

**INSTITUTO AVANÇADO DE ENSINO SUPERIOR DE BARREIRAS –
IAESB**

FACULDADE SÃO FRANCISCO DE BARREIRAS – FASB

CURSO DE DIREITO

MAGAIVER SILVA FERREIRA

**A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE
HERMENÊUTICA NEOCONSTITUCIONAL NA COLISÃO DE
PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS: aplicabilidade e críticas**

BARREIRAS-BA

2011

MAGAIVER SILVA FERREIRA

**A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE
HERMENÊUTICA NEOCONSTITUCIONAL NA COLISÃO DE
PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS: aplicabilidade e críticas**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade São Francisco de Barreiras – FASB, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito.

Orientador: Prof^o Túlio Machado Viana,
Esp. em Direito, Estado e Constituição

BARREIRAS-BA

2011

MAGAIVER SILVA FERREIRA

**A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE
HERMENÊUTICA NEOCONSTITUCIONAL NA COLISÃO DE
PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS: aplicabilidade e críticas**

Monografia avaliada e aprovada em 18/11/2011, pela comissão formada pelos seguintes professores:

Tulio Machado Viana, Esp. em Direito, Estado e Constituição
Faculdade São Francisco de Barreiras – FASB

Cristiane Gabriel Pacheco, Ms. em Direito Processual e Cidadania
Faculdade São Francisco de Barreiras – FASB

Nolar Glusckaz Junior, Ms. em Educação
Faculdade São Francisco de Barreiras - FASB

BARREIRAS-BA

2011

Dedico este trabalho ao meu Deus, eterno condutor de meus passos, e a meus pais.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por oferecer bondosamente todas as condições para a realização de mais uma etapa de grande valor em minha vida.

Aos familiares e amigos pelo apoio dado na realização deste trabalho, em especial aos meus pais, pelo incentivo e amparo nas horas mais difíceis.

Ao professor orientador, Túlio Machado Viana, pela presteza e eficiência na orientação.

Meus votos de gratidão.

Não pode ser interpretado (o direito) como se contivesse os axiomas e corolários de um livro de matemática. Para saber o que é, devemos saber aquilo que foi e aquilo que deve ser. (HOLMES apud SARMENTO, 2001, p. 9)

RESUMO

Ao longo da história do constitucionalismo, a concepção de princípios enquanto regra foi aos poucos se consolidando. Mais especificamente, foi com o advento do Neoconstitucionalismo, que se passou a conceber o caráter de normatividade dos princípios constitucionais. Neste passo, são inúmeras as situações em que os contextos fáticos levados à apreciação do Poder Judiciário fazem emergir situações que revelam colisão de princípios fundamentais insculpidos no texto constitucional. Partindo deste pressuposto, abre-se margem para o questionamento chave deste trabalho: a técnica da ponderação, sob a perspectiva do Neoconstitucionalismo, seria um instrumento de hermenêutica constitucional apto a ser utilizado na superação da colisão de princípios fundamentais? Pretende-se, então, utilizando-se dos postulados da moderna hermenêutica constitucional, responder a esta questão. Para tanto, o presente foi realizado a partir de pesquisa bibliográfica. Primeiramente, desenvolve-se um apanhado geral das noções conceituais indispensáveis ao entendimento da temática, esclarecendo ao leitor pontos cruciais atinentes aos princípios, explicando a sua terminologia, as acepções jurídicas de seus diversos significados, sua aplicação no Direito Constitucional e a sua eficácia no ordenamento jurídico. Após, apresenta-se as distinções feitas pela doutrina em relação à classificação das normas jurídicas, apontando quais dificuldades são mais recorrentes nesta classificação, quais os critérios clássicos usados pela doutrina majoritária, bem como a atual classificação tripartite das normas jurídicas. Adiante, passa-se a uma sucinta abordagem histórica, demonstrando como ao longo do tempo os princípios ganharam força vinculante no ordenamento jurídico e passaram a ter sua normatividade reconhecida com o advento do Neoconstitucionalismo, apontando as principais contribuições deste movimento à abordagem do direito constitucional, em especial, a nova visão que este empresta à Hermenêutica Constitucional no que atine a interpretação e aplicação dos princípios constitucionais. Em sequência, demonstra-se como o fenômeno da colisão de princípios fundamentais do texto constitucional ocorre na prática e como este se revela ao intérprete das normas, apontando que esta colisão é imanente à jurisdição constitucional, portanto inevitável. Adiante, situa-se o problema da colisão de princípios nos domínios da hermenêutica jurídico-constitucional elencando os princípios de interpretação constitucional como cânones hermenêuticos a serem utilizados pelo hermeneuta quando diante da colisão entre princípios fundamentais do texto constitucional. Após, passa-se a análise da técnica da ponderação, como instrumento de hermenêutica constitucional a disposição do intérprete do texto constitucional, cujo fito é a superação da referida colisão, pontuando as principais considerações doutrinárias atinentes à mesma, bem como se descreverá a sua estrutura metodológica e aplicabilidade. Apresenta-se ao final uma abordagem crítica, onde são pontuadas as principais críticas feitas pela doutrina à técnica da ponderação, bem como os argumentos que as sustentam. Finaliza-se o trabalho expondo de uma maneira simples e objetiva as conclusões obtidas durante o processo de pesquisa e produção deste estudo monográfico.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Colisão de princípios. Técnica da ponderação.

ABSTRACT

Throughout the history of constitutionalism, the design principles as a rule was gradually consolidating. More specifically, it was with the advent of neoconstitutionalism, what happened to conceive the character of normativity of constitutional principles. In this step, there are countless situations in which the factual contexts led to the appreciation of the judiciary are situations emerge that reveal fundamental principles collision inscribe in the Constitution. Under this assumption, it opens room for questioning key to this work: the weighting technique, from the perspective of neoconstitutionalism, would be an instrument of constitutional hermeneutics used to be able to overcome the collision of fundamental principles? It is intended, then, using the tenets of modern constitutional hermeneutics, answer this question. To this end, this was done from literature. First, it develops a conceptual overview of the concepts essential to understanding the issue, telling the reader key points relating to the principles, explaining its terminology, the legal meanings of its various meanings, its application in constitutional law and its effectiveness in the legal. After we present the distinctions made by the doctrine regarding the classification of legal rules, pointing out difficulties which are more recurrent in this classification, the criteria used by classic majoritarian doctrine, as well as the current tripartite classification of legal standards. Forward passes to a brief historical approach, showing how over time the principles gained in the legal binding force and began to have recognized their system with the advent of neoconstitutionalism, pointing out the main contributions of this approach movement of constitutional law, In particular, the new vision that lends to the Constitutional Hermeneutics atin in the interpretation and application of constitutional principles. In sequence, it will show how the phenomenon of collision of fundamental principles of the Constitution occurs in practice and how it reveals the interpreter of standards, noting that this collision is immanent in the constitutional court therefore inevitable. Ahead lie the problem will be the collision of principles in the areas of hermeneutics listing the legal and constitutional principles of constitutional interpretation as a hermeneutic canons to be used by hermeneutician when faced with the collision between the fundamental principles of constitutional text. Then, the analysis is the technique of weighting, as an instrument of interpretation of the constitutional provision interpreter of the Constitution, whose aim is to overcome the said collision, scoring primarily be the doctrinal considerations relating to it, and will describe its structure methodology is applied. It presents a critical approach to the final, where they scored the main criticisms made by the doctrine of balancing the technical as well as the arguments that sustain them. Ends up the job of exposing a simple and objective findings obtained during the research process and production of this monographic study.

Key-words: Neoconstitutionalism. Collision of principles. Weighting technique

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
-------------------------	----------

CAPÍTULO I

1.0 PRINCÍPIOS – NOÇÕES CONCEITUAIS.....	13
1.1. DA TERMINOLOGIA.....	13
1.2. ACEPÇÃO JURÍDICA DO TERMO	14
1.3. APLICAÇÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL	16
1.4. EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS	20

CAPÍTULO II

2.0 DISTINÇÕES NECESSÁRIAS.....	23
2.1. DIFICULDADES PONTUAIS.....	23
2.2. CRITÉRIOS CLÁSSICOS DE DISTINÇÃO	24
2.3. MODELO TRIPARTITE DE CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS: PRINCÍPIO, REGRA E POSTULADO NORMATIVO	29

CAPÍTULO III

3.0 ABORGADEM HISTÓRICA.....	31
3.1. O PERCURSO HISTÓRICO DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS	31
3.2. NEOCONSTITUCIONALISMO – BREVES CONSIDERAÇÕES	35

CAPÍTULO IV

4.0 COLISÃO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.....	40
4.1. COLISÃO DE PRINCÍPIOS COMO FENÔMENO IMANENTE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	40

4.2. IDENTIFICANDO O CONFLITO – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL45

CAPÍTULO V

5.0 SUPERANDO AS COLISÕES55

5.1 A PROBLEMÁTICA NOS DOMÍNIOS DA HERMENÊUTICA JURÍDICO-
CONSTITUCIONAL.....55

**5.1.1 Princípios de interpretação constitucional como cânones hermenêuticos
nos conflitos principiológicos57**

5.2 TÉCNICA DA PONDERAÇÃO60

5.2.1 Noções gerais60

5.2.2 Aplicabilidade e estrutura.....65

5.3 A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO SOB UMA ABORDAGEM CRÍTICA.....70

CONSIDERAÇÕES FINAIS75

REFERÊNCIAS.....77

INTRODUÇÃO

Ao longo da história do constitucionalismo, a concepção de princípios enquanto regra foi aos poucos se consolidando, especificamente foi com o advento do Neoconstitucionalismo, que se passou a conceber o caráter de normatividade dos princípios estatuídos na Constituição dos Estados Democráticos de Direito.

Hodiernamente, resta incontestemente a importância da força normativa principiológica em quaisquer modalidades de interpretação que se empresta aos textos constitucionais.

Tal regra é latente no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que os operadores do direito, entre estes, destaque-se, advogados e magistrados, veem-se impelidos a fazer uso dos mesmos como ferramentas de trabalho; aqueles na tessitura de argumentação de suas teses e estes ao fundamentarem seus julgados.

No entanto, esta moderna concepção é fruto de uma longa evolução histórica que tem como ápice o movimento Neoconstitucionalista, responsável por dar uma nova roupagem ao Direito Constitucional e à Hermenêutica constitucionalista.

Neste passo, são inúmeras as situações em que os contextos fáticos levados à apreciação do Poder Judiciário fazem emergir situações que revelam uma aparente colisão de princípios fundamentais insculpidos no texto constitucional.

Como não é dado ao magistrado abster-se do dever de julgar alegando a existência de colisão principiológica, exsurge com notória importância o uso dos instrumentos de hermenêutica constitucional, notadamente, a técnica da ponderação, com vistas a superar a colisão de princípios fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional máxima, enquanto guardião da Constituição Federal, responsável por uniformizar a interpretação da Magna Carta, por diversas vezes, em julgados de grande repercussão nacional, enfrentou situações que revelaram aparente colisão de princípios fundamentais, como se um determinado princípio constitucional disputasse o mesmo espaço de um outro na aplicação a um mesmo caso concreto.

Evidencia-se assim, a atualidade e pertinência jurídica da temática a ser abordada no presente trabalho, uma vez que, apesar da vasta produção científica atinente ao tema proposto, inúmeros questionamentos são ainda feitos pelos doutrinadores, operadores do direito e comunidade acadêmica.

Partindo do pressuposto de que o fenômeno da colisão de princípios constitucionais é algo real e auferível pelos operadores do direito, abre-se margem para o questionamento chave do presente trabalho: como superar tais colisões?

Pretende-se, então, utilizando-se dos postulados da Hermenêutica Neoconstitucionalista, investigar a técnica da ponderação como instrumento de hermenêutica constitucional a ser utilizada na superação da colisão de princípios fundamentais.

Para tanto, realizou-se pesquisa de dados em fontes bibliográficas, virtuais, doutrinárias e jurisprudenciais que estavam em consonância com a temática proposta. De posse das citadas fontes, foram feitas leituras reflexivas explorando ao máximo os horizontes permitidos pelo tema em questão, para posterior redação do trabalho monográfico, que concluído, foi posto em apreciação pelo autor do mesmo e apresentado ao professor orientador para possíveis ajustes nos elementos teóricos e estruturais da pesquisa.

Estruturalmente, o trabalho monográfico desenvolve-se conforme apontado a seguir.

Primeiramente, desenvolve-se um apanhado geral das noções conceituais indispensáveis ao entendimento da temática, esclarecendo ao leitor pontos cruciais atinentes aos princípios, explicando a sua terminologia, as acepções jurídicas de seus diversos significados, sua aplicação no Direito Constitucional e a sua eficácia no ordenamento jurídico.

Após, apresenta-se as distinções feitas pela doutrina em relação à classificação das normas jurídicas, apontando quais dificuldades são mais recorrentes nesta classificação, quais os critérios clássicos usados pela doutrina majoritária, bem como a atual classificação tripartite das normas jurídicas.

Adiante, passa-se a uma sucinta abordagem histórica, demonstrando como ao longo do tempo os princípios ganharam força vinculante no ordenamento jurídico e passaram a ter sua normatividade reconhecida com o advento do Neoconstitucionalismo, apontando as principais contribuições deste movimento à abordagem do direito constitucional, em especial, a nova visão que este empresta à Hermenêutica Constitucional no que atine a interpretação e aplicação dos princípios constitucionais.

Em sequência, demonstra-se como o fenômeno da colisão de princípios fundamentais do texto constitucional ocorre na prática e como este se revela ao

intérprete das normas, apontando que esta colisão é imanente à jurisdição constitucional, portanto inevitável, para tanto apresenta-se uma breve análise jurisprudencial de casos levados à apreciação do poder judiciário que revelaram colisão principiológica.

De contínuo, situa-se o problema da colisão de princípios nos domínios da hermenêutica jurídico-constitucional elencando os princípios de interpretação constitucional como cânones hermenêuticos a serem utilizados pelo hermeneuta quando diante da colisão entre princípios fundamentais do texto constitucional.

Após, passa-se a análise da técnica da ponderação, como instrumento de hermenêutica constitucional a disposição do intérprete do texto constitucional, cujo fito é a superação da referida colisão, pontuando as principais considerações doutrinárias atinentes à mesma, bem como se descreverá a sua estrutura metodológica e aplicabilidade.

Como a referida técnica não passa ilesa às críticas dos estudiosos, apresenta-se ao final uma abordagem crítica, em que são pontuadas as principais críticas feitas pela doutrina à técnica da ponderação, bem como os argumentos que as sustentam.

Finaliza-se o trabalho expondo de uma maneira simples e objetiva as conclusões obtidas durante o processo de pesquisa e produção deste estudo monográfico.

CAPÍTULO I

1.0 PRINCÍPIOS – NOÇÕES CONCEITUAIS

1.1. DA TERMINOLOGIA

Todas as ciências, exatas ou humanas, são regidas por princípios que lhe são peculiares.

