

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFS**

**TEORIA CONSTITUCIONAL**

**PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS**

**MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA**

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 Napolini 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 Borgs – 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. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-068-8

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional.  
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

---



# XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## TEORIA CONSTITUCIONAL

---

### **Apresentação**

O livro Teoria Constitucional, resultado do esforço de jovens e veteranos constitucionalistas brasileiros, reúne pesquisas relevantes sobre as novas perspectivas da teoria constitucional. Muito embora o constitucionalismo encontre os seus fundamentos nos séculos XVIII, XIX e nas primeiras décadas do século XX, tem passado por inúmeras e consideráveis transformações no século XXI por conta do novo lugar que tem sido reservado à constituição em um mundo globalizado.

Se nos séculos anteriores os elementos que deram vazão à ideia de constituição estavam assentados na necessidade de criar instrumentos para limitar o exercício do poder no âmbito dos estados nacionais, como forma de garantir as condições para que os cidadãos pudessem usufruir dos direitos fundamentais, os quais passaram a se constituir em anteparo diante dos abusos do poder estatal, no século XXI a questão que se coloca é como estender essas conquistas para espaços que ultrapassem as fronteiras dos estados nacionais, como mecanismo adequado para evitar que as forças sem controle de âmbito transnacional ou multinacional oprimam os indivíduos, por meio da inviabilização dos seus direitos fundamentais, porquanto operando em um universo não sujeito a regras ou a regras pouco efetivas.

A superação desse quadro exige uma reflexão profunda das ideias matriciais da teoria constitucional como fundamento para análise e reanálise de categorias as quais devem ser moldadas para oferecer condições de reflexão para busca de alternativas e estratégias para manter o poder ainda sem controle do mundo globalizado dentro de certos limites, os quais devem se relevar como fronteiras para a garantia dos direitos elementares da pessoa humana.

Os trabalhos intitulados A(sobre)posição dos influxos da política sobre o direito e a (simbólica) concretização constitucional: o rompimento do acoplamento estrutural e o surgimento de um acoplamento artificial; A busca pela efetivação da justiça: breve análise metodológica da intervenção em situações de conflitos entre princípios constitucionais; A constituição de 1988 e sua fórmula política: notas sobre a legitimidade do poder estatal a partir da realização da fórmula política; A nova ordem constitucional e a situação jurídica dos empregados públicos não efetivos: análise jurídica da regularidade dos contratos de trabalho celebrados e seus reflexos jurídicos; A possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade sobre súmulas (não vinculantes) editadas pelos Tribunais Superiores; A

reclamação 4335/AC e seus reflexos para o direito brasileiro: novas perspectivas para a jurisdição e hermenêutica constitucional no Brasil; A redemocratização brasileira por meio da constituição brasileira de 1988: um paradoxo?; A interpretação das normas constitucionais de Häberle como alternativa ao positivismo jurisprudencial: análise do caso brasileiro; Acerca do poder constituinte decorrente: aplicação do princípio da simetria no processo legislativo; As questões institucionais e a estabilidade institucional; Constituição e racionalidade jurídica no contexto do neoconstitucionalismo; Matizes construtivas da supranacionalidade frente aos princípios e normas constitucionais; O controle de constitucionalidade das leis entre Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella; O controle de constitucionalidade das leis e a crítica de Jeremy Waldron; O diálogo institucional entre cortes constitucionais: a jurisdição constitucional justificada pelos diálogos transnacionais; O direito fundamental de liberdade no Brasil: limites e possibilidades frente à horizontalidade dos direitos fundamentais; O novo constitucionalismo pluralista latino-americano e o estado plurinacional da Bolívia; O perfil constitucional da saúde: reflexões teóricas se comparada acerca do reconhecimento do direito à saúde nas constituições brasileira e italiana; O poder executivo como intérprete imediato da Constituição: ensaio sobre os diálogos constitucionais travados a partir de políticas públicas; O positivismo jurisprudencial brasileiro: a judicialização da terra indígena Raposa Serra do Sol; O Welfare State na América Latina. A (in)efetividade das promessas da modernidade; O neoconstitucionalismo e o ser da constituição brasileira: entre simbolismo e substância normativa; Precedentes à brasileira: uma adaptação peculiar da Common Law; Reflexões para uma teoria da constituição adequada à proteção das pessoas portadoras de sofrimento mental, Pluralismo jurídico e plurinacionalidade na América Latina: lutas, limites e conquistas; Teoria da inconstitucionalidade por arrastamento na jurisprudência do STF e Uma (des) leitura da PEC 33/11: seria uma resposta (adequada) ao ativismo judicial? contribuem sobremaneira para esse debate, além de lançar luzes sobre peculiaridades do constitucionalismo brasileiro e de novos aspectos do constitucionalismo latino-americano.

**A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA: BREVE ANÁLISE  
METODOLÓGICA DA INTERVENÇÃO EM SITUAÇÕES DE CONFLITOS ENTRE  
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

**THE SEARCH FOR THE REALIZATION OF JUSTICE: BRIEF  
METHODOLOGICAL ANALYSIS OF INTERVENTION IN CONFLICT  
SITUATIONS BETWEEN CONSTITUTIONAL PRINCIPLES**

**Fábio Luiz Angella  
Renato Chinali Canarim**

**Resumo**

A busca pela efetivação da justiça passa necessariamente pela análise jurídica dos métodos capazes de solucionar problemas considerados como hard cases. Ante a complexidade da realidade fática, bem como pela ampla gama de valores normativamente tutelados pelo Direito, é inevitável a colisão (ou o conflito) entre esses princípios. Assim, faz-se imprescindível um estudo da forma de se encontrar uma resposta correta, ou melhor, uma resposta melhor fundamentada. Para tanto, serão visitadas as concepções teóricas de Ronald Dworkin, Robert Alexy e Aulis Aarnio, cujas ideias em muito contribuíram para a maturidade do pensar jurídico relativamente à solução aos chamados conflitos entre os princípios constitucionais.

