XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

TEORIA CONSTITUCIONAL

EMILIO PELUSO NEDER MEYER

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARIA FERNANDA SALCEDO REPOLES

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Emilio Peluso Neder Meyer, Paulo Roberto Barbosa Ramos, Maria Fernanda Salcedo Repoles – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-140-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional. 3. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O livro Teoria Constitucional reúne artigos os quais articulam ideias sobre os principais fundamentos da teoria constitucional, dando especial atenção à sua dinâmica e desenvolvimento em um contexto globalizado que impõe novos e desafios à lei fundamental.

São discutidas questões atinentes ao poder constituinte, cultura constitucional, interpretação constitucional, princípios constitucionais e alternativas à ponderação, discricionariedade judicial, interpretação constitucional, judicialização e acesso à justiça. As temáticas abordadas procuram refletir debates contemporâneos que permeiam a Teoria da Constituição em todo o mundo. Pode-se perceber, de um lado, a necessidade de difusão (mas também revisão) de inúmeros pressupostos dogmáticos: vários artigos não só apresentam, mas criticam, o uso da proporcionalidade por órgãos judiciais nacionais e transnacionais. De outro lado, os trabalhos são acompanhados de uma abordagem de forte perspectiva crítico-filosófica: a influência da filosofia da linguagem e o papel da sociologia jurídica atestam a transdisciplinariedade necessária para compreender a complexidade dos problemas que hoje perpassam o Direito Constitucional.

Não são outras as razões pelas quais a tensão entre Constitucionalismo e Democracia é inúmeras vezes invocada. Os recentes avanços do Novo Constitucionalismo Latino-Americano (em países como Bolívia, Equador e Colômbia, por exemplo), a necessidade de reforçar o papel da participação popular no acesso à justiça, o reequacionamento da relação entre força normativa da Constituição e as recorrentes frustrações da "concretude constitucional", o enfrentamento e o questionamento de uma "cultura constitucional", são todas questões que são objeto de investigação. Mais do que isso, perpassando o caso brasileiro, a reforma política é discutida na sua dimensão constitucional; o papel do Supremo Tribunal Federal na relação entre controle difuso de constitucionalidade e controle concentrado de constitucionalidade é enfrentado na ótica de realização (ou não) de anseios democráticos, principalmente pensado a partir de importações acríticas de conceitos, como o de mutação constitucional; e, como não poderia deixar de ser, a problemática do ativismo judicial é o tema de inúmeros trabalhos.

Perguntas recorrentes perpassam a compreensão da teoria constitucional exposta nos artigos. A ausência de uma maior reflexão sobre a historiografia chama a atenção para a necessidade

de refletir a respeito da manutenção de uma dependência de inúmeros sistemas constitucionais latino-americanos de um processo econômico pouco afeto a uma base popular. Isto se coloca de forma incisiva quando se pensa como somos irmanados em um passado ditatorial e autoritário que precisa ser adequadamente reconstitucionalizado. É dizer, é preciso pensar direitos de indígenas, campesinos e quilombolas, apenas para ficar em algumas identidades, a partir de uma perspectiva eminentemente emancipatória e cônscia do que significa, de fato, fazer democracia depois de autoritarismos.

É preciso perceber o papel reconstrutivo que a Teoria da Constituição desempenha perante os institutos do Direito Constitucional. Várias das leituras dogmáticas de institutos da jurisdição constitucional são feitas a partir de uma chave de compreensão democrática. Assim, fenômenos como o papel dos princípios na ordem constitucional ou ativismo das cortes merecem detida atenção e reflexão nos textos que se seguem. Por exemplo, torna-se possível distinguir o ativismo judicial da atuação judicial responsável e garantidora da efetivação da Constituição.

Espera-se que o leitor possa, a partir das reflexões lançadas no livro, entrar em diálogo com perspectivas democráticas e emancipatórias que possam, de fato, cooperar com um sentido forte de construção do projeto constituinte de 1988.

HIERARQUIA ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E AS ALTERNATIVAS DE PONDERAÇÃO

JERARQUÍA ENTRE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y TÉCNICAS DE PONDERACIÓN

Renata Souto Perdigao Granha

Resumo

O presente trabalho tem o objetivo de estabelecer a trajetória das normas constitucionais desde os tempos mais remotos, com as suas respectivas classificações, naturezas e eficácia, até as concepções mais modernas e atuais. Buscamos aprofundar os pontos comuns e de tensões existentes entre princípios e regras e expor suas diversas abordagens doutrinárias, bem como apresentar algumas técnicas de interpretação constitucional no contexto dos princípios fundamentais. Procuramos desenvolver contrapontos teóricos, enfatizando métodos de ponderação e suas respectivas influências, a fim de trazer soluções de conflitos entre princípios fundamentais, ilustrando o tema com recentes decisões dos Tribunais Superiores, os quais utilizaram essas técnicas para dirimir conflitos sobre preceitos fundamentais.

Palavras-chave: Normas constitucionais, Hierarquia, Princípios fundamentais, Ponderação

Abstract/Resumen/Résumé

Este estudio tiene como objetivo establecer la trayectoria de las normas constitucionales desde la antigüedad, con sus respectivas clasificaciones, naturaleza y eficacia, a las concepciones más modernas y actuales. Buscamos profundizar en los aspectos comunes y de tensiones entre los principios y las normas, como también exponer sus diferentes planteamientos doctrinales, además de presentar algunas técnicas de interpretación constitucional en el contexto de los principios fundamentales. Buscamos desarrollar contrapunto teórico, haciendo hincapié en los métodos de ponderación y su influencia con el fin de aportar soluciones a los conflictos entre los principios fundamentales, que ilustra el tema con las recientes decisiones de los Tribunales Superiores, que utilizaron estas técnicas para resolver conflictos sobre preceptos fundamentals.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Normas constitucionales, Hierarquia, Princípios fundamentales, Ponderación

INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal ocorreu há vinte e sete anos e, ao que parece, o Brasil evoluiu significativamente em muitos aspectos em relação ao regime anterior. Entretanto, não se pode esperar do Direito a resolução de todas as mazelas estruturais no âmbito da política, da economia e do judiciário, pois que há diversos fatores que limitam a efetivação dos preceitos constitucionais, nas diversas áreas de abrangência.

O presente trabalho tem como objetivo concentrar alguns aspectos das normas constitucionais, quanto à sua natureza e alcance, e as técnicas para soluções de conflitos entre princípios fundamentais, tendo sido utilizado o método de pesquisa bibliográfica.

