



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ANTONIO EMANUEL ARAÚJO DE OLIVEIRA

QUESTIONAMENTOS, ABORDAGENS E SOLUÇÕES
JURÍDICAS ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

SOUSA - PB
2007

ANTONIO EMANUEL ARAÚJO DE OLIVEIRA

QUESTIONAMENTOS, ABORDAGENS E SOLUÇÕES
JURÍDICAS ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Maria do Carmo Élide Dantas Pereira.

SOUSA - PB
2007

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

O48q Oliveira, Antônio Emanuel Araújo de.
Questionamentos, abordagens e soluções jurídicas entre
Princípios Constitucionais. / Antônio Emanuel Araújo de Oliveira.
- Sousa: [s.n], 2007.

47 fl.

Monografia (Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e
Sociais - Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais -
CCJS/UFCG, 2007.

Orientadora: Prof.^a Esp. Maria do Carmo Élide Dantas Pereira.

1. Direitos Fundamentais. 2. Normas Constitucionais. 3.
Argumentação jurídica. 4. Ponderação. 5. Princípios auxiliares.
6. Resolução de conflitos I. Título.

ANTONIO EMANUEL ARAÚJO DE OLIVEIRA

QUESTIONAMENTOS, ABORDAGENS E SOLUÇÕES JURÍDICAS ENTRE PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado em: _____

BANCA EXAMINADORA

MARIA DO CARMO ÉLIDA DANTAS PEREIRA.
Professora Orientadora

Examinador (a)

Examinador (a)

SOUSA - PARAÍBA
NOVEMBRO/2007

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, força superior, luz que me guiou para que conseguisse tornar possível mais essa realização.

Aos meus Pais, Elesbão e Enilma pessoas indispensáveis, para que pudesse chegar aonde cheguei. Todos os dias agradeço ao Pai Eterno a benção de tê-los como genitores e espero nunca decepcioná-los nessa breve caminhada chamada vida.

Dedico a meus irmãos, Leonardo e Carlos Eduardo, pelos ótimos momentos que passamos juntos, às novas experiências e principalmente pelo fato de termos uma vida inteira pela frente.

Amo todos vocês!

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todas as pessoas que mesmo de forma indireta contribuíram para a realização não somente deste trabalho, mas de toda a trajetória de formação neste curso.

Foram cinco longos anos onde muitas coisas aconteceram. Muita gente sentou no mesmo vagão que eu ocupava, muita gente mudou de vagão, entre os quais eu mesmo. Não quero ser casuístico e me alongar demais, apenas vou enumerar pessoas que gostaria de agradecer, não por este trabalho ou por esse momento, mas por toda a vida.

A minha professora e orientadora Maria do Carmo e meus amigos Marcone Filho e Antonio Marcel, por terem sido pessoas essenciais para a conclusão deste trabalho científico.

Quero agradecer novamente aos meus Pais, figuras marcantes e presentes em tudo que faço na vida, a meus irmãos, pela confiança que sempre depositarão em mim, a minha namorada pelo companheirismo, amor e amizade acima de tudo, a meu sobrinho que com sua ingenuidade e pureza me mostrou um lado que ainda não conhecia, a beleza mágica de ser uma criança, a meus avós Paternos e Maternos, por sempre torcerem pelo meu sucesso, a meus amigos, que passaram comigo inesquecíveis momentos, bons e ruins na vida, sou muito feliz por saber que tenho amigos, todos moram no meu coração, obrigado por tudo.

“Não se pode ensinar alguma coisa a alguém.
Pode-se apenas auxiliar a descobrir por si mesmo”

Galileu

RESUMO

A presente monografia não tem a pretensão de esgotar o estudo acerca da aplicação dos direitos fundamentais no que pertine aos seus conflitos e soluções para as suas tensões. Procura, a partir de uma breve análise da eficácia das normas constitucionais (normas-disposição e normas-princípios), tão-somente induzir uma rasa sistematização das ferramentas que deverão subsidiar o intérprete quando da dirimção de conflitos entre valores essenciais. A pesquisa se norteia segundo a doutrina nacional bem como as influências sofridas por parte da doutrina alienígena que sem dúvidas contribuiu e muito para pacificar o tema, desde que avalia as conseqüências entre colisão de direitos fundamentais sob a ótica do estatuído na Constituição Federal do Brasil de 1988. Ao tratar das soluções jurídicas, tema dos mais controversos na seara jurídica, a pretensão é a de esclarecer ou somar estudos no sentido de acalorar as discussões que cercam a apreciação dos metacritérios de solução dos choques normativos. No bojo da normatividade dos princípios constitucionais, o estudo das formas de resolução dos conflitos entre princípios constitucionais ganha considerável relevância, sobretudo se analisados a partir de uma moderna teoria da argumentação jurídica. Tal empreitada exige a rediscussão e a redefinição da hermenêutica constitucional clássica, pautada pela lógica formal-positivista, avançando-se para uma nova hermenêutica constitucional, vivificada pelo raciocínio tópico e pela aplicação da máxima da proporcionalidade. A metodologia empregada no presente trabalho é a exegético-jurídica, a qual se desenvolveu através do estudo de doutrinas, livros, revistas e artigos encontrados na internet.

Palavras-chave: Constitucional. Princípios. Soluções Jurídicas.

ABSTRACT

This monograph is not the intention of depleting the study on the application of fundamental rights in their conflicts and solutions to their tensions. Look, from a brief review of the effectiveness of the constitutional requirements (standards-provision and standards - principles), it only induce a *rasa* systematization of the tools that should subsidize the interpreter when *dirimção* conflict between fundamental values. The search is *norteia* according to the national doctrine and the influences suffered by the doctrine that alien and no doubt contributed much to pacify the subject, provided that assesses the consequences of collision between fundamental rights under the perspective of the ruled in the Federal Constitution of Brazil, 1988. To address the legal solutions, the most controversial issue in the legal harvest, the intention is to clarify or add studies to *acalorar* the discussions surrounding the assessment of *metacritérios* of solution of the shocks normative. In *bojo* of *normatividade* of constitutional principles, the study of the ways of resolving the conflict between constitutional principles gained considerable importance, particularly when considered from a modern theory of legal reasoning. This job requires more careful and redefinition of hermeneutics constitutional classic, ruled by formal logic-positivist, advancing for a new constitutional hermeneutics, enlivened by *topic* reasoning and the application of maximum of proportionality. The methodology employed in this work is *exegético-legal*, which is developed through the study of doctrines, books, magazines and articles found on the internet.

Keywords: Constitutional. Principles. Legal Solutions.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO..... | 10 |
| CAPÍTULO I. O SISTEMA NORMATIVO E NORMAS JURÍDICAS..... | 12 |
| 1.1. Distinção entre regras e princípios jurídicos..... | 13 |
| 1.2. O Princípio Constitucional da Proporcionalidade..... | 16 |
| 1.2.1. Os subprincípios constitutivos do Princípio da Proporcionalidade: adequação, necessidade e ponderação..... | 19 |
| CAPÍTULO II. HIERARQUIA ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS..... | 23 |
| 2.1. Colisão de Princípios Constitucionais:O postulado da concordância pratica e a dimensão de peso ou importância..... | 24 |
| 2.1.1. Concordância prática..... | 26 |
| 2.1.2. A Dimensão do peso e da importância..... | 28 |
| CAPITULO III. NECESSIDADE DE UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA..... | 31 |
| 3.1 Aplicação do princípio da ponderação na jurisprudência nacional..... | 31 |
| CAPÍTULO IV. PRINCÍPIOS AUXILIARES A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS..... | 32 |
| 4.1. A ponderação..... | 32 |
| 4.1.1. Princípios fundamentais a uma ótima ponderação..... | 33 |
| 4.1.1.1. Princípio da supremacia da constituição..... | 33 |
| 4.1.1.2. Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público..... | 34 |
| 4.1.1.3. Princípio da interpretação conforme a constituição..... | 35 |
| 4.1.1.4. Princípio da unidade da constituição..... | 36 |

| | |
|--|----|
| 4.1.1.5. Princípio da efetividade..... | 38 |
| CONCLUSÃO..... | 40 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 44 |

INTRODUÇÃO

A noção de constitucionalismo moderno e de Direito Constitucional contemporâneo vêm sendo marcada, preponderantemente, pelo movimento de positivação em âmbito constitucional dos princípios gerais de Direito, sobretudo após o advento do Estado Social de Direito. Este movimento migratório dos princípios jurídicos para as constituições, quer pela assunção de princípios infraconstitucionais, quer pela incorporação de princípios constitutivos do Direito Internacional, acaba se constituindo no traço distintivo dos modelos constitucionais contemporâneos, como serve de exemplo a Constituição Brasileira de 1988.