A ciência jurídica não foge a esta máxima, e, em todos os seus ramos nota-se a importância dos mesmos.

É inconcebível dissertar em qualquer ramo do saber, seja qual for o assunto, sem levar em consideração a incidência de princípios, uma vez que, estes nortearão quaisquer linhas discursivas que se pretenda desenvolver.

Nestes termos, torna-se imprescindível a tessitura de considerações atinentes às noções conceituais do termo princípio.

O dicionário Aurélio (1999, p. 1639) apresenta a seguinte definição para o vocábulo:

princípio. [Do lat. *Principiu.*] **S. m.** **1.** Momento ou local ou trecho em que algo tem origem; começo. [...] **2.** Causa primária. **3.** Elemento preponderante na constituição de um corpo orgânico. **4.** Preceito, regra, lei. [...] **7.** *Filos.* Origem de algo, de uma ação ou de um conhecimento. **8.** *Lóg.* Na dedução, a proposição que lhe serve de base, ainda que de modo provisório e cuja verdade não é questionada. [...]. (grifo autor)

Da definição apresentada pelo dicionarista supra, depreende-se a riqueza de sentidos advindas do vocábulo princípio, pois, como visto, existem oito acepções significativas.

A depender da situação comunicativa e do que se pretende transmitir usar-se-ão os diversos sentidos apresentados.

1.2. ACEPÇÃO JURÍDICA DO TERMO

Entre os estudiosos do Direito, o referido vocábulo, apesar de não destoar dos conceitos ora apresentados, ganha contornos jurídicos que lhe dão mais precisão técnica e melhor se coaduna a proposta deste trabalho.

Neste passo, Silva (2000, p. 639) assim preceitua:

E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas. Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito.

Conforme apontado pelo autor, os princípios são bases fundantes do Direito enquanto ciência, e, pontos de partida para quaisquer discussões jurídicas que se pretenda produzir, pois neles firmam-se todo o arcabouço teórico da Ciência Jurídica.

Soma-se ainda que, conforme esboçado pelo constitucionalista retro, os princípios abarcam não somente os já reconhecidos pelo legislador e insculpidos em nossas leis, mas também todos os postulados da Ciência Jurídica.

Restando incontestada sua relevância.

Sob um prisma mais filosófico, Reale (2000, p. 305) pontua que:

princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, deste modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática. Alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de modelos jurídicos, inclusive no plano constitucional [...].

Segundo o autor supra, os princípios prestam-se ao ordenamento jurídico tanto como diretriz orientadora para o legislador, ainda na fase de elaboração das normas, quanto ao aplicador do direito, no caso, seus operadores, quando de sua aplicação prática em casos concretos.

Isto revela a importância dos princípios jurídicos no processo de produção legislativa, em que deve o legislador levar em consideração o teor de princípios já consagrados pelo ordenamento jurídico, a fim de se evitar a produção de normas que destoem dos mesmos.

De forma complementar Nader (2005, p. 194) assim doutrina: “a qualidade da lei depende, entre outros fatores, dos princípios escolhidos pelo legislador.[...] Se os princípios não forem justos, a obra legislativa não poderá ser justa”.

Do mesmo modo, servem os princípios ainda, ao poder judiciário, quando da aplicação de leis em casos concretos, em que o magistrado na tarefa judicante, ao interpretar as normas jurídicas, fará uso dos mesmos.

Nesta mesma linha intelectual, Mouchet e Becu (apud NADER, 2005, p. 200) pontua que os princípios “guiam, fundamentam e limitam as normas positivas já sancionadas”. O que reforça ainda mais o entendimento de Reale (2000) acima apresentado.

O legislador brasileiro, em vários textos legais, aponta a importância do uso dos princípios como instrumento hermenêutico na interpretação e aplicação das leis, isto fica bem evidente ao se analisar o estatuído no artigo 4º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) que estabelece “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 2011, p. 1).

Denota-se do texto legal retro a função integradora dos princípios no ordenamento jurídico na ocorrência de lacunas legais.

Referido fenômeno jurídico que a doutrina denominou de lacuna legal, é conceituado por Diniz (2011, p. 466) nos seguintes termos:

A expressão *lacuna* concerne a um estado incompleto do sistema. Ou, como nos diz Binder, há lacuna quando uma exigência do direito, fundamentada objetivamente pelas circunstâncias sociais, não encontra satisfação na ordem jurídica. Convém salientar, que o vocábulo *lacuna* foi introduzido, com um sentido metafórico, para designar os possíveis casos em que o direito objetivo não oferece, em princípio, uma solução.

Podem haver casos fáticos que aparentemente não seriam tutelados pelo ordenamento jurídico, face a aparente ausência de regulamento normativo, mas, mesmo nestes casos, não deve o magistrado abster-se do dever de julgar, a teor do já mencionado artigo 4º da Lei de Introdução à Normas de Direito Brasileiro.

Consoante ensino de Cademartori e Duarte (2009, p. 72):

O ordenamento jurídico em algumas situações pode ser incompleto (lacunoso) ou incoerente (antinômico), o que impossibilita uma atividade jurisdicional apoiada, apenas, em inferências lógicas, porém, o juiz não pode se eximir de julgar a lide.

Não podendo o magistrado deixar de julgar alegando lacunas na lei, deverá recorrer aos mecanismos de integração, e entre estes, destaque-se os princípios gerais do direito, definidos por Diniz (2011, p. 488) como “cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas, que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico”.

Em todos os ramos do direito é salutar a magna importância dos princípios, consoante ensinamento de Bonavides (2007, p. 259):

Todo discurso normativo tem que colocar, portanto, em seu raio de abrangência os princípios, aos quais as regras se vinculam. Os princípios espargem clareza sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas.

Nestes termos, o uso dos princípios é indispensável para compreensão do ordenamento jurídico enquanto sistema, uma vez que, sem que estes sejam considerados pelo intérprete inviável se fará quaisquer tentativas de interpretação.

1.3. APLICAÇÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL

Na seara do Direito Constitucional os princípios ganham ainda maior relevância, conforme doutrina Cademartori e Duarte (2009, p. 169):

Conforme constata Dworkin, a Constituição está estruturada, fundamentalmente, em princípios e não em regras precisas e textualmente exaustiva, como também é o caso da Constituição brasileira (quanto aos direitos individuais, coletivos, difusos, políticos, culturais e econômicos, por exemplo) embora esta também possua muitas regras.

Sendo assim, mais que em qualquer ramo do direito, é na seara constitucional que os princípios revelam-se com maior força vinculante, por serem os mesmos tão relevantes para os operadores do direito, como também o enfoque atualmente dado pelos tribunais superiores.

Ávila (2005, p. 5) pontua que “é até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de “*Estado Principiológico*” (grifo do autor).

Em que pese o aviso supra, os princípios constitucionais são classificados por Barroso (2008), em princípios instrumentais de interpretação constitucional e princípios constitucionais materiais.

Para o constitucionalista retro, os princípios instrumentais de interpretação constitucional, são premissas básicas a serem consideradas no processo cognitivo do intérprete, destacando que, embora não explícitos no texto supremo, são reconhecidos pelos doutrinadores e tribunais pátrios. (BARROSO, 2008).

O autor os subdivide da seguinte maneira: princípio da supremacia da constituição, princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público, princípio da unidade da Constituição, princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade e princípio da efetividade.

Os princípios constitucionais materiais, objeto específico do presente trabalho, Barroso (2008) os subdivide em princípios fundamentais, gerais e setoriais.

Interessa aqui trazer a baila o conceito de princípios fundamentais esboçado por Barroso (*ibidem*, p. 375):

Os princípios fundamentais expressam as principais decisões políticas no âmbito do Estado, aquelas que vão determinar sua estrutura essencial. Veiculam, assim, a forma, o regime e o sistema de governo, bem como a forma de Estado. De tais opções resultará a configuração básica da organização do poder político. Também se incluem nessa categoria os objetivos indicados pela Constituição como fundamentais à República e os princípios que a regem em suas relações internacionais.

Como visto, esta modalidade principiológica, na concepção do doutrinador supracitado, revela as bases filosóficas, políticas e sociais de um Estado, sendo que, a partir de sua análise é possível depreender o espelho político de uma nação.

Os mesmos estão dispostos nos artigos a seguir transcritos:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I – independência nacional;

II – prevalência dos direitos humanos;

III – autodeterminação dos povos;

IV – não intervenção;

V – igualdade entre os Estados;

VI – defesa da paz;

VII – solução pacífica dos conflitos;

VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X – concessão de asilo político. (BRASIL, 2011, p. 1)

Somam-se a estes, o princípio da dignidade da pessoa humana, posto atualmente, como “centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais” (BARROSO, *ibidem*, p. 375).

Quanto aos princípios gerais, Barroso (*ibidem*, p. 375) assim doutrina:

Os princípios constitucionais gerais, embora não integrem o núcleo das decisões políticas que conformam o Estado, são importantes especificações dos princípios fundamentais. Têm eles menor grau de abstração, sendo mais facilmente determinável o núcleo em que operam como regras. Por tal razão, prestam-se de modo corrente à tutela direta e imediata das situações jurídicas que contemplam. Por serem desdobramentos dos princípios fundamentais, irradiam-se eles por toda a ordem jurídica.

Do ensinamento do autor depreende-se que os princípios constitucionais gerais derivam dos princípios fundamentais e a eles se ligam por uma relação de especificação e exercem influência em todo o ordenamento jurídico, indo para além do texto constitucional e irradiando-se também pela legislação infraconstitucional.

Nesta linha intelectual, Barroso (*ibidem*) destaca que boa parte dos princípios gerais localizam-se no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e, cita como exemplo os princípios da legalidade (art. 5º, II), liberdade (art. 5º, *caput* e incisos II, IV, VI, IX, XIII, XIV, X, XVI e XVII) isonomia (art. 5º, *caput* e inciso I), acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV), juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII) e devido processo legal (art. 5º, LIV).

Com destaque de que este rol não é exaustivo e comportaria significativa ampliação, de acordo com o ponto de observação de cada um. (BARROSO, *ibidem*, 2008).

Ressalta-se ainda, que para este notável constitucionalista, esta localização dos princípios gerais “ratifica a equiparação doutrinária que se costuma fazer entre direitos fundamentais e princípios” (BARROSO, *ibidem*, p.376).

Os princípios constitucionais setoriais são definidos por Barroso (*ibidem*, p. 376) nos seguintes termos, “princípios setoriais ou especiais são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos”.

É comum usar como expressões sinônimas os termos princípios e valores, pelo fato daqueles relacionarem-se de maneira direta com estes, no entanto, entre os mesmos há diferenças significativas, conforme alerta Ávila (2005, p. 29):

Logo se vê que os princípios, embora relacionados a valores, não se confundem com eles. Os princípios relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover. No entanto, os princípios afastam-se dos valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico e, por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento.

Ainda no que atinte a distinção acima referida, o mesmo posicionamento teórico é partilhado por Robert Alexy (*apud* NOVELINO, 2009, p. 182) nos seguintes termos:

a teoria dos princípios se acha subjacente à teoria dos valores, sendo a estrutura dos dois modelos essencialmente igual. A diferença é que enquanto os princípios estão situados no *âmbito deontológico* (campo do dever-ser, conceitos de ordem, permissão, proibição...), os valores se situam no *âmbito axiológico* (âmbito do bom). Aquilo que é considerado o “melhor” no modelo dos valores corresponde, no modelo dos princípios, àquilo que é o “devido”. (grifo do autor)

Deste modo, evidencia-se as nítidas diferenças entre princípios e valores.

1.4. EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS

Digno de nota é conhecer as atuais aplicações dos princípios constitucionais pelos operadores do direito, seja entre advogados, magistrados de piso ou tribunais superiores.

A esta aplicação prática dá-se o nome de eficácia dos princípios, sendo objeto de discussão em Barroso (*ibidem*) e em Ávila (*ibidem*).

Para o primeiro, a eficácia dos princípios se divide em: a) eficácia positiva ou simétrica; b) eficácia interpretativa; c) eficácia negativa; e, d) eficácia vedativa do retrocesso.

A eficácia positiva ou simétrica é algo recente na história do Direito Constitucional, o que será objeto de digressões em capítulo posterior, a mesma consiste no direito subjetivo que possui o cidadão de exigir diretamente do poder público, por via judicial, se necessário, a realização dos efeitos de qualquer princípio constitucional, quando este for violado por ação ou omissão.

Eficácia interpretativa, por sua vez, Barroso (*ibidem*, p. 378) doutrina que a mesma:

consiste em orientar a interpretação das regras em geral (constitucionais e infraconstitucionais), para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente.

Observa-se o nítido caráter hermenêutico da referida eficácia.

A eficácia negativa consiste em autorizar o intérprete do texto constitucional a considerar inválidas todas as normas ou atos que não se coadunem aos princípios constitucionais.

Por outro giro, a eficácia vedativa do retrocesso, parte do pressuposto de que os princípios constitucionais devem efetivar-se de forma prática através de normas infraconstitucionais, e, sendo uma vez, estas implementadas, “com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais” (BARROSO, *ibidem*, p. 379), e, jamais, o contrário.

Como asseverado anteriormente, Ávila (*ibidem*) doutrina de modo diverso, ao dividir a eficácia dos princípios em eficácia interna e externa, aquela ele subdivide em eficácia interna direta e indireta, e, esta em eficácia externa objetiva e subjetiva.

A eficácia interna direta consiste na atuação sem imediação ou interporsição de um outro princípio ou regra, desempenhando uma função integrativa e sendo usado diretamente sem relacionar-se com outros.

A eficácia interna indireta traduz-se na atuação de determinado princípio com a intermediação ou interposição de um outro, aqui eles desempenham uma função definitiva, interpretativa e bloqueadora.

Quanto à eficácia externa objetiva, Ávila (*ibidem*) pontua que pelo fato dos princípios não atuarem só sobre a interpretação da norma, estes acabam por atuar também sobre a compreensão dos fatos e provas. Sendo que, ao aplicar-se uma norma jurídica, exige-se que o intérprete decida entre os fatos ocorridos quais são os mais pertinentes, ao que chama de exame de pertinência.

Por outro giro, ainda nesta eficácia, Ávila (*ibidem*) destaca que o hermeneuta deve também decidir entre todos os pontos de vista, quais seriam os mais adequados, ao que chama de exame de valoração.

Já a eficácia externa subjetiva, o autor a direciona aos sujeitos atingidos pela eficácia dos princípios jurídicos, ao passo que estes funcionariam como direito

subjetivo quando proíbem intervenções do Estado em direitos de liberdade, a esta característica ele nomeia de função de defesa ou de resistência.

CAPÍTULO II

2.0 DISTINÇÕES NECESSÁRIAS

2.1. DIFICULDADES PONTUAIS

Hodiernamente, doutrinadores e tribunais pátrios se esmeram na tentativa de distinguir princípios de regras, aqueles através publicações veiculadas por editoras ou em meio virtual, e estes por meio da jurisprudência.