Inicialmente, serão enunciadas as formas interpretativas mais relevantes na doutrina, a efetividade das normas constitucionais, a imperatividade da decisão, as classificações, com particular referência aos conceitos de princípios e regras e os princípios norteadores mais explorados pela doutrina.

Acerca da existência de conflitos entre os princípios constitucionais aplicáveis ao caso concreto, serão apresentadas diversas considerações e, por fim, abordada a técnica de ponderação para soluções de conflitos entre direitos fundamentais, em especial as recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

2. AS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUA NATUREZA

A partir de meados do séc. XX, um dos maiores desafios que a teoria da Constituição enfrentou foi o da força normativa da Constituição. Os expoentes dessa concepção, dentre outros, foram Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse, que apresentaram inúmeros trabalhos sobre a essência e a força normativa da Constituição.

Lassalle (2001, p. 10) desenvolveu sua doutrina no campo da sociologia e considerou que as questões constitucionais são políticas e não jurídicas, conceituando os "fatores reais de poder como a força ativa que atua no seio de cada sociedade; essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes". Afirmou a existência de duas Constituições: uma real, formada pelos fatores reais de poder e a jurídica, um "mero pedaço de papel" com eficácia limitada (LASSALLE, 2001, p. 10).

Já Hesse (1991, p. 11), que elaborou sua tese a partir das ideias de Lassalle, considerou que o elemento essencial de uma Constituição é a normatividade, mas o seu conteúdo material deve ser extraído das normas substantivas que se orientam das próprias sociedades, reguladas pela própria Constituição (NETO, 2014, p. 193). A prevalência da Constituição real repousa na

negação da ordem jurídica e do próprio Direito Constitucional e de seu valor como ciência jurídica; ela sustenta a força normativa da Constituição e a sua capacidade de conter, “ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado” (HESSE, 1991, p. 11).

Fundamental no pensamento de Hesse (1991, p. 6-10) é a questão da influência da realidade para a determinação do conteúdo constitucional. Defende o autor que "as normas constitucionais não podem ser interpretadas no campo da abstração". Em contrapartida, a interpretação constitucional também não deve conter somente traços da realidade, diante de seu poder regulador.

Neste diapasão, Hesse (1991, p. 10) defende:

> A norma Constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (geltungsansprunch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. (...) A pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização.

As normas constitucionais para Hesse (1991, p. 10) podem regular a vida social e política, mas ao mesmo tempo, variar de acordo com o que o autor denominou "vontade de Constituição", "que é o empenho dos que vivem sob a sua égide e no sentido de lutar pela efetivação dos seus comandos".

Ante essa regulação, Hesse vinculou a interpretação da norma constitucional com a realidade e, seu discípulo Friedrich Müller (NETO, 2014, p. 194) estabeleceu parâmetros para a racionalização da concretização constitucional, desenvolvendo a necessidade de se "identificar empiricamente" (MÜLLER *apud* NETO, 2014, p. 193) a delimitação "âmbito normativo". O âmbito da norma significa o intérprete usar os "dados da sociologia, da ciência política, da economia e de outros dados exigidos pelo âmbito normativo da prescrição concretizada" (MÜLLER *apud* NETO, 2014, p. 194).

O âmbito da norma jurídica encontra-se na necessidade e, ao mesmo tempo, aos anseios de ordem, equilíbrio e equidade, cujas origens correspondem a determinada realidade social. Ao criar uma norma, espera-se do legislador certo grau de concretude e eficácia.

Segundo Ana Paula de Barcellos (2011, p. 29), “o elemento essencial do direito, e da norma jurídica em particular, consiste na imperatividade dos efeitos propostos”, lembrando a instrumentalidade do direito como agente de transformação da sociedade, com destaque para a coercitividade da norma e a sua eficácia jurídica, por meio da qual, “uma vez desrespeitada uma norma, podem ser exigidas providências diante do Judiciário, instituição responsável por sua

imposição coativa" (BARCELLOS, 2011, p. 31). O texto constitucional, por consequência, deve ser assimilado, neste contexto, como um conjunto de normas jurídicas e não como meros postulados políticos. Desse modo, como norma jurídica que é, a Constituição se apresenta sob a forma de regras e princípios.

1.1 Classificação das normas jurídicas constitucionais (regras e princípios)

Há diversos estudos sobre regras e princípios, mas não se pretende esgotar todas as discussões teóricas acerca do tema. Serão abordados os conceitos gerais e as principais diferenças entre normas e princípios de índole constitucionais, necessários à compreensão posterior acerca das características do constitucionalismo recente, na busca da solução de conflitos do conteúdo normativo.

Regras, segundo Luiz Roberto Barroso (2003, p. 338-339), são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. No conflito entre duas regras, objetivamente, somente uma irá prevalecer. Princípios "contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo e indeterminado de situações" (BARROSO, 2003, p. 339). No caso de colidência entre princípios, aplicar-se-á, mediante a ponderação, técnica, que consiste na graduação das circunstâncias e situações concretas apresentadas.

Os princípios são normas com conteúdo axiológico e contam com significativa carga ética; já as regras, descrevem condutas.

É predominante neste trabalho o conteúdo abordado por Ana Paula de Barcellos (2005, p. 170), tendo em vista a forma didática e clara pela qual apresentou o assunto.

Inicialmente, a autora parte da ideia de que as "regras descrevem comportamentos, sem se ocupar diretamente dos fins que as condutas descritas procuram realizar" (BARCELLOS, 2005, p. 171). Os princípios, "ao contrário, estabelecem estados ideais, objetivos a serem alcançados, sem explicitarem necessariamente as ações que devem ser praticadas para a obtenção destes fins". Inexiste hierarquia entre regras e princípios, entretanto ambos desempenham funções distintas na Constituição.

Não se pode limitar à descrição geral, pois em diversos momentos interpretativos haverá a necessidade de complementação e, para isso, parte-se de dois elementos, o primeiro, que se refere ao efeito pretendido pelo enunciado e o segundo o qual envolve as condutas necessárias para a realização desses efeitos e que podem ser exigidas.

As regras, por sua vez, "são enunciados que estabelecem, desde logo, os efeitos que pretendem produz no mundo dos fatos, efeitos determinados e específicos" (ÁVILA *apud* BARCELLOS, 2005, p. 170).

Outra importante contribuição vem de Edilson Pereira de Farias (1996, p. 23), o qual afirmou:

> "que o gênero que designa "normas jurídicas possui duas espécies: princípios e regras jurídicas para a distinção entre princípios e regras existem alguns critérios, citando pelo menos duas dessas ideias: a chamada forte, segundo a qual há uma diferença clara e radical, embora apenas de grau, e a débil, que considera não existir uma distinção clara entre princípios e regras, sendo a diferença apenas qualitativa".