A força jurídica vinculante das constituições modernas passa muito pela idéia de normatividade dos princípios constitucionais. Não se pode mais entender as normas constitucionais como simples ideário, expressão de anseios, aspirações de uma dada sociedade. A força normativa e vinculante das constituições modernas são condição inarredável à própria conservação do ordenamento normativo.

O movimento de constitucionalização dos princípios jurídicos coincide com a formulação da teoria normativista dos princípios, em contraposição às idéias positivistas que dominaram o raciocínio jurídico até a metade do século XX. O uso dos princípios como fonte normativa subsidiária, conforme defendido pelo positivismo jurídico, já não encontra mais guarida na moderna teoria constitucional.

O primeiro capítulo, para a discussão da presente temática, será sumamente relevante, senão imprescindível, uma breve incursão pelo estudo do sistema normativo e a distinção entre princípios e regras jurídicas, para que se possa avançar no estudo das formas de resoluções de conflitos através da máxima proporcionalidade, adequando a necessidade e ponderação dos princípios

O segundo capítulo definirá os princípios constitucionais como normas fundamentais e não hierarquizadas, que sustentam o sistema jurídico constitucional definindo valores supremos e basilares do ordenamento normativo de uma dada sociedade. Estabelecerá a colisão de princípios através de uma concordância prática limitando e ponderando seus valores no caso concreto.

O terceiro capítulo tratará da necessidade de uma teoria de argumentação, sobrepondo os métodos clássicos de resoluções de antinomias entre regras jurídicas que não conseguem dar a

resposta a situações que colidem dois ou mais princípios constitucionalmente válidos, através da aplicação do princípio da ponderação, já que a solução de conflitos entre princípios deve vencer o prisma da validade e alcançar a idéia de densidade e peso dos valores em choque.

O quarto capítulo fundamentará a resolução de conflitos através de princípios auxiliares com interpretação ampla e subjetiva sem abdicar de uma metódica facilitadora da possibilidade jurídica que permite a necessária respiração do sistema, afim de que as renovadas situações possam ser devidamente contempladas.

Não se está, por certo, discutindo a resolução de colisões entre princípios constitucionais que sustentem valores em tudo contraditórios, a chamada antinomia própria, capazes de pôr em risco o próprio sistema jurídico constitucional, mas oposições entre princípios que não se coadunam na solução de determinado caso, antinomias impróprias, das quais não resultam riscos de ruptura insanável da ordem jurídica. Nestas situações de colisão, um princípio constitucional deve ser afastado para a aplicação de outro, como forma de garantir a harmonia e a coerência do ordenamento constitucional.

CAPÍTULO I. O SISTEMA NORMATIVO E NORMAS JURÍDICAS

A noção de sistema normativo se constitui em pilar estruturante do constitucionalismo moderno, servindo de sustentáculo e base conformadora à própria idéia de Estado de Direito. O sistema normativo pode ser entendido como o conjunto de regras e princípios que orienta determinado espaço territorial em um dado momento histórico.

A idéia de sistema normativo não pode mais ficar reduzida à singela verificação da validade das normas jurídicas, nos moldes traçados pelo modelo formal-positivista, onde a norma hierarquicamente superior serve como suporte de validade à norma inferior. Daí a importância do conteúdo material das normas jurídicas, que serve como elemento informador do sistema normativo, uma continuidade do sistema da ciência jurídica para o sistema não-teórico da realidade jurídica, um modelo de sistema normativo fruto do movimento dialético entre o Direito e a realidade.

Florianio Marques Neto (1995, p. 40-41) assevera que

um sistema jurídico não pode ser concebido apenas como um conjunto de regras. Se assim fosse, ou seja, se o sistema fosse um emaranhado de enunciados normativos, jamais poderíamos concebê-lo como um sistema, perdendo, pois, o ordenamento sua essencialidade e sua funcionalidade.

As normas jurídicas, sob um prisma sociológico, podem ser entendidas como imperativos de conduta pelos quais se estabelecem os comportamentos necessários à organização da convivência humana. São diretivas que norteiam o convívio social sob determinados valores eleitos pela própria sociedade.

Iniciando o estudo sobre os princípios e as regras jurídicas, pode-se dizer que os princípios, hierarquicamente superiores, são normas com um grau de abstração relativamente elevado (generalidade), enquanto as regras, hierarquicamente inferiores, são normas com grau de abstração relativamente reduzido (especificidade). Os princípios gozam de certa indeterminabilidade na aplicação ao caso concreto, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta, imediata.

A idéia de princípios está intimamente ligada à noção de fundamento, base, pressuposto teórico que orienta determinado sistema. Os princípios são linhas mestras sobre as quais se arrima todo um sistema de conhecimento humano. Os princípios constitucionais, portanto, são normas que sustentam todo o ordenamento normativo, tendo por função principal conferir racionalidade sistêmica e integralidade ao ordenamento constitucional. Podem ser expressos mediante enunciados normativos ou figurar implicitamente no texto constitucional. São, pois, orientações e mandamentos de natureza fundamental e geral, tomados a partir do sistema constitucional vigente, da racionalidade do ordenamento normativo e capaz de evidenciar a ordem jurídico-constitucional reinante em um dado momento.

Os princípios constitucionais se constituem no fundamento de todo o sistema jurídico constitucional, não somente servindo de esteio estruturante e organizador da Constituição, mas se constituindo em normas constitucionais de eficácia vinculante para a proteção e garantia dos direitos fundamentais.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 748),

A violação de um princípio jurídico é muito mais grave que a transgressão de uma norma qualquer, uma vez que agride a todo o sistema normativo. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

A normatividade dos princípios, ainda que por tempos negada pela doutrina jurídica, atualmente é teoria defendida sem maiores oposições. Os princípios jurídicos não mais são vistos como enunciados vazios, desprovidos de aplicabilidade concreta, muito pelo contrário, são prescrições normativas aplicáveis imediatamente à resolução de determinada tensão social.

1.1. Distinção entre Regras e Princípios Jurídicos

De inegável importância para o estudo do Direito, enquanto sistema normativo, é a diferenciação das normas jurídicas em regras e princípios. A consolidação da idéia de normatividade dos princípios jurídicos se converte em elemento significativo para uma segura e salutar transposição da teoria formal-positivista, avançando-se para o estabelecimento de uma teoria material da Constituição e dos princípios constitucionais, pautadas por uma nova hermenêutica constitucional.

Conforme restou consignado anteriormente, regras e princípios são normas jurídicas, porquanto, segundo defende Robert Alexy, ambos se formulam com a ajuda de expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição. Pode-se dizer que regras e princípios são espécies de normas que se constituem em fundamentos para juízos concretos de "dever ser" (GRAU, 1990, p. 76).

A idéia de princípios, juntamente com as regras, como espécies do gênero norma jurídica foi desenvolvida na doutrina nacional, dentre outros autores, por Eros Roberto Grau. Em estudo acerca da distinção entre princípios e regras jurídicas, o autor ressalta o inegável cunho normativo dos princípios, que se contrapõem às regras, no conjunto conformador do ordenamento normativo. Nas palavras do autor (1990, p. 76): "os princípios são norma jurídica, ao lado das regras – o que converte norma jurídica em gênero, do qual são espécies os princípios e as regras jurídicas".

Os critérios de distinção entre regras e princípios jurídicos são consideravelmente numerosos, cabendo grande ênfase ao "critério de generalidade", segundo o qual os princípios são normas de um grau de abstração relativamente alto, enquanto as regras são normas com nível de abstração relativamente baixo. Um segundo critério é o que discute a "determinabilidade dos casos de aplicação", sob o argumento de que os princípios, por serem vagos e indeterminados, necessitam de mediações concretizadoras, ao passo que as regras comportam aplicação direta. Existem, ainda, vários outros critérios, como o da "diferenciação entre normas criadas e normas crescidas", o da "explicitação do conteúdo valorativo", o da "proximidade da idéia de direito", pelo qual os princípios são "*standards*" juridicamente vinculante fundados nas exigências de justiça ou na idéia de direito, ao passo que as regras podem ser normas dotadas de conteúdo meramente funcional, e, para finalizar, o critério da "importância que têm para o ordenamento normativo".

De posse destes critérios de distinção, Robert Alexy avança para a formulação de três teses que consigam, satisfatoriamente, dar conta da distinção que parte das regras aos princípios jurídicos. O jurista alemão, primeiramente, defende que nenhuns dos critérios são suficientes para fundamentar a distinção pretendida. Em uma segunda tese, também refutada, resta colocada a distinção entre regras e princípios jurídicos no plano gradual, onde o grau de generalidade seria o critério decisivo de distinção. A terceira tese, vitoriosa segundo o autor, defende que entre regras e princípios não existe tão somente uma distinção de grau, mas sobretudo de qualidade.