Este crescente anseio doutrinário por traçar a referida distinção é mencionado por Ávila (2005, p. 4) como sendo uma das motivações que o levaram a escrever a obra “Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos”, nos seguintes termos: “A idéia deste trabalho deve-se à [...] constante relevo que a distinção entre *princípios* e *regras* vem ganhando nos debates doutrinários e jurisprudenciais” (grifo do autor).

No entanto, a referida matéria não tem sido objeto de consenso entre os doutrinadores, uma vez que, inúmeras e díspares são as tentativas de distinguir princípios de regras, variando muito os critérios distintivos.

Nesta linha intelectual, Ávila (2005, p. 5) assevera que:

A definição de princípios jurídicos e sua distinção relativamente às regras depende do critério em função do qual a distinção é estabelecida. Ao contrário dos objetos materiais (coisas), cujo consenso em torno de sua denominação é mais fácil pela referência que fazem a objetos sensorialmente perceptíveis, as categorias jurídicas, entre as quais se inserem os princípios, são instrumentos analíticos abstratos (linguisticamente formulados). Por isso mesmo é mais difícil haver uma só definição de princípio, já que a sua distinção relativamente às regras depende muito intensamente do **critério distintivo** empregado (se quanto à formulação, ao conteúdo, à estrutura lógica, à posição no ordenamento jurídico, à função na interpretação e aplicação do Direito, etc.), do **fundamento teórico** utilizado (se positivista, jusnaturalista, normativista, realista, etc.) e da **finalidade** para a qual é feita (se descritiva, aplicativa, etc.). (grifo do autor)

Como visto, a justificativa apontada pelo autor supra consiste no fato de ser o princípio um instrumento analítico abstrato de categoria jurídica.

Ao que contrapõem com a ideia de que os objetos materiais, ou seja, não abstratos, definem-se mais facilmente por serem perceptíveis aos olhos do observador, ao passo que, isto não ocorre com os princípios.

Outra dificuldade que o doutrinador retro aponta, no que tange a distinção entre princípio e regra, é o fato de serem variáveis os critérios distintivos, os fundamentos teóricos e o fim visado pelo intérprete.

Deste modo, diferentes serão as características distintivas apontadas por um doutrinador que use como critério apenas a formulação e um outro que use a estrutura lógica; da mesma forma, diferente também será o conceito se o doutrinador for adepto de uma concepção jusnaturalista ou de outra positivista; bem como, também será díspar a distinção se a finalidade do doutrinador for descritiva ou explicativa.

Isto posto, Ávila (2005, p.6) tece a seguinte advertência:

A distinção entre princípios e regras virou moda. Os trabalhos de direito público tratam da distinção, com raras exceções, como se ela, de tão óbvia, dispensasse maiores aprofundamentos. A separação entre as espécies normativas como que ganha foros de unanimidade. E a unanimidade termina por semear não mais o conhecimento crítico das espécies normativas, mas a crença de que elas são dessa maneira, e pronto. Viraram lugar-comum afirmações, feitas em tom categórico, a respeito da distinção entre princípios e regras.

Em que pese o teor da advertência retro, a mesma não deixará de ser considerada no presente trabalho, por isso, apresentar-se-á adiante o posicionamento de diversos autores no que atine a distinção entre princípio e regra.

2.2. CRITÉRIOS CLÁSSICOS DE DISTINÇÃO

Segundo ensinamento de Bonavides (2007, p. 271), “os princípios são normas e as normas compreendem as normas e os princípios”.

De modo diverso, Novelino (2009, p. 128) destaca que “as tradicionais diferenciações entre princípios e normas têm sido abandonadas para dar lugar à distinção entre princípios e regras, considerados espécies do gênero norma jurídica (N = P e R) (grifo do autor)”.

Neste mesmo sentido, Barroso (2008, p. 350) pontua que “a dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral e as normas constitucionais em particular enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras”.

Assentada tal premissa, apresenta-se a seguir a distinção entre regras e princípios.

Entre os vários critérios distintivos apontados na doutrina, destaquem-se aqui os critérios de distinção abordados por Novelino (*ibidem*), quais sejam: o grau de determinação, a abstratividade (ou generalidade) e a dimensão.

Quanto ao grau de determinação, distinguem-se ambos pela possibilidade de se precisar os casos de aplicação. Enquanto a regra é aplicada de forma direta e imediata aos casos previstos em seu preceito, o princípio não é um “mandamento” em si mesmo, mas apenas a causa, critério ou justificação deste.

Quanto à abstratividade (ou generalidade), conforme ensinamento de Novelino (*ibidem*, p. 129), assim se expressa:

A abstratividade das regras jurídicas se caracteriza pela possibilidade de abrangência, por seu *pressuposto de fato* (ou *hipótese*), de inúmeros **casos homogêneos**. Nos princípios, o maior grau de abstração é o decorrente da **heterogeneidade** de casos potencialmente suscetíveis de serem enquadrados na esfera de sua previsão. Por isso, costuma-se dizer que os *princípios são normas “generalíssimas”*. (grifo do autor)

Deste modo, nota-se que as normas-princípios são bem mais abstratas que as normas-regras, uma vez que, o campo de abrangência daquelas é mais amplo que o destas.

Quanto ao critério da dimensão, o mesmo doutrinador preleciona:

As **regras** suscitam problemas de **validade**. Na hipótese de conflito entre elas, uma não será válida e, portanto, deverá ser excluída ou abandonada,

de acordo com os critérios para a solução de antinomias estabelecidos por outras normas existentes no próprio ordenamento jurídico (*critério hierárquico, cronológico ou da especialidade*).

Quanto aos **princípios**, além da validade, suscitam ainda a questão da **importância, peso** ou **valor**. (NOVELINO, *ibidem*, p. 130, grifo do autor)

Deste critério é possível depreender que na hipótese de conflito entre regras, o mesmo pode ser superado pelos critérios hierárquico, cronológico ou da especialidade; no que tange ao conflito de princípios, tais critérios são insuficientes e faz-se necessário o uso de outros elementos, tais como a importância, o peso ou o valor a serem atribuídos pelo intérprete aos princípios em colisão.

A par destes clássicos critérios de distinção, Ávila (2005) aponta outros quatro a serem usados nesta distinção, quais sejam, o critério do caráter hipotético-funcional, o critério do modo de aplicação, o critério do relacionamento normativo e o critério do fundamento axiológico.

O critério do caráter hipotético-condicional se baseia na premissa de que as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas sempre com o jogo: se (que seria a hipótese prevista), *então* (que seria a condição de aplicabilidade). Enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador da norma no caso concreto.

O critério do modo final de aplicação fundamenta-se no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto, na ótica do “tudo ou nada”, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual, com a fórmula “mais ou menos”.

O critério do relacionamento normativo baseia-se na ideia de que a antinomia entre as regras consubstancia verdadeiro conflito, cuja solução dá-se com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, por outro lado, o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles.

O critério do fundamento axiológico, por sua vez, considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada.

A estes critérios, o doutrinador citado além de apresentar a definição dada pela maioria dos doutrinadores, de contínuo, tece uma análise crítica sobre os três primeiros, apontando uma visão confrontante dos mesmos, pontuando o seguinte:

Todos esses critérios de distinção são importantes, pois apontam para qualidades dignas de serem examinadas pela Ciência do Direito. Isso não nos impede, porém, de investigar modos de aperfeiçoamento desses critérios de distinção, não no sentido de desprezar sua importância e, muito menos ainda, de negar o mérito das obras que os examinaram; mas, em vez disso, naquele de confirmar sua valia pela forma mais adequada para demonstrar consideração e respeito científicos: a crítica. (ÁVILA, 2005, p. 11)

Este confronto de ideias além de enriquecer o debate doutrinário, permite que se tenha uma visão dialética sobre o objeto de estudo.

Neste passo, as críticas tecidas por Ávila (2005) são as esboçadas a seguir.

Quanto ao critério hipotético-funcional, o teórico supra apresenta críticas utilizando três argumentos, quais sejam: o primeiro, é que o referido critério é impreciso; o segundo, é que a existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação linguística e, por isso não pode funcionar como elemento distintivo entre normas; o terceiro, destaca que mesmo que determinado dispositivo tenha sido formulado de modo hipotético pelo poder legislativo, não significa que não possa ser considerado pelo hermenêuta como um princípio.

Para demonstrar a fragilidade deste critério distintivo, no que atine ao postulado do *se* (hipótese prevista), *então* (condição de aplicabilidade), o autor usa o seguinte exemplo:

O dispositivo constitucional segundo o qual **se** houver instituição ou aumento de tributo, **então** a instituição ou aumento deve ser veiculado por lei, é aplicado como **regra** se o aplicador, visualizando o aspecto imediatamente comportamental, entendê-lo como mera exigência de lei em sentido formal para a validade da criação ou aumento de tributos; da mesma forma, pode ser aplicado como **princípio** se o aplicador, desvinculando-se do comportamento a ser seguido no processo legislativo, focar o aspecto teleológico, e concretizá-lo como instrumento de realização do valor **liberdade** para permitir o planejamento tributário e para proibir a tributação por meio de analogia, e como meio de realização do valor **segurança**, para garantir a previsibilidade pela determinação legal dos elementos da obrigação tributária e proibir a edição de regulamentos que ultrapassem os limites legalmente traçados. (ÁVILA, 2005, p. 12, grifo nosso)

Quanto ao critério do modo de aplicação, Ávila (*ibidem*) pontua que o mesmo pode ser reformulado, uma vez que, é perfeitamente previsível que em algumas situações o intérprete possa invertê-lo.

Ao tempo em que esclarece que nem sempre a aplicação de regras dá-se pela máxima do *tudo ou nada*, podendo o caráter absoluto da regra ser, como destaca:

completamente modificado depois da consideração de todas as circunstâncias do caso. É só conferir alguns exemplos de normas que preliminarmente indicam um modo absoluto de aplicação mas que, com a consideração a todas as circunstâncias, terminam por exigir um processo complexo de ponderação de razões e contra-razões. (ÁVILA, 2005, p. 13)

Para exemplificar esta possibilidade, o autor cita como exemplo a aplicação da antiga regra contida no artigo 224 do Código Penal, atualmente revogado pela Lei nº 12.015 de 2009.

O dispositivo legal revogado previa o crime de estupro, estabelecendo uma presunção incondicional de violência para o caso de a vítima ter idade inferior a 14 anos, sem a previsão de qualquer exceção.

Em que pese o critério do tudo ou nada e o caráter absoluto de sua aplicação, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento de um caso em que a vítima tinha 12 anos, atribuiu tamanha relevância a circunstâncias particulares não previstas pela norma, como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha, que terminou por entender, preliminarmente, como não configurado o tipo penal, apesar de os requisitos normativos expressos estarem presentes. Isso significa que a aplicação revelou que aquela obrigação, havida como absoluta, foi superada por razões contrárias não previstas pela própria ou outra regra. (ÁVILA, 2005)

No que atine ao critério do relacionamento ou conflito normativo, o autor em comento, pontua não ser a ponderação um método privativo de aplicação dos princípios, o que será objeto de digressões posteriores.

Ponto a ser destacado na concepção teórica de Ávila (*ibidem*) é o fato de que, conforme o mesmo destaca, boa parte dos estudiosos defendem alternativas exclusivas de classificação, ou seja, um mesmo dispositivo não pode ser ao mesmo

tempo princípio ou regra, ele, ao contrário, defende alternativas inclusivas de classificação, podendo os dispositivos legais serem simultaneamente princípios ou regras.

2.3. MODELO TRIPARTITE DE CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS: PRINCÍPIO, REGRA E POSTULADO NORMATIVO

Superando a clássica divisão das normas jurídicas em dois grupos, quais sejam, princípios e regras, Ávila (*ibidem*), defende uma classificação tripartite, incluindo uma outra categoria de norma jurídica – o postulado normativo, conforme transcrito a seguir:

Além de este estudo propor superação de um modelo dual de separação *regras/princípios*, baseado nos critérios da existência de hipótese e do modo de aplicação e fundado em alternativas exclusivas, ele também propõe a adoção de um modelo tripartite de dissociação *regras/princípios/postulados*, que, ademais de dissociar as regras dos princípios quanto ao dever que instituem, à justificação que exigem e ao modo como contribuem para solucionar conflitos, acrescenta a essas categorias normativas a figura dos postulados, definidos como *instrumentos normativos metódicos*, isto é, como categorias que impõem condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo. (ÁVILA, 2005, p. 25).

A denominação dada pelo autor a esta nova categoria de norma, por ora apresentada, “instrumentos normativos metódicos”, já adianta a ideia de sua utilização na aplicação das regras e princípios.

Referidos instrumentos, conforme destaca Ávila (*ibidem*, p. 37) posicionam-se num plano superior, o das chamadas metanormas, “situam-se num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras”.

Ao apresentar esta classificação tripartite das normas jurídicas, o referido autor levanta o questionamento que pode ser feito por boa parte dos estudiosos, qual seja, se os postulados não podem ser considerados como princípios ou regras.

Ao que responde da seguinte maneira:

Como os postulados situam-se em um nível diverso do das normas objeto de aplicação, defini-los como princípios ou como regras contribuiria mais para confundir do que para esclarecer. Além disso, o funcionamento dos postulados difere muito do dos princípios e das regras. Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados.

As regras, a seu turno, são normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atributivas de poder. Distintamente, os postulados não descrevem comportamentos, mas estruturam a aplicação de normas que fazem. Mesmo que as regras fossem definidas como normas que prescrevem, proíbem ou permitem o que deve ser feito, devendo sua consequência ser implementada, mediante subsunção, caso a sua hipótese seja preenchida, como o fazem Dworkin e Alexy, ainda assim a complexidade dos postulados se afastaria desse modelo dual. (ÁVILA, 2005, p.38)

Como visto, o autor estabelece um paralelo diferenciador entre os postulados normativos, princípios e regras, destacando os seus caracteres distintivos.

Em complemento a esta concepção teórica, Novelino (2009) também apresenta os postulados normativos como “metanormas” e destaca a sua atual relevância para a hermenêutica jurídica, ao mesmo tempo em que adverte que grande parte dos doutrinadores costumam denominá-los de princípios.

A apresentação deste modelo tripartite de classificação é de extrema relevância no presente trabalho, pois, relaciona-se de maneira direta com o objeto de estudo do mesmo, conforme se demonstrará em abordagens posteriores no desenrolar do mesmo.

CAPÍTULO III

3.0 ABORGADEM HISTÓRICA

3.1 O PERCURSO HISTÓRICO DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

É imprescindível na análise de qualquer instituto jurídico que sejam tecidas considerações acerca de sua abordagem histórica, demonstrando como ao longo do tempo o mesmo foi concebido de maneiras variadas pela doutrina, jurisprudência e operadores do direito. Bonavides (2007) apresenta como estes foram concebidos de maneira distinta em tempos determinados, destacando que o grande avanço da ciência jurídica foi conceber o traço de normatividade dos princípios.