Os expoentes da "distinção forte" entre princípios são Ronald Dworkin e Robert Alexy. Dworkin considera o equívoco das doutrinas positivas conceber o Direito como modelo exclusivo de regras, ignorando a função que os princípios desempenham no sistema jurídico, notadamente na solução dos *hard cases*. Segundo o autor americano, os princípios se diferenciam das regras do ponto de vista estrutural e lógico, eis que deve haver aproximação entre direito e moral e a distinção lógica entre regras e princípios aparece mais claramente quando consideramos princípios, que nem mesmo se parecem com as regras. Princípios têm uma dimensão que as regras não têm.

Ensina, ainda, Dworkin que "um princípio é um *standard*" que deve ser observado porque é uma exigência da própria justiça e da equidade. As regras, entretanto, são aplicáveis de forma completa ou não são, o que significa que a pertinência dessas normas para a solução dos casos deve ser resolvida sob a forma de tudo ou nada.

Alexy (1996, p. 134-135) preleciona:

> Um princípio é relevante para uma decisão de direito fundamental quando ele pode ser utilizado corretamente a favor ou contra uma decisão nesse âmbito. Se ele puder ser utilizado corretamente, então ele é válido.
> (...)
> As disposições de direitos fundamentais podem ser consideradas não somente como uma positivação e uma decisão a favor de princípios, mas também como a positivação e uma decisão a favor de princípio, mas também como a expressão de uma tentativa de estabelecer determinações em face das exigências de princípios contrapostos.

Diante do exposto, é possível considerar que as normas constitucionais são uma fonte primária do ordenamento jurídico, sendo a sua natureza e eficácia relacionadas com as finalidades a que se propõem, vinculando o caráter mandamental do diploma legal.

Canotilho (1993, p. 1114) considera a Constituição um documento com sentido normativo, devendo-se obedecer "aos princípios fundamentais progressivamente revelados pelo constitucionalismo". O autor português acrescenta duas teses básicas:

> (a) a constituição é um conjunto de regras jurídicas (normas e princípios) codificadas num texto (documento) ou cristalizadas em costumes e que são consideradas proeminentes (*paramount law*) relativamente às outras regras jurídicas;
> (b) a constituição é um conjunto de regras jurídicas de valor proeminente porque estas são portadoras de determinados conteúdos aos quais é atribuído numa comunidade um valor específico superior.

Os princípios, no Brasil, não se resumem àqueles consagrados expressamente na Constituição. O Direito não se esgota em si mesmo, seja na ideologia positivada ou nas fórmulas verbais impostas, ainda que bem articuladas, utilizando-se de uma retórica desprovida de finalidade e conteúdo.

Nossa cultura tradicionalmente positivada tende a se restringir nos quatro primeiros artigos da Constituição de 1988, entretanto é preciso superar esta limitação interpretativa que, não raro, engessa nosso sistema de normas e regras constitucionais.

Quanto às inúmeras classificações sobre normas constitucionais na doutrina, faremos uso daquelas que, a partir dos critérios da eficácia e do objeto, foram consideradas relevantes ao presente estudo.

Maria Helena Diniz (1998, p. 45) divide as normas constitucionais em normas com eficácia absoluta, plena, relativa ou restringíveis e relativa complementável ou dependentes de complementação. Essas últimas, possuem aplicação indireta porque dependem de uma norma futura, seja na forma de lei ordinária ou complementar. Estas normas devolverão a eficácia, permitindo o exercício do direito[1]. Sua possibilidade de produzir efeitos é mediata. Entretanto, sua eficácia será paralisante de efeitos, que forem incompatíveis e impeditivos de qualquer conduta contrária à estabelecida a *priori*.

Já Luis Roberto Barroso (2003, p. 357) elabora a seguinte divisão: Normas constitucionais de organização, normas definidoras de direitos e normas constitucionais programáticas:

> 1) Normas constitucionais de organização - são as que possuem o objetivo de organizar o exercício do poder político;
> 2) Normas definidoras de direitos - objetivam fixar os direitos fundamentais dos indivíduos;
> 3) Normas constitucionais programáticas - traçam os fins públicos a serem alcançados pelo Estado. De imediato, no entanto, geram os seguintes efeitos: revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que substanciam; carreiam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos.

A eficácia normativa é a "aptidão de produzir efeitos jurídicos, ao regular as situações, relações e comportamentos nela indicados" (SILVA, José, 1982, p. 56).

> Uma das formulações mais citadas e que sofreu influência ideológica do contexto após a 2a Guerra foi a de José Afonso da Silva[2], intitulada *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, em que questionou e negou a doutrina mais tradicional.

> Para o autor, todas as normas constitucionais contam com algum nível de eficácia e, partindo-se dessa premissa, José Afonso da Silva[3] (DERBLI *apud* NETO, 2014, p. 193) , elaborou a famosa classificação das normas constitucionais, da seguinte forma:
> a) Normas de eficácia plena (aplicabilidade imediata) - Prevalece hoje na doutrina e jurisprudência e se reconhece a eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais. Tais normas não dependem do conteúdo de outras normas infraconstitucionais para produzir efeitos. Segundo José Afonso da Silva, "não parece possível estabelecer um critério único e seguro para distinguir as normas constitucionais de eficácia plena das demais". Possível sim, fixar regras gerais sobre o assunto ou que contenha a integralidade dos elementos e requisitos a sua incidência direta. São normas que definem certas situações, bens e interesses jurídicos.
> b) Normas de eficácia contida (aplicabilidade imediata) - Apesar de estas normas não precisarem de regulamentação e também reunirem as condições necessárias para a produção de seus efeitos, solicitam, ainda que em menor escala, a interferência do legislador para regulamentar direitos subjetivos. São normas que sua eficácia pode ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, em caso de ocorrência de estado de exceção, por exemplo.
> c) Normas constitucionais de eficácia limitada (aplicabilidade indireta) - São normas de eficácia reduzida, visto que carecem de maior grau de normatividade pelo legislador, para a produção de seus efeitos. Estas normas necessitam de regulamentação infraconstitucional e possuem duas categorias:
> c1) Normas de princípios institutivo - São as normas que "contêm esquemas gerais, um como que início de estruturações , órgãos ou entidades", também identificadas por "normas de princípio orgânico ou organizativo". Tais normas se caracterizam por indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia para garantia de uma aplicação efetiva.
> c2) Normas de princípio programático - São normas de ação em que seu resultado prático depende do compromisso por parte do Estado de assumir a responsabilidade para sua concretização. Segundo José Afonso da Silva, "definem compromisso entre as forças políticas liberais e tradicionais e as reivindicações populares de justiça social".