**Palavras-chave:** Colisão entre princípios, Justificação das decisões judiciais, Princípios constitucionais

**Abstract/Resumen/Résumé**

The search for the realization of justice necessarily involves the legal analysis of the methods which are able to solve problems considered hard cases. Faced with the complexity of objective reality, as well as a wide variety of normatively protected values by the Law, the collision (or conflict) is inevitable between these principles. Thus, it is essential to conduct a study of the way to find a correct answer, or rather a better reasoned answer. Therefore, the theoretical conceptions of Ronald Dworkin, Robert Alexy and Aulis Aarnio will be visited, whose ideas have greatly contributed to the maturity of the legal thinking about the solution to the so-called conflict between constitutional principles.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Collision between principles, Justification of judicial decisions, Constitutional principles

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem por escopo realizar breves reflexões a respeito das técnicas de resolução de conflitos, de modo a que, mediante uma fundamentação racional e lógica, em conformidade com os valores normativamente protegidos, seja possível alcançar a justiça no caso concreto.

A aplicação do Direito, que tem por finalidade precípua a ordenação normativa da realidade, deve ser realizada através de uma exegese de ponderação de interesses, de forma a que prevaleça aquele que seja considerado mais relevante.

Indispensável, como forma de compreensão da problemática levantada, a análise dos princípios constitucionais, especialmente o princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição, como sendo balizas axiológico-normativas que permitirão a aplicação da técnica mais adequada numa colisão de princípios.

Fala-se, sim, em conflitos principiológicos, muito embora sejam eles aparentes, conforme se explicitará, dado que o postulado da unidade indica que não há diversos graus hierárquicos, mas sim se encontram os princípios em um mesmo patamar, tendo que ser harmonizados para a solução de uma dada situação fática, através do esforço exegético do jurista; impossível se falar, portanto, do “tudo ou nada” para tais colisões.

Igualmente é possível trazer sob análise a questão dos conflitos de direitos fundamentais. Muito embora num plano puramente normativo estejam eles em harmonia, é nas relações sociais que se perceberá que tal concórdia é aparente, podendo ocorrer a chamada colisão de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, contrapondo-se direitos de titulares diversos.

Portanto, é indispensável a análise da presente temática, de forma a se buscar a intervenção concreta através de um método que seja garantidor de que se alcançará uma resposta juridicamente lógica e que se aproxime do que se possa considerar como “justa”, afastando a mera discricionariedade absoluta, ou seja, a arbitrariedade nas decisões judiciais.

## **2 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

O ordenamento jurídico tem, na composição de sua base, os princípios constitucionais, de forma a orientar a efetivação dos direitos fundamentais e da implementação da justiça, por mais equívoco ou polissêmico que esse último conceito possa ser, no transcorrer da História da humanidade.

Isso porque o próprio Direito é um fenômeno histórico e cultural, “com memória”, de forma que “no plano vivencial o Direito evolui”. Assim, há uma “aliança entre essa historicidade que lhe é própria e a reprodução dos valores sociais”, repercutindo em seu âmbito as “sucessivas modificações valorativas com relação ao que deve ou não ser aceito socialmente” (ALARCÓN, 2006, p. 35).

Assim, os princípios são verdadeira espécie normativa, cuja existência tem por significado o desempenho de funções, com relação aos mandamentos jurídicos, de servir de orientação e interpretação desses, fundamentando a jurisprudência, determinando deveres e gerando direitos à sociedade como um todo.

Consoante o escólio de José Afonso da Silva (2012, p. 92), os princípios “são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais”, sendo considerados princípios constitucionais quando “se traduzem em normas da Constituição ou que delas diretamente se inferem”.

Vê-se, portanto, que os valores sociais conduzem e guiam a composição da percepção jurídica necessária à sua efetivação no plano fático, revestindo-se de juridicidade através da categoria normativa de princípios.

Nesse sentido, Alexy (2008, p. 82-87) afirma que a característica fundamental do Estado Democrático de Direito pode ser encontrada nessa própria normatização dos valores reconhecidos socialmente como imprescindíveis.

Dessa forma, esses valores normatizados em princípios constitucionais, dotados de generalidade e abstração, sejam eles expressos ou implícitos, condicionam a hermenêutica e implicam num dever de máxima efetivação das normas do ordenamento jurídico, simbolizando a síntese dos papéis, tanto conservador quanto modificador da sociedade, que o Direito possui.

Essa dita positivação jurídico-normativa dos princípios é tema de diversas reflexões voltadas para a função social do Direito e o método pelo qual deve ser ele interpretado, trazendo implicações na distinção do que sejam valores, princípios e regras.

## **2.1 Valores, princípios e regras**

A Constituição, enquanto fundamento de validade de todo o ordenamento nacional, é composta por um conjunto de normas (regras e princípios), que possui força jurídico-impositiva derivada de si mesma.

Dessa forma, os valores que busca proteger podem ser encontrados espalhados em todo o seu texto, revestidos de normatividade; metaforicamente, poder-se-ia dizer que tal conjunto

axiológico se encontra encorajado pela positivação; ou, ainda, que as disposições textuais estão impregnadas dessa carga valorativa.

Tendo em vista que o ordenamento jurídico é um todo coeso, que se interrelaciona, é possível dizer que os princípios são verdadeiras normas abertas, pois, como afirmado, têm como uma de suas finalidades a orientação da interpretação do sistema. Revelam-se como verdadeiros indicadores que propiciam uma interpretação válida de todas as normas jurídicas que compõem a Constituição.

Esse conjunto coeso, íntegro, é chamado por alguns de “legalidade suprema”, afirmando Mello (2012, p. 974-975) que “não obstante os valores se apresentarem como autênticas normas, identificadas no texto constitucional, destacam-se ainda como orientadores na interpretação do sistema normativo”.

Ainda, conforme o ilustre lusitano Jorge Miranda (1988, p. 198), o Direito Constitucional se encontra “envolvido e penetrado pelos valores jurídicos fundamentais dominantes na comunidade”.

Conforme já exaustivamente repetido pelos mais diversos doutrinadores e filósofos da jurisprudência, efetivamente os princípios são os mandamentos nucleares do sistema, servindo como as balizas indispensáveis para que se alcance a sua coesão.

Paulo Bonavides (1998, p. 260) ensina que os princípios são “valores fundamentais, governam a Constituição, a ordem jurídica. Não são apenas lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência”; são compreendidos “normativamente, ou seja, têm alcance de norma e se traduzem por uma dimensão valorativa”.