O que nem sempre ocorreu, conforme demonstra o constitucionalista retro, sendo que, a normatividade dos princípios é afirmada em 1952, nas palavras de Crisafuli (apud BONAVIDES, *ibidem*, p. 257):

Princípio é, com efeito, **toda norma jurídica**, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém. (grifo nosso).

Vê-se que a concepção teórica de atribuir normatividade aos princípios e concebê-los enquanto normas jurídicas é recente, e, até referido momento, segundo ensina Bonavides (*ibidem*, p. 258), “a caminhada teórica dos princípios gerais, até sua conversão em princípios constitucionais, constitui a matéria das inquirições subseqüentes”.

Ao referir-se às inquirições subseqüentes, o doutrinador faz referência às fases por ele abordadas no capítulo “Dos princípios gerais do direito aos princípios constitucionais” de seu Curso de Direito Constitucional (2007).

Tais fases são por ele apontadas como marcos histórico-doutrinários na concepção de juridicidade dos princípios, quais sejam: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

Na primeira fase, jusnaturalista, segundo Bonavides (*ibidem*, p. 259), “os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa [...]”.

Segundo o autor retro, nesta fase não se concebia os princípios com caráter de normatividade, e a mesma imperou na dogmática dos princípios por um longo período.

A segunda fase, positivista, caracteriza-se pelo início da inserção dos princípios nos Códigos apenas como fonte normativa subsidiária e, por sua vez, ainda desprovidos de normatividade, sendo apenas “meras pautas programáticas supralegais”. (BONAVIDES, *ibidem*, p. 263).

Neste sentido, mesmo que inseridos nos textos constitucionais, os princípios não passavam de uma espécie de conselho aos governantes e legisladores, podendo ser cumpridos ou não.

Quanto à terceira fase, pós-positivista, segundo Bonavides (*ibidem*, p. 264):

[...] corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

Como visto, é nesta fase que os princípios passam a ser concebidos com caráter de normatividade, dotados, portanto, de juridicidade.

O autor em comento destaca como fortes vozes doutrinárias desta terceira as figuras de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Quanto à contribuição de Dworkin, pontua que:

Dali parte Dworkin para a necessidade de tratar-se os princípios como direito, abandonando, assim, a doutrina positivista e reconhecendo a possibilidade de que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal. (BONAVIDES, *idem*, p. 265)

Já, no que atine a contribuição de Alexy, destaca que:

Para tanto, contribuíram sobretudo o jurista alemão Alexy e também alguns publicistas da Espanha e Itália, receptivos aos progressos da Nova Hermenêutica e às tendências axiológicas de compreensão do fenômeno constitucional, cada vez mais atado à consideração dos valores e à fundamentação do ordenamento jurídico, conjugando, assim, em bases axiológicas, a Lei com o Direito, ao contrário do que costumavam fazer os clássicos do positivismo, preconceitualmente adversos à juridicidade dos princípios e, por isso mesmo, abraçados, por inteiro, a uma perspectiva lastimavelmente empobrecedora da teoria sobre a normatividade do direito. (BONAVIDES, *idem*, p. 267)

No entanto, mesmo nesta fase pós-positivista, o autor supra destaca que haviam doutrinas opostas à normatividade dos princípios que chegavam a negar a existência destes por acreditarem serem os mesmos incompatíveis com a segurança jurídica.

E é ainda o entendimento de alguns doutrinadores, conforme pontua Novelino (2009, p. 183):

Parte da doutrina, ainda que minoritária, insiste em não reconhecer o caráter normativo dos princípios, atribuindo-lhes um valor *ético-político* a ser considerado apenas como dado interpretativo. Sustenta que os princípios seriam *meras diretivas* para o legislador, *sem caráter vinculante*, cuja aplicação seria possível apenas de forma indireta, ou seja, por meio de outras normas.

A isto, o referido constitucionalista retro se posiciona contra, pontuando que:

Todavia, não há nada no caráter lógico dos princípios que os impeça de criar diretamente direitos e deveres ou que os torne incapazes de obrigar o aplicador do direito, sobretudo quando consagrados em uma Constituição rígida, à qual todos os poderes estão subordinados e vinculados. (NOVELINO, *idem*, p. 183)

Mesmo entendimento é partilhado por Dworkin (*apud* NOVELINO, *idem*, p. 183), ao asseverar que:

negar a normatividade dos princípios é admitir que o juiz busca algo além das normas que o vinculam, como diretrizes, seguidas ou não a seu critério. Nesse caso, sempre que um princípio for utilizado como fundamento de uma decisão, *a norma estará sendo posta pelo juiz*, e não apenas aplicada ao caso concreto. (grifo do autor)

Esta terceira fase do trilhar histórico da concepção de juridicidade dos princípios – o pós positivismo, é apontada por Barroso (2005) em artigo intitulado “*Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*”, como sendo o grande marco filosófico do Neoconstitucionalismo, nos seguintes termos:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. (BARROSO, *ibidem*, p. 4)

Como visto, o pós-positivismo ao romper as barreiras da legalidade estrita permitiu uma nova leitura do Direito e, sob este paradigma, o grande salto da hermenêutica constitucional foi o reconhecimento da normatividade dos princípios.

Neste mesmo sentido, pontua Novelino (*idem*, p. 179):

As experiências do nazismo e do fascismo na Europa, bem como os regimes ditatoriais em diversos países latino-americanos levaram à constatação de que a legalidade estritamente formal, decorrente de uma “axio-aspiração” do direito, poderia conduzir à barbárie, suscitando uma série de questionamentos e críticas ao *positivismo jurídico* dominante durante a primeira metade do Século XX. O que fazer diante de normas jurídicas formalmente válidas, mas extremamente injustas?

A preocupação com o conteúdo justo das normas jurídicas fez com que, ao fim da Segunda Grande Guerra, surgisse uma nova dogmática responsável por promover uma reaproximação entre o **direito** e a **moral**, por meio do retorno dos **valores** ao direito, materializados, sobretudo, por princípios consagrados nos textos constitucionais. O *pós-positivismo* é desenvolvido

visando à superação da clássica dicotomia *direito positivo/direito natural*.
(grifo do autor).

Deste modo, denota-se do ensinamento dos doutrinadores retro citados a significativa mudança de paradigma de interpretação do texto constitucional sob a ótica do Neoconstitucionalismo.

3.2. NEOCONSTITUCIONALISMO – BREVES CONSIDERAÇÕES

Importante destacar que a expressão “neoconstitucionalismo” apresenta dificuldades interpretativas no que atine as variadas acepções que lhe são dadas pelos estudiosos, neste passo, Cademartori (2009, p. 29-30) pontua que:

De fato, a expressão “neoconstitucionalismo” não é de fácil apreensão e muito menos é o conteúdo daquilo que designa. Preliminarmente, apontam alguns autores uma identidade semântica entre as expressões “neoconstitucionalismo” e “constitucionalismo contemporâneo (a estes termos se somaria a expressão “pós-positivismo” nos termos adiante a serem analisados). Em segundo lugar, o significado de tais expressões alude tanto a um modelo de organização jurídico-política, ou de Estado de direito, como também ao tipo de teoria de direito que se requer para explicar tal modelo, podendo-se inclusive, falar-se de uma terceira acepção de neoconstitucionalismo como ideologia.

Como visto, não há uma única acepção significativa para o termo “neoconstitucionalismo”.

Complementa Ricardo Maurício Freire Soares (2006, p.83, *apud* LIMA, 2007. p.1), que:

os pensadores vêm utilizando diversas expressões como “neoconstitucionalismo”, “constitucionalismo avançado” ou “constitucionalismo de direitos” com o objetivo de caracterizar um modelo de direito próprio do Estado Constitucional de Direito já existente em alguns países da Europa.

Barroso (2005, p.2), assim disserta:

Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus. (*grifo do autor*)

Nestes termos, o constitucionalista supra explica a complexidade do tema com uso dos termos “fumaça” e “espuma”, expressões que dão a ideia de uma visão turva e embaraçosa e, é esta a visão hodierna dos estudiosos do direito no que diz respeito ao neoconstitucionalismo.

Ao mesmo tempo, ao recorrer aos prefixos “pós” e “neo” o autor pontua que estes evocam a ideia de algo novo e por ter um caráter de ineditismo acaba por levantar questionamentos ainda não respondidos.

Barroso (*idem*, p. 9), por sua vez, assim o define:

[...] o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. (*grifo autor*).

Assim sendo, nota-se que o Neoconstitucionalismo representou significativas transformações na seara do Direito Constitucional nos moldes histórico, filosófico e teórico, nos termos expostos pelo constitucionalista retro.

Como marco histórico o autor em comento cita acontecimentos de extrema relevância no cenário internacional e no âmbito pátrio.

Na seara internacional ele destaca o novo constitucionalismo que nasceu no continente europeu, ao que denomina de “constitucionalismo pós-guerra”, com destaque para Alemanha e Itália.

Neste passo, “a reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas” (BARROSO, *idem*, p. 9)

Referida reconstitucionalização, segundo Barroso (*ibidem*), reaproximou as idéias de constitucionalismo e democracia, ao mesmo tempo em que gerou nova forma de organização política, atualmente conhecidas como Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito e Estado constitucional democrático.

O autor pontua como referências neste novo cenário internacional constitucional a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã de 1949) e a Constituição da Itália de 1947, fontes normativas que, segundo o constitucionalista supra, fomentaram a produção teórica e jurisprudencial do direito constitucional dos países de tradição romano-germânica.

A este momento histórico, Novellino (*ibidem*) tece considerações quanto ao nascimento de uma nova teoria de interpretação a ser aplicada de forma específica ao direito constitucional.

No âmbito nacional o marco histórico assinalado por Barroso (*ibidem*) é o cenário de nascimento da nossa atual Carta Magna, Constituição Federal de 1988, que transformou o país de um regime autoritário em um Estado democrático de direito.

Como marco filosófico, o mesmo doutrinador, aponta o pós-positivismo, explicado por Dias Junior (apud CARVALHO, 2010, p. 2) nos seguintes termos:

A teoria pós-positivista rearticula o direito e a moral, buscando introduzir elementos morais na fundamentação estritamente jurídica das decisões judiciais, reconhecendo a magnitude de padrões normativos que não se limitam às tradicionais proibições, permissões e obrigações [...]. Os princípios, na linha de pensamento pós-positivista, prestam-se assim a diluir elementos morais no ordenamento jurídico, contribuindo para uma proveitosa articulação entre equidade e segurança jurídica, uma vez que as decisões judiciais não mais precisariam recorrer a elementos extrínsecos ao ordenamento jurídico, metafísicos talvez, na ausência de uma regra específica a regular um dado caso concreto posto sob apreciação jurisdicional.

Como marco teórico, Barroso (*ibidem*) destaca três grandes transformações que reformularam a aplicação do direito constitucional, quais sejam: o reconhecimento de força normativa à Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Fato é que o constitucionalismo contemporâneo hoje vivenciado pelos tribunais e doutrinadores trouxe uma nova forma de se enxergar e interpretar o texto constitucional, em especial, no que atine aos princípios neles insculpidos, consoante doutrina Cademartori e Duarte (2009, p. 1-2):

O problema atinente às formas de interpretar e aplicar as normas constitucionais representa para o constitucionalismo contemporâneo um campo temático de investigação de considerável complexidade e de extrema relevância para a configuração do atual modelo jurídico e político estatal.

As razões dessa constatação decorrem de múltiplos fatores, tais como o papel e a densidade normativa a serem conferidos aos direitos fundamentais e aqui delimitando os âmbitos, de um lado, da autonomia privada e, de outro, a noção jurídico-política de soberania popular. Ainda, como razão central, podem-se apontar a operacionalização dos princípios constitucionais, sejam eles “normas programáticas” ou não, e também a afirmação e legitimação das instituições jurídicas e políticas que conferem sustentabilidade ao Estado de Direito contemporâneo, caracterizado como Estado Constitucional.

Consoante ensinamento exposto denota-se também que esta nova forma de se interpretar e aplicar as normas constitucionais é atualmente um campo fértil para produções científicas, dada a complexidade que envolve a temática e, como também fora exposto pelo doutrinador supra, referida dificuldade deve-se a inúmeros fatores que se entrelaçam na operacionalização dos princípios constitucionais, entre estes, destaque-se a temática do presente trabalho, qual seja, as colisões principiológicas no campo de aplicação das normas constitucionais aos casos concretos.

E, no que atine às colisões principiológicas, faz-se imprescindível discutir a referida temática levando-se em consideração a atual visão neoconstitucionalista sobre o tema, conforme destaca Cademartori e Duarte (2009, p. 199):

[...] ao se considerar a atual conformação do Estado de Direito como Estado Constitucional, constata-se que este modelo político gera uma forma de direito que não se exaure nas clássicas funções de repressão, controle social e garantias de segurança pública. Mas, acima de tudo, opera hoje como uma espécie de técnica de engenharia social que promove a consecução de certos objetivos coletivos, o que pode ser exemplificado nos capítulos dedicados à ordem social nas atuais constituições dirigentes – típicas do Estado Providência – e que hoje são complementadas por mecanismos processuais constitucionais, aptos a dar consecução a tais programas sociopolíticos, também chamados de “normas programáticas”

Essa nova conjuntura, entretanto, não se desenvolve de maneira tão harmoniosa, pois juntamente com os objetivos sociais, o Estado Constitucional necessita respeitar as liberdades individuais, oriundas dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Nessa seara, e segundo algumas teorias neoconstitucionalistas, tal problema se traduz como conflito entre princípios *jusfundamentais* de primeira e segunda dimensões e aqui se desenvolvem correntes principiológicas tentando equacionar modelos de ponderação cujas características gerais foram aqui apontadas.

Isto posto, esclarece-se a magna importância de se discutir o objeto de pesquisa do presente trabalho levando-se em consideração o exposto alhures.

CAPÍTULO IV

4.0 COLISÃO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

4.1. COLISÃO DE PRINCÍPIOS COMO FENÔMENO IMANENTE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Assentada a premissa de que os princípios, à luz do Neoconstitucionalismo, são dotados de normatividade, não há de se descartar as inúmeras possibilidades de que estes, em dado momento de aplicação a casos concretos, sejam passíveis de colidirem.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é farta neste ponto, uma vez que, em vários de seus julgados o pretório excelso enfrentou situações que revelaram aparente colisão de princípios fundamentais.

Isto é peculiar não apenas à Suprema Corte Constitucional, pois os magistrados de qualquer instância, constantemente, em sua tarefa judicante, deparam-se com contextos fáticos em que um determinado princípio constitucional disputa o mesmo espaço de outro na aplicação a um mesmo caso concreto.

Neste sentido, Barroso (2008, p. 355) pontua que “a colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético”.

Em outra obra, Barroso (2010, p. 25), por outros termos, reitera que “Constituições são documentos dialéticos e compromissórios, que consagram valores e interesses diversos, que eventualmente entram em rota de colisão”.