Neste ponto reside o âmago da distinção entre regras e princípios, sendo que estes são normas que ordenam a realização de determinado direito na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e real existentes, enquanto aquelas somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, deve ser cumprida na sua exata medida, nem mais nem menos. As regras contêm "determinações" no âmbito do fático e juridicamente possíveis, ao passo que os princípios são "mandamentos de otimização".

O critério gradualista-qualitativo de Robert Alexy consiste em conferir aos princípios o caráter jurídico de normas de otimização, que podem ser cumpridas em diferentes graus, sendo que a medida devida de seu cumprimento depende não só das possibilidades reais, mas também das jurídicas.

Os princípios jurídicos, normas impositivas de otimização, podem ser realizados ou concretizados em diferentes graus, variando segundo condições fáticas e jurídicas. O mesmo princípio, deste modo, terá diferentes graus de aplicação na resolução de situações da vida cotidiana. O valor conferido a determinado princípio, em uma dada situação fática, poderá ser diverso em outro caso, podendo até, por vezes, ter sua aplicação afastada naquela situação. Já as regras jurídicas, normas que prescrevem uma dada situação ou impõem um determinado comportamento, quando válidas, devem ser cumpridas na exata medida de suas prescrições, não deixando margem à graduação de aplicação.

A temática, assevere-se de extrema relevância, acerca da dimensão valorativa dos princípios jurídicos continuará a ser tratada em seguida, quando se tentará estabelecer critérios para a resolução de possíveis colisões entre princípios e conflitos entre regras, como meio de garantir a estabilidade do ordenamento jurídico. Antes, porém, parece imprescindível o estudo do princípio constitucional da proporcionalidade, com ênfase aos contornos traçados pela doutrina jurídico-constitucional germânica.

1.2. O Princípio Constitucional da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade desenvolvido na Alemanha está intimamente ligado ao princípio da razoabilidade do direito estadunidense, sendo que tanto a proporcionalidade como a razoabilidade tem por escopo oferecer critérios à limitação da atuação do Poder Público, suporte jurídico à salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos. No direito brasileiro pode-se defender a impossibilidade de separação entre os dois princípios, havendo quem diga que a proporcionalidade nada mais é que uma "faceta do princípio da razoabilidade".

O surgimento do princípio da proporcionalidade decorreu da passagem do Estado Absolutista para o Estado liberal-individualista, quando se percebeu a necessidade de controle do poder ilimitado do monarca. O advento do Estado Liberal de Direito exigiu a atenuação do "poder de polícia real" que antes era ilimitado e legitimado pela lei, passando a ser por ela limitado e controlado. O princípio da proporcionalidade despontou como um freio aos desmandos do monarca, demarcando os meios empregáveis e os fins que poderia perseguir.

Parece interessante atentar que, enquanto nos Estados europeus, o princípio da proporcionalidade se consolidou como uma reação dos cidadãos ao arbítrio do rei, a máxima da razoabilidade estadunidense evoluiu das tensões sociais e não da tentativa de limitar um poder soberano, sendo esta uma considerável diferença entre os dois princípios constitucionais.

O germe do princípio em comento, conforme o entendimento de Suzana de Toledo Barros (1996, p. 33),

foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII.

O Direito Administrativo consagrou o princípio da proporcionalidade como uma evolução do princípio da legalidade, sendo que, inicialmente, a idéia de proporção ligava-se somente às penas. Em um segundo momento, passou-se a exigir que os atos administrativos fossem adequados ao cumprimento das finalidades da lei, e que os meios usados não ferissem em demasia os direitos dos cidadãos.

O princípio da proporcionalidade liga-se, conforme a maior parte da doutrina, à construção jurisprudencial da razoabilidade, desenvolvida nos Estados Unidos quase meio século antes, sob o clima de maior liberdade dos juizes na criação do direito, e de importância significativa nas manifestações da Suprema Corte americana.

Segundo o Professor Luiz Roberto Barroso, a origem e desenvolvimento do princípio da razoabilidade estão ligados à garantia do devido processo legal, sendo que sua matriz remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na *Magna Charta*, de 1215.

Modernamente, sua consagração em texto positivo se deu por meio das emendas V e XIV à Constituição norte-americana, tornando-se a cláusula do *due process of law* uma das principais fontes da expressiva jurisprudência da Suprema Corte nos EUA ao longo dos dois últimos séculos.

O princípio do devido processo legal nos EUA é marcado por duas grandes fases. Na primeira, se reveste de caráter estritamente processual (*procedural legal process*), e no segundo, de cunho substantivo (*substantive due process*). Juntamente com o princípio da igualdade de todos perante a lei, a versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, permitindo-se conter arbítrios do Legislativo e da discricionariedade estatal. É através dele que se faz o exame de razoabilidade (*reasonableness*) e da racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.

Em determinados países o princípio da proporcionalidade se encontra expressamente positivado pelo ordenamento jurídico, sendo que em outros decorre do próprio Estado de Direito. A Constituição alemã de 1949, em seu artigo 19, prevê expressamente o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, estatuidando que quaisquer restrições não de ser necessárias e mantenedoras de seu conteúdo essencial, passíveis de tutela jurisdicional em caso de violações.

O Direito Administrativo espanhol, desde a Lei de Procedimento Administrativo de 1958, também prevê expressamente a necessidade de os atos administrativos serem adequados aos fins que os justifiquem. Na Constituição espanhola de 1978, pós-queda do regime franquista, restaram fixado no artigo 53.1 o caráter vinculante dos direitos fundamentais e o necessário respeito de seu conteúdo essencial pela legislação regulamentadora. A ordem constitucional portuguesa, com a qual o direito constitucional brasileiro guarda estreita relação, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, também logrou positivar o princípio da proporcionalidade.

Pode-se dizer que a Corte Constitucional alemã é quem melhor vem aplicando o princípio da proibição do excesso no direito europeu, quando do controle das leis restritivas de direitos. Os parâmetros da proporcionalidade vêm sendo usados para invalidar leis que são evidentemente arbitrárias, contudo, de difícil comprovação quando do seu confronto com a Constituição. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, segundo critérios de proporcionalidade, desenvolvido pelo Poder Judiciário alemão, repercutiu em grande parte da Europa e, mais recentemente, em países da América Latina como o Brasil.

1.2.1 Os Subprincípios Constitutivos do Princípio da Proporcionalidade: adequação, necessidade e ponderação.

A doutrina constitucional alemã, em uma visão estrutural e funcional, consagrou a existência de três elementos parciais que compõem o princípio da proporcionalidade, sendo de enorme relevância enquanto níveis de averiguação de vícios substanciais da lei ou do ato administrativo, servindo como parâmetros impositivos de limites à ação do legislador ou do administrador, bem como de máximas diretivas às decisões judiciais sobre conflitos entre princípios constitucionais, a parte mais relevante para o presente estudo.

O princípio da proporcionalidade é constituído pelos subprincípios da conformidade ou adequação dos meios, da exigibilidade ou da necessidade e pela ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito. Deve-se fazer um breve apanhado conceitual acerca de cada um deles.

Pelo subprincípio da adequação pode-se entender que devem ser adotadas medidas apropriadas ao alcance da finalidade prevista no mandamento que pretende cumprir. A medida adotada deve ser pertinente à consecução dos fins da lei. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 265), a necessidade de adequação

pressupõe a investigação e a prova de que o ato administrativo é apto para e conforme os fins justificativos de sua adoção. Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim.. Este controle, há muito debatido relativamente ao poder discricionário e

ao poder vinculado da administração, oferece maiores dificuldades quando se trata de um controle do fim das leis dada a liberdade de conformação do legislador.

O subprincípio da necessidade exige que o Poder Judiciário apure se a medida ou a decisão tomada, dentre as aptas à consecução do fim pretendido, é a que produz menor prejuízo aos cidadãos envolvidos ou à coletividade. Dentre as medidas disponíveis deve ser escolhida a menos onerosa, que em menor dimensão restrinja e limite os direitos fundamentais dos cidadãos. "O pressuposto do princípio da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável para a consecução do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa" (BARROS, 1996, p. 76), também referência do insigne autor supra.

Não se pode adotar medida excessiva para simplesmente garantir o alcance do fim visado pela lei. A certeza na satisfação da finalidade legal não legitima a adoção de medidas que, sem necessidade real, afetem sensivelmente os direitos fundamentais dos cidadãos.

Pelo subprincípio da ponderação ou da proporcionalidade em sentido estrito se pretende alcançar parâmetros para a resolução dos conflitos entre princípios constitucionais, nos casos em que o Poder Judiciário é chamado a decidir pela prevalência de um princípio em detrimento de outro ou outros, reconhecidamente válidos pelo ordenamento constitucional. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito entende os princípios como mandados de otimização com relação às possibilidades jurídicas, enquanto que nas máximas da adequação e da necessidade recorre-se às possibilidades fáticas. Segundo Robert Alexy, o fundamento ao princípio da ponderação reside nos princípios de direito fundamental, sem que se exclua, contudo, outras fundamentações como os princípios do Estado de Direito, a prática jurisprudencial e o conceito de justiça.

