

PRINCÍPIOS JURÍDICOS E SUA EFICÁCIA JURÍDICA

Luciano Elias Reis. Advogado. Sócio do escritório Reis, Corrêa e Lippmann Advogados Associados. Mestrando na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Administrativo e Processo Civil. Professor da Universidade Tuiuti do Paraná e da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. Contato: luciano@rcl.adv.br

Resumo: 1. Introdução. 2. Definição de princípios. 3. Diferenças entre regras e princípios. 4. Importância dos princípios. 5. Colisão de princípios. 6. Técnica da ponderação. 7. Jurisprudência e os princípios colidentes. 8. Eficácia jurídica dos princípios. 8.1 Relevância. 8.2 Eficácia jurídica. 8.3 Modalidades de eficácia jurídica dos princípios. 9. Conclusões. 10. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Nas últimas décadas, os princípios jurídicos têm sido alvo de diversos estudos e obras publicadas no mundo em razão da sua importância para a era pós-positivista.

O grande debate sobre os princípios jurídicos se deve à impossibilidade de persistir caprichos ou formalismos desnecessários, que estejam estritamente arraigados ao positivismo jurídico.

A sociedade e o sistema jurídico clamam pela concepção das normas jurídicas aliada com as suas consequências sociais. Esta ligação entre as normas jurídicas e as suas consequências jamais tem por desiderato afastar a juridicidade ou a indispensabilidade de prescrição para a regulação do Direito.

O processo de mudança inicia-se a partir da segunda metade do século XX. Luis Roberto Barroso salienta que em tal momento histórico não se suportava mais o positivismo jurídico, “a aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições do que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito.”¹

Posteriormente, Luis Roberto Barroso complementa que superado o positivismo jurídico, não se poderia acatar o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, com a volta

¹ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba. V. 01., p. 15-60, n. 01, 2002, p. 41.

de fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva, despótica. Por isso, segundo o autor, “nesse contexto, o pós positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade.”²

Paulo Bonavides realça os golpes sofridos pelo positivo legalista e pelo Direito Natural:

E na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios.³

O pós-positivismo é considerado “uma superação do legalismo, não com recurso a idéias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade.”⁴

O que a fase pós-positivista busca, em partes, é desmistificar a existência fechada dentro do sistema de todas as respostas de modo direto e estanque. A vida social e as relações existentes no dia-a-dia não permitem que o Direito objetivamente apresente todas as respostas diretamente e seja manuseado como uma máquina para o objetivo final do Direito.

Acerca desta nova visão, Ferrajoli dispõe sobre as mudanças na ciência jurídica da seguinte forma:⁵

Y la ciencia jurídica ha dejado de ser, supuesto que lo hubiera sido alguna vez, simple descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto; crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución; reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en aquélla; análisis de las antinomias y de las lagunas; elaboración y proyección de las garantías todavía inexistentes o inadecuadas no obstante venir exigidas por las normas constitucionales.

² Idem.

³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 265.

⁴ Ibidem, p. 53.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Editorial Trotta, 2001. p. 55.

Pode-se dizer que a era pós-positivista traz um referencial não tão-somente arraigado às regras jurídicas puras e à prescrição excessiva e formalista, porém um novo espectro direcionado para o estudo da prescrição jurídica por intermédio das normas jurídicas, que podem ser regras ou princípios, exsurge para alterar esta diretriz.

Assim, visualiza-se uma valoração diversificada para os princípios na aplicação do Direito. No entanto isso nem sempre ocorreu desta maneira. Anteriormente, os princípios eram utilizados tão só para orientação das normas, posteriormente para a interpretação das normas e agora, com a fase pós-positivista, a interpretação⁶ clama por um exame dos princípios em conjunto com as regras para a aplicação do Direito.

Reitera-se que antes aos estudos da chamada fase pós-positivista, negava-se a valoração normativa dos princípios. Estes não eram encarados como normas jurídicas, mas sim como valores ou linhas a subsidiar a aplicação do Direito.