Para Marcelo Harger, princípios são:

[...] normas positivadas ou implícitas no ordenamento jurídico, com um grau de generalidade e abstração elevado e que, em virtude disso, não possuem hipóteses de aplicação pré-determinadas, embora exerçam um papel de preponderância em relação às demais regras, que não podem contrariá-los, por serem as vigas mestras do ordenamento jurídico e representarem os valores positivados fundamentais da sociedade. (HARGER, 2001, p. 16)

Robert Alexy (2002, p. 147) elucida que os valores se encontram no plano axiológico, enquanto os princípios se posicionam no deontológico. Aliás, aí residiria diferença fundamental entre esses últimos e as regras, enquanto categorias distintas de normas jurídicas, uma vez que as regras descrevem suportes fáticos para a sua incidência, definindo o modo pelo qual serão aplicados os princípios jurídicos em casos antevistos e regulados pela legislação.

Cabral de Moncada (2001, p. 411) observa que “os valores são obviamente anteriores às normas positivas”, uma vez que “são estas que concretizam o vago conteúdo axiológico em

causa, transformando-o em regras deontológicas de conduta”. Para tal autor, essa perspectiva refletiria num verdadeiro “direito natural de conteúdo democrático”, cumprindo ao Direito a função de espelhar as aspirações sociais, através da efetivação dos valores elencados culturalmente.

Uma vez constitucionalizados, os princípios são "a chave de todo o sistema normativo", afirmando ainda Bonavides (2004, p. 255-286) que eles "são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo”, pois é mediante a atuação desses mandamentos nucleares “que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valorização de sua ordem normativa”.

Tal é, justamente, a situação da Lei Fundamental brasileira, uma vez que a Constituição Federal:

[...] incorpora um extenso rol de valores, embora a eles se refira, em determinado momento, como fundamentos do Estado (art. 1º), em outra oportunidade, denominando-os objetivos fundamentais da República (art. 3º), além de contemplar inúmeros outros valores referidos difusamente. Pois bem. Essa incorporação de valores pela senda constitucional provoca profunda transformação das concepções estritamente formalistas do Direito. (MARTINS; MENDES; NASCIMENTO, 2012, p. 604)

Necessário ponderar, todavia, que a própria vagueza do conteúdo principiológico pode acarretar empecilhos no reconhecimento do direito subjetivo através de sua aplicação direta.

De qualquer forma, a racionalidade na compreensão do ordenamento jurídico é permitida pela inserção dos princípios numa concepção sistêmica do ordenamento e, reiterar-se, quando constitucionalizados, indicam os valores de uma sociedade, num dado momento histórico, dentro de um certo contexto cultural.

Interessante pontuar, a esta altura, a observação de Norberto Bobbio (1990, p. 71), ao ponderar que, para se proceder à análise de um ordenamento jurídico, faz-se necessário realizar certas indagações, como (i) quando um ordenamento se constitui em sistema; (ii) quais as normas que o compõem; (iii) se essas estabelecem um relacionamento de coerência entre si; (iv) se é possível essa relação de coerência.

A identidade de princípios e regras como normas, conforme leciona Rothenburg (2003, p. 16), implica na aceitação de que ambas categorias possuem uma mesma essência, dado representarem facetas distintas pelas quais se exteriorizam as normas jurídicas, possuindo características normativas distintas:

Algumas normas jurídicas caracterizam-se por serem mais vagas (“abertas”), mais “maleáveis” em sua aplicação, mais relevantes para a estruturação do “sistema” jurídico e, sobretudo, por exprimirem melhor e diretamente os valores mais importantes da sociedade. São os princípios jurídicos: princípio

da dignidade, princípio da igualdade, princípio democrático, princípio da legalidade etc. Outras normas jurídicas são mais específicas, de incidência mais exclusiva: as regras jurídicas, como a que fixa o mandato do Presidente da República em quatro anos (CR, art. 82) e aquela que proíbe penas de trabalhos forçados (CR, art. 5º, XLVII, c). Portanto, hoje em dia, segundo a classificação mais difundida, o gênero “normas jurídicas” comporta duas espécies: os princípios e as regras. (ROTHENBURG, 2003, p. 96)

Interessante observar, aqui, o apontamento de Humberto Ávila (2004, p. 31), para quem há princípios que regem especificamente a aplicação das normas jurídicas, sendo denominados como “postulados normativos aplicativos”, que estabeleceriam o modo de aplicação e integração das normas jurídicas, ou seja, dos princípios e das regras.

A vagueza e a utilização modulável dos princípios exigem uma justificação racional, convincente, dotada de legitimidade democrática. Urge se precaver de um uso meramente retórico, enganador, sofisticado, em que o discurso dos princípios não corresponderia à implementação prática dos valores sociais de maior relevo; muito pelo contrário.

É possível, através de magistral lição do professor José Afonso da Silva, bem perceber o liame entre princípios e regras. Veja-se o conceito de normas exposto pelo autor:

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. (DA SILVA, 2012, p. 91)

Superada a análise do acolhimento dos valores pelos princípios, importa traçar o grau de abstração da norma como hialino sinal distintivo entre princípios e regras, tendo em vista que o primeiro possui elevado grau de abstração em relação à última, que se encontra voltada imediatamente para o plano concreto.

## **2.2 Princípios x regras**

Feitas as ponderações a respeito do tronco comum (normas) do qual procedem as duas ramificações (princípios e regras), há que se pontuar as suas distinções, que justificam tal separação.

Assim, percebe-se que há distinções na intensidade de aplicabilidade, sendo que os princípios são submissos a uma concretização, verdadeira integração a ser feita pelos juristas, e as regras têm possibilidade de aplicação direta e imediata aos casos concretos.

Observa-se, ademais, que os princípios se destacam por formarem o alicerce do sistema jurídico, sendo os fundamentos últimos e determinantes para a existência das regras jurídicas, condicionando-as.

Como síntese dos apontamentos trazidos, é possível inferir que os princípios constitucionais são os grandes responsáveis pela inclusão de valores fundamentais no sistema jurídico, preenchendo a base axiológica do ordenamento positivado, o que indica, com efeito, a plenitude da ordem constitucional, impregnando-o de racionalidade sistêmica.

Para Robert Alexy (1999), o critério distintivo entre princípios e regras se baseia no comportamento adotado em caso de colisão, uma vez que os primeiros resolvem-se pela ponderação, enquanto que as últimas pela subsunção.