O Judiciário, quando da análise de situações que contemplem conflitos entre princípios constitucionais, deve exercer um juízo de ponderação entre o direito efetivado pela decisão e o por ela restringido, a fim de ponderar acerca da justiça da situação amparada. Deve o juiz valorar, segundo as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, se a decisão obteve um resultado satisfatório, e se o direito limitado deveria sucumbir frente ao efetivado, em uma "relação de precedência condicionada". Como se pode aferir, a valoração das circunstâncias demanda considerável juízo subjetivo.

Nesta esteira, bem leciona Raquel Denize Stunn (1995, p. 80-81), acerca do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, nos seguintes termos:

Confunde-se com a pragmática da ponderação ou lei da ponderação. Decorre da análise do espaço de discricionariedade semântica (plurissignificação, vaguidade, porosidade, ambigüidade, fórmulas vazias) presentes no sistema jurídico. Constitui requisito para a ponderação de resultados a adequação entre meios e fins. O juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins.

Em verdade, deve ser avaliado, no caso concreto, qual dos princípios em colisão tem maior peso; segundo as circunstâncias e condições da situação, qual dos direitos deve ser efetivado, em uma relação de precedência condicionada. Fica conferido ao Judiciário o dever de examinar a situação concreta e decidir se o direito efetivado não afrontou um direito que deveria prevalecer naquele caso, precedendo ao direito respaldado. É dever do juiz, analisando as circunstâncias, ponderar acerca da proporcionalidade da restrição ao direito dos cidadãos, contrastando os resultados obtidos com a restrição efetuada, se razoáveis ou desproporcionados.

Pelo princípio da ponderação dos resultados, deve-se examinar o grau de satisfação e efetivação do mandamento de otimização que a decisão procurou atender. Quanto mais alto for o grau de afetação e afronta ao princípio limitado pelo meio utilizado, maior deverá ser a satisfação do princípio que se procurou efetivar.

Essas considerações não eliminam a importância da distinção entre princípios e regras, apenas diminuem a sua radicalidade e a sua relevância para a interpretação e aplicação do Direito.

Uma teoria dos princípios deve ser necessariamente conjugada com regras metodológicas de aplicação. Para definir o que seja um princípio (norma-princípio) é preciso, num primeiro passo, extremar os princípios de outras categorias com as quais ele normalmente é identificado.

Desde logo é bom explicitarmos a compreensão do Direito como um conjunto composto de normas princípios e normas regras, cuja interpretação e aplicação depende de postulados normativos, quais sejam, unidade, coerência, hierarquização, supremacia da Constituição, critérios normativos de superioridade, cronologia, especialidade, interesse público, bem comum e

demais valores. Todos esses elementos que se conjugam às normas possuem sua normatividade relacionada em boa medida a atos institucionais de aplicação do direito.

Os princípios jurídicos não se identificam com valores, na medida em que eles não determinam o que deve ser, mas o que é melhor. Da mesma forma, no caso de uma colisão entre valores, a solução não determina o que é devido, apenas indica o que é melhor. Em vez do caráter deontológico dos princípios, os valores possuem tão-só o axiológico.

Os princípios jurídicos não se confundem com o mero estabelecimento de fins: os fins apenas indicam um estado almejado ou uma decisão sobre a realização desse estado desejado, sem que seja estabelecido um dever ser. O estabelecimento de fins, quando motivados por meio de um dever ser, passam a constituir um princípio.

Os princípios jurídicos não se confundem com axiomas. Axioma denota uma proposição cuja veracidade é aceita por todos, dado que não é nem possível nem necessário prová-la. Por isso mesmo são os axiomas aplicáveis exclusivamente por meio da lógica, e deduzidos sem a intervenção de pontos de vista materiais. Não se encontram, portanto, no mundo jurídico do dever ser, cuja concretização é sempre prático-institucional.

CAPÍTULO II. HIERARQUIA ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

O ordenamento jurídico, como se sabe, é um sistema hierárquico de normas, na clássica formulação de KELSEN (1995, p. 248). Estaria, assim, escalonado com normas de diferentes valores, ocupando cada norma uma posição intersistemática, formando um todo harmônico, com interdependência de funções e diferentes níveis normativos de forma que, nas palavras do eminente autor, “uma norma para ser válida é preciso que busque seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, de tal forma que todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa”.

É a famosa teoria da construção escalonada das normas jurídicas.

Considerando que princípios jurídicos são normas, e que as normas são hierarquicamente escalonadas, poder-se-ia facilmente admitir que há hierarquia entre os princípios. Nesse sentido, assim se manifesta Geraldo Ataliba (*apud* Espíndola, 1999, p.165) :

O sistema jurídico se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes. Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores. Estes subordinam certas regras que, à sua vez, submetem outras.

Apesar de ser esta uma dedução lógica, a questão da possibilidade de hierarquia entre princípios não é tão fácil quanto imaginamos. Se levarmos em conta que existem princípios constitucionais e princípios infraconstitucionais, não há grande dificuldade em perceber que aqueles são hierarquicamente superiores a estes. Pode-se mesmo dizer que os princípios constitucionais são o fundamento de validade dos princípios infraconstitucionais. Assim, por exemplo, o princípio da identidade física do juiz, inserto no art. 132 do Código de Processo Civil, buscaria fundamento de validade no princípio constitucional do juiz natural, disposto no art. 5º, LIII, da CF/88.

A questão se complica quando se toma como ponto de referência unicamente os princípios constitucionais. Ou seja, imaginando um "corte epistemológico" na pirâmide normativa e separando as normas de status constitucional, poder-se-ia dizer que há hierarquia entre os princípios constitucionais considerados em si mesmos? Por exemplo, o princípio da isonomia seria hierarquicamente superior ao princípio da liberdade de reunião, ambos consagrados no texto constitucional? A resposta para esta questão varia conforme o critério a ser adotado para se estabelecer a hierarquia.

De fato, se considerar o critério axiológico, valorativo, parece indubitável que há hierarquia entre tais princípios. Afinal, quem ousa dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana "vale" menos do que o princípio da proteção à propriedade? Aliás, todos os princípios e regras decorrem, ainda que indireta e mediatamente, do princípio maior da dignidade da pessoa humana. Do mesmo modo, seria correto dizer que o princípio do devido processo legal estaria situado no topo dos princípios constitucionais processuais.

Geraldo Ataliba (*apud* Espíndola, 1999, p.165), nesse sentido, afirma que "mesmo no nível constitucional, há uma ordem que faz com que as regras tenham sua interpretação e eficácia condicionadas pelos princípios. Estes se harmonizam, em função da hierarquia entre eles estabelecida, de modo a assegurar plena coerência interna ao sistema".

Nesse aspecto, portanto, parece inarredável que nossa Carta Magna realmente "hierarquizou" princípios, "elegendo" os mais importantes para compor o núcleo essencial, ou, na expressão de LOWENSTEIN, (*apud* Espíndola, 1999, p.165) para ser a "dimensão política fundamental". Tanto é verdade que alguns princípios são "irreformáveis", ou seja, estão imantados pela cláusula da inabolibilidade (não podem ser abolidos), ao passo que outros podem ser, na forma do processo constitucional legislativo, suprimidos pelo poder constituinte derivado.

Por outro lado, do ponto de vista jurídico, é forçoso admitir que não há hierarquia entre os princípios constitucionais. Ou seja, todas as normas constitucionais têm igual dignidade; em outras palavras: não há normas constitucionais meramente formais, nem hierarquia de supra ou infra-ordenação dentro da Constituição.

Existem, é certo, princípios com diferentes níveis de concretização e densidade semântica, mas nem por isso é correto dizer que há hierarquia normativa entre os princípios constitucionais. Com efeito, como decorrência imediata do princípio da unidade da Constituição, tem-se como inadmissível a existência de normas constitucionais antinômicas (inconstitucionais), isto é,

completamente incompatíveis, conquanto possa haver, e geralmente há, tensão das normas entre si.

Ora, se a Constituição é um sistema de normas, um lucidos ordo, como era sempre advertido por Ruy Barbosa, que confere unidade a todo o ordenamento jurídico, disciplinando unitária e congruentemente as estruturas fundamentais da sociedade e do Estado, é mais do que razoável concluir não há hierarquia entre estas normas constitucionais. Não existe nem mesmo hierarquia (jurídica) entre os princípios e as regras constitucionais, o que se afasta, de logo, a ocorrência de normas constitucionais inconstitucionais, ou melhor, normas constitucionais do poder constituinte originário inconstitucionais, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, acertadamente, já admitiu a possibilidade de normas constitucionais emanadas do poder constituinte derivado inconstitucionais, desde que maculem as garantias de eternidade (cláusulas pétreas) enumeradas no § 4º do art. 60 da Constituição Federal de 1988.