Walter Claudius Rothenburg aborda a negativa do carácter normativo dos princípios que anteriormente preponderava nos seguintes termos:

Por força de sua suposta natureza 'transcendental', ou em razão de seu conteúdo e vagueza, bem como pela formulação através de dispositivos destituídos de sanção (imediata), eram os princípios qualificados como meras exortações, preceitos de ordem moral ou política, mas não verdadeiros comandos de Direito. E porque a própria constituição seria, justamente, aquele momento limdeiro entre o social (a moral, o político, etc) e o jurídico, ou seja, porque a própria constituição não representaria um corpo estritamente jurídico, aparecia ela como o repositório natural dos princípios assim considerados (desprovidos de natureza eminentemente jurídica).⁷

Refutando este raciocínio, o valor normativo dos princípios serve como esteio para a superação do positivismo legalista e, inclusive, Luis Roberto Barroso enquadra a distinção qualitativa entre regra e princípio como "um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas."⁸

Assim, depreende-se que o modelo tradicional foi concebido para a interpretação e aplicação das regras, porém, hodiernamente prepondera a noção de que o sistema

⁶ Acerca da interpretação das normas, sempre valioso recorrer ao escólio de Karl Larenz ao dizer que: "Interpretar é (...) uma actividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático. O texto da norma torna-se problemático para quem a aplica atendendo à aplicabilidade da norma precisamente a uma situação de facto dessa espécie." (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 437)

⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 13.

⁸ BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit., p. 44.

jurídico se fundamenta pela aplicação de normas jurídicas, estas integradas por uma série de princípios e regras equilibrados.

Fala-se em equilibrados, pois as regras realizam o papel de segurança jurídica a partir do momento em que as suas hipóteses de incidência e conseqüências são objetivas. Doutro lado, os princípios com a sua vagueza e flexibilidade consubstanciam a aplicação do direito para uma decisão justa no caso concreto.

Eros Roberto Grau não discorda de Luis Roberto Barroso e assevera sobre a valoração normativa dos princípios⁹ ao dizer que “norma jurídica é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios – entre estes últimos incluídos tanto os princípios explícitos quanto os princípios gerais de direito.”^{10 11}

As Constituições modernas seguem esta concepção tanto que a maioria dos textos constitucionais prescreve princípios a serem perseguidos pelo Estado em sua atuação.

Luis Roberto Barroso em sua recente obra, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, aborda que “no Direito Contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.”¹²

Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹³ assevera na mesma linha e exemplifica a Constituição da República de 1988 como um modelo de constituição na qual os princípios estão largamente presentes.

Posteriormente esse autor relata que as constituições modernas com a aludida característica transluz uma ‘textura aberta’, termo vernacular que exprime as constituições contemporâneas com a inserção de princípios correspondente “à necessidade de uma flexibilização dos imperativos constitucionais em face da realidade

⁹ Um dos grandes precursores sobre a normatividade dos princípios para resguardar obrigações e direitos é o norte-americano Dworkin.

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5. Ed. 2009, p. 49.

¹¹ Para Eros Roberto Grau há uma diferença entre princípios de direito e princípio do direito. “Os princípios de direito que descobrimos no interior do ordenamento jurídico são princípios deste ordenamento jurídico, deste direito. Os princípios em estado de latência existentes sob cada ordenamento – isto é, sob cada direito posto – repousam no direito pressuposto que a ele corresponda.” (GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., p. 47).

¹² BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 316.

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 393.

sempre cambiante”¹⁴, mormente numa realidade social com transformações rapidíssimas.

Diante esta conjectura explicitada, na era pós-positivista, os princípios jurídicos ganham espaço para a interpretação e aplicação do Direito.

2. Definição de princípios

A definição de princípios jurídicos pelos juristas nas últimas décadas demonstra por si claramente o avanço na sua definição ou pelo menos o constante trabalho realizado pelos estudiosos do Direito.

Manoel Messias Peixinho define princípio como “ponto de partida e o fundamento de um processo qualquer, quando o significado dos dois termos, princípio e fundamento estão estritamente relacionados. Foi introduzido na filosofia por Anaximandro, ao qual recorria frequentemente Platão, dando o sentido de causa do movimento ou de fundamento da demonstração”.¹⁵

E posteriormente, o mesmo autor relata que Aristóteles foi o primeiro a enumerar os significados de princípio, quais sejam:

1º Ponto de partida de um movimento (uma linha ou estrada); 2º o melhor ponto de partida (aquele que torna mais fácil aprender uma coisa); 3º ponto de partida efetivo de uma produção (a quilha de navio os alicerces de uma casa); 4º causa externa de um processo ou de um movimento (um insulto que provoca uma briga); 5º o que com a sua decisão determina movimentos ou mudanças (o governo ou as magistraturas de uma cidade); 6º aquilo do qual parte um processo de conhecimento (as premissas de uma demonstração).¹⁶

Após esta transcrição que busca apresentar as primeiras linhas descritas acerca dos princípios, carream-se algumas outras definições a seguir de alguns clássicos juristas brasileiros para ulteriormente deduzir qual descrição revela-se como a mais aceita na era pós-positivista.

Miguel Reale qualifica os princípios como “verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou

¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. Cit., p. 393.