Destaca-se, ainda, que o reconhecimento aos princípios do seu caráter de norma jurídica tem especial relevância, uma vez que são tidos como normas impositivas, e não meras recomendações valorativas e ideológicas de observação prática tão somente opcional.

Razão pela qual é possível dizer, de modo bastante simbólico, que os princípios constitucionais “desempenham a função de cimentação sistemática do ordenamento, ou seja, reduzem o ordenamento a uma unidade congruente de normas” (TAVARES, 2012, p. 545-548).

Em outros termos, essa possibilidade de imposição no caso concreto significa que os princípios constitucionais demonstram uma natureza normativo-material, aliada à abstratividade que lhes é inerente, que permite abranjam tais princípios um rol não limitado de casos concretos.

Esse caráter sistêmico, contudo, não foi sempre a tônica do entendimento a respeito dos princípios. Diferentemente das concepções tradicionais, tanto jusnaturalistas, em que não eram considerados como insertos no Direito, bem como na doutrina positivista, em que se pensava serem esses tão apenas extraídos das regras jurídicas, hodiernamente é possível afirmar a plenitude dos princípios enquanto veras normas jurídicas, independentes das regras e orientando, e mesmo vinculando, o conteúdo dessas.

A evolução pós-positivista dos princípios se evidencia com a sua transposição dos códigos para a Constituição, dotando-os de idêntica importância sistêmica e valorativa, sejam implícitos ou explícitos, conforme Marques Neto (1995, p. 40-45), ao asseverar que a construção das normas jurídicas se opera mediante consensos, fundamentados em princípios:

Tais princípios, que em última instância, perpassam e calibram a produção das regras (ou seja, dos enunciados que equacionam alguns princípios particularizando-os para um determinado ato verificável na vida social). Neste processo, temos de reconhecer, os princípios são entronizados para dentro do ordenamento jurídico, passando a integrá-lo.

Fixada a distinção entre princípios e regras, enquanto categorias distintas de normas jurídicas, bem como por serem os princípios constitucionais os vetores interpretativos do ordenamento jurídico, compondo um todo sistêmico que se interrelaciona, impende destacar que isso traz um inevitável consectário: é possível a limitação de um princípio por outro, quando sejam ambos aplicáveis a uma dada situação fática, de forma que se fará indispensável um sopesamento, uma ponderação a respeito de qual deles deverá prevalecer, de forma a se atingir uma conclusão que se pretenda efetivadora ao máximo dos direitos fundamentais, sem prévio escalonamento de valores e na busca da concretização da justiça.

Interessante, nesse ponto, fazer a seguinte observação, pela correlação temática, entre a normatividade dos princípios e as chamadas normas de eficácia programática.

Como assinalado adrede, a compreensão dos princípios deve ser observada através de uma concepção semântica do Direito, uma vez que atribuem solidez e coerência ao próprio sistema. Nos dizeres de J. J. Gomes Canotilho (1993, p. 213), eles são “traves mestras jurídico-constitucionais”.

Portanto, os princípios injetam uma carga valorativa no sistema jurídico, exercendo uma função de ordem tanto formal, quanto material. Entretanto, esse caráter sistêmico não deve ser utilizado de forma rígida, uma vez que, de acordo com o caso concreto sob análise, em que haja colisão entre os princípios, haverá adequação entre eles, sem que se excluam totalmente, e sim demonstrando uma predominância de incidência.

Há de se reconhecer, deveras, a importância diversa dos princípios constitucionais, quando deparados com um problema de concordância prática, o que obriga a uma consideração do princípio hermenêutico da unidade hierárquico-normativa da Constituição.

### **3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PRINCÍPIO DA UNIDADE HIERÁRQUICO-NORMATIVA**

O princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição estabelece que todos os princípios constitucionais devem ser valorados de modo uniforme, reconhecendo-se mesma medida de importância a cada um; ou seja, impende que sejam considerados como igualmente cruciais. Isso impõe aos juristas o dever de conciliar as tensões e controvérsias entre essas normas jurídicas.

A Lei Maior, como documento dialético, fruto do debate e da composição política, abriga no seu corpo valores e interesses contrapostos, o que não impede que seja dotada de unidade hierárquico-normativa, pela disseminação de seus princípios na ordem jurídica. A

superioridade constitucional impõe-se na determinação de sentido do todo normativo do sistema, uma vez que “todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional)” (CANOTILHO, 1993, p. 1991).

O princípio da unidade da Constituição, dessa forma, destaca-se como verdadeiro princípio hermenêutico-interpretativo, oferecendo suporte à exegese constitucional, notadamente no momento de aparente crise normativa, quando há a necessidade de solução de colisão entre as normas.

Dessa forma ensina Sarlet (2012, p. 207-208), afirmando que:

O princípio da unidade da Constituição implica que no âmbito da interpretação constitucional cada norma constitucional deve ser interpretada e aplicada de modo a considerar a circunstância que a constituição representa uma unidade, um todo indivisível.

Mediante a sua utilização, é possível transitar pelo todo sistematizado que é a Lei Fundamental, considerando-a em toda a sua amplitude normativa, de forma a deixar perceber que: (i) as normas não se encontram isoladas, nem dispersas, mas sim podem e devem ser interligadas; (ii) não há incompletudes ou contradições insuperáveis, ainda que diversos princípios e regras possam, de modo aparente, ser inconciliáveis.

Inexiste, destarte, hierarquia entre as próprias normas da Constituição. Consoante aos ensinamentos de Clève (2007, p. 227), os princípios constitucionais “aparentemente contraditórios alcançam interpretação harmonizada” quando o trabalho interpretativo do jurista “abandona a pretensão de conferir a cada um deles interpretação absoluta ou isolada”.

Contudo, se a Constituição não possui normas em bojo que sejam de graus hierárquicos diferentes, e que ela é composta de um conjunto sistêmico de normas representativas da posituação de anseios sociais de uma dada comunidade, num certo local e num dado tempo; não se pode olvidar que a pretendida harmonia não é um dado observável, mas sim o resultado da construção interpretativa do exegeta.

#### **4 A COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

O neoconstitucionalismo trouxe novos valores que permitiram a interpretação apoiada na dependência do direito à moral, exercendo forte influência no momento de sua aplicação e também no reconhecimento de sua validade.