Dessume-se, pois, que não há, do ponto de vista estritamente jurídico (epistemológico), hierarquia entre os princípios. Pode-se, não obstante, cogitar a hipótese de existência de hierarquia axiológica (ou deontológica) entre as normas constitucionais, incluindo-se aí, obviamente, os princípios.

Partido-se dessa constatação de que não há hierarquia entre os princípios constitucionais, surge uma tormentosa questão: o que fazer quando dois ou mais princípios constitucionais entram em rota de colisão? Que é justamente o objeto de nosso trabalho.

2.1. Colisão de Princípios Constitucionais: o postulado da concordância prática e a dimensão de peso ou importância.

Não há hierarquia jurídica entre os princípios, embora normalmente haja entre eles uma tensão permanente. É verdade. As normas constitucionais, muitas vezes, parecem conflitantes e até antagônicas. À primeira vista, aparentam inconciliáveis o princípio da liberdade de expressão e o direito à intimidade ou privacidade. E o princípio da função social da propriedade com a norma que diz que as terras públicas não são passíveis de usucapião, como conciliá-los é uma tormentosa questão. O que dizer, outrossim, do princípio da livre iniciativa e as possibilidades de

monopólio estatal, ambos constitucionalmente previstas. Há, sem dúvida, constante tensão entre as normas constitucionais.

Essa tensão existente entre as normas é consequência da própria carga valorativa inserida na Constituição, que, desde o seu nascedouro, incorpora, em uma sociedade pluralista, os interesses das diversas classes componentes do Poder Constituinte Originário.

Esses interesses, como não poderia deixar de ser, em diversos momentos não se harmonizam entre si em virtude de representarem a vontade política de classes sociais antagônicas. Surge, então, dessa pluralidade de concepções - típica em um "Estado Democrático de Direito" que é a fórmula política adotada por nós - um estado permanente de tensão entre as normas constitucionais.

Assim, o simples fato de os princípios constituírem um sistema aberto, ou seja, permitirem uma compreensão fluida e plástica, já insinua 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" (FARIAS, 1996).

Como se sabe, a situação de regras incompatíveis entre si é denominada antinomia. Existem três critérios clássicos, apontados por BOBBIO e aceitos quase universalmente, para solução de antinomias, quais sejam: o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*), o critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*) e, por último, o critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*).

Desta forma, no caso de duas regras em conflito, aplica-se um desses três critérios, na forma do tudo ou nada "*no all or nothing*" (apud SANTOS, 1999, p. 44). No caso de colisão de princípios constitucionais, porém, não se trata de antinomia, vez que não se pode simplesmente afastar a aplicação de um deles. Portanto, não há que se falar em aplicação destes critérios para solucionar eventual colisão de princípios constitucionais.

Como assevera CANOTILHO (apud ESPÍNDOLA, 1999, p. 242):

Assim, por ex., se o princípio democrático obtém concretização através do princípio maioritário, isso não significa desprezo da proteção das minoria; se o princípio democrático, na sua dimensão econômica, exige a intervenção conformadora do Estado através de expropriações e nacionalizações, isso não significa que se posterguem os requisitos de segurança inerentes ao princípio do Estado de direito (princípio de

legalidade, princípio de justa indenização, princípio de acesso aos tribunais para discutir a medida da intervenção.

Nasce em razão dessa impossibilidade de se aplicar os critérios clássicos para resolver antinomias, no caso de conflito entre princípios, uma tormentosa questão: *quid iuris* no caso de uma colisão de princípios constitucionais, já que eles possuem a mesma hierarquia normativa e, portanto, devem ser igualmente obedecidos. Escolhe-se o axiologicamente mais importante, afastando integralmente a aplicação do outro? A nosso ver, não é essa, a priori, a melhor solução. Afinal, quem irá determinar qual o princípio "axiologicamente mais importante", para o fazendeiro, dono da terra, o princípio mais importante certamente será o da propriedade; para o "sem-terra", o da função social da propriedade.

Duas soluções foram desenvolvidas pela doutrina (estrangeira, diga-se de passagem) e vêm sendo comumente utilizada pelos Tribunais. A primeira é a da concordância prática (Hesse); a segunda, a da dimensão de peso ou importância (Dworkin). A par dessas duas soluções, aparece, em qualquer situação, o princípio da proporcionalidade como "meta-princípio", isto é, como "princípio dos princípios", visando, da melhor forma, preservar os princípios constitucionais em jogo. O próprio HESSE entende que a concordância prática é uma projeção do princípio da proporcionalidade.

Assim, essas duas soluções (concordância prática e dimensão de peso e importância) podem e devem ser aplicadas sucessivamente, sempre tendo o princípio da proporcionalidade como "parâmetro": primeiro, aplica-se a concordância prática; em seguida, não sendo possível a concordância, dimensiona-se o peso e importância dos princípios em jogo, sacrificando, o mínimo possível, o princípio de "menor peso". A seguir, com mais detalhes, o que vem a ser a concordância prática e a dimensão de peso e importância.

2.1.1. A concordância prática

O princípio da concordância prática ou da harmonização, como consectário lógico do princípio da unidade constitucional, é comumente utilizado para resolver problemas referentes à colisão de direitos fundamentais.

De acordo com esse princípio, os direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados, no caso sub examine, por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionais protegidos.

A concordância prática pode ser enunciada da seguinte maneira: havendo colisão entre valores constitucionais (normas jurídicas de hierarquia constitucional), o que se deve buscar é a otimização entre os direitos e valores em jogo, no estabelecimento de uma concordância prática (*praktische Konkordanz*)¹, que deve resultar numa ordenação proporcional dos direitos fundamentais, valores fundamentais em colisão, ou seja, busca-se o ‘melhor equilíbrio possível entre os princípios colidentes’(LERCHE). Nas palavras de INGO WOLFGANG SARLET (1996, p. 121):

Em rigor, cuida-se de processo de ponderação no qual não se trata da atribuição de uma prevalência absoluta de um valor sobre outro, mas, sim, na tentativa de aplicação simultânea e compatibilizada de normas, ainda que no caso concreto se torne necessária a atenuação de uma delas.

A exemplo, uma colisão entre dois princípios constitucionais, muito vivenciada hodiernamente, entre a liberdade de expressão e o direito à intimidade. Concilia-se com a concordância prática o conflito entre esses princípios, ponderando os seus valores no caso concreto para só assim saber qual deverá prevalecer.

2.1.2. A dimensão de peso e importância

O segundo critério que pode ser utilizado se não for possível a concordância prática é o da dimensão de peso e importância (*dimension of weights*), fornecido por RONALD DWORKIN. Na obra *Taking Rights Seriously*, após explicar que as regras jurídicas são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto (dimensão do tudo ou nada), o professor da Universidade de Oxford diz que os princípios (*apud* ESPÍNDOLA, 1999, p. 65):

¹ O termo é de Konrad Hess.

possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles (...). As regras não possuem tal dimensão. Não podemos afirmar que uma delas, no interior do sistema normativo, é mais importante do que outra, de modo que, no caso de conflito entre ambas, deve prevalecer uma em virtude de seu peso maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida.

Seguindo o ensinamento de CANOTILHO (*apud* ESPÍNDOLA, 1999, p. 66):

os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida; a convivência dos princípios é conflitual; a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se.

Desta forma, conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses, não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”, consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale, deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos.

Já no caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas exigências, devendo ser realizados. As regras contêm fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade simultânea da regras contraditórias. Os princípios suscitam problemas de validade e peso as regras colocam apenas questões de validade. No dimensionamento do peso ou importância dos princípios, segundo DOWRKIN, haveria uma única resposta correta para os casos difíceis.

Assim sendo, somente diante do caso concreto será possível resolver o problema da aparente colisão de princípios, através de uma ponderação, objetiva e subjetiva, de valores, pois, ao contrário do que ocorre com a antinomia de regras, não há, *a priori*, critérios formais (meta-normas) e standards preestabelecidos para resolvê-lo.

O intérprete, no caso concreto, através de uma análise necessariamente tópica, terá que verificar, seguindo critérios objetivos e subjetivos, qual o valor que o ordenamento, em seu conjunto, deseja preservar naquela situação, sempre buscando conciliar os dois princípios em colisão. É a busca da composição dos princípios.

Nesse caso, a legitimidade da interpretação apenas será preservada na medida em que, em cada caso, informada pelo critério da proporcionalidade, essa composição seja operada.