Quanto aos efeitos das normas constitucionais programáticas, a doutrina desenvolveu a ideia recente acerca da "eficácia impeditiva de retrocesso social": uma vez concretizada a norma constitucional, o legislador não mais poderia retroceder, revogando a legislação concretizadora" (DERBLI *apud* NETO, 2014, p. 373). Tais normas não geram direitos subjetivos positivos, portanto não vinculam o estado à realização de prestações positivas.

Há diversas críticas formuladas por doutrinadores de renome à teoria de José Afonso da Silva. Em que pese sua relevância, não se pode perder de vista que, de fato, existem lacunas em sua teoria, como caráter material da norma em detrimento de um formalismo absoluto. Uma das críticas apontadas por seu filho Virgílio Afonso da Silva, demonstra a incompatibilidade entre a teoria de José Afonso com a classificação das normas de direitos fundamentais. Ora, se direitos fundamentais não são absolutos, como considerar, por exemplo, uma norma de eficácia plena? O próprio legislador está apto a restringir direitos fundamentais para tutela de outros direitos, utilizando-se de métodos de ponderação. Se as normas garantidoras de direitos fundamentais são suscetíveis de restrição, não prospera a distinção entre as normas de eficácia contida e as de eficácia plena.

Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (NETO, 2014, p. 419-420) ensinam a respeito:

> Entendemos que a gradação dos efeitos das normas constitucionais não podem prescindir de uma análise material em que considerações revestidas de conteúdo moral se tornam inafastáveis. (...) No contexto presente de reabilitação do uso prático da razão, o tema da eficácia normativa não pode continuar circunscrito a abordagens formalismo, devendo envolver também considerações substantivas e morais.

A proposta de uma norma constitucional não é enumerar declarações, recomendações ou avisos. O que se espera da Constituição é uma força imperativa capaz de vincular legisladores e operadores do direito a não legislarem ou agirem de modo contrário a essas normas. Por isso, a importância em apresentar a classificação das normas constitucionais, que tem como finalidade conduzir à compreensão de sua essência na esfera da natureza e da eficácia.

2. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O verbo interpretar indica "pôr em contato duas partes falantes, remetendo à ideia de mediação" (MACHADO, 1990, V. III, p. 555). A tarefa interpretativa não ocorre com uma completa isenção do intérprete, "despido de preconceitos", mas surge no cenário condicionada a valores e vivências daquele que interpreta.

Os elementos ortodoxos de interpretação constitucional trazidos por Savigny (SAVIGNY *apud* NETO, 2014, p. 419-420) são o gramatical, o histórico, o lógico, e o sistemático. Todos estes elementos tradicionais levam o intérprete a situações previsíveis e uniformes, retirando o desempenho criativo na concretização interpretativa.

A literatura mais tradicional entende a interpretação constitucional como tarefa judicial, "com destaque para o papel das cortes constitucionais e das supremas cortes" (SAVIGNY *apud* NETO, 2014, p. 403). Entretanto, como passar da história, surgiu a necessidade de métodos mais específicos e incidentes na vida social e política, conforme defende Hesse (HESSE *apud* NETO, 2014, p. 24):

> a interpretação constitucional deve ser parte do processo de concretização constitucional, que inclui desde a definição das possibilidades interpretativas do texto até a decisão do caso concreto, a qual demanda consideração da realidade abrangida pela norma a ser concretizada.

Para Hans Kelsen (1998, p. 467), a interpretação do Direito é feita "dentro de uma moldura de significações". A interpretação de uma norma jurídica deve conduzir a várias soluções possíveis. Nesse sentido, Kelsen (1998, p. 421) ensina:

> Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objecto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, consequentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correcta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no acto do órgão aplicador do Direito – no acto do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

A hermenêutica jurídica pressupõe pensar de forma conjunta e contextualizada sobre um caso concreto e por isso não se pode afirmar que faz parte de um fenômeno exclusivamente jurídico.

A interpretação constitucional é efetivada de acordo com as condições históricas e culturais de uma sociedade. Toda interpretação equivale a um contexto intrínseco emanado da atividade do intérprete. Conforme preleciona Jane Reis (2006, p. 47), nesta perspectiva, é relevante mencionar o fenômeno da pré-compreensão, que "decorre do conjunto de experiências do intérprete e do contexto social em que se insere".

Conforme ensina Claudio Pereira de Souza Neto (2014, p. 421):

> A pré-compreensão é o ponto de partida do intérprete para o ingresso no círculo hermenêutico, em que aquela antecipação de sentido é testada, considerando-se diversos elementos, como o texto normativo, o sistema, as consequências práticas da decisão etc.

Autores filiados às concepções da nova hermenêutica ressaltam a importância da pré-compreensão na interpretação do Direito, mas necessário cautela no sentido de se recusar a utilização de um método, conforme pensam alguns autores, como Lênio Streck (2006, p. 91-93).

Comungamos com a ideia de que o método é indispensável para controlar os abusos pelo intérprete, entretanto, a interpretação constitucional deve ir além e evitar limitações meramente metodológicas. Tampouco deve estar desprovida de concepções e de racionalidade. O que mais aproxima a interpretação constitucional da realidade contemporânea é a valorização da cultura da sociedade e a legitimação da justiça em nome da Constituição.

Ao falar de nova interpretação constitucional, não se pode perder de vista: "a normatividade de princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação” (STRECK, 2006, p. 331) Ela nasce da evolução social e das mutações culturais.

Tudo isso visa conter a discricionariedade judicial, demarcando parâmetros para a ponderação de valores e interesses.

As constituições contemporâneas apresentam, um número significativo de direitos fundamentais positivados. Em muitos casos, anunciam preceitos disciplinadores de sua aplicação, com o escopo de especificar tutelas de direitos fundamentais. Por conta disso, necessária é a utilização de métodos de interpretação relacionados a ferramentas específicas visando uma proteção particularizada destes direitos, por intermédio da racionalização, objetividade e coerência do discurso jurídico.

O desafio do sistema jurídico contemporâneo, por tão complexo que se apresenta, tem ocupado a doutrina e a jurisprudência no sentido de dotar a interpretação dos direitos fundamentais de mecanismos cada vez mais coerentes e objetivos para as tomadas de decisão jurisdicional.

A seguir, apresentaremos uma composição sobre os mais relevantes princípios inerentes à interpretação constitucional, que servirão de sustento à solução dos preceitos fundamentais colidentes.

2.1 Princípios norteadores da interpretação constitucional

Neste ponto da pesquisa serão enumerados alguns catálogos sobre princípios constitucionais apresentados por doutrinadores de renome, a fim de facilitar a compreensão relativa à regra de ponderação dos direitos fundamentais exposta em seguida.