A esse respeito, Araújo e Nunes Júnior (2013, p. 28) ensinam que o neoconstitucionalismo se funda, basicamente, numa “primazia da aplicação direta da Constituição, orientada especialmente por princípios”, o que leva a afirmarem que, nesse contexto do pós Segunda Guerra Mundial, “os princípios assumem um valor extraordinário”, notadamente os constitucionais, pois a Lei Fundamental “passa a uma situação de onipresença na ordem jurídica”, reclamando a sua concretização pelo aplicador do direito.

A idolatria da chamada “letra fria” da lei, em que as problemáticas se resolvem por subsunção do caso concreto ao texto legal, cede espaço ao entendimento que diferencia mera disposição legislativa de norma, uma vez que ambos não se confundem: a norma é o resultado construído pelo esforço interpretativo.

Nesse contexto, ficam evidenciadas (i) a impotência legislativa para ordenar todo o conjunto de fatos sociais em ebulição constante, (ii) a relevância para o papel do intérprete do Direito, dado que se alcança a norma após um processo de construção hermenêutica e (iii) a singular necessidade de que o Judiciário, fortalecido, fundamente a elaboração da norma com base nos valores que regem juridicamente a sociedade, notadamente através dos princípios constitucionais.

É possível afirmar, destarte, que os princípios constitucionais são o ponto de partida da atividade jurídica, desde a criação da lei até a sua aplicação, e a sua observância e obediência são obrigatórias, sob pena de mácula de inconstitucionalidade invalidante.

Nesse ponto, para avançarmos, impende retomar que, conforme adrede visto, o grau de generalidade e abstração ínsito ao conceito de princípios, enquanto vigas mestras do ordenamento jurídico, poderia nos indicar que eles são imprecisos e genéricos. Contudo, sob a clareza do raciocínio do professor Rothenburg, é possível encontrar outra concepção:

Os princípios são dotados de *vagueza*, o sentido de uma enunciação larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas em direção das quais deve orientar-se todo o ordenamento jurídico. Trata-se da expressão dos valores principais de uma dada concepção do Direito, naturalmente abstratos e abrangentes. Não quer isso dizer, todavia, que os princípios são inteiramente ou sempre genéricos e imprecisos: ao contrário, possuem um significado determinado, passível de um grau de concretização por intermédio das operações de aplicação desses preceitos jurídicos nucleares às situações de fato, assim que os princípios sejam *determináveis em concreto*. (ROTHENBURG, 2003, p. 18)

O grau de concretização no contexto fático, pelo anseio de dar validade absoluta a um dado princípio, renunciando a todos os outros, incompatibilizaria-os entre si. Aliás, levando-se em conta que cada princípio direciona-se num dado sentido, é mesmo esperado que, num Estado Democrático de Direito como o nosso, que possui um texto constitucional tão analítico, haja

reflexos na Lei Fundamental de diversos posicionamentos ideológicos que, se não colidem frontalmente, ao menos se chocam pela contraposição.

Bem ilustra tal pensamento George Marmelstein (2008, p. 365), ao asseverar o seguinte:

[...] as normas constitucionais são potencialmente contraditórias, já que refletem uma diversidade ideológica típica de qualquer Estado democrático de Direito. Não é de se estranhar, dessa forma, que elas frequentemente, no momento de sua aplicação, entrem em *rota de colisão*.

De forma que, na aplicação casuística, precederá inevitavelmente a necessidade de sopesamento dos princípios, verificando-se qual sofrerá maior restrição, de modo a que, no resultado, não se viole o princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição.

Ainda, para Marmelstein (2008, p. 368), “deve-se buscar a máxima otimização da norma”, de forma que o “agente concretizador” a efetive “até onde for possível atingir ao máximo a vontade constitucional sem sacrificar outros direitos igualmente protegidos”.

Nesse sentido vai o ensinamento do constitucionalista Barroso (2009, p. 329), ao destacar veementemente que “não existe hierarquia em abstrato entre princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”, ou seja, sem critérios predeterminados a respeito de uma pseudopreponderância de um princípio com relação a outro.

Novamente Barroso leciona que:

[...] os limites dos direitos constitucionais, quando não constarem diretamente da Constituição, são demarcados em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juiz constitucional. Daí existir a necessidade de protegê-los contra a abusividade de leis restritivas, bem como de fornecer parâmetros ao interprete judicial. (BARROSO, 2009, p. 332)

É viável afirmar, nessa linha de raciocínio, que mesmo os direitos fundamentais não são absolutos e por isso encontram limites ao seu exercício, não existindo prevalência de um sobre o outro.

#### **4.1 Subsunção (exclusão) x ponderação (conciliação)**

Chega-se, aqui, a um ponto crucial. É justamente nesse aspecto que se percebe a aplicação prática da substancial diferença entre os princípios e as regras, enquanto categorias de normas jurídicas.

Isso porque as últimas (as regras) são relatos objetivos e descritivos de determinadas condutas, aplicáveis a um conjunto deliberado de casos concretos, mediante a utilização das

engrenagens da subsunção. Situação diversa, contudo, quanto aos primeiros (os princípios), dado que comportam uma série indefinida, ilimitada mesmo, de aplicações casuísticas, ante o seu grau de maior abstração/vagueza.

Tais diferenças trazem reflexos práticos observáveis, uma vez que: (i) quando duas regras estiverem em conflito, uma será tida por inválida, conhecido como método do “tudo ou nada”; (ii) quando dois princípios colidirem, estar-se-á na dimensão da preponderância, ou seja, da prevalência de um sobre o outro, sem que se considere um deles como inválido, mas sim que algum dos princípios deverá ter preferência. A colisão dos princípios significa, assim, uma harmonização mediante a conciliação, sem a exclusão daquele que, em um determinado caso, restar preterido.

Relembrando as lições de Robert Alexy (1997, p. 162), no sentido de que princípios são “mandados de otimização” que apontam para o bem jurídico que urge ser protegido de forma mais completa quanto o caso permitir:

E como mandados de otimização os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas. Isto significa que podem ser satisfeitos em diferentes graus e que a medida da sua satisfação depende não apenas das possibilidades fáticas mas também das jurídicas, que estão determinadas não apenas por regras, mas também por princípios opostos<sup>1</sup>.