Quando o conflito se desenvolve entre as diferentes espécies de normas jurídicas, isto é, na contradição entre regras e princípios, a resolução do conflito é, de certo modo, facilmente alcançada. Deve-se, aplicar o critério que determina, no mais das vezes, a superioridade hierárquica dos princípios constitucionais sobre as regras. Os princípios constitucionais, pela condição de normas gerais e fundamentais, prevalecem sobre as regras constitucionais e infraconstitucionais, normas de generalidade relativamente baixa. É certo, porém, que em condições muito peculiares deve ser aplicada a regra específica, ficando afastada a aplicação do princípio constitucional.

A existência de princípios absolutos, capazes de preceder sobre os demais em quaisquer condições de colisão, não se mostra consoante com o próprio conceito de princípios jurídicos. Não se pode negar, por outro lado, a existência de mandamentos de otimização relativamente fortes, capazes de preceder aos outros em praticamente todas as situações de colisão. Pode-se citar, como exemplos, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da proteção da ordem democrática, o direito à higidez do meio-ambiente e etc.

O juiz, quando decide pela prevalência de determinado princípio constitucional que se mostra em confronto com outro ou outros, em vista das circunstâncias do caso concreto, deve basear sua decisão não somente em convicções de foro íntimo, mas em argumentos e razões jurídicas plenamente aceitas pela sociedade e consentâneas ao ordenamento normativo vigente. Do contrário, pode-se estar avançando a passos largos para uma nefasta e deletéria substituição do primado da lei, como existia no tradicional modelo formal-positivista, pelo primado das valorações subjetivas dos juizes, sem parâmetros e critérios aferíveis e justificáveis para respaldar a atividade jurisdicional.

CAPÍTULO III. A NECESSIDADE DE UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A teoria da "lei de colisão" dos princípios constitucionais acima estudada, como visto, não é capaz de se sustentar sem o arrimo de uma sólida teoria da argumentação jurídica, coerente o bastante para fundamentar a decisão pela preponderância de um princípio constitucional que, no caso concreto, mostra-se contraposto a outros, todos reconhecidos pela Constituição.

Neste sentido, Robert Alexy construiu uma teoria da argumentação jurídica que pretende fornecer fundamentos à decisão pela precedência de determinado valor que se mostre em colisão com outros, legitimando a atuação jurisdicional. Segundo o jurista alemão, a decisão jurídica não se constitui em uma decorrência lógica das formulações a respeito de normas jurídicas, em virtude da vagueza da linguagem normativa, da possibilidade de conflito entre normas, dos casos de lacuna e da existência de decisões "*contra legem*".

A fundamentação das decisões jurídicas se reflete em uma questão de ordem metodológica, devendo-se, pela consolidação de uma teoria da argumentação jurídica, que ultrapassa a mera "subsunção lógica", alcançar, na maior medida possível, "racionalidade à fundamentação jurídica e correção às decisões" (ALEXI, 1989, p. 24).

O rompimento com o modelo lógico formal-positivista do pensamento jurídico teve seu marco fundamental nos estudos acerca da tópica jurídica e da nova retórica, respectivamente com Theodor Viehweg e Chaïm Perelman, inaugurando-se já na segunda metade do século XX, um modelo de raciocínio jurídico baseado na lógica material, na idéia de valorações e ponderações. A legitimação do Direito passou de uma visão formal-positivista para um modelo de raciocínio axiológico, pautado pelos critérios de racionalidade e proporcionalidade.

O paradigma tópico-retórico serviu de base para o lançamento de uma nova hermenêutica constitucional, uma nova forma de justificar e legitimar o Direito, respaldado por uma lógica axiológica, valorativa, um modelo que reconhece e tem como principal esteio a força normativa e vinculante dos princípios constitucionais. Daí a enorme importância das idéias lançadas pelo modelo lógico material, por assim dizer, para o estudo e estabelecimento de uma nova teoria da argumentação jurídica.

Inegável, portanto, que a teoria da argumentação jurídica proposta por Robert Alexy avançou, consideravelmente, no que concerne à fixação de uma metodologia, um procedimento,

propício ao alcance da fundamentação mais oportuna à decisão jurídica. A teoria do discurso racional do direito estabelece diretrizes relativamente sólidas à obtenção de decisões justas e corretas, segundo critérios de racionalidade e razoabilidade.

3.1 A Aplicação do Princípio da Ponderação na Jurisprudência Nacional

Como visto anteriormente, quando da tensão entre dois princípios reconhecidos pelo ordenamento constitucional vigente, o de menor peso, segundo circunstâncias e condições particulares do caso concreto, cede aplicabilidade ao de maior valor, em uma "relação de precedência condicionada". Não são estipuladas cláusulas de exceção, como nos casos entre conflitos de regras, pois, senão, estar-se-ia limitando o princípio constitucional para situações futuras, quando poderá preceder frente a outros valores com os quais colida. Busca-se, pela máxima da ponderação, avaliar, ante as condições do caso, qual valor detém maior peso, devendo prevalecer na ocasião.

A ponderação entre princípios constitucionais é tarefa das mais árduas e significativas à manutenção da ordem constitucional coesa. Daí a enorme responsabilidade do Poder Judiciário, sobretudo das Cortes Supremas dos Estados, quando do controle da constitucionalidade de leis restritivas de direitos, bem como da solução de tensões entre direitos fundamentais amparados pela Constituição, colidentes no caso concreto.

CAPÍTULO IV. PRINCÍPIOS AUXILIARES NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

4.1 A ponderação

A colisão entre direitos fundamentais tem sido resolvida hodiernamente através do mecanismo da ponderação. RODRIGO MEYER BORNHOLDT manifesta o entendimento de que por comportar interpretação de ampla subjetividade, a opção do intérprete por um conceito de ponderação deverá ser aquela que “no conflito entre direitos opostos, sem abdicar de uma metódica possibilitadora da previsibilidade jurídica, permita a necessária respiração do sistema, a fim de que as renovadas situações possam ser devidamente contempladas e sopesadas”. Para citado autor (HESSE, 1991, p. 32):

a ponderação nada mais significa do que uma declaração de intenções. Todos os direitos devem ser levados em consideração, sem que, contudo, haja um método, capaz de fazer com que sua utilização supere o puro decisionismo, próprio para as decisões dos casos difíceis, segundo o positivismo.

Para o exercício prático da ponderação convém partir de dois pressupostos: o primeiro, de que o legislador cria a norma conforme as exigências de um dado momento e de uma dada necessidade; o segundo, de que este mesmo legislador não consegue vislumbrar todos os casos em que a norma será aplicada. Por isso, é fundamental compreender que o melhor intérprete não é aquele que cria a norma, e, sim, aquele que lhe aplica. Em resumo, o processo criativo de uma norma jurídica compõe-se de dois momentos fundamentais e distintos: o de sua instituição no plano formal, e o de sua incidência (recriação) no caso concreto.

4.1.1 Princípios fundamentais a uma ótima ponderação

Concomitantemente ao uso da ponderação, LUIS ROBERTO BARROSO (2003) cataloga série de princípios a fim de orientar o intérprete na resolução de conflitos entre direitos fundamentais.

4.1.1.1 Princípio da supremacia da Constituição

LUIS ROBERTO BARROSO (2003, p. 65) ensina que “toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado”.

Com efeito, nenhuma outra norma do ordenamento (disposição ou princípio) pode ser incompatível com o mandamento constitucional: quando da promulgação de uma nova Constituição, as normas com ela contrastantes são revogadas; quando estas são supervenientes e contrastantes com àquela, padecem de nulidade. Assim é que o espírito da Constituição deve sempre prevalecer, de modo que nem mesmo o legislador derivado possui poderes para desconstituir aquilo que o constituinte originário elegeu com a legitimação da outorga popular.

Uma boa interpretação da Constituição não pode iniciar senão através dela mesma e, principalmente, de seus princípios mais elementares. Nesta senda, vale evidenciar as palavras de KONRAD HESSE (1991, p. 22-23):

A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. (...) A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. (...) A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade.

Noutro diapasão, LUIS ROBERTO BARROSO (2003, p. 164) assinala que:

A supremacia constitucional, em nível dogmático e positivo, traduz-se em suma superlegalidade formal e material. A superlegalidade formal identifica a Constituição como fonte primária da produção normativa, ditando competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores. E a superlegalidade material subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Constituição.

Conclui o supracitado autor (2003, p.164), afirmando que “a inobservância dessas prescrições deflagra um mecanismo de proteção da Constituição, batizado entre nós de ‘controle de constitucionalidade’”.