Das palavras do constitucionalista retro, depreende-se que o fenômeno da colisão de princípios constitucionais é algo perfeitamente previsível e inerente ao sistema normativo constitucional, pois este, como assevera o autor, é de natureza dialética.

Referida previsibilidade é mais bem compreendida quando se concebe o caráter dialético da Carta Magna, pelo fato desta abarcar interesses múltiplos, conforme preleciona Novellino (2009, p. 131):

Em sociedades democráticas e pluralistas, a Constituição é resultante de um compromisso entre setores diferenciados e, por vezes, antagônicos, sendo que o *consenso fundamental* responsável pela positivação de suas normas não impede e nem apaga “o pluralismo e antagonismo de idéias subjacentes ao pacto fundador”. Por isso, não raro, surgem *fenômenos de tensão* ou *colisões* entre normas constitucionais.(grifo do autor).

Este caráter heterogêneo do texto constitucional é também discutido por Sarmiento (2001, p. 38), nos seguintes termos:

Esta complexidade da hermenêutica constitucional se acentua nos países que, como o Brasil, adotaram constituições compromissórias. Estas, pela sua origem, acabam abrigando normas, diretrizes e valores não convergentes, já que decorrentes de cosmovisões e ideologias muito heterogêneas, o que tende a gerar eclosão de conflitos na resolução de certas controvérsias.

Em outra obra, o mesmo autor reforça:

Neste contexto, torna-se freqüente a eclosão de conflitos entre as normas da Lei Fundamental, máxime em países que, como o Brasil, adotaram constituições compromissórias. Essas são cartas nas quais o processo constituinte não se desenvolveu sob o signo do consenso, traduzindo, ao revés, a síntese dialética de concepções e ideais políticos diversificados. Assim, tais constituições acabam abrigando normas derivadas de matrizes ideológicas antagônicas, que, ao incidir sobre casos concretos, podem indicar soluções diametralmente opostas. (SARMENTO, 1999, p. 37)

Steinmetz (apud LANE, 2004, p. 4), apresenta outra justificativa para o fenômeno da colisão nos seguintes termos:

Por que há colisões? [...] os direitos colidem porque não estão dados de uma vez por todas; não se esgotam no plano de interpretação *in abstracto*. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando da sua realização ou concretização da vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizados, há colisões *in concreto*.(grifo do autor)

Semelhante posicionamento teórico é esboçado por Lima (2002, p. 11) ao afirmar:

Ademais, o simples fato de os princípios constituírem um sistema aberto, ou seja, permitirem uma compreensão fluida e plástica, já insinua (ou subentende-se) que podem existir fenômenos de tensão entre esses princípios componentes dessa dinâmica ordem sistêmica. Nos casos concretos, é muito comum o jurista deparar-se com dois princípios conflitantes. É o que costuma denominar-se de **colisão de princípios**. (grifo nosso)

Consoante a este entendimento, Novelino (2009) destaca que mesmo que seja raro, pode haver sim, colisão de princípios.

Destaque-se aqui que Novelino (*ibidem*, p. 137-138) ao abordar a temática em tela, a conceitua como sendo uma “antinomia jurídica imprópria” nos seguintes termos:

A antinomia jurídica imprópria, denominada de **colisão**, só ocorre diante de um determinado caso concreto e apenas entre princípios (**antinomia de princípios**). Na análise da solução para o caso concreto, eles permitem o balanceamento de seu peso relativo de acordo com as circunstâncias [...]. (grifo do autor)

Posicionamento semelhante é apresentado por Cademartori e Duarte (2009, p.127):

Considerados *prima facie*, os princípios são todos válidos e hierarquicamente iguais, sendo que a sua colisão somente ocorre nos casos concretos, quando um princípio limita a irradiação de efeitos do outro. (grifo do autor)

Como visto, ambos os doutrinadores citados alhures destacam que só é possível conceber uma colisão principiológica quando diante de um caso concreto, pois aí sim, vislumbra-se o referido fenômeno de maneira evidente e não no mero plano da abstração.

Para exaurir quaisquer dúvidas atinentes à possibilidade de haver ou não colisão entre princípios constitucionais, imperioso se faz repetir a pergunta feita por Sarmiento (1999, p. 38): “Os princípios constitucionais entram em conflito?”.

Nesta etapa do trabalho, a pergunta parece ter apenas força retórica, mas como se assentou anteriormente, respondê-la de modo convincente é questão de ordem.

Na tentativa de respondê-la o referido autor, assim disserta:

Uma questão que necessariamente vem à tona quando se discute a convivência entre princípios constitucionais consiste em saber se é possível, através de delimitações rígidas do conteúdo de cada princípio, evitar a eclosão de conflitos entre eles nos casos concretos. Em outras palavras, a indagação que se faz é no sentido da possibilidade de se modelar o perfil dos cânones constitucionais, fora de qualquer hipótese concreta, de tal sorte que se assegure uma coexistência absolutamente harmônica entre eles. (SARMENTO, 1999, p. 38).

Na linha intelectual esboçada pelo autor aventa-se a possibilidade de que a delimitação/demarcação do conteúdo de cada princípio impediria o fenômeno da colisão entre os mesmos.

Segundo o mesmo autor, em alguns casos a demarcação de limites do âmbito normativo dos princípios obstará a ocorrência de colisões, ao que denomina de “limites imanentes”.

Entretanto, adverte que a fixação destes limites imanentes antecede a tarefa de resolução de conflitos, pois, “só se caracterizará o conflito se a situação concreta se contiver no interior dos limites imanentes de mais de um direito fundamental” (SARMENTO, 1999, p. 39).

Para exemplificar, o teórico supra, transcreve a exemplificação de limites imanentes abordadas por José Carlos Vieira de Andrade, nos seguintes termos:

Por exemplo, poder-se-á invocar a liberdade religiosa para efectuar sacrifícios humanos ou para casar mais de uma vez? Ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de actor no palco, para pintar no meio da rua, ou para furtar o material necessário de propriedade para obra de arte? Ou invocar o direito de propriedade para não pagar impostos, ou o direito de sair do país para não cumprir o serviço militar, ou o direito de educar os filhos para os espancar violentamente? [...]

Nestes, como em muitos outros casos, não se deve falar propriamente de um conflito entre o direito invocado e outros direitos ou valores, por vezes expressos através de deveres fundamentais. É que se trata de algo a mais ou de algo a menos do que isso. É o próprio preceito constitucional que não protege essas formas de exercício do direito fundamental, é a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, exclui da respectiva esfera normativa esse tipo de situação. (SARMENTO, 1999, p. 39)

Dos exemplos dados pelo autor, depreende-se que a colisão de normas constitucionais obsta-se ao se demarcar os limites imanentes de cada norma, sendo que, muitos destes limites são dados pelo próprio texto constitucional.

Isto fica bem evidente ao responder aos questionamentos feitos acima de maneira negativa, ou seja, não se pode invocar liberdade religiosa para realização de sacrifícios humanos, nem se pode invocar o direito de propriedade para livrar-se do pagamento de impostos, tampouco também é possível usar o direito de educar os filhos para espancá-los.

Nestes casos, não se configura conflito algum entre as pretensões, pois o próprio texto supremo tem traçado os limites imanentes de algumas de suas normas.

No entanto, para o hermenêuta preestabelecer tais limites imanentes aos princípios constitucionais não é uma tarefa fácil, nem tampouco possível, conforme doutrina Sarmiento (1999, p. 39-49):

Porém, pela própria estrutura aberta e flexível dos princípios, que não possuem um campo de incidência rigidamente delimitado, torna-se por vezes muito árdua, senão impossível, a tarefa de estabelecer *a priori* as fronteiras dos seus âmbitos normativos com seus congêneres. Por isto, a acomodação das tensões entre princípios constitucionais nem sempre se exaure na tarefa de demarcação dos respectivos limites imanentes.

Deste modo, constatada a ausência de limites imanentes aos princípios constitucionais pelas suas características já esboçadas ao longo deste trabalho, exsurge para o intérprete do texto constitucional o dado concreto de que na aplicação dos princípios constitucionais aos casos concretos é veemente a possibilidade de alguns destes colidirem.

5.2. IDENTIFICANDO O CONFLITO – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Segundo lição de Cademardori (2009), a colisão de princípios só se percebe na análise de casos concretos.

Nestes termos, serão abordados neste trabalho exemplos práticos de colisão de princípios fundamentais em casos reais levados a apreciação do poder judiciário, em especial, ao Supremo Tribunal Federal, máxima corte constitucional.

Antes de apresentá-los é imperioso pontuar que as colisões podem ocorrer de diversos modos, conforme ensina Barroso (2010, p. 25):

Essas colisões podem se dar, em primeiro lugar, entre princípios ou interesses constitucionalmente protegidos. É o caso, por exemplo, da tensão entre desenvolvimento nacional e proteção do meio-ambiente ou entre livre-iniciativa e repressão ao abuso do poder econômico. Também é possível a colisão entre direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e o direito de privacidade, ou entre a liberdade de reunião e o direito de ir e vi (no caso, imagine-se, de uma passeata que bloqueia integralmente uma via de trânsito essencial). Por fim, é possível cogitar de colisão de direitos fundamentais com certos princípios ou interesses constitucionalmente protegidos, como o caso da liberdade individual, de um lado, e a segurança pública e a persecução penal, de outro.

Isto posto, passa-se a análise jurisprudencial.

Poderiam ser apresentados aqui uma quantidade significativa de ementas de julgados em que o poder judiciário deparou-se com a colisão de princípios constitucionais, mas, como não é possível exaurir toda a análise da jurisprudência pátria neste trabalho, e, nem tampouco é esta a pretensão, serão apresentados a seguir alguns julgados do Supremo Tribunal Federal.

O fato de ser apresentada apenas a jurisprudência do pretório excelso não significa dizer que só o referido tribunal depara-se com a colisão de princípios constitucionais, pois, pelo contrário, os magistrados de piso, os desembargadores dos tribunais de justiça dos estados, bem como os ministros dos tribunais superiores enfrentam em sua tarefa judicante esta problemática.

Escolhe-se aqui apenas a corte constitucional máxima, por ser ela a responsável pela guarda de nossa constituição e possuir legitimidade e competência

dadas pelo legislador constituinte para dar a palavra final em questões afetas à jurisdição constitucional.

Em recente Decisão no processo de nº AI 591325 RJ (agravo de instrumento), o Excelentíssimo Senhor Ministro Dias Toffoli assim decidiu:

Vistos.

TV Globo Ltda e outros interpõem agravo de instrumento contra o despacho que não admitiu o recurso extraordinário que interpuseram, assentado em contrariedade a diversos incisos do artigo 5º, da Constituição Federal.

Insurgem-se, no apelo extremo, contra acórdão da Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que lhes impôs o dever de abster-se de veicular conversas gravadas por meio de interceptação telefônica.

Discute-se, nestes autos, a eventual licitude da divulgação do teor dessas gravações, em razão da alegadamente **“complexa colisão entre os princípios constitucionais da liberdade de expressão dos meios de comunicação, inviolabilidade das comunicações em geral e inviolabilidade da intimidade”**.

Decido.

A matéria aqui em discussão ainda não foi objeto de uma mais detida análise por esta Suprema Corte, sendo certo que não foi especificamente abordada quando do julgamento da ADPF nº 130/DF (que tinha por objeto a Lei de Imprensa), sendo, pois, recomendável a tomada de um posicionamento sobre o tema, depois de uma mais detida análise sobre os diversos aspectos a ele relacionados, em razão da relevância das questões em disputa neste processo.

Para tanto, dou provimento ao agravo de instrumento, para determinar a subida, a esta Suprema Corte, do recurso extraordinário obstado na origem. [...] (BRASIL, 2011, s.p., grifo nosso)

No caso em tela a Tv Globo Ltda interpôs agravo de instrumento contra despacho que inadmitiu recurso extraordinário por ela interposto contra acórdão da Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que lhe havia determinado se abster de veicular conversas gravadas por meio de interceptação telefônica do Sr. Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira e outros.

Referido agravo, como posto na decisão supra, foi provido com a determinação de que subisse à corte constitucional o recurso extraordinário obstado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sob o fundamento de que a análise da colisão entre os princípios constitucionais da liberdade de expressão dos meios de comunicação, inviolabilidade das comunicações em geral e inviolabilidade da intimidade deveriam ser melhor apreciados pelo pretório excelso.

Tais princípios estão estatuídos na Carta Magna nos artigos a seguir transcritos:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 2011, p. 3)

Até o momento da produção deste trabalho, o Supremo Tribunal Federal ainda não julgou o recurso extraordinário em questão.

Em outro julgado depreende-se a colisão entre princípios constitucionais no julgamento da concessão de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº. 3540 MC / DF, conforme ementário abaixo transcrito:

E M E N T A: MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA -

CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. **A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE.** - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se e tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulada, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O ART. 4º DO CÓDIGO FLORESTAL E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.166-67/2001: UM AVANÇO EXPRESSIVO NA TUTELA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4o do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias

sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). (BRASIL, 2005, s.p., grifo nosso)

Neste caso, na análise do mérito da questão o Supremo Tribunal Federal deparou-se com a colisão de dois princípios constitucionais, quais sejam, o princípio da garantia do desenvolvimento nacional pela exploração da atividade econômica, insculpido no artigo 3º, inciso I, do Texto Supremo e o princípio da defesa do meio ambiente preceituado no artigo 170, inciso VI, também do texto constitucional, ambos abaixo transcritos:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

II – garantir o desenvolvimento nacional;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (BRASIL, 2011, p. 1, 102)

Inúmeros outros julgados poderiam ser aqui apresentados, mas, como dito antes, não é pretensão deste trabalho exaurir a análise de todos os julgados onde se discutiu colisão de princípios fundamentais.

Entretanto, é imprescindível a apresentação de um caso emblemático que marcou a jurisprudência nacional no que atine a colisão de princípios constitucionais, o caso de Siegfried Ellwanger que chegou até a corte constitucional através de Habeas Corpus ali julgado, com a seguinte ementa:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA

CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).

2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa.

3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.

6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo.

7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.

8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.

9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontrovertidos como o

holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. (BRASIL, 2004, s.p.)

Para entender o ementário do presente *writ* é imprescindível rememorar como este chegou até o Supremo Tribunal Federal.

O caso tornou-se bastante conhecido no país pelo fato de Siegfried Ellwanger publicar livros com conteúdo antissemita.

Em primeira instância o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul denunciou o autor das publicações pelo crime de racismo previsto no artigo 20 da Lei nº. 8801/90.

Em um primeiro momento tal denúncia foi rejeitada e julgada improcedente, tendo como argumento o exercício da liberdade de expressão.

Descontente, o *parquet* recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ocasião em que teve seu recurso provido e Ellwanger foi condenado à pena de reclusão de dois anos e a destruição de seu material apreendido.