Dessa forma, faz-se possível a indicação daquele que deva preponderar em um dado conflito entre princípios constitucionais que se contrapõem, mediante o sopesamento dos interesses e valores normativamente protegidos, no âmbito da Lei Fundamental, que se encontrem envolvidos.

Contudo, para que a decisão da colisão de princípios constitucionais possa trilhar caminho válido constitucionalmente, imprescindível que seja fundamentada, na esteira do quanto dispõe o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, que dispõe a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade.

Destaque-se, todavia, que não apenas fundamentada, mas *devidamente* fundamentada, com vistas ao encontro de solução que assegure a efetividade de valores constitucionalmente protegidos, em conformidade com as possibilidades jurídicas, e também reais, do caso concreto, que levou à aplicação de tal ou qual princípio.

---

<sup>1</sup> Tradução livre do seguinte trecho: En tanto mandados de optimización, los principios son normas que ordenan algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no solo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no solo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos.

Propõe-se, assim, como carreira a ser percorrida pelo intérprete, a do princípio da proporcionalidade, enquanto método de aplicação da ponderação entre os diversos princípios que estejam em confronto.

Colocando-se em prática este juízo de ponderação para solucionar o conflito entre os princípios, estabelecer-se-á um “peso” para cada um, como ensina o professor Ronald Dworkin (1978, p. 26), não através do critério de mensuração exata, porém ao se indagar sobre a deferência a ser dada, ante a representatividade do princípio enquanto projeção jurídico-normativa de um valor cultural.

Indubitável que tais singelas considerações se refletem na busca pela efetivação do justo (conceito não unívoco, como já mencionado), de forma a se alcançar uma solução para o caso sob análise que seja “a melhor”, ou a menos, a racionalmente mais adequada e melhor fundamentada.

Relembra-se, aqui, o ensino de Aristóteles, para quem a justiça “é uma ação”, pois “acima de tudo, o justo é um agir, tal qual todas as demais virtudes”; um agir realizado “*deliberadamente* com tal finalidade” (MASCARO, 2009, p. 75).

Todavia, haverá uma única resposta correta, nos conflitos principiológicos? Seria possível ter conhecimento prévio da melhor solução? Ou, para alcançá-la, é necessário valer-se da devida fundamentação, até como meio de se efetivar a legitimidade do poder jurisdicional estatal?

Para tanto, avancemos na análise.

## **5 EXISTE UMA ÚNICA RESPOSTA CORRETA PARA A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE OS PRINCÍPIOS?**

### **5.1 A concepção dworkiniana**

O jurista estadunidense Ronald Dworkin (1977, p. 13) propõe a teoria, por ele desenvolvida, de que existiria apenas uma única resposta correta para resolver o confronto de princípios constitucionais. Segundo o autor, o Poder Judiciário deve se socorrer do rígido e bem definido conteúdo da norma jurídica para a resolução dos chamados *hard cases*, e, de modo bastante positivista, na ausência de uma norma previamente estabelecida, é concedido ao juiz um poder discricionário, que, em tese, não lhe seria legítimo atribuir.

Assim, apoia sua tese no fundamento da metodologia literária cooperada por vários autores e a estende para a formação da decisão jurisdicional, de modo analógico. Neste

contexto, a decisão judicial representa o capítulo final da obra comum de outros protagonistas do ato criativo literário, devendo ter em conta o que eles já produziram, e isto ele faz utilizando-se da interpretação. Para Dworkin, a atividade interpretativa é que evita a ruptura com o encadeamento lógico da obra produzindo o desfecho da história de melhor maneira possível (DWORKIN, 1992, p. 166-173).

De acordo com a sua tese, portanto, as decisões prolatadas pelo Judiciário devem estar fundadas em princípios que trariam consigo enorme bagagem moral, de modo que representassem um conteúdo teoricamente coerente, baseado na evolução histórica e na consolidação do entendimento jurisprudencial. Esse peso moral seria capaz de conferir ao magistrado a possibilidade de decidir empregando suas próprias convicções morais, porém, atribuindo-lhe ampla responsabilidade por suas decisões, sem poder abandonar toda a construção jurisprudencial anterior.

Nesse sentido, ele se pronuncia, afirmando:

Un argumento de principio puede servir de justificación a una decisión determinada, sólo si puede demostrar que el principio es coherente con las decisiones del pasado y con las decisiones que está dispuesto a tomarse en el futuro. (DWORKIN, 1977, p. 155)

Vê-se que, apesar da livre convicção do magistrado, o argumento principiológico utilizado por esse apenas poderá ser reconhecido como justificação válida se estiver em conformidade (i) com as decisões tomadas anteriormente e (ii) com as decisões que se pretenderá tomar no futuro.

A justificação das decisões judiciais nos *hard cases*, destarte, passaria, necessariamente, pela via da aplicação dos princípios jurídicos no momento interpretativo.

Tateando um pós-positivismo, vislumbra-se que o exagero do normativismo reduz o papel do homem enquanto ser capaz de realizar reflexões críticas e de construir a realidade a partir da sua elaboração mental, relegando-o ao *status* de mero coletor de informações e fatos, que teriam, de modo enganoso, capacidade de serem entendidos por si somente. Tal visão acarretaria, assim, um afastamento da efetivação dos direitos fundamentais.

## 5.2 O contraponto de Alexy

Alexy, muito embora concorde na rejeição à ideia positivista de necessidade de discricionariedade para solução das lacunas no ordenamento jurídico, ele critica a teoria da existência de uma resposta correta.

Isso porque, admitindo que só é possível chegar a um único resultado acertado, previamente determinável, isso significaria contrariar o chamado princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição, ante o estabelecimento de patamares hierárquicos distintos entre os princípios constitucionais, aferíveis antecipadamente.

Buscando encontrar uma solução correta para os princípios, Alexy chama a atenção para a racionalidade prática, e elabora uma tese chamada de teoria da argumentação jurídica, para que sirva de critério de orientação da racionalidade das decisões jurídicas, vez que crê na incapacidade das normas positivadas, por si mesmas, em oferecerem a solução necessária para os problemas.

Dessa forma, ele procura implementar uma teoria do discurso jurídico racional que tenha como ponto de partida a constatação de que a metodologia jurídica fundamental seria falha, visto que em um vasto leque de casos, a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica derivada de formulações de normas válidas, tomada junto com afirmações de fatos comprovados ou previamente considerados verdadeiros.