No Brasil, não se adota nem propriamente o controle de constitucionalidade difuso (como, p.ex., nos Estados Unidos, em que todo juiz pode negar aplicação à lei inconstitucional), nem o controle concentrado (como em países da Europa, por exemplo, Alemanha e Espanha, em que Tribunais Constitucionais detêm competência específica para o exercício desta atribuição). Aqui, o método utilizado é o eclético, que contempla características de ambos controles.

4.1.1.2 Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público

Em razão da vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, há de se presumir constitucionais os atos oriundos dos três Poderes, assim como as leis emanadas do legislativo. Por isso, “nenhum Poder, nem mesmo o Judiciário, pode intervir em esfera reservada ao outro para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade” (BARROSO, 2003, p. 174).

Há muita polêmica no que pertine a este ponto em específico. No ano passado, com o escândalo da “compra de votos” (“mensalão”), não tem sido raro observar a interferência do Supremo Tribunal Federal no andamento de Comissões Parlamentares de Inquérito das duas casas do Congresso Nacional.

Em todos os casos, a “intromissão” se justificou pela plausibilidade das evidências de vícios formais no curso dos procedimentos instaurados e na suposta violação de direitos e garantias individuais dos indiciados.

Mas até que ponto o STF estaria legitimado para intervir no íterim de desenvolvimento dos inquéritos? Por que não esperar o desenrolar dos processos, para aí sim deflagrar-se uma eventual atuação do STF? Não sendo o ponto principal do presente estudo, não se quer adentrar demasiadamente no assunto. Todavia, nos casos mencionados, a interferência do Judiciário sobre a atuação do legislativo se deu em atividade inquisitiva.

Em síntese, pelas lições de LUIS ROBERTO BARROSO (2003), o que deflui do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público é que: a) não sendo evidente a inconstitucionalidade da norma deverá a mesma ser considerada como válida; e b) havendo alguma interpretação possível à adequação da norma à Constituição deve a mesma ser adotada. A primeira regra deve ser mediada, apegando-se à doutrina e à jurisprudência. A segunda, ao princípio da interpretação conforme a Constituição.

4.1.1.3. Princípio da interpretação conforme a Constituição

Sugere-se com o princípio da interpretação conforme a Constituição que a leitura de uma norma constitucional não pode fugir à análise de um todo.

LUIS ROBERTO BARROSO (2003, p. 189) decompõe este princípio em quatro constatações:

- 1) trata-se de uma escolha interpretativa diante de outras possibilidades de interpretação admitidas pela norma; 2) tal interpretação busca encontrar um sentido normativo que não é idêntico ao expressado pelo enunciado da norma; 3) a escolha de uma interpretação significa a rejeição de outras linhas interpretativas que conduziriam a um resultado contrastante com a Constituição; 4) este princípio não é tão-somente regra de hermenêutica, mas, principalmente, mecanismo de controle de constitucionalidade.

Depura-se como propriedade maior do princípio o encontro de um significado que dê legitimação à norma tida como suspeita. Mas importa ressaltar que há sempre que ter em mente que tal interpretação deve postar-se no limite de uma ponderação razoável. Afinal, não se pode dar à lei um sentido adverso àquele para qual à mesma foi instituída.

4.1.1.4 Princípio da unidade da Constituição

Embora seja um todo indivisível, uma vontade única do constituinte, não se pode desconsiderar que esta vontade única nada mais é do que uma síntese possível de inúmeros interesses conflitantes. Por isso, a interpretação das normas constitucionais deve-se dar sempre de modo sistemático, jamais individualizado, e sempre afincado no núcleo principal da Constituição composto pelos direitos fundamentais. E não apenas orientada dentro da Constituição, mas também fora dela. Neste tocante, vale relevar a percuciente observação de JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA (1995, p. 118-119):

como os fins propostos pelo ordenamento jurídico se destinam a operar na realidade social, política e econômica, a decisão deve ser valorada não só quanto à sua coerência como o sistema (controle interno ou intra-sistemático), mas, também, em relação às suas conseqüências sociais, políticas e econômicas práticas, isto é, extranormativas, para verificar seu impacto sobre a realidade, à luz dos objetivos que o sistema propõe como resultado a ser alcançado pela decisão (controle externo ou extra-sistemático). Ora, isso obriga o intérprete a mover-se entre o texto normativo e o contexto social, possibilitando, assim, uma jurisprudência aberta aos fatos e à influência de outras ciências sociais que os têm como objeto de estudo.

A doutrina reza que quando há conflito entre normas, tais conflitos devem ser dirimidos mediante a aplicação de regras vinculadas à hierarquia, à cronologia e à especialidade das mesmas, além de regras específicas. Mas desde que não há hierarquia (pelo menos jurídica) entre normas constitucionais, e que são todas promulgadas ao mesmo tempo, não resta ao intérprete

outra saída senão contemporizar a aplicação daquela norma que mais se adequar ao núcleo central da Constituição sem propriamente desconsiderar a existência da norma conflitante.

A aplicação prática do princípio da unidade da Constituição tem sido comumente confundida com o que a literatura costuma denominar de mecanismo de ponderação de bens ou valores. LUIS ROBERTO BARROSO (2003, p. 201) cita, por exemplo, que durante a Segunda Guerra Mundial a Suprema Corte dos Estados Unidos, no julgamento *Korematsu vs United States* considerou válida a imposição de limitações à liberdade de ir e vir dos nacionais de origem japonesa, como prevenção a atos de espionagem, sabotagem e de terrorismo, sob a alegação de que naquele momento o valor segurança superava o valor liberdade.

Mas o mesmo autor (2003, p. 202), citando Konrad Hesse, adverte:

É preciso ter cuidado na utilização de fórmulas como a ponderação de bens e de valores. Cabe ao intérprete, por força do princípio da unidade, um esforço de otimização: é necessário estabelecer os limites de ambos os bens a fim de que cada um deles alcance uma efetividade ótima.

É certo que não existe hierarquia entre normas constitucionais, mas a Constituição Federal de 1988 deu destaque especial a algumas de suas normas, sobretudo àquelas conhecidas como cláusulas pétreas, isto é, aquelas que compõem o seu núcleo imodificável. Por isso, LUIS ROBERTO BARROSO (2003, p. 203), assevera que:

É natural que esses princípios fundamentais, notadamente os que foram objeto de distinção especial no § 4º do art.60, sejam os grandes vetores interpretativos do Texto Constitucional. Em seguida, vêm os princípios gerais e setoriais. Porque assim é, deve-se reconhecer a existência, no Texto Constitucional, de uma hierarquia axiológica, resultado da ordenação dos valores constitucionais, a ser utilizada sempre que se constatarem tensões que envolvam duas regras entre si, uma regra e um princípio ou dois princípios.

Em termos práticos, é dever salientar que a jurisprudência brasileira tem alternado aplicação do princípio da unidade constitucional associadamente ou não à ponderação de bens e valores para resolver conflitos entre normas constitucionais.

4.1.1.5 Princípio da efetividade

O princípio da efetividade está relacionado à tentativa de dar às normas constitucionais o máximo de eficácia possível. Sobre o assunto, J. J. G. CANOTILHO (1998, p. 233) assim se refere:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência constitucional ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Inúmeros autores se prontificaram a destilar comentários acerca da efetividade das normas constitucionais, mas poucos o fizeram com tanta qualidade e síntese como assim fez KONRAD HESSE. Para o jurista alemão, “a norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente”. Por isso, uma Constituição está tendente a servir de espelho “às forças espontâneas” e “às tendências dominantes” do seu tempo. Mas a força normativa da Constituição não reside tão-somente na adaptação adequada das tendências de uma dada realidade.

A partir destas constatações, KONRAD HESSE (1991) desenvolve pressupostos para uma cada vez mais efetiva eficácia constitucional: 1) quanto mais o conteúdo da Constituição corresponder à realidade, melhor; 2) é indispensável que a Constituição se mostre adaptável às novas condições temporais, daí que deve ser a mais compacta possível, albergando tão-somente

as normas mais elementares; 3) A Constituição deve incorporar, além dos princípios fundamentais, parte de suas forças contrárias, afinal, não existem direitos sem deveres, por exemplo, “a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma dose de unitarismo...” (HESSE, 1991, p. 21); 4) Além disso, e a partir da constatação de que “um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas de seu conteúdo, mas também de sua práxis” (HESSE, 1991, p. 21) todos os partícipes da vida constitucional devem partilhar da atribuição de preservar a “vontade da Constituição”, ainda que alguns tenham que abrir mão de benefícios ou vantagens justas.

Sendo certo que as luzes do professor germânico melhor se adaptam às constituições em vias de planejamento, no tocante à eficácia das normas constitucionais já em vigor deve-se dizer que, assim como todas as demais regras do ordenamento jurídico, também possuem força imperativa. Por isso, requerem dever de obediência, sob pena de uso coercitivo.