Posteriormente, Ellwanger impetrou *habeas corpus* no Supremo Tribunal de Justiça, sendo a ordem denegada por acórdão da Quinta Turma daquele tribunal.

Após isso, foi que o autor impetrou *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, obtendo por resultado novamente a denegação da ordem, conforme ementa já apresentada.

Para decidir a concessão ou denegação da ordem no referido *writ* o pretório excelso deparou-se com fenômeno da tensão entre dois princípios constitucionalmente protegidos, quais sejam, a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana do povo judeu, ambos elencados no texto constitucional nos artigos 5º, IX e 1º, III, abaixo transcritos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 2011, p. 1, 5)

Para denegação da ordem o pretório excelso optou por limitar a liberdade de expressão de Ellwangell em detrimento da dignidade da pessoa humana da população judaica, atingida pelas publicações do autor.

Como visto o fenômeno de tensão principiológica é constante na jurisprudência pátria, Bonavides (2007), para explicá-lo, usa como fundamentação teórica os ensinamentos de Robert Alexy, estabelecendo um paralelo entre colisão de regras e colisão de princípios, conforme se transcreve:

Mas onde a distinção entre regras e princípios desponta com mais nitidez, no dizer de Alexy, é ao redor da colisão de princípios e do conflito de regras. Comum as colisões e conflitos é que duas normas, cada qual aplicada de per si, conduzem a resultados entre si incompatíveis, a saber, a dois juízos concretos e contraditórios de dever-ser jurídico. [...] “Um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula (*ungültig*)”. Juridicamente, segundo ele, uma norma vale ou não vale, e quando vale, e é aplicável a um caso, isto significa que suas conseqüências jurídicas também valem.

Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um

princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza. (BONAVIDES, *ibidem*, p. 279)

Digno de nota é pontuar que a colisão entre princípios acontece apenas num plano de valoração do hermeneuta e não no plano da validade, conforme destaca Cademardori e Duarte (*idem*, p. 127):

No caso do conflito entre princípios (ou colisão entre princípios, nos termos de Aléxy), diversamente das regras, este se dá no plano do seu “peso” valorativo que entre eles deverá ser ponderado e não no plano da validade, como no caso do conflito entre regras.

Sarmiento (2001, p. 40) assim reforça:

Segundo o doutrinador germânico, o conflito entre princípios não se desenrola no campo da validade, mas sim na dimensão do peso. Não há hierarquia *a priori* entre os princípios, pois a prevalência de cada um deles na solução do problema jurídico enfrentado dependerá das circunstâncias específicas do caso concreto.

Isto também é destacado por Novelino (*ibidem*, p. 137, grifo do autor), ao esboçar que o conflito em testilha ocorre “na **dimensão da importância (peso ou valor)**. Nesta não se avalia a pertinência de uma das normas ao ordenamento (que é pressuposta), mas sim qual das normas deverá prevalecer na solução do caso concreto”.

No entanto, nos dizeres de Freitas (2010, p. 8), “[...] os princípios, abstratamente, não se encontram em colisão, mas tão-somente em estado de tensão.”

A par do exposto, Ávila (2005, p.24) adverte que:

Os princípios, enquanto normas que estabelecem ideais a serem atingidos, não entram em conflito direto. Abstratamente, apenas se entrelaçam. Nesse

ponto, é correto afirmar que as regras diferenciam-se dos princípios. Enquanto uma *incompatibilidade lógica total* entre regras pode ser concebida analiticamente e em abstrato, sem a análise das particularidades do caso concreto, uma incompatibilidade abstrata total entre princípios é inconcebível.

Nesse sentido, o critério do *conflito normativo* é importante, mas com temperamentos. É que não se pode categoricamente afirmar que os princípios só entram em conflito no plano concreto; e as regras, no plano abstrato.

Nestes termos, para o autor supra, o conflito entre princípios deve ser concebido com moderação, pois diferentemente do conflito entre regras, não há uma incompatibilidade lógica entre os mesmos e jamais entram em conflito direto.

Razão assiste ao autor, pois conforme se demonstrará a seguir, a colisão é apenas aparente, passível, pois, de superação.

CAPÍTULO V

5.0 SUPERANDO AS COLISÕES

5.1 A PROBLEMÁTICA NOS DOMÍNIOS DA HERMENÊUTICA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

Partindo do pressuposto de que o fenômeno da colisão de princípios constitucionais é algo real e auferível pelos operadores do direito, abre-se margem para o questionamento chave do presente trabalho: como superar tais colisões?

Para responder a esta assertiva é imprescindível apontar os postulados básicos de interpretação constitucional, e estes devem ser observados à luz da hermenêutica jurídica, definida por Barroso (2008, p. 103) como sendo “um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito”.

Mister salientar que o Neoconstitucionalismo trouxe nova roupagem à hermenêutica constitucional, conforme salienta Cademartori e Duarte (2009, p. 2):

Com efeito, a hermenêutica pós-positivista, dentre outros aportes, reabre o discurso jurídico para o universo dos valores ético-políticos. Essa abertura cognitiva teve sérios desdobramentos, dentre os quais o mais significativo passou a ser o neoconstitucionalismo, embora este fenômeno abarque, hoje, uma pluralidade de manifestações, não somente jurídicas, como também políticas e ideológicas.

Nestes termos, observa-se que a moderna hermenêutica constitucional está intrinsecamente ligada às contribuições do movimento neoconstitucionalista, que como abordado em outro momento, reconheceu a força normativa dos princípios.

Este novo paradigma de hermenêutica constitucional é também denominado de nova hermenêutica, conforme ensinamentos do mesmo autor:

Em realidade a expressão “nova hermenêutica” foi introduzida na doutrina constitucional brasileira por Paulo Bonavides, para designar as correntes interpretativas que, a partir da jurisprudência dos problemas, inaugurada pela tópica de Viehwg, passaram a enfocar o fenômeno jurídico, não mais sob o prisma do modelo hipotético-dedutivo de Kelsen, baseado na subsunção dos fatos à norma, sob uma forte ênfase semântica (velha hermenêutica), e sim na reconstrução contextual do sentido na norma, a partir do caso concreto a ser decidido, ou seja, sob uma dimensão pragmática. (CADEMARTORI e DUARTE, 2009, p. 19)

As expressões velha e nova como ora apresentadas revelam modelos típicos de interpretação das normas constitucionais, sendo que, para a velha hermenêutica não se concebia a problemática da colisão de princípios constitucionais, pois, se nem sequer atribuía-se força normativa aos mesmos, o fato destes em algum momento colidirem, pouco importava, a aplicação das normas era feita simplesmente por meio da subsunção, o mero encaixe dos fatos à norma.

Hoje, superado este modelo interpretativo, a nova hermenêutica constitucional depara-se com inúmeros problemas de aplicação das normas constitucionais aos casos concretos, incluindo-se aí os princípios constitucionais, que, como assentado em outro momento, possui força normativa.

No entanto, Barroso (2003, p. 286) pondera:

A idéia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o subsuntivo, fundado na aplicação de regras – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente.

Como visto, os instrumentos de interpretação da velha hermenêutica não deixam de ser considerados, mas, mostram-se insuficientes em determinadas situações apesar de sua relevância.

5.1.1 Princípios de interpretação constitucional como cânones hermenêuticos nos conflitos principiológicos

Como pontua Barroso (2008, p. 151), os princípios constitucionais são condicionantes da atividade de interpretação constitucional, nos seguintes termos: “o ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins”.

Segundo ensinamento retro, na existência de colisão principiológica o intérprete deve ter em mente que o exercício hermenêutico-interpretativo a ser desenvolvido não deve fugir aos princípios constitucionais.

Neste passo, Barroso (*ibidem*) aponta quais são os princípios indispensáveis à atividade interpretativa do texto constitucional, quais sejam: a supremacia da Constituição, a presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, da interpretação conforme a Constituição, da unidade da Constituição, da razoabilidade (proporcionalidade) e da efetividade.

Mendes (2010), por sua vez, elenca como princípios de interpretação constitucional, os citados por Barroso e outros acrescenta, quais sejam: princípio da unidade da Constituição, princípio da concordância prática ou da harmonização, princípio da correção funcional, princípio da eficácia integradora, princípio da força normativa Constituição, princípio da máxima efetividade, princípio da interpretação conforme a Constituição e o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade.

Mister tecer considerações a cada um destes, pois o uso dos mesmos faz-se indispensável diante da colisão de princípios constitucionais.

Segundo o princípio da unidade da constituição, as normas constitucionais devem ser concebidas como preceitos que se integram entre si e não como elementos isolados.

Conforme doutrina Mendes (2010, p. 174):

Aceito e posto em prática esse princípio, o jurista pode bloquear o próprio surgimento de eventuais conflitos entre preceitos da Constituição, ao mesmo tempo que se habilita a desqualificar, como contradições meramente aparentes, aquelas situações em que duas ou mais normas constitucionais – com hipóteses de incidência à primeira vista idênticas, e

que só a interpretação racionais evidenciará serem diferentes – “pretendam” regular a mesma situação de fato.

Ainda segundo o doutrinador retro, o referido princípio hermenêutico dá suporte a maioria dos cânones de interpretação constitucional.

Nesta mesma linha intelectual, pontua Sarmiento (1999, p. 37):

O princípio da unidade da Constituição, encarecido pela Corte Suprema alemã como o cânone mais importante da hermenêutica constitucional, impõe ao intérprete a tarefa, nem sempre trivial, de buscar a harmonia entre os ditames da Lei Maior, solucionando situações de tensão que tendem a se deflagrar em seu seio.

O princípio da concordância prática ou da harmonização é intrinsecamente ligado ao princípio da unidade da constituição e relaciona-se com a ideia de que sempre que o intérprete do texto constitucional deparar-se com situações onde aparentemente haja concorrência entre valores constitucionais, deve buscar ao máximo a realização de todos estes sem negar totalmente a eficácia de nenhum deles.

Mendes (2009, p.175) assevera que tal princípio “é um vetor hermenêutico de grande alcance e dos mais utilizados nas cortes constitucionais, inclusive em nosso STF, como atestam os repertórios de jurisprudência e as obras dos especialistas”.

O princípio da eficácia integradora norteia que o intérprete sempre que deparar-se com problemas jurídico-constitucionalistas as soluções devem ser conduzidas no sentido de favorecer a integração nacional e a unidade política.

O princípio da força normativa da Constituição nada mais é que uma ordem dada ao hermeneuta de que em quaisquer interpretações que se faça busque-se reconhecer a maior eficácia possível das normas constitucionais.

O princípio da máxima efetividade está diretamente ligado ao princípio anterior, razão pela qual Mendes (*ibidem*) diz ser este um subprincípio daquele, pois apontam para o intérprete a mesma direção hermenêutica.

O princípio da interpretação conforme a Constituição determina que a toda legislação infraconstitucional seja dada uma interpretação que se coadune aos ditames constitucionais.

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade será abordado posteriormente, quando da análise da estrutura da técnica da ponderação.

Deste modo, tais princípios de hermenêutica constitucional são norteadores do operador direito quando diante das colisões de princípios constitucionais.

No entanto, como destaca Novelino (2009, p. 138), “as regras tradicionais de hermenêutica têm se revelado insuficientes para a solução de colisões entre princípios, cuja superação impõe restrições e sacrifícios a um ou a ambos os lados”.

Em face desta advertência, qual alternativa sobreria ao intérprete do texto constitucional, quando deparar-se com contextos fáticos que revelam nítida colisão de princípios constitucionais?

Novelino (*ibidem*) e Sarmiento (1999) elencam critérios tradicionais de solução dos conflitos, quais sejam, o hierárquico, o cronológico e o da especialidade.

O critério hierárquico impõe que sempre diante de um conflito de normas deve prevalecer a norma superior, é o chamado “*lex superior derogat inferiori*”.

O critério cronológico aponta no sentido de que no caso de duas normas serem inconciliáveis, prevalecerá sempre a norma posterior em detrimento da anterior, o chamado “*lex posterior derogat priori*”.

O critério da especialidade direciona o intérprete quando diante da colisão de normas a privilegiar a norma de natureza especial em detrimento da geral, o chamado “*lex generalis non derogat specialis*”.

O uso destes critérios garantem sucesso quando diante da colisão entre normas-regras, mas não são capazes de dissipar um conflito entre normas-princípios do texto constitucional, visto que, em normas de tal natureza, não se identifica a *priori*, lei superior, anterior ou especial.

Por isso, Sarmiento (1999, p. 40) questiona “se tais critérios clássicos dão conta da resolução das colisões entre princípios constitucionais, ou se, ao contrário, a tensão entre tais cânones desafia o uso de uma técnica mais aberta e flexível”.

Na tentativa de responder a tal questionamento, o autor retro tece considerações acerca de cada um dos critérios clássicos no que atine à colisão entre princípios fundamentais da Carta Magna.

Quanto ao critério cronológico, disserta que o mesmo “não se presta à solução das tensões constitucionais”, ao que justifica com a afirmação de que “as normas da Constituição são editadas em um único momento, com a promulgação da Lei Maior” (SARMENTO, 1999, p.41).

Ponderando que, a exceção a tal assertiva seriam as emendas constitucionais editadas após o advento da Constituição.

O critério da especialidade, segundo o mesmo doutrinador, também é de infrutífera aplicabilidade, vez que, só serve quando utilizado entre normas antagônicas que tenham uma relação entre si de geral – especial, o que não se identifica nas normas de natureza constitucional.

Também não terá aplicabilidade no conflito entre princípios constitucionais o critério hierárquico, visto que, os mesmos estão em um mesmo patamar hierárquico.

Para elucidar esta assertiva, Barroso (apud SARMENTO, 1999, p.43) disserta que “[...] em direito, hierarquia traduz a idéia de que uma norma colhe o seu fundamento de validade em outra que lhe é superior. Não é isso que se passa entre normas promulgadas originariamente com a Constituição”.

Como visto, os critérios acima apresentados, segundo ensinamento de Sarmento (1999, p. 49):

[...] são de reduzida serventia para a solução das tensões entre princípios constitucionais. Tais questões desafiam o uso de método mais dinâmico e flexível, que possa dar conta das infinitas variáveis fáticas que ditos confrontos podem ostentar.

Este método mais dinâmico e flexível a que o autor retro faz referência é chamada técnica da ponderação, abordada a seguir.

5.2 TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

5.2.1 Noções gerais

A técnica da ponderação tem despontado na doutrina e na jurisprudência como instrumento a ser utilizado pelo hermeneuta quando deparar-se com o fenômeno da tensão entre princípios constitucionais.

Sarmiento (2001, p. 40) apresenta a seguinte definição para a referida técnica:

Verificada a colisão, devem ser impostas restrições recíprocas aos bens jurídicos protegidos por cada princípio, de modo que cada um só sofra as limitações indispensáveis à salvaguarda do outro. A compreensão a cada bem jurídico deve ser inversamente proporcional ao peso específico atribuído ao princípio que o tutela, e diretamente proporcional ao peso conferido ao princípio oposto.