Muito pelo contrário. Para Alexy, existem fatores que impediriam que se pudesse esperar, das normas positivadas em um dado ordenamento, a solução pronta e acabada para os problemas a serem enfrentados, *verbi gratia*, como ocorreria na possibilidade de uma decisão que contrariasse formalmente um dispositivo legal.

Vê-se, dessa forma, que o posicionamento de Dworkin é baseado no direito das partes processuais de exigirem uma resposta que seja “correta”, de tal forma que “as ocasiões em que uma questão não tem nenhuma resposta correta em nosso sistema jurídico podem ser muito mais raras do que geralmente se supõe” (2005, p. 176).

Esse pensador estadunidense imagina um magistrado capaz, de forma sempre conscienciosa, de realizar uma interpretação em conformidade com uma dita integridade valorativa; ou seja, ele desempenharia o *role* de intérprete da história institucional, realizando a análise constitucional, legal e jurisprudencial, com o escopo de identificação dos valores sociais envolvidos, tomando a sua decisão (que seria, assim, *correta*). Essa é a superação de Dworkin da tradição positivista, ao transcender a uma mera *mens legislatoris*, que dotaria de objetividade a interpretação jurídica.

Parece-nos que muito de sua intenção é de enraizar o juiz, vinculá-lo aos precedentes prolatados, bem em conformidade com o sistema jurídico anglo-saxônico, uma vez que se procura traduzir, na interpretação atual, toda a carga jurisprudencial tradicional.

Tal seria, para Dworkin, a resposta correta, aproximando-se, talvez, do âmbito corporativista, sob a justificativa de que a decisão caminharia num sentido de coletividade, de não contrariedade aos precedentes.

Dito de outra forma, o juiz, a cada novo caso que lhe compete decidir, deverá considerar que é integrante uma cadeia histórica de posicionamentos interpretativos, mirando o futuro sem se distanciar do passado, de forma que esse seja a sua base, o seu referencial, trilhando a carreira pelas pegadas “certas” de seus antecessores.

Portanto, sua tarefa consiste em desenvolver a melhor e mais coerente teoria que explique e justifique o Direito explícito e, de modo particular, que integre e compreenda as exigências que derivam do sistema constitucional.

Dworkin acredita que a solução justa se encontra com bases na estrutura peculiar do raciocínio jurídico sobre as normas e decisões já existentes, de forma que as questões levadas pelas partes à apreciação jurisdicional seriam mutuamente excludentes, deixando ao julgador apenas a tarefa de reconhecer ou não o direito de uma delas, tornando impossível uma resposta intermediária.

Todas as pretensões levadas ao juiz, mesmo que devidamente justificadas com os argumentos indicativos da existência do direito das partes, esbarrariam na sua impossibilidade de exercer a atividade argumentativa para legitimar a sua decisão, ante a convicção de que apenas a chamada “resposta correta” é a que será oferecida para as colisões de princípios que se lhe apresentarem.

## **6 PONDERAÇÃO NA BUSCA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES**

Como verdadeira renovação da hermenêutica jurídica, destaca-se o pensamento jusfilosófico da ponderação fundada na ideia de razoabilidade, como ferramenta para alcançar uma solução aos casos difíceis, ou seja, aqueles que não possuem tratamento expresso e nítido para fácil resolução pelo ordenamento jurídico.

Pelo juízo de ponderação, é possível realizar o sopesamento dos princípios constitucionais, conferindo racionalidade e legitimação à decisão judicial, garantindo, conseqüentemente, maior segurança jurídica para as relações intersubjetivas.

Tal técnica da ponderação se revela como fonte do pensamento jurídico-filosófico, permitindo que surgisse uma teoria social da justificação do Direito, com base na razoabilidade e na proporcionalidade.

## 6.1 A teoria aarniana da resposta melhor justificada

Na esteira do quanto aqui já defendido, a respeito dos princípios constitucionais enquanto positivação dos valores culturais, Aulis Aarnio elabora a sua teoria com ênfase no respeito pelo sistema axiológico socialmente dominante, tendo por norte a expectativa de obtenção de certeza jurídica. E o faz em nítida oposição à teoria dworkiniana da “única resposta correta”, uma vez que não se devem confundir resposta final com resposta correta.

Sustentando sua tese, busca a defesa de uma “resposta melhor justificada”, em que a fundamentação ganha relevo por significar mecanismo apto a conferir ao jurisdicionado um máximo possível de segurança jurídica, de forma a afastar a arbitrariedade e a irracionalidade nas decisões judiciais.

Portanto, Aarnio (1995, p. 51) afirma que qualquer sistema jurídico racional, informado pelas noções de Estado de Direito, tem por pressuposto a certeza de que, em algum momento do processo jurídico, o sistema apresentará uma decisão ao caso concreto, que não será necessariamente uma única, nem que se possa previamente estabelecer que uma determinada será correta, ante mesmo a dificuldade de definição do que seja a “correta”.

Em outros termos, a teoria aarniana prima pela sustentação de que deve prevalecer a argumentação racional do discurso jurídico, ante a possibilidade de existência de várias respostas corretas.

O que importa, fundamentalmente, é que o Estado-juiz justifique as suas decisões de modo racional e lógico.

Tal problemática da multiplicidade de resultados hermenêuticos tenta ser solucionada por Aarnio através da aplicação do “princípio da maioria”, enquanto critério essencial para estabilização das decisões judiciais.

Por tal princípio, ele sustenta que uma resposta justificada por razões apropriadas é aquela que teria, em tese, o apoio da maioria, enquanto uma espécie de convencimento da plateia através do discurso jurídico.

É possível se afirmar, destarte, que Aarnio não crê na única resposta correta em caso de conflito de interesses. Aceita, sim, que as decisões judiciais devem ser pautadas pela racionalidade, com a utilização do princípio da maioria como critério essencial de estabilização para atingimento de segurança jurídica.

Igualmente a teoria dworkiniana da “única resposta correta” é refutada por Alexy, ao se tratar dos *hard cases*, em que seja necessário o juízo de ponderação. No seu entendimento (2001, p. 310-311), a aceitação de uma única resposta correta independe de procedimento, e

para cada pergunta prática é atribuída uma tese ontológica, contra a qual há poucos pontos a favor e muitos pontos contra.