¹⁵ PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 123

¹⁶ Idem.

resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.”¹⁷

Carlos Ari SUNDFELD defende que:

Os princípios são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se. Sua enunciação tem, portanto, uma primeira utilidade evidente: ajudar no ato de conhecimento. Mas, para o profissional do Direito, sua importância não é só esta. Os princípios são verdadeiras normas, que devem ser tomadas em consideração para a solução de problemas jurídicos concretos.

O princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das meras regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico. Deve haver coerência entre princípios e regras, no sentido que vai daqueles para estas. Por isso, conhecer os princípios do Direito é condição essencial para aplicá-lo corretamente.¹⁸

José CRETELLA JÚNIOR diz que princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência.¹⁹

De Plácido e Silva em seu Dicionário Jurídico estabelece que:

No sentido, notadamente no plural, significa que as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa.

E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser toda em qualquer operação jurídica.

Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas.

Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito.²⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello, em clássica definição, delimita princípio como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque

¹⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 60.

¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.18-19.

¹⁹ José Cretella Júnior. Apud. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 80.

²⁰ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1095.

define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.”^{21 22}

Carmem Lúcia Antunes Rocha expressa que os princípios são “dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional”, tanto que “os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios”²³

Humberto Ávila demarca que os princípios são “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.”²⁴

Robert Alexy define os princípios como normas jurídicas, isto porque “(...) ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da premissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente.”²⁵ Depois, ainda completa que “a distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.”²⁶

Para o presente trabalho e tendo em vista que se almeja a definição de princípios sob o espectro na fase pós-positivista, inferem-se que as exposições dos juristas Humberto Ávila, Robert Alexy e Carmem Lúcia Antunes da Rocha são as relacionadas com a referida fase, a qual é alvo do presente artigo.²⁷

Contudo, antes de encerrar este tópico, impende ressaltar que não se pode confundir a teoria dos valores com a teoria dos princípios.

²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53.

²² Duma análise geral dos princípios ante o sistema jurídico, Celso Antônio Bandeira de Mello sob o seu raciocínio colige que “violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos”. Em seguida, ainda conclui que “é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a ser arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Op. Cit., p. 53).

²³ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 25.

²⁴ AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 78-79.

²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

²⁶ Idem.

²⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello faz questão de sobressaltar, em nota de rodapé, a adoção de rótulos diferenciados para a definição de princípios jurídicos e assevera que inexistente uma definição correta e uma incorreta por parte dos juristas, mas tão somente rótulos e pontos de vistas distintos, os quais por sua vez partem de premissas diversas. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 53).

Para explicar esta diferença, Carmem Lúcia Antunes da Rocha aponta que:

Os princípios constitucionais são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado. Aqueles valores superiores encarnam-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional, dotando-o, assim, para cumprimento de suas funções, de normatividade jurídica. A sua opção ético-social antecede a sua caracterização normativo-jurídica. Quanto mais coerência guardar a principiologia constitucional com aquela opção, mais legítimo será o sistema jurídico e melhores condições de ter efetividade jurídica e social.²⁸

No mesmo sentido, Eros Roberto Grau também destaca a distinção entre princípios e valores baseado no escólio de Habermas:

(...) os princípios obrigam seus destinatários igualmente, sem exceção, a cumprir as expectativas generalizadas de comportamento. Os valores, por outro lado, devem ser entendimentos como preferências intersubjetivamente compartilhadas; expressam a ‘preferenciabilidade’ (vorzugswürdigkeit) – o caráter preferencial – de bens pelos quais se considera, em coletividades específicas, que vale a pena lutar e que são adquiridos ou realizados mediante ações dirigidas a objetivos ou finalidades. Daí dizermos que valores são bens atrativos – não são normas.”²⁹

Como exposto neste tópico, pela fase pós-positivista, os princípios conquistam o status de norma jurídica, logo superam a assertiva, nos termos de Luis Roberto Barroso, “de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata.”³⁰

Por conseguinte, seguindo este raciocínio ora alinhavado e decorrente deste momento pós-positivista legalista, deduz-se que os princípios ao lado das regras jurídicas integram as normas jurídicas.

3. Diferenças entre regras e princípios

Partindo da premissa de que regras e princípios integram as normas jurídicas, buscar-se-á trabalhar neste tópico sobre as distinções tais espécies. Identificar os pontos comuns não nos parece uma tarefa árdua e dificultosa, porém explicitar as distinções peremptoriamente é sim a missão mais penosa.

²⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Op. cit., p. 23.