A par desta definição, Olsen (2011, p. 74) pontua:

Nestas condições, ela [a técnica da ponderação] está relacionada ao princípio de hermenêutica constitucional da “concordância prática”, segundo o qual os bens jurídicos que entram em conflito são submetidos a uma análise de coordenação e combinação, ou, então, são colocados em concorrência a fim de evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros.

Como visto, o desafio do intérprete das normas constitucionais por ventura colidentes será fazer uma análise de coordenação e combinação dos princípios conflitantes, atribuindo-lhes pesos valorativos e evitando o sacrifício total de um em detrimento do outro, tudo em estrita obediência ao princípio hermenêutico da concordância prática.

Canotilho (apud OLSEN, idem, p. 75), tece a seguinte consideração acerca da ponderação:

Aqui, o **balancing process** vai recortar-se em termos autônomos para dar relevo à idéia de que no momento da ponderação está em causa não tanto atribuir um **significado normativo** ao texto da norma, mas sim equilibrar e ordenar bens conflitantes (ou, pelo menos, em relação de tensão) num determinado caso. Neste sentido, o balanceamento de bens situa-se a jusante da interpretação. A atividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens. (grifo do autor)

Das considerações de Canotilho, depreende-se que o caráter hermenêutico da ponderação é apenas uma de suas facetas, seu principal objetivo é a solução de conflitos normativos.

Novelino (2009) também pontua que quando o caso concreto revelar a dita colisão, permite-se o balanceamento dos princípios conflitantes conforme seu peso relativo e de acordo com as circunstâncias, podendo ser, como ensina Canotilho (apud NOVELINO, *ibidem*, p. 138), “objeto de ponderação e concordância prática”,

Visando contrastar a técnica da ponderação com outros métodos clássicos Barroso (2008, p. 357-358) assevera que:

[...] é pacífico que casos como esses [falando da colisão de normas constitucionais] não são resolvidos por uma subsunção simples. Será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexo, que seja capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos. De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objetivo daquilo que se convencionou denominar *técnica da ponderação*.

A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ponderativa ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas. A importância que o tema ganhou no dia-a-dia da atividade jurisdicional, entretanto, tem levado a doutrina a estudá-lo mais cuidadosamente. (grifo do autor)

Assim sendo, conforme citação retro, a ponderação sobra como alternativa a casos em que a subsunção se mostrou insuficiente na resolução do conflito.

Aqui, o constitucionalista usa a metáfora de um quadro pintado para explicar a técnica em comento, pontuando que da mesma maneira em que numa tela de pintura vislumbram-se várias cores com predominância de algumas sobre outras e o espectador consegue identificar de maneira individualizada cada uma delas, assim também, na colisão principiológica submetida à ponderação de bens, o hermenauta também notará a aplicação dos princípios colidentes no caso concreto, ora com

predominância de uns sobre outros, mas sempre, enxergando-os de forma individualizada, ou seja, sem exclusão de nenhum deles.

Nesta mesma linha de raciocínio, Vieira (2008, p. 89) sustenta que:

Para Robert Alexy (1993), a resposta a essa indagação reside na chamada lei de colisão, que se define como a **ponderação**, uma vez que ocorrendo colisão de princípios, ou seja, quando algo é vedado por um princípio, mas autorizado por outro, não é possível dizer *a priori* qual deles deve ceder. Só uma análise do caso concreto poderá apontar o princípio preponderante. (grifo nosso)

Como visto, só pela análise do caso concreto é possível balancear os princípios conflitantes.

Neste passo, Barroso (2008, p. 355) considera que:

À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*. (grifo do autor)

Deste modo, as escolhas do intérprete devem ser fundamentadas. Isto é importante para se evitar o que Novelino (2009, p.139) chama de subjetivismo, casuísmo e decisionismo do magistrado, o que conduziria a situações de insegurança jurídica.

Por isso ele adverte que “definir parâmetros claros, objetivos e racionais a serem utilizados na ponderação é um dos grandes desafios a ser enfrentado pela doutrina em relação ao tema”.

Mas, antes do intérprete lançar mão da técnica da ponderação, Sarmiento (apud BASTOS, 2007, p. 14) assim adverte:

a ponderação de interesses só se torna necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelo menos dois princípios constitucionais incidentes sobre um caso concreto. Assim, a primeira tarefa que se impõe

ao intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de proceder à interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los.

Nesta tarefa inicial de verificar se de fato há ou não colisão principiológica real, o intérprete estará fazendo uso, segundo Bastos (*ibidem*), do princípio da unidade da Constituição, o que o leva a considerar o texto constitucional como um todo harmônico em que se devem evitar ao máximo quaisquer hipóteses de colisão e sim buscar harmonizá-las.

Pode ocorrer que, ao realizar este exercício inicial, conforme comenta Sarmiento (apud BASTOS, *ibidem*, p. 15), “em muitos casos, o trabalho do intérprete se estancará nesta fase, diante da constatação de que não se está diante de uma verdadeira tensão principiológica”.

No entanto, se o intérprete ao fazer uso do princípio da unidade da constituição com fito de harmonizar a colisão existente, a mesma vier a persistir, deve-se lançar mão da ponderação.

Sabe-se que no conflito de norma-regra a subsunção dissipa a colisão, uma vez que, no conflito de regras vige a regra do “tudo ou nada” onde uma pode ser afastada para que outra seja aplicada.

Mas, conforme doutrina Cademartori e Duarte (2009, p. 128):

[...] Dworkin reconhece que, ao contrário das regras que jogam um papel do “tudo ou nada” (*and all or nothing*), os princípios apresentam razões não condicionais, do tipo se [...], então [...], comuns nas regras para determinadas condutas, podendo ser determinantes para o processo de decisão judicial quando sua força argumentativa for maior para o caso.

Nesta mesma linha intelectual pontua Ávila (2005, p.6):

As regras não precisam nem podem ser objeto de ponderação; os princípios precisam e devem ser ponderados. As regras instituem deveres definitivos, independentes das possibilidades fáticas e normativas; os princípios instituem deveres preliminares, dependentes das possibilidades fáticas e normativas. Quando duas regras colidem, uma das duas é inválida, ou deve ser aberta uma exceção a uma delas para superar o conflito. Quando dois

princípios colidem, os dois ultrapassam o conflito mantendo sua validade, devendo o aplicador decidir qual deles possui maior peso.

Isto não é possível de ser utilizado na colisão de princípios constitucionais, pois estes estão num mesmo nível hierárquico e, à luz do princípio da unidade da Constituição, devem ser harmonizados.

Nesta mesma linha intelectual, pontua Costa (2007, p. 1-2):

[...] a ponderação de interesses que consiste no método utilizado para a solução desses conflitos constitucionais. Tal método tem por primaz característica a preocupação com a análise do caso concreto em que eclodiu o conflito, sendo que as variáveis fáticas constantes no problema enfrentado são deveras importantes para a atribuição do “peso” específico a cada princípio em confronto, sendo, por consequência, essenciais à definição do resultado da ponderação.

[..]

Nesta fase, o operador do direito constata que determinado caso é tutelado por dois princípios constitucionais que apontam para soluções divergentes. Aqui, o exegeta deve impor compressões recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios em disputa, com o escopo de lograr um ponto satisfatório, onde a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro.

5.2.2 Aplicabilidade e estrutura

O passo inicial do exegeta antes de lançar mão da técnica da ponderação é identificar se realmente está diante de uma colisão principiológica, conforme ensina Sarmiento (1999, p. 56):

Ao realizar a ponderação, deve o aplicador do Direito, em um primeiro momento, verificar se o caso concreto está efetivamente compreendido na esfera de proteção de mais de um princípio, o que pode ser feito através da interpretação dos cânones em jogo. Caso constante que a hipótese realmente é tutelada por mais de um princípio, passa-se a fase ulterior, da ponderação propriamente dita [...].

Nestes termos, só após aferição inequívoca do conflito é que se ensejará o uso da ponderação.

Novelino (2009) e Barroso (2008) usam os mesmos critérios para definir a estrutura da técnica da ponderação, ambos os autores preceituam que o procedimento em tela estrutura-se em três etapas a serem seguidas pelo intérprete, quais sejam: a) identificação das normas e seu agrupamento conforme a direção para a qual apontam; b) identificar as circunstâncias do caso concreto e suas repercussões; c) atribuir peso relativo aos elementos e estabelecer a intensidade da preferência.

Mister trazer a baila em transcrição literal como Barroso (2008, p. 358-359) enumera estas três etapas estruturais da ponderação, nos seguintes termos:

Na *primeira* etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Como se viu, a existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção – é o ambiente próprio de trabalho da ponderação. [...] ainda neste estágio, os diversos fundamentos normativos – isto é: as diversas premissas maiores pertinentes – são agrupados em função da solução que estejam sugerindo. Ou seja: aquelas que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. O propósito deste agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo.

Na *segunda* etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Relembre-se, na linha do que já foi exposto anteriormente, a importância assumida pelos fatos e pelas conseqüências práticas da incidência da norma na moderna interpretação constitucional. [...] Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.

Até aqui, na verdade, nada foi solucionado e nem sequer há maior novidade. Identificação das normas aplicáveis e compreensão dos fatos relevantes fazem parte de todo e qualquer processo interpretativo, sejam os casos fáceis ou difíceis. É na *terceira* etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. Relembre-se, como já assentado, que os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade. Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve ponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada.

Além destas três fases, tão bem esclarecidas pelo autor que torna dispensável quaisquer comentários adicionais, Alexy (apud NOVELINO, 2009) pontua que a terceira etapa – a ponderação propriamente dita, desenvolve-se em três planos, quais sejam: a) definição da intensidade da intervenção; b) análise da importância dos fundamentos justificados da intervenção; e, c) realização da ponderação em sentido estrito.

Este mesmo percurso intelectual é apontado por Olsen (2011, p. 76):

[...] a ponderação é um método que passa por três fases distintas: a primeira, em que se avalia a intensidade da intervenção de um princípio no âmbito normativo do outro princípio; a segunda, em que é analisada a importância das razões que justificam essa intervenção; e a terceira, na qual se dá propriamente a ponderação em sentido estrito.

De outro modo, Ávila (*ibidem*) pontua que a técnica da ponderação ocupa na classificação das normas jurídicas o papel de postulado normativo (classificação já apontada em outro momento) e tem em sua estrutura de desenvolvimento três etapas, quais sejam: preparação da ponderação, realização da ponderação e reconstrução da ponderação.

Na primeira etapa – preparação da ponderação, deve o exegeta enumerar todos os argumentos e analisá-los da maneira mais exaustiva possível, a fim de antever todas as hipóteses que se originarão da decisão a ser tomada.

Na segunda etapa – realização da ponderação, passa o intérprete a fundamentar a relação que se estabelece entre os princípios objeto de sopesamento, devendo indicar a relação de primazia entre um e outro princípio conflitante.

Na terceira etapa – reconstrução da ponderação, acontece por meio da formulação de regras de relação entre os valores conflitantes, com fito de estender a validade desta relação estabelecida para além do caso analisado.

Uma outra estrutura de aplicabilidade da técnica da ponderação é apontada por Cademardori e Duarte (2009, p. 127), nos seguintes termos:

Quando se depara com a colisão de princípios, o interprete deverá valer-se de um critério hermenêutico de ponderação dos valores jusfundamentais que Aléxy denomina de “máxima da proporcionalidade”, a qual é composta de três máximas parciais: **adequação**, que, ao estabelecer a relação entre o meio empregado o fim atingido, mede seus efeitos a partir de hipóteses comprovadas ou altamente prováveis; **necessidade**, que estabelece que a medida empregada (vale dizer, a norma) deve considerar, sempre, o meio mais benéfico ao destinatário, e **proporcionalidade em sentido estrito** que é a ponderação com base nos valores jusfundamentais propriamente ditos, os quais, na jurisprudência da Suprema Corte da Alemanha, encontram na noção de dignidade da pessoa humana uma espécie de meta-valor a orientar a interpretação dos demais direitos fundamentais.

Isso tudo resulta em que as máximas de adequação e de necessidade consideram as possibilidades fáticas advindas do caso concreto, enquanto a máxima da proporcionalidade em sentido estrito considera as possibilidades jurídicas. A relação de ponderação atribui, a cada princípio, um peso, por serem eles, com se salientou, exigências de otimização, diferentemente das regras que são rígidas na sua aplicação a um caso concreto, de forma integral, dentro do código binário válido/inválido; tudo ou nada, fazendo-se valer, quando cabíveis, em caráter definitivo.

Como pontuado por Aléxy a técnica da ponderação em sua aplicabilidade relaciona-se diretamente com a máxima da proporcionalidade, denominado pela maioria da doutrina como princípio da proporcionalidade.

Destaque-se que, como abordado em outro momento, Ávila (2005) tem uma visão peculiar em relação à proporcionalidade, conceituando-a não como um princípio, mas sim como um postulado normativo.

Em que pese tais divergências, Sarmiento (1999, p. 57) destaca que “na ponderação de bens, assume importância ímpar o princípio da proporcionalidade, sob a égide do qual devem ser efetivadas todas as restrições recíprocas entre os princípios constitucionais”.

No mesmo sentido, Filho (apud FREITAS, 2010, p. 11):

Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representando pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso de um ‘princípio dos princípios’, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma ‘solução de compromisso’, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com respeito, isto é, ferindo-lhe seu ‘núcleo essencial’.

Como posto, ao fazer uso do princípio da proporcionalidade o intérprete usa uma espécie de “solução de compromisso”, que consiste em adotar uma postura conciliatória entre os princípios colidentes, restringindo o mínimo possível a aplicabilidade de algum deles.

Diante da colisão entre princípios constitucionais somente depois da realização do processo de ponderação é que o intérprete elegerá o princípio considerado prevalente no caso concreto. (CADEMARTORI e DUARTE, 2009).

Seja qual for a escolha do princípio prevalente no caso submetido à apreciação do magistrado é imprescindível que qualquer escolha seja fundamentada.

A necessidade da fundamentação é destacada por Piero Calamandrei (apud COSTA, 2007, p. 8):

A fundamentação da sentença é sem dúvida uma garantia de justiça, quando consegue reproduzir exactamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois, se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou.

É na fundamentação de suas decisões que, como pontuado pelo autor supra, será possível perquirir o caminho lógico trilhado pelo magistrado conhecendo aí quais dos princípios colidentes nortearam sua escolha, bem como também reside aí a possibilidade de encontrar falhas na linha argumentativa do aplicador na norma.

O que implica diretamente na necessidade de argumentações contundentes quando no uso da técnica da ponderação, consoante ensinamento de Olsen (2011, p. 76-77):

A aplicação do método da ponderação vai sempre estar relacionada à necessidade de argumentação racional pelo intérprete, a qual levará ao enunciado de preferência de um determinado princípio sobre o outro. Para tanto, são aceitáveis todos os argumentos jurídicos, o que permite trazer para a decisão jurídica os pormenores do caso concreto, os bens jurídicos em conflito, bem como averiguar o conteúdo de todas as normas jurídicas envolvidas. Todos eles podem determinar a fundamentação da ponderação.