## **6.2 Em síntese**

O exercício do juízo de ponderação buscará o resultado da prioridade estabelecida para o encontro do princípio preponderante, alcançado através da aferição do peso exercido por cada princípio em uma situação de conflito, levando em consideração a qualidade que possuem enquanto mandamentos de otimização, segundo as condições fáticas e jurídicas do caso concreto.

O que se faz imprescindível destacar, aproximando-nos da conclusão, é que a utilização do juízo de ponderação está intimamente entrelaçada à legitimação das decisões, na busca da resposta mais racionalmente correta, dentre as várias possíveis, de forma que se garanta a efetividade dos direitos através de um adequado sopesamento principiológico e, conseqüentemente, axiológico, do quanto deve prevalecer no caso concreto.

A proteção dos direitos fundamentais é a temática atual das experiências jurídicas ocidentais, isso é estreme de dúvidas. Contudo, faz-se necessário superar a velha hermenêutica da simples observância da lei abstrata, para a busca da concreção da justiça, mediante o esforço interpretativo de construção normativa e de resolução de casos que desafiam cada vez mais a exegese jurídica.

Tudo isso passa, é claro, pela problemática da justificação da decisão judicial, uma vez que ela deve ser legítima, com participação ativa do julgador, de forma racional e transparente, atendendo aos anseios sociais e aos valores culturais, revelando a sua devida fundamentação. Tal é o que se espera de um pronunciamento judicial que se pretenda justo.

## **7 CONCLUSÃO**

A busca pelo estabelecimento da justiça no plano fático é a luta do Direito, enquanto fenômeno universal, de variadas expressões regionais, de ordenação normativa da realidade. Muito embora os mecanismos tenham sido diversos com o tempo e conforme cada experiência jurídica de sociedades culturalmente distintas, é certo que há uma nítida evolução da ciência jurídica, dentro de uma concepção notoriamente ocidental.

A racionalização dos pensamentos sobre o justo, com a reflexão a seu respeito de forma cada vez mais constante, possibilita a visualização de um nítido aprimoramento na

jurisciência, resultando num aperfeiçoamento crescente das teorias que fundamentam a possibilidade de alcance de soluções cada vez mais justas para o caso concreto.

O objeto do presente trabalho é, precisamente, a análise dessa racionalização, que busca dotar a argumentação jurídica de subsídios para que, em face dos interesses sociais muitas vezes contrapostos, seja possível se atingir decisões judiciais que não sejam arbitrárias.

Elencamos, nesses breves apontamentos, como método mais aperfeiçoado o do juízo da ponderação, dentre as diversas técnicas para se resolver os conflitos sociais, notadamente aqueles em que direitos fundamentais se chocam. Por tal técnica, colocam-se aqueles princípios, ou seja, os valores sociais constitucional e normativamente protegidos, nos pratos da balança de Têmis, ponderando-se a respeito de qual deverá ser adotado, sem que seja plenamente excluído o preterido.

Faz-se isso em face da existência do chamado princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição, que estabelece a ausência de hierarquia principiológica, já que não é possível, dentro do todo sistêmico constitucional, elencar valores *a priori* preponderantes.

Para a presente análise, assim, percorreu-se as páginas de Dworkin, defensor da “única resposta correta”, em homenagem à tradição dos precedentes, sendo os magistrados continuadores da história realizada por seus predecessores.

Também Alexy foi visitado. Em seu posicionamento, ele se afasta das ideias de Dworkin, acreditando que, ao se estabelecer uma única solução como a “correta”, estar-se-ia hierarquizando os princípios, em contraposição ao princípio anteriormente mencionado da unidade constitucional.

O professor alemão expõe, assim, a sua teoria da argumentação jurídica, estabelecendo que seu fim primordial é o de racionalizar os pronunciamentos do Estado-juiz, mediante uma adequada fundamentação das decisões.

Com o propósito também de racionalizar o pensamento jurídico é a teoria do professor estadunidense; entretanto, a sua tese *engessa* o exercício da atividade argumentativa, vez que se restringe ao reconhecimento do direito do postulante, não permitindo a própria evolução das decisões, ante a impossibilidade de respostas intermediárias.

O finlandês Aulis Aarnio igualmente contribui para a jurisciência através de sua teoria renovadora, que tem por propósito último a estabilização das relações sociais através da realização fática da segurança jurídica, através de uma racional justificação das decisões judiciais, passando por uma argumentação jurídica que, ao mesmo tempo em que permite a obtenção de diversas respostas (e não “uma única resposta correta”), traz balizas para que se limite a arbitrariedade.

Destaque-se que, para os subscritores do presente trabalho, independentemente de qual seja a teoria adotada, o indispensável é a devida fundamentação jurídica que permita um juízo de ponderação capaz de assegurar os princípios constitucionais da melhor forma possível, em consonância com os interesses sociais.

Dessa forma, por mais que não seja unívoca a concepção, como adrede ressaltado, espera-se atingir o máximo possível de justiça no meio social, efetivando-se os princípios constitucionais e atendendo aos anseios da Constituição enquanto representativa da soberania e vontade popular; tal é o papel da ciência jurídica.

## 8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. **Derecho, racionalidad y comunicación social: ensayos sobre Filosofía del Derecho**. México: Fontamara, 1995.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Ciência política, Estado e Direito Público: Uma introdução ao Direito Público da Contemporaneidade**. São Paulo: Verbatim, 2006.

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. In: Revista de Direito Administrativo. n.217. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

\_\_\_\_\_. **El concepto y la validez del derecho**. 2 ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO; Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso S. Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Polis; Brasília: Universidade de Brasília, 1990.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

DWORKIN, Ronald. **El império de la Justiça**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1992.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Los derechos em serio**. Barcelona: Ariel, 1997.

\_\_\_\_\_. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massadhusetts: Harvard University Press, 1978.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HART, Herbert Lionel Adholphus. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 16.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES NETO, Floriano P. de Azevedo. **O conflito entre princípios constitucionais: breves pautas para sua solução**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Cadernos de direito constitucional e ciência política, 1995.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES Gilmar Ferreira e NASCIMENTO Carlos Valder. Tratado de Direito Constitucional. In: TAVARES André Ramos. **Princípios Constitucionais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: Constituição e inconstitucionalidade**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Estudos de Direito público**, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Capítulo 10: Linhas mestras da interpretação constitucional. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.