais singela que pareça a literalidade de um dado enunciado normativo, somente o seu cotejo com as demais normas e valores do sistema permitirá ao intérprete individualizar a normativa do caso concreto.

A noção de *facilidade* (dos casos), por sua vez, pretendia indicar que a subsunção resolveria satisfatoriamente a generalidade das hipóteses, relegando-se o recurso à ponderação para os casos que envolvessem conflitos insolucionáveis pelos elementos tradicionais de interpretação e de resolução de antinomias. Diante das premissas adotadas, todavia, impõe-se o reconhecimento de que a distinção entre casos *fáceis* e casos *difíceis* é “arbitrária e injustificada” (TEPEDINO, 2018, p. 330), não competindo ao intérprete propor uma tal distinção e, com isso, restringir a ponderação ao segundo grupo de casos (SOUZA, 2014, p. 86-87). A adequada resolução de qualquer caso concreto demanda o sopesamento de todas as normas contidas no sistema jurídico, ainda que o resultado final se assemelhe àquele que decorreria da operação mecânica de subsunção do fato à norma (PERLINGIERI, 2015, p. 68). Em suma, caso se pretenda manter a qualificação *difícil* aos casos que demandam emprego da ponderação, a conclusão inevitável estará no sentido de que todos os casos são *difíceis*.

Nesse ponto do raciocínio, chega-se a uma questão paralela e igualmente relevante à compreensão do que se denominou *inconstitucionalidade no caso concreto*: trata-se de determinar o âmbito de incidência da ponderação, de modo a indicar se o recurso a tal técnica deve estar restrito aos conflitos entre princípios ou se, ao revés, seria possível estendê-lo aos conflitos entre princípios e regras ou mesmo de regras entre si. A afirmação do âmbito restrito de incidência da ponderação tem como pressuposto a distinção *forte* entre regras e princípios: se as regras são comandos definitivos que se aplicam pela lógica da exclusão,

53 A elucidar que a clareza deve ser sempre considerada um *posterius* (e não um *prius*) no processo interpretativo, v. PERLINGIERI, 2008, p. 616.

não faria sentido cogitar do seu sopesamento. Nessa linha de raciocínio, soaria ilógico admitir a compatibilização de regras frontalmente opostas, razão pela qual restaria inviabilizado o recurso à ponderação.⁵⁴

Assumidas como premissas, diversamente, aquelas propugnadas pela metodologia civil-constitucional, a conclusão encaminha-se em sentido diametralmente oposto. Se é verdade que não há razão para uma distinção apriorística entre regras e princípios, e se é igualmente verdade que nenhuma norma (ainda que presumivelmente *clara* diante de caso aparentemente *fácil*) exime o intérprete de considerar o inteiro ordenamento jurídico em busca da individualização da normativa do caso concreto, alcança-se conclusão inarredável: o recurso à ponderação é verdadeiro imperativo para a resolução de todo e qualquer caso, independentemente de se tratar de conflito de princípios, de regras ou de princípios e regras (TEPEDINO, 2018, p. 332; ÁVILA, 2015., p. 74; e BARROSO, 2006, p. 362).

À luz de tais considerações, percebe-se que a previsão de um sistema de controle (principal ou incidental) de constitucionalidade *em abstrato* não traduz escudo suficiente a fundamentar o raciocínio silogístico e impedir a consideração do inteiro ordenamento jurídico quando da apreciação de cada caso concreto.⁵⁵ Pode-se concluir, em suma, que as proposições da doutrina constitucionalista convergentes em torno da *inconstitucionalidade no caso concreto* vão ao encontro da metodologia civil-constitucional no que tange à superação do raciocínio silo-

54 Em que pese a rejeição ao recurso generalizado à ponderação de regras, Ana Paula de Barcellos ressalva o cabimento da ponderação em relação ao que denomina núcleo dos princípios, o qual funcionaria como autêntica regra (BARCELLOS, 2005, p. 183-184).