Novelino (*ibidem*) destaca que a necessidade de sistematizar parâmetros para o controle da argumentação, citando os ensinamentos de Barroso e Barcellos, o autor apresenta três, sendo eles os seguintes: a) apresentação dos fundamentos normativos; b) universalização dos critérios adotados pela decisão; e, c) o controle da argumentação.

O primeiro parâmetro, a apresentação dos fundamentos normativos, determina que o hermenauta apresente todos os fundamentos normativos, expressos ou implícitos, que sustentem a sua argumentação.

O segundo, a universalização dos critérios, determina ao intérprete que use os critérios adotados em determinada decisão também em outros casos semelhantes, com fito de generalizá-los.

O último, o controle da argumentação, abrange a aplicabilidade de dois conjuntos de princípios no caso concreto, os princípios específicos de interpretação constitucional juntamente com os princípios materiais propriamente ditos.

6.3 A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO SOB UMA ABORDAGEM CRÍTICA

A vista do que fora exposto até aqui, depreende-se que a técnica da ponderação é um instrumento a serviço da hermenêutica constitucional neoconstitucionalista cujo escopo é a superação da colisão de princípios constitucionais nos casos concretos que são levados a apreciação do poder judiciário.

No entanto, referida técnica não passa ilesa pelas críticas doutrinárias.

Nestes termos, Sarmiento (1999, p. 67) destaca que “em que pese sua franca aceitação pela doutrina e jurisprudência estrangeiras, a teoria da ponderação de bens não está isenta de críticas”.

Serão apresentadas a seguir as principais críticas apontadas pela doutrina em relação à referida técnica, bem como as vozes doutrinárias que as refutam.

A primeira crítica apontada pelos doutrinadores é a de que a ponderação causa uma espécie de esvaziamento aos direitos fundamentais, uma vez que, os relativiza quando os submete à reserva de ponderação. Tal crítica é sustentada pelos alemães Lerch e Richard Thoma. (SARMENTO, *ibidem*).

Para esta argumentação, quando os direitos fundamentais são submetidos à ponderação valorativa, no momento da escolha de qual princípio conflitante vai prevalecer ocorreria a relativização de algum deles, o que, por via reflexa, conduziria ao esvaziamento de tais direitos.

A segunda crítica aduz que o método da ponderação é inconsistente “pois traduz procedimento formal, não fornecendo pautas materiais vinculantes para a solução dos casos concretos, de modo que diversas pessoas podem chegar a diferentes resultados de peso e grau de afetação de um princípio” (OLSEN, 2011, p. 77).

Conforme esta segunda argumentação, a técnica da ponderação padece de critérios objetivos de decisão, e, por isso, concede ao magistrado exagerada discricionariedade na escolha dos princípios prevalentes, seu principal defensor é Friedrich Müller. (SARMENTO, idem).

Nesta mesma linha crítica Barroso (2008, p. 362) pontua que “no estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade”.

A atenção para a necessidade de dotar a técnica da ponderação do máximo de objetividade possível é também destacada por Novelino (2009, p.139) ao advertir que “definir parâmetros claros, objetivos e racionais a serem utilizados na ponderação é um dos grandes desafios a ser enfrentado pela doutrina em relação ao tema”, a fim de evitar o que chama de subjetivismo, casuísmo e decisionismo do magistrado, o que conduziria a situações de insegurança jurídica.

A terceira crítica é a de que:

[...] a ponderação atribui excessivo poder ao Judiciário em detrimento do Legislativo, na medida em que eles estariam autorizados a fazer escolhas políticas, implicando uma perda de legitimidade democrática no procedimento jurídico, já que os juízes não são eleitos. (OLSEN, ibidem, p. 77)

Conforme argumentação desta crítica, ao fazer uso da técnica da ponderação o magistrado realiza opções políticas acerca de quais valores serão prestigiados quando diante de um conflito principiológico, sendo que tal atribuição seria exclusivamente legislativa não se estendendo ao poder judiciário. Entre os defensores desta crítica destaque-se Ernst Forsthoff. (SARMENTO, 1999)

Quanto a esta possibilidade de invasão do espaço legislativo pelo judiciário Costa (2007) citando Sarmento pontua:

De fato, a necessidade de ponderação de interesses na aplicação das normas constitucionais exacerba o risco de invasão, pelo Poder Judiciário, do campo de discricionariedade inerente à atividade legislativa. Através da ponderação, os juízes, que não são eleitos, podem tentar impor as suas opções políticas e ideológicas em detrimento daquelas realizadas pelos representantes do povo. (SARMENTO, apud COSTA, s/a, p. 7).

Em relação a estas três argumentações críticas atinentes ao uso da técnica da ponderação, há vozes doutrinárias que as refutam.

Quanto à primeira crítica, a de que o método da ponderação esvazia o conteúdo dos direitos fundamentais, Olsen (*ibidem*) diz que isto não acontece de forma alguma, pelo contrário, ocorre o justamente o oposto.

Ao passo em que argumenta que a ponderação tem por escopo evitar que o esvaziamento aconteça, e, o mesmo ocorreria sim, se fosse adotada uma hierarquia normativa fechada para as normas de direitos fundamentais sem considerar a importância do caso concreto.

Na mesma linha intelectual, segundo Sarmento (1999) a hierarquização absoluta dos princípios tornaria letra morta alguns cânones constitucionais, ao que complementa:

O fato é que a coexistência de diversos direitos fundamentais, ao lado de outros princípios constitucionais igualmente relevantes, impõe inexoravelmente a relativização de cada um, como imperativo da convivência harmônica entre os mesmos. Tal circunstância nenhuma teoria séria pode deixar de reconhecer, como não o faz a teoria da ponderação de bens. (SARMENTO, 1999, p. 69)

Como visto a necessidade de relativização de princípios fundamentais do texto constitucional é inerente a busca pela convivência harmônica entre estes.

Já quanto à segunda crítica, a de que a técnica da ponderação seria um método inconsistente e sem parâmetros objetivos, Olsen (*ibidem*, p. 77) a refuta da seguinte maneira:

vale verificar com Alexy que, ainda que a lei da ponderação enquanto tal realmente não veicule uma pauta material para solução dos casos concretos, o “*modelo da ponderação como um todo proporciona um critério ao vincular a lei da ponderação com a teoria da argumentação jurídica racional*”. (grifo do autor)

Para a doutrinadora retro citada a vinculação entre a técnica da ponderação e a necessidade de que sejam fundamentadas pela teoria da argumentação as escolhas do intérprete é um critério de método objetivo.

Entretanto, a mesma autora argumenta a impossibilidade de negar que a ponderação confere certa dose de discricionariedade ao julgador, bem como admite que um mesmo caso concreto de colisão principiológica pode receber duas decisões judiciais diferenciadas, a depender da argumentação apresentada.

Em complemento, Sarmiento (1999, p. 69) pondera que:

As objeções de ordem metodológica (segundo argumento) contra a ponderação de bens são mais consistentes. De fato, seria negar o óbvio pretender que a ponderação de bens não concede certa discricionariedade ao julgador, carreando alguma dose de insegurança à ordem jurídica.

No entanto, o mesmo autor, complementa sua linha de raciocínio dizendo que, inobstante a esta crítica, não se vislumbra outra saída para resolução dos conflitos entre princípios constitucionais, arrematando ao final que:

De resto, a discussão sobre o subjetivismo na aplicação do Direito não é nova, nem está adstrita à questão da ponderação de bens. Rios de tinta já correram e continuarão a correr a este respeito. A idéia do juiz neutro e passivo, aplicador mecânico e servil das normas editadas pelo Poder Legislativo, nada mais é do que um mito do Estado liberal, que não retrata nem nunca retratou a realidade. (SARMENTO, 1999, p.69-70)

Quanto a uma provável insegurança jurídica que a técnica da ponderação poderia provocar, haja vista a possibilidade de um mesmo caso ser decidido de maneira distinta, segundo o mesmo autor, tende a diminuir com o passar do tempo, na medida em que casos parecidos vão sendo julgados e entrando para o repertório jurisprudencial.

A terceira crítica, consistente na premissa de que no uso da ponderação o poder judiciário invadiria o espaço do poder legislativo, Sarmiento (1999, p.71) a refuta, pontuando que “[...] é preciso esclarecer um ponto: o uso do método de ponderação pressupõe a inexistência de regra legislativa específica resolvendo o conflito entre princípios constitucionais”.

Nestes termos, sempre que houver uma norma de natureza infraconstitucional que apresente solução para a referida colisão principiológica, o magistrado deverá utilizá-la em detrimento da técnica da ponderação, a não ser que a considere inconstitucional.

A existência desta vasta produção científica com críticas a ponderação é um terreno fértil para construção de novas concepções teóricas e palco para o nascimento de pensamentos divergentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após realização do presente trabalho, constatou-se que o fenômeno da colisão de princípios constitucionais passou a gozar da atenção dos estudiosos da hermenêutica constitucional somente após o advento do Neoconstitucionalismo.

Referido movimento foi o responsável por reconhecer o caráter normativo dos princípios estatuídos na Constituição dos Estados Democráticos de Direito.

Neste sentido foi possível auferir que a importância da força normativa dos princípios constitucionais é incontestável em quaisquer modalidades de interpretação que se empreste aos textos constitucionais.

Deste modo, verificou-se ser esta concepção latente no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que, os operadores do direito, entre estes, destaque-se, advogados e magistrados, veem-se impelidos a fazer uso dos mesmos como ferramentas de trabalho; aqueles na tessitura de argumentação de suas teses e estes para fundamentarem seus julgados.

Após análise bibliográfica e jurisprudencial, constatou-se que em inúmeras situações os contextos fáticos levados à apreciação do Poder Judiciário fazem emergir situações que revelam colisão de princípios fundamentais insculpidos no texto constitucional.

Como não é dado ao magistrado abster-se do dever de julgar alegando a existência de colisão principiológica, os doutrinadores e magistrados atualmente concebem a importância do uso dos instrumentos de hermenêutica constitucional, notadamente, a técnica da ponderação, com vistas a superar a colisão de princípios fundamentais.

Da análise de alguns julgados apresentados oriundos do Supremo Tribunal Federal, percebeu-se que máxima corte constitucional, já enfrentou situações que revelam colisão de princípios fundamentais, como se um determinado princípio constitucional disputasse o mesmo espaço de um outro na aplicação a um mesmo caso concreto.

Neste passo, evidenciou-se a atualidade e pertinência jurídica da temática abordada no presente trabalho, pois inobstante seja a vasta produção científica atinente à temática proposta, percebeu-se que inúmeros questionamentos são ainda feitos pelos doutrinadores, operadores do direito e comunidade acadêmica.

Constatou-se ser o fenômeno da colisão de princípios constitucionais algo real, auferível pelos operadores do direito e fenômeno imanente a jurisdição constitucional, por conta do caráter dialético das normas do texto supremo.

Respondeu-se ao questionamento norteador deste trabalho, qual seja, a técnica da ponderação, sob a ótica do neoconstitucionalismo, seria um instrumento de hermenêutica constitucional apto a superar as colisões entre princípios fundamentais do texto constitucional?

Ficou evidente que sim. A referida técnica é apontada pela doutrina como instrumento apto a superar as colisões principiológicas e possui uma metodologia de aplicabilidade com critérios pré-estabelecidos, não sendo, deste modo, de uso indiscriminado e atécnico.

Este reconhecimento também pode ser notado na jurisprudência pátria, conforme constatou-se pela análise de alguns julgados aqui apresentados.

Mas, inobstante a tal reconhecimento, a técnica objeto de estudo não passa ileso às críticas dos estudiosos.

Tais críticas mostraram-se relevantes na medida em que permitem ao estudioso ter um olhar crítico sob a técnica da ponderação, ao passo em que também proporciona o aprimoramento da mesma.

Em que pese a contundência dos argumentos usados pelos críticos, constatou-se que há, por outro lado, contra-argumentos favoráveis ao uso da ponderação.

Digno de nota também é a estreita relação que pode ser percebida entre a ponderação e os princípios de interpretação constitucional como cânones estatuídos pela hermenêutica constitucional a serem utilizados conjuntamente pelo hermeneuta quando diante da colisão entre princípios fundamentais do texto constitucional.

Ao final nota-se que a existência da vasta produção científica com críticas a ponderação é um terreno fértil para construção de novas concepções teóricas e palco para o nascimento de pensamentos divergentes.

Neste terreno e sobre este palco o trabalho foi desenvolvido e fez nascer motivação para aprofundar ainda mais o estudo desta temática em trabalhos posteriores.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. 2010. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2011.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 6 abr. 2011.

BASTOS, Luiz Allende-Toha de Lima. **Ponderação de interesses: acesso ao emprego público x garantia de proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa consistente numa indenização**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1406, 8 maio 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9847>>. Acesso em: 6 abr. 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa da Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Originária: AO nº 1441 PI**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 15.03.2011, DJU 21.03.2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18461473/acao-originaria-ao-1441-pi-stf>>. Acesso em: 14 ago. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC nº 3540 DF**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 01.09.2005, DJU 03.02.2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763322/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-3540-df-stf>>. Acesso em: 14 ago. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 82424 RS**, Tribunal Pleno, Rel. **Min. Moreira Alves**, julgado em 16.09.2003, DJU 19.03.2004. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs-stf>>. Acesso em: 14 ago. 2011.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO, Nathalie de Paula. **A normatividade dos princípios no pós-positivismo: uma análise à luz da teoria de Robert Alexy**. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3012.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2011.

COSTA, Andreia Ismael da. **Ponderação de Interesses na Constituição**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigo.aspx>. Acesso em: 10 abr. 2011.

DINIZ, Maria Helena de. **Compêndio de Introdução - À Ciência do Direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000. p. 1639.

FREITAS. Rafael Simoni. **Da colisão de princípios e o princípio da proporcionalidade**. Vox Forensis, v. 3. n.2, Abr./Jun. 2010. Disponível em <http://189.20.243.4/ojs/voxforensis/index.php/Vox_2007/article/.../114/164>. Acesso em: 6 abr. 2011.

LANE, Renata. **O entendimento do STF em alguns casos de colisão de direitos fundamentais**. 2004. 34f. Monografia (conclusão do curso) – Sociedade Brasileira de Direito Público, Escola de Formação, São Paulo. Disponível em <www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/54_Renata%20Lane.pdf>. Acesso em: 8 set. 2011.

LIMA, George Marmelstein. **A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais**. Mundo Jurídico. 2002. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 6 abr. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à Reserva do possível**. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

REALE, Migue. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 8-45.

_____. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 35-93.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VIEIRA, Antônio José Fernandes. **A investigação criminal na perspectiva dos direitos fundamentais**. 2006. 148f. Dissertação – (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, Marília, 2006.