J. J. Gomes Canotilho (1993, p. 1115) propõe princípios, fixando-os como ponto apoio para a teoria da interpretação constitucional. Esse elenco auxilia na tarefa interpretativa, aponta princípios basilares:

> (1) relevantes para a decisão (= resolução) do problema prático (princípio da relevância); (2) metodicamente operativos no campo do direito constitucional, articulando direito constitucional formal e material, princípios jurídico-funcionais (ex.: princípio da interpretação conforme a Constituição) e princípios jurídico-materiais (ex.: princípio da unidade da Constituição, princípio da efectividade dos direitos fundamentais); (3) constitucionalmente praticáveis, isto é, susceptíveis de ser esgrimidos na discussão de problemas constitucionais dentro da 'base de compromisso' cristalizada nas normas constitucionais (princípio da praticabilidade)

Em suma, pode ser enumerado da seguinte forma: a) o princípio da unidade da Constituição; b) o princípio do efeito integrador; c) o princípio da máxima efetividade; d) o princípio da "justeza" ou da conformidade funcional; e) o princípio da concordância prática ou da harmonização; f) o princípio da força normativa da Constituição.

Konrad Hesse (1991, p. 35) relacionou princípios constitucionais da seguinte forma: princípio da unidade da constituição, da concordância prática, da correção funcional, da eficácia integradora, da força normativa e da interpretação conforme à constituição.

Luiz Roberto Barroso (2003, p. 358-374) considera que as normas constitucionais são jurídicas e sua interpretação serve-se dos conceitos e elementos clássicos de interpretação em geral. Desta forma, enumera princípios constitucionais destacando-os como princípios instrumentais: a) o princípio da supremacia da constituição; b) o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público; c) princípio da interpretação conforme a constituição, c) princípio da unidade da constituição; d) princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade; e) princípio da efetividade; o princípio da superioridade jurídica (a constituição é dotada de supralegalidade em relação às demais normas jurídicas); f) a natureza da linguagem.

Os princípios materiais, recebem a seguinte classificação: a) princípios fundamentais (decisões políticas relevantes de Estado); b) princípios gerais (especificam princípios fundamentais); c) princípios setoriais ou especiais (representam o conjunto de normas relativas a determinado tema específico).

Para Claudio Pereira de Souza Neto (2014, p. 419-420), ante a especificidade da interpretação constitucional enumera princípios específicos de interpretação da seguinte forma: princípio da unidade da constituição e concordância prática, da força normativa da constituição, da correlação funcional, princípio das razões públicas, do cosmopolitismo, da interpretação conforme à constituição, da presunção graduada de constitucionalidade dos atos normativos.

Unânime entre os estudiosos considerar dois princípios como os mais importantes da hermenêutica constitucional: o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade. Ambos serão abordados na próxima seção, a fim de preparar os fundamentos para a solução de conflitos entre princípios fundamentais.

3. HIERARQUIA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS E PONDERAÇÃO

Muito se discute acerca da prevalência ou não de uma norma constitucional sobre outra, mas não restam dúvidas de que existem normas mais importantes e que se incumbem de uma função mais destacada. Há na doutrina constitucional variadas posições que negam a existência de conflitos desta natureza, ensejando cautela ao poder judiciário em detrimento da segurança jurídica.

As normas de Direito não são acumuladas aleatoriamente, concorrendo umas com as outras no mesmo nível de prevalência. Ao contrário, elas tendem a se ajustar de forma hierarquizada, até chegarem a maior aplicabilidade concreta e específica. Kelsen (1998, p. 467) assim ensinou:

> O ordenamento jurídico não é, portanto, um sistema jurídico de normas igualmente ordenadas, colocadas lado a lado, mas um ordenamento escalonado de várias camadas de normas jurídicas.

Diversas constituições democráticas utilizam até hoje o modelo kelseriano, em cuja base organizacional normativa há inúmeros atos específicos e concretos originários de normas também concretas, na forma sucessiva; em outras palavras, quanto mais se avança verticalmente no sentido da generalidade da norma, mais abrangente seu alcance. Este modelo de sistema tende a integrar a Constituição com conteúdo de norma fundamental e ampla, que defende a validade de todas as outras.

A perspectiva trazida por Dworkin (2007. p. 211) recusa o conflito de normas. Sustenta o autor que "se as normas constitucionais forem interpretadas de forma coerente com os valores morais, elas jamais entrarão em conflito". O autor parte de um mesmo ideal e tenta uniformizar a moral e a ética, e por isso é alvo de críticas por outros pensadores.

Os critérios clássicos para a solução de antinomias jurídicas são: "o hierárquico, o cronológico e o da especialidade" (DWORKIN, 2007, p. 213).

Os critérios hierárquicos sustentam a possibilidade de a jurisdição constitucional invalidar preceitos constitucionais.

O segundo critério, o cronológico, é usado para resolver antinomias entre normas originárias e normas derivadas resultantes de emendas constitucionais aprovadas em momentos distintos. Neste caso, as normas posteriores prevalecem sobre as anteriores.

O critério da especialidade retira da incidência da norma constitucional mais geral a hipótese disciplinada pela norma mais específica.

Abordaremos de forma mais específica o critério hierárquico, por ter relação com o conteúdo do presente trabalho.

Segundo um grande número de pensadores, é possível a jurisdição constitucional invalidar preceitos constitucionais. Otto Bachof (2014, p. 12) foi um importante autor que tratou do tema referente à hierarquia constitucional na obra intitulada *Normas Constitucionais Inconstitucionais*. O renomado autor defende a possibilidade de se estabelecer hierarquia entre as normas da constituição, com a prevalência do direito suprapositivo. Assim descreve (BACHOF, 2014, p. 68):

> a favor da incorporação na Constituição milita a circunstância de o direito supralegal ser imanente a toda ordem jurídica que se reivindique legitimamente a toda ordem constitucional que queira ser vinculativa.

Para tanto, deve-se perquirir, inicialmente, se normas constitucionais podem ser consideradas inconstitucionais, no sentido de que seria possível a jurisdição invalidar preceitos constitucionais que colidissem com valores suprapositivos acolhidos pela própria constituição.

Bachof (2014, p. 70) contribui com um elenco de diferentes possibilidades de normas constitucionais inconstitucionais. Diferencia constituição em sentido formal e em sentido material, e posteriormente, verifica a incidência de normas inconstitucionais decorrentes da Constituição formal (escrita) e material, (não escrita).