55 Dessa percepção não se deve extrair uma injustificada exasperação do escopo da regra constitucional da reserva de plenário (art. 97 da CF/1988 c/c Súmula Vinculante 10 do STF), tampouco do correlato expediente processual do incidente de arguição de inconstitucionalidade (arts. 948 e ss. do CPC/2015). Ao propósito, já se pôde advertir: "(...) sopesar uma regra com outras normas não equivale a desconsiderá-la (ou 'afastar sua incidência', nos termos do referido enunciado sumular), tal como sopesar um princípio não equivale a desconsiderá-lo. Em qualquer caso, o recurso à ponderação pressupõe o esforço do intérprete na preservação das normas em rota potencial de colisão na maior medida possível. Pode-se concluir, portanto, que o art. 97 da CF/1988 e o Enunciado n. 10 da Súmula Vinculante do STF restarão violados se o julgador deixar de considerar a norma quando da apreciação de certo caso concreto, o que não se confunde com o sopesamento das normas e a consequente atribuição de pesos diversos a cada uma delas diante das circunstâncias fáticas e peculiaridades de interesses concretamente envolvidos. Em suma, *ponderar* não equivale a *afastar a incidência*" (SILVA, 2017, p. 56-57. Grifos no original).

gístico e ao reconhecimento de que a solução de cada caso concreto depende da consideração do inteiro ordenamento jurídico em sua unidade e complexidade.⁵⁶

Destaca-se de modo especialmente sensível, na presente proposta, a importância da fundamentação das decisões judiciais (PERLINGIERI, 2007, p. 70-71; e KONDER, 2016, p. 36 e ss.). Se são procedentes as conclusões quanto à insuficiência da subsunção como técnica decisória e quanto à ausência de casos *fáceis* a dispensar o emprego da técnica da ponderação, somente uma decisão racional e detidamente fundamentada permite vislumbrar uma autêntica *segurança jurídica* (TEPEDINO, 2014, p. 36-37). Escancara-se, de modo igualmente sensível, a responsabilidade do intérprete, ao qual, desprovido do escudo em que outrora consistia a subsunção, não mais socorrem as alegações de *clareza* da norma e *facilidade* do caso (KONDER, 2015b, p. 209).

6. SÍNTESE CONCLUSIVA

O controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público traduz instrumento fundamental de preservação da supremacia constitucional.⁵⁷ Sem embargo das críticas a propósito de eventuais distanciamentos entre o referido controle e o ideal de democracia deliberativa,⁵⁸ parece haver certo consenso no que tange à importância de aferição da compatibilidade das normas em geral com aquela que lhes serve de fundamento último de validade – a Constituição. Buscou-se, com o presente estudo, revelar que a constante investigação da

56 Cumpre ressaltar que a expressão *inconstitucionalidade no caso concreto* não autoriza eventual conclusão no sentido de justificar a exclusão de determinadas regras para a resolução de um dado caso. Deve-se, ao revés, reconhecer que o inteiro ordenamento jurídico incide em toda e qualquer hipótese, sem prejuízo da ponderação a ser desenvolvida à luz das circunstâncias fáticas de cada caso concreto.

57 Mauro Cappelletti vislumbra a importância do controle judicial de constitucionalidade para o aperfeiçoamento da vida em sociedade: “Constitucionalismo moderno, Carta de Direitos nacional e transnacional, e proteção judicial – interna e internacional – de tais direitos fundamentais contra abusos por autoridades públicas, podem bem ser apenas outro aspecto da Utopia de nossa época. Se ele nos encaminhará, como sempre esperamos, para um mundo melhor, um mundo no qual indivíduos, grupos e pessoas possam viver em paz e em compreensão mútua, sem guerra e exploração, só o futuro poderá dizê-lo” (CAPPELLETTI, 1992, p. 21).

58 A valorização do controle judicial de constitucionalidade das leis não passa imune a críticas na doutrina. Para uma crítica contundente ao referido modelo, em razão da sua alegada incompatibilidade com o ideal de democracia deliberativa, v. NINO, 1997, p. 258 e ss.

conformidade constitucional não alcança resultados plenamente satisfatórios caso esgotada em perspectiva abstrata.

Com efeito, somente a análise concreta da compatibilidade de uma norma com a Constituição (diante das circunstâncias do caso e das peculiaridades dos interesses envolvidos) possibilitará ao intérprete alcançar o resultado mais consentâneo com o sistema. Afigura-se crucial, assim, a assunção de postura hermenêutica comprometida com a unidade e a supremacia da Constituição, a reconhecer a insuficiência da subsunção enquanto técnica decisória.

Se não há casos *fáceis*, se a *clareza* da norma é um *posterius* (e não um *prius*), se a distinção entre regras e princípios tem fundamento mais quantitativo do que qualitativo, e se, enfim, o controle abstrato de constitucionalidade não acarreta a legitimidade *ipso facto* da aplicação subsuntiva da norma ao fato, pode-se concluir que a fuga ao raciocínio silogístico e a aplicação da técnica da ponderação não devem ser *excepcionais*, mas sim uma inafastável premissa metodológica do intérprete comprometido com a unidade e a complexidade do ordenamento jurídico. Desmorona o *escudo neutro* da subsunção e emerge, irreversivelmente, a responsabilidade do intérprete.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. New York: Oxford University Press, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. As modernas formas de interpretação constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 24, p. 45-40, jul.-set./1998.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 37, p. 152-180, jul.-dez./2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 5. ed. Trad. António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Regras e princípios: por uma distinção normoteorética. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, n. 45, p. 37-73, 2006.