²⁹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 112

³⁰ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos.... , p. 43.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho expõe que “separando o que é notoriamente um princípio do que é visivelmente uma regra, há uma zona cinzenta, onde cabem hesitações.”³¹

Conquanto haja esta barreira de dificuldade, buscar-se-á por intermédio dos mais diversos pensamentos de juristas deduzir quais os critérios ou quais as reais dessemelhanças existentes entre as duas espécies de normas jurídicas.

A grande baliza de partida para a discrepância entre regra e princípio é a densidade normativa³², também denominada por vagueza ou abstração.

Jossef Esser aborda que:

(...) os princípios jurídicos, diferentemente das normas [regras] de direito, são conteúdo em oposição a forma, embora o uso dessas categorias aristotélicas – adverte – não nos deva induzir a pensar que a forma seja o acessório de algo essencial” e justifica que “histórica e efetivamente, a forma, entendida processualmente como meio de proteção do direito ou materialmente como norma, é sempre o essencial, o único que pode conferir realidade e significação jurídica àquele conteúdo fundamental ainda não reconhecido como *ratio*.”³³

Sob uma roupagem de abstração dos princípios, Walter Rothenburg qualifica tal característica como uma diferença formal com as regras e assevera que os princípios “são dotados de vagueza, no sentido de uma enunciação larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas na direção das quais deve orientar-se todo o ordenamento jurídico.”³⁴

Alerta o mencionado jurista que o elevado grau de abstração ou vagueza “não significa impossibilidade de determinação – e, conseqüentemente, de baixa densidade semântico-normativa (mas podendo ser integrados por meio de interpretação/aplicação, sobretudo através de outras normas e até mesmo em relação a situações específicas,

³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. Cit., p. 394.

³² Densidade normativa pode ser compreendida como “a capacidade ou não duma determinada norma jurídica incidir num caso concreto de maneira direta, sem a necessidade da já aludida ‘mediação concretizado’, por parte dos operadores jurídicos.” (SANTOS, Fernando Muniz. Os princípios e as regras constitucionais enquanto normas jurídicas. Trabalho apresentado na disciplina de Teoria Geral do Direito Constitucional. (Prof. Clemerson Merlin Cléve) do curso de Mestrado/Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1995 apud ROTHENBURG, Walter Claudius, Op. Cit., p. 16.

³³ ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosh, 1961, p. 65.

³⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 18.

como decisões judiciais e atos administrativos), ao passo que as demais normas (regras) possuem um menor grau de abstração e mais alta densidade normativa.”³⁵

Ademais, com todo zelo, o autor ao afirmar que os princípios são vagos, alerta que tal raciocínio não corresponde e nem permite asseverar que “os princípios são inteiramente ou sempre genéricos e imprecisos”, muito pelo contrário, pois “possuem um significado determinado, passível de um satisfatório 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.”³⁶

Em decorrência da vagueza há uma baixa densidade normativa, logo neste parâmetro Larenz defende que os princípios não são regras suscetíveis de aplicação direta e imediata, mas sim pontos de partida ou pensamentos diretores.³⁷

Por sua vez, Gustavo Zagrebelsky conclui que:

Noutros termos, enquanto as regras nos dizem como devemos, não devemos ou podemos atuar em situações específicas, os princípios a esse respeito nada nos dizem diretamente, embora nos proporcionem critérios para tomar posição em circunstâncias só aparentemente indeterminadas. Mais ainda, porque não contêm ‘suposto de fato’, a eles, diversamente do que ocorre com as regras, só podemos atribuir algum significado operativo fazendo-os ‘reagir’ diante de casos concretos.³⁸

Outra diferença, segundo Zagrebelsky, reside na aplicação dos princípios, a qual não é “mecânica”, como pode ser atribuída a aplicação, subsunção, das regras diante da situação fática.

Segundo o autor, “no caso dos princípios, essa ‘aplicação’ é completamente diferente, pois, quando a realidade nos exige alguma ‘resposta’, nossa ‘tomada de posição’ será conforme esses princípios”.³⁹

Manoel Gonçalves Ferreira Filho distingue as disparidades entre as regras e os princípios de acordo com a escola adotada. Pela escola clássica, “os princípios seriam normas jurídicas, sim, mas generalíssimas, tanto na sua hipótese quanto no seu dispositivo. Por isto, a sua diferenciação seria uma questão de grau de generalidade.”⁴⁰ Já pela Escola Moderna, doutrina substancialista, há duas características diferenciadoras

³⁵ Ibidem, p. 17-18.

³⁶ Ibidem, p. 18.

³⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 70.

³⁸ P. 75-76, Inocêncio.

³