Seguem duas hipóteses apresentadas pelo autor (BACHOF, 2014, p. 48-54):

Uma norma constitucional pode ser inconstitucional por violação do direito constitucional escrito (formal).

> *1a. hipótese*: inconstitucionalidade de normas constitucionais ilegais - considera que a questão da validade de uma constituição põe-se, em geral, apenas em relação à legitimidade, não à legalidade da mesma. No âmbito restrito, as questões de legalidade podem assumir significado tanto relativamente à constituição como relativamente a normas constitucionais singulares. Uma norma só poderá ser considerada inválida ou inconstitucional em virtude da infração de semelhantes disposições processuais, se e enquanto os titulares do poder constituinte continuarem a reconhecer essas leis como obrigatórias;
> *2a. hipótese*: inconstitucionalidade de leis de alteração da constituição - o poder constituinte é passível de sofrer a revisão aparentemente inconstitucional de normas que não correspondem à vontade do povo. Se uma alteração da Constituição, apesar de sua inconstitucionalidade (formal ou material), se impõe, se o direito assim produzido adquire, portanto, positividade, (...), então o novo direito ter-se-á tornado ele próprio, daí em diante, direito constitucional vigente. (...) Trata-se de remoção da Constituição.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal[1] já se manifestou sobre o tema e rechaçou a tese de Bachof. Reconhece, no entanto, a impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de norma ditada pelo poder constituinte originário, pois apesar de existirem normas constitucionais mais relevantes que outras, não há hierarquia formal entre elas (a única exceção diz respeito às cláusulas pétreas, as quais são superiores em relação às normas editadas pelo poder constituinte derivado); segue ementa, *in verbis*:

> Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e incompossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores

[1] ADI 815, 10.05.1996 http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547 acesso em 15.07.2015

> em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.

Outro enfoque sobre utilização do critério hierárquico envolve o reconhecimento de uma escala absoluta de preferências entre as normas constitucionais. No caso de conflito, a norma superior sempre deverá prevalecer. Porém este sistema de prioridades tende ao insucesso, eis que "os princípios mais importantes podem ser limitados para que tenha lugar a realização de princípios de menor importância". É necessário cuidado em se “padronizar” a ponderação de princípios, capaz de retira a força criativa do judiciário, tendendo criar sistemas de previsibilidades em relação a casos futuros.

No tema a seguir, serão ressaltados alguns critérios de ponderação e razoabilidade utilizados para dirimir conflitos entre princípios constitucionais.

3.1 A técnica da ponderação aplicada aos princípios constitucionais colidentes

A complexidade das relações humanas no século XXI trouxe inúmeras mudanças na sociedade, na política e, por conseguinte, no direito.

À medida que avançam essas transformações, amplia-se a necessidade de atuação dos Poderes, sendo o pano de fundo a Constituição Federal, especialmente no que diz respeito à busca por garantias dos direitos fundamentais.

A técnica da ponderação recebeu influência da doutrina norte-americana, podendo ser entendida, segundo Ana Paula de Barcellos (2005, p. 23) como a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.

Explica a autora (BARCELLOS, 2005, p. 24):

> é possível visualizar na doutrina e na prática jurídica brasileiras ao menos três maneiras diferentes de compreender a ponderação. Em primeiro lugar, a ponderação é descrita como a forma de aplicação dos princípios. A segunda maneira de compreender a ponderação é a que a visualiza, sem maiores preocupações dogmáticas, como um modo de selecionar qualquer conflito normativo, relacionado ou não com a aplicação de princípios. (...) Por fim, e em terceiro lugar, diversos autores ligados às discussões sobre a teoria da argumentação compreendem a ponderação em sentido mais amplo, como elemento próprio e indispensável ao discurso e à decisão racionais.

Ponderação, assim, é a atividade pela qual se avaliam os enunciados normativos e os argumentos de ordem moral, econômico, político, etc. Por isso, a técnica de ponderação jurídica se confunde com a própria hermenêutica.

O problema se intensifica ainda mais quando várias disposições constitucionais originárias incidem sobre a mesma hipótese, apresentando diversas soluções.

Jane Reis (2006, p. 234-240) sustenta que "uma das formas de solucionar as questões sobre a tutela do direito fundamental é a "categorização". Significa dispor e correlacionar os fatos examinados em categorias no contexto das normas constitucionais.

Acrescenta, ainda (REIS, 2006, p. 239):

> Categorizar, no sentido que aqui se adota, significa delinear os contornos dos direitos e, a partir das categorias gerais formuladas, qualificar as situações de fato, enquadrando-as na classe pertinente. Em outras palavras, categorizar é entender as normas jurídicas como tipos, os quais devem ser correlacionados às questões fáticas de modo a definir seus casos de aplicação.

O método categorizador coloca as questões legais como diferenças de tipos; para a ponderação, são questões de grau (SULLIVAN apud REIS, 2006, p. 235).

Na ponderação há uma busca, talvez com mais preponderância, dos conteúdos analisados, enquanto, na categorização, estabelece-se um plano mais objetivo de subsunção das normas jurídicas de uma sobre as outras - "raciocínio binário"[4] (REIS, 2006, p. 237).

Importante analisar o grau de adaptação de uma constituição à sociedade (indivíduos e grupos particularmente considerados), que tende a se modificar durante a sua vigência normativa, principalmente as que vigoram por longos períodos de tempo.

A força normativa da constituição logra converter-se em força do presente, atualizada, impondo tarefas concretas e, preferencialmente, legítimas para a sociedade, por isso a ocorrência de tantos conflitos na sociedade plural.

Humberto Ávila (2012, p. 71) verifica existência de critérios capazes de possibilitar a delimitação de quais são os bens jurídicos que compõem o estado ideal de coisas e de quais são os comportamentos considerados necessários à sua realização. Alguns casos investigados na análise do princípio da moralidade podem revelar, de um lado, o dever de realizar o valor da lealdade e, de outro, a necessidade de adotar comportamentos sérios, motivados e esclarecedores para a realização desse valor. Acrescenta o autor:

> Trata-se da concretização de um ideal, o que significa (a) analisar a existência de critérios que permitam definir, também para outros casos, quais são os comportamentos necessários para a realização de um princípio; (b) expor os critérios que podem ser utilizados e os fundamentos que levam à sua adoção

Ávila (2012, p. 70) traz exemplo relevante que enriquece a investigação do tema:

> (...) o significado do dispositivo que dispõe que os tributos só podem ser instituídos por lei pode ser enquadrado como regra, na medida em que a adoção do procedimento parlamentar é o comportamento frontalmente prescrito. Isso não quer dizer que, focalizando a questão sob outra perspectiva, aquele mesmo comportamento não possa

> ser examinado no seu significado finalístico de garantia de segurança e estabilidade ás atividades dos contribuintes. Nessa hipótese, a própria previsão do comportamento termina, por via oblíqua, preservando um valor que se torna autônomo, e passa a exigir a adoção de outros comportamentos de forma independente. Pode-se afirmar que, ao condicionar a instituição de tributos á publicação de uma lei (art. 150, I), a Constituição Federal estabeleceu um âmbito de livre iniciativa que deve ser promovido pelo legislador pela permissão de comportamentos que sejam necessários a sua promoção, como, por exemplo, a permissão de planejamento tributário. Nesse caso, o dispositivo termina por germinar um princípio.