DELPUPO, Poliana Moreira. Não existem fatos, mas apenas interpretações. *Revista dos Tribunais*, vol. 7, p. 307-322, jul.-ago./2014.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Derrotabilidade das normas-regras (*legal defeseability*) no direito das famílias: alvitando soluções para os *extreme cases* (casos extremos). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coords.). *Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família: famílias – pluralidade e felicidade*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014.

FIGUEROA, Alfonso García; MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo, derrotabilidade e razão prática. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 79, p. 11-33, abr.-jun./2012.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Anotações à teoria das normas jurídicas. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 60, p. 11-23, jan.-fev./2005.

GRAU, Eros. Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HART, Herbert L. A. The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, vol. 49, p. 171-194, 1948.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos iniciais sobre a contingencialidade dos institutos de direito civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Orgs.). *Direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015a.

_____. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, vol. 60, n. 1, p. 193-213, jan.-abr./2015b.

_____. Para além da principalização da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 13, p. 39-59, jul.-set./2017.

_____. Princípios contratuais e exigência de fundamentação das decisões: boa-fé e função social do contrato à luz do CPC/2015. *Revista Opinião Jurídica*, a. 14, n. 19, p. 33-57, jul.-dez./2016.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LEITE, Fábio Carvalho. Pelo fim da “cláusula de reserva de plenário”. *Direito Estado e Sociedade*, n. 40, p. 91-131, jan.-jun./2012.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Entre o público e o privado no direito civil-constitucional: uma (re)discussão sobre o espaço da autonomia ético-existencial, intimidade e vida privada. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, n. 1, p. 77-90, 2012.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Reflexões metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 9, p. 8-30, jul.-set./2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, a. 17, p. 21-32, jul.-set./1993.

_____. A utilidade dos princípios na aplicação do direito. Editorial. *Civilistica.com*, a. 2, n. 1, p. 1-4, jan.-mar./2013.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Trad. Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PERLINGIERI, Giovanni. *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica. *Rivista di Diritto Civile*, a. LVI, n.1, p. 317-342, jan.-fev./2010a.

_____. Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto". *Rivista di Diritto Privato*, a. XV, n. 4, p. 7-28, out.-dez./2010b.

_____. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINO, Giorgio. I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica. In: *Diritto e questioni pubbliche*. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2012, p. 88.

PREVEDELLO, Alexandre. *Teoria da derrotabilidade: as exceções não previstas nas regras jurídicas*. Curitiba: Juruá, 2019.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Cours de linguistique générale. Édition critique préparée par Tullio de Mauro*. Lonrai: Normandie Roto Impression, 1997.

_____. *Curso de lingüística geral*. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2006.

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 48, p. 3-26, 2011.

SERBENA, Cesar Antonio (Coord). *Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Rodrigo da Guia. Um olhar civil-constitucional sobre a "inconstitucionalidade no caso concreto". *Revista de Direito Privado*, a. 18, vol. 73, p. 31-62, jan./2017.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, vol. 54, p. 65-98, abr./2013.

_____. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, a. 15, vol. 58, p. 75-107, abr.-jun./2014.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica diante da relação "regra-princípio" e o exemplo privilegiado do crime de porte de arma. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 98, p. 241-266, set.-out./2012.

_____. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. *Revista da AJURIS*, vol. 41, n. 135, p. 173-187, set./2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Orgs.). *Diálogos sobre direito civil*. Volume III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. A legitimidade constitucional das famílias formadas por união de pessoas do mesmo sexo. *Soluções práticas de direito*, vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a.

_____. A razoabilidade na experiência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *Da dogmática à efetividade do direito civil: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. *Revista da Academia Paranaense de Letras Jurídicas*, n. 3, p. 29-50, 2014.

_____. Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República. *[Syn]Thesis*, vol. 5, n. 1, p. 15-21, 2012b.

_____. Os sete pecados capitais da teoria da interpretação. *Revista da EMERJ*, vol. 20, n. 3, p. 319-343, set.-dez./2018.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 5, 1997.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. A discricionariedade judicial na metodologia civil-constitucional. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, vol. 60, n. 3, p. 367-382, set.-dez./2015.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. A derrotabilidade da norma tributária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 77, p. 121-149, nov.-dez./2007.

_____. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.