Grande problema que se vê relativamente à eficácia das normas constitucionais nem é tanto o descumprimento por ação, mas, sim, por omissão. Relativamente a esse complicador, a Carta de 1988 previu dois importantes remédios: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sendo o primeiro, ao contrário do segundo, para sanar descumprimento por omissão de direito subjetivo.

O importante é que o intérprete jamais esqueça que as normas constitucionais, sobretudo àquelas que dispõem sobre os direitos e as garantias fundamentais, devem dispor da maior eficácia possível, daí porque deverá patrocinar todos os esforços no sentido de garantir-lhes força de aplicação e imperação imediatas.

CONCLUSÃO

A hermenêutica Constitucional objetiva o estudo das técnicas de interpretação da constituição, fornecendo os princípios basilares segundo o qual os operadores do Direito devem apreender o sentido das normas constitucionais.

No entanto a hermenêutica constitucional é uma ciência que objetiva o estudo e a sistematização dos processos determinantes do sentido e do alcance das normas constitucionais.

Para se interpretar as regras constitucionais, a hermenêutica estabelece determinados princípios considerados como norteadores. Trata-se de analisar os seguintes princípios hermenêuticos, que facilitarão o processo interpretativo constitucional, quais sejam: Princípio da Supremacia da Constituição; Princípio da Unidade da Constituição; Princípio da Imperatividade da Norma Constitucional; Princípio da Simetria Constitucional; Princípio da Presunção de Constitucionalidade das Normas Infraconstitucionais.

O princípio da supremacia da constituição postula que a lei fundamental do Estado se encontra na parte mais elevada do ordenamento Jurídico, de modo que nenhuma norma pode contrariar as suas disposições normativas, sob pena de nulidade da norma inconstitucional.

O postulado da unidade da constituição define que as normas constitucionais devem ser interpretadas de modo a se evitar qualquer tipo de contradição entre ela mesma.

Os princípios constitucionais não são relevantes apenas pela questão da mera legalidade formal, mas igualmente referentes à fundamentação axiológica do direito, em termos de se objetivar valores sócio-políticos subsistentes quando da formalização de valores constitucionais pelo legislador constituinte. São valores intrínsecos ao ordenamento constitucional provendo o mesmo sentido valorativo, relacionando se igualmente com o ideal de Estado.

Princípios Fundamentais são como luzes irradiantes na interpretação constitucional. Conferem ao interprete da lei a lógica maior do ordenamento constitucional. Independentemente do grau de abstração revelada pelo ordenamento constitucional, cada princípio constitucional possui elemento valorativo que deve se adequado por meio de regras e casos concretos.

Como poderíamos prever os princípios podem entrar em colisão. Em termos concretos esse conflito não significa necessariamente a prevalência de um princípio sobre o outro, ou do mesmo modo o fato de que um venha a ser reconhecido como inconstitucional.

Ocorre que princípios são muitas vezes de igual valor. Os valores contidos em princípios devem apenas ser razoavelmente interpretados nos casos concretos. Qualquer colisão entre princípios requer uma avaliação sobre os valores intrinsecamente contidos, de modo a se estabelecer o ajustamento de princípios constitucionais.

Em decorrência de sua natureza normativa, os princípios constitucionais têm forma imediata, com eficácia e aplicabilidade direta, prestando-se a funções interpretativas, supletórias e normativas próprias, por isso a sua utilização para resolução de problemas jurídicos, inclusive como parâmetro de controle difuso e concentrado de constitucionalidade das leis de outros atos normativos ou de qualquer relação ao qual seja discutida sua conformidade com a constituição.

Na realidade contudo, a lógica sistêmica de uma constituição reconhece princípios como mandados de otimização dependentes de circunstâncias não apenas formais, mas concretas do mundo dos fatos. O processo interpretativo de uma constituição desenvolve-se especialmente através de casos difíceis. Embora sejam de difícil solução, tais casos tendem ao aprimoramento do ordenamento constitucional, formando grandes debates constitucionais.

Em alguns momentos os princípios produzem conflitos de interpretação que demandam uma certa ponderação nos valores constitucionais. Nesses casos específicos, a ponderação depende não só da realidade fática, mas também do grau de razoabilidade interpretativa do magistrado e do aplicador do direito como um todo.

Convém salientarmos que na estrutura aberta, indeterminada e vaga dos princípios constitucionais, em se tratando do plano abstrato, há a convivência harmônica, no entanto, nos casos concretos pode existir colisão entre dois ou mais princípios.

Para a solução dessas colisões, não se sacrifica inteiramente um princípio em favor da prevalência de outro, sendo indispensável a sua compatibilização em face dos princípios da unidade da constituição e da concordância prática, valendo-se para tanto do método da ponderação dos valores constitucionais protegidos pelos princípios, tudo isso operacionalizado através da máxima de proporcionalidade.

Conclui se dessa forma que os princípios constitucionais ficam correlacionados à questão do Estado de Direito. Isso significa uma interpretação que tenha compromisso com a realidade constitucional democrática vigente, que deve se estar voltada à garantia de direitos fundamentais da pessoa humana.

Acreditamos que os instrumentos de informação dos juizes constitucionais devem ser ampliados e aperfeiçoados, não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional.

Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da constituição, desta forma o direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juizes pode-se tornar mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador.

Da mesma forma a aplicação do direito processual constitucional pela corte constitucional deve ser flexível tendo como base à questão jurídica material e as partes que estão materialmente afetadas.

A análise do sistema jurídico constitucional brasileiro, ou de qualquer outra Constituição, não prescinde, em hipótese alguma, de um profundo estudo acerca dos princípios constitucionais. A força normativa da Constituição depende diretamente da existência de princípios constitucionais que tenham incidência no social.

Desta forma, inquestionável é a relevância da discussão que toma por objeto a normatividade dos princípios constitucionais. O reconhecimento do caráter normativo e vinculante dos princípios constitucionais, em última análise, é pressuposto de efetividade e continuidade do sistema normativo constitucional. Negar a natureza normativa dos princípios constitucionais equivale a não reconhecer a força jurídica ativa da Constituição, relegando a condição de simples ideário, uma mera carta de intenções da sociedade, podendo ser cumprida ou não.

Entretanto, a natureza normativa dos princípios constitucionais enseja o estabelecimento de critérios para a solução de conflitos surgidos entre tais espécies normativas, quando da sua aplicação à resolução do caso concreto.

A referência não toca às antinomias próprias que surgem quando da contradição entre regras jurídicas, ou entre regras e princípios. Diz respeito às antinomias impróprias, que não resultam de incompatibilidade insuperável entre princípios constitucionais, capazes de serem solucionadas pela aplicação de um princípio em detrimento de outro ou outros, em uma relação de precedência condicionada.

A chamada "lei de colisão", em tese, não parece acarretar maiores dificuldades de aplicação senão vejamos, quando da colisão entre dois ou mais princípios constitucionais reconhecidamente válidos em nosso sistema normativo, deve-se dar prevalência ao princípio de maior peso, levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto, em detrimento dos demais. Em uma relação de precedência condicionada, o princípio constitucional de maior densidade, em determinado caso, prevalece sobre os demais. A dificuldade reside em fixar critérios capazes de nortear a decisão pela precedência do princípio constitucional que deve ser aplicado.

Contudo, essa decisão pela maior densidade valorativa de determinado princípio constitucional, em detrimento de outro, deve ser pautada por critérios racionais, razoáveis, capazes de serem justificados dentro de uma racionalidade lógica, ainda que não se possa afastar a considerável carga subjetiva característica da decisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília – DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5ª. Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

_____, *Temas de Direito Constitucional. Eficácia e efetividade do direito à liberdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ª. Edição revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

_____, *Curso de Direito Constitucional*. 16ª. Edição ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 8. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para Resolução do Conflito entre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais* in MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Hermenêutica e Direitos Fundamentais*. 1ª. Edição, 2ª. Tiragem. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria Constitucional*. 2ª. Edição. Coimbra: Ed. Livraria Almedina, 1998.

DANTAS, Ivo. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 1995.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. 2ª. Edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 2ª Ed. Editora saraiva, São Paulo: 1996.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais RT, São Paulo: 1998.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional*, ABC editora, Fortaleza: 2001.

MARQUES NETO, Floriano P. de Azevedo. *O conflito entre princípios constitucionais: breves pautas para sua solução*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, Ano 3, n.º 10, janeiro/março, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Editora Forense, Rio de Janeiro: 2003.

MAGALHAES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. 3ª. Edição. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Hermenêutica e Direitos Fundamentais*. 1ª. Edição, 2ª. Tiragem. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5ª. Edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

MORAES, Germana Oliveira de. *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Editora Dialética, 1998.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROCHA, José de Albuquerque de. *Estudos Sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª. Edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.