No caso do Brasil, por exemplo, a sociedade atual dificilmente será capaz de legitimar todas as soluções normativas trazidas pelo constituinte originário, decorridos quase vinte e sete anos da promulgação constitucional. "Uma proteção judicial, ainda que completa, não poderá salvar uma Constituição que falhe nessa missão" (ÁVILA, 2012, p. 71). As finalidades sociais da Constituição não podem se perder no emaranhado hermenêutico de princípios, não raro, antagônicos.

Neste diapasão, como já mencionado, o elemento teleológico busca a finalidade subjacente ao preceito a ser interpretado[5]. Neste breve cenário e, apesar das vertentes doutrinárias apresentadas, muitas passíveis de críticas veementes, prevalece o critério da ponderação como alternativa mais acertada, tendo em vista "o significativo grau de racionalização metódica assistido nos últimos anos" (ÁVILA, 2012, p. 503).

A ponderação tem origem no sentimento humano que visa a integrar e equilibrar relações, de forma equitativa, na "irrefragável conexão entre a ideia de balanceamento, e as noções de equidade, de razoabilidade e de proporções" (ÁVILA, 2012, p. 255).

O modelo Kelseniano sobre normas escalonadas rompeu com um modelo estático de positivismo e passou a compreender o Direito de forma mais dinâmica. Nessa ótica, a atividade judicial passou a assumir um caráter criativo e dinâmico.

O Direito norte-americano, em especial, a partir dos anos 30 já trouxe inovações na jurisprudência da Suprema Corte, com bases nos fundamentos da *Common Law*. Havia uma forte resistência aos modelos de pensamento meramente formalistas e desprovidos de visão axiológica. Aliado a isso, as significativas mudanças na sociedade e economia americanas ensejaram a adoção de métodos mais flexíveis na interpretação constitucional.

Na Europa, sobretudo na Alemanha, a ponderação tem desempenhado fundamental importância nas Cortes Constitucionais. Fala-se, inclusive, em "estado de ponderação e "em *status* de princípio jurídico (TORRES, 2002, p. 432-433).

Segundo Jane Reis (2005, p. 263):

> o vocábulo ponderação, em sua acepção mais corrente, significa a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentem em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, qual deve prevalecer.

A autora diferencia ponderação de razões e ponderação de interesses e bens. A primeira espécie traduz a existência de um "raciocínio dialético que antecede a categorização" (REIS, 2005, p. 264). Trata-se de ponderar no sentido amplo, ou seja a técnica de ponderar.

Ponderar interesses e bens, entretanto, consiste em "uma técnica interpretativa que, por suas especificidades, merece ser conceituada de forma autônoma" (REIS, 2005, p. 264).

A ponderação como técnica de decisão "identifica-se com a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito" (REIS, 2005, p. 265), que se coloca como necessário a equacionar as vantagens ou desvantagens da tutela do bem jurídico em questão.

Claudio Pereira de Souza Neto (SILVA *apud* NETTO, p. 526) dispõe de parâmetros gerais para a técnica da ponderação:

> a) regras constitucionais têm prevalência *prima facie* sobre os princípios[6];
> b) há preferência *prima facie* das normas que instrumentos fundamentais quando colidem com outras que assegurem bens jurídicos distintos;
> c) dentre os direitos fundamentais, há uma preferência *prima facie* dos direitos e liberdades existenciais, dos ligados à garantia dos pressupostos de democracia e das condições essenciais de vida sobre aqueles de conteúdo meramente patrimonial ou econômico.

A utilidade do parâmetro parece indiscutível. Segundo Ana Paula Barcellos (BARROSO, Org., BARCELLOS, 2003, p. 112),

> No momento em que o intérprete for posto diante de um caso concreto normativo aparentemente insuperável, quando todas as técnicas da hermenêutica constitucional não tiverem funcionando, simplesmente, *terá* de haver uma escolha, e por força dessa escolha algumas outras terão sua aplicação restringida em proveito da expansão de outras. Essa decisão pode ser motivada pelas convicções pessoais do julgador, pela pressão dos meios de comunicação social ou da mobilização popular, ou encontrar respaldo na própria Constituição Federal.

Cabe citar algumas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal[2] que utilizou técnicas de ponderação para dirimir conflitos sobre preceitos fundamentais:

> A relatora da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4815 ministra Carmen Lúcia, votou no sentido da procedência da ação para declarar inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias. Seu voto dá *interpretação conforme a Constituição da República aos artigos 20 e 21 do Código Civil, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. A ministra Cármen Lúcia explicou que a matéria em exame na ADI se refere ao conteúdo e à extensão do direito constitucional à expressão livre do pensamento, da atividade intelectual, artística e de comunicação dos biógrafos, editores e entidades públicas e privadas veiculadoras de obras biográficas, garantindo-se a liberdade de informar e de ser informado, de um lado, e o direito à inviolabilidade da intimidade e da privacidade dos biografados, de seus familiares e de pessoas que com eles conviveram.* "Estas liberdades constitucionalmente asseguradas informam e

[2] http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293298

> conduzem a interpretação legítima das regras infraconstitucionais", afirmou. "O direito à liberdade de expressão é outra forma de afirmar-se a liberdade do pensar e expor o pensado ou o sentido. E é acolhida em todos os sistemas constitucionais democráticos". (*grifo nosso*)

Sobre à prevalência do direito fundamental à busca da identidade genética do ser, como emanação de seu direito de personalidade, segue ementa do recurso extraordinário n. 363889 DF, Rel. Dias Tófoli[3]:

> 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova.2. Deve ser *relativizada a coisa julgada* estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao *exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável*.4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada.5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (*grifo nosso*)

A ADI 3510[4] que tratou das pesquisas com células-tronco:

> O ministro Carlos Ayres Britto votou pela total improcedência da ação. Fundamentou seu voto em dispositivos da Constituição Federal que garantem o direito à vida, à saúde, ao planejamento familiar e à pesquisa científica. Destacou, também, o espírito de sociedade fraternal preconizado pela Constituição Federal, ao defender a utilização de células-tronco embrionárias na pesquisa para curar doenças.
> Carlos Britto qualificou a Lei de Biossegurança como um "perfeito" e "bem concatenado bloco normativo". Sustentou a tese de que, para existir vida humana, é preciso que o embrião tenha sido implantado no útero humano. Segundo ele, tem que haver a participação ativa da futura mãe. No seu entender, o zigoto (embrião em estágio inicial) é a primeira fase do embrião humano, a célula-ovo ou célula-mãe, mas representa uma realidade distinta da pessoa natural, porque ainda não tem cérebro formado.
> Ele se reportou, também, a diversos artigos da Constituição que tratam do direito à saúde (artigos 196 a 200) e à obrigatoriedade do Estado de garanti-la, para defender a utilização de células-tronco embrionárias para o tratamento de doenças.

Outro exemplo da técnica de ponderação foi a utilizada pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar, no ano de 2001, no STJ[5]:

> HABEAS CORPUS. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo

[3] http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28363889+re+%29&base=baseAcordaos acesso em 15.07.2015
[4] http://stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=89917 acesso em 15.07.2015
[5] STJ, HC 12.547 - DF, Rel Min. Ruy Rosario de Aguiar, DJ 12.02.2001

> seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R$ 18.700,00 para R$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICCsobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes. Arts. 1º,III, 3º, I, e 5º, caput, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67. Ordem deferida.

Quando o magistrado se depara com a necessidade de "escolher", para o caso concreto, entre princípios de índole constitucional, empregando a técnica de ponderação, as necessidades de racionalizar, publicizar e justificar são potencializadas em sua decisão, o que demanda a implacável exposição dos motivos que o faz declarar a prevalência de um princípio sobre outro.

Não se pode descartar os inúmeros obstáculos enfrentados pelo judiciário para cumprir o dever legal de fundamentar suas decisões. Daí a necessidade de "racionalidade e justificação"[7] em assuntos que envolvem temas complexos, valores e interesses sociais que, não raro, seguem na contramão das maiorias, o que torna a discussão ainda mais arenosa.

CONCLUSÃO

Sempre existiram antinomias entre as normas e diversas foram as tentativas de dirimir conflitos que envolvem o seu conteúdo, conforme exposto em itens anteriores. Os elementos tradicionais operam sob a lógica da subsunção (premissa maior incide sobre a premissa menor). Entretanto, ao comparar de forma sucinta os métodos tradicionais de solução de conflitos entre normas e a técnica atual de ponderação, podemos extrair que: "a ponderação é uma alternativa à técnica da subsunção" (BARROSO, Org., BARCELLOS, 2003, p. 112).

Quanto à natureza dos conflitos de valores, num passado recente, a solução era atrelada à lógica e à racionalidade, não envolvendo conflitos axiológicos. Hoje, o enfrentamento de antagonismos se localiza no conteúdo valorativo de princípios contidos na própria Constituição.

Importante analisar o grau de adaptação de uma constituição à sociedade (indivíduos e grupos particularmente considerados), que tende a se modificar durante a sua vigência normativa, principalmente as que vigoram por longos períodos de tempo.

A construção de parâmetros técnicos pela doutrina é apenas um prenúncio da era contemporânea e exigirá constante estudo e reflexão como forma de limitação aos excessos ou omissões praticadas pelo Estado.

O presente estudo teve o objetivo apresentar um panorama doutrinário sobre a hierarquia de normas constitucionais, na tentativa enumerar parâmetros sobre a técnica de ponderação dos princípios constitucionais. Assim, destacamos as seguintes conclusões:

1) a ponderação é uma técnica de decisão de conflitos que não puderam ser resolvidos por elementos da hermenêutica tradicional;

2) deve ser levado em conta a estrutura normativa, as circunstâncias recorrentes e as diferentes normas a serem consideradas;

3) a ponderação deve perquirir o máximo de elementos específicos da situação real, por intermédio de estudos e parâmetros, com o objetivo de reduzir subjetivismos por parte do aplicador;

4) os parâmetros iniciais devem: diferenciar as regras dos princípios, prevalecer direitos fundamentais, principalmente os que versem sobre a dignidade humana e a buscar a equidade.

Este trabalho pretende reduzir o elemento subjetivo das decisões judiciais. Inegável que a previsibilidade dessas decisões garante o Estado e fomenta o sentimento de segurança jurídica nos indivíduos, entretanto uma sociedade democrática não se esgota nos casos conhecidos e alcançados pelas maiorias. Ao contrário, haverá situações em que, mesmo com a aplicação da técnica da ponderação, ainda será possível discussão.

Como fonte inesgotável de anseios, é certo que a natureza humana permanecerá em constante mutação, tornando-se cada vez mais complexa. Por conta disso, parece fundamental desenvolver e aprimorar uma linha de estudos de técnicas jurídicas que viabilizem a comunicação entre teoria e operacionalidade, cujo objetivo principal é efetivar o Direito na vida das pessoas, a fim de que possam se beneficiar dos progressos técnicos de elaboração jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1996.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Coimbra: Almedina, 2014.

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

BARROSO, Luís Roberto. (Org.) Nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Revista Livraria Almedina, 1993.

DINIZ, Maria Helena de. **Conflitos de normas**. 3a. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald. ***Talking rights Seriously***, 1977. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

_____**O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo Martins Fontes: 2007.

FARIAS, Edison Pereira. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Sério Antonio Fabris, 1996.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. São Paulo: Sergio Antonio Frabris editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins fontes, 1998.

MACHADO, José Pedro. **Hermenêutica. In. Dicionário etimológico da língua portuguesa**. Livros horizonte, 1990, v III.

NETO, Claudio Pereira de Souza. **Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Forum, 2014.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio e Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens**. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da O proporcional e o razoável. Publicado na RT 798/23. Documento adquirido na forma digital em formato pdf. https://pt.scribd.com/doc/41015946/Luis-Virgilio-Afonso-da-Silva-O-proporcional-e-o-razoavel. *acesso em 13.07.2015*.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. 3. ed. site do TRF 4ª Região: Caderno de Direito Constitucional, 2006.

Sítios consultados:

http://homepage.westmont.edu/hoeckley/readings/Symposium/PDF/201_300/282.pdf .acesso em 11.07.2015

http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+815%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+815%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ars7zls. acesso em 14.07.2015

http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4097%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4097%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aygeart. acesso em 14.07.2015

http://stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=89917. acesso em 15.07.2015

http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/323944/habeas-corpus-hc-12547-df-2000-0022278-0. acesso em 15.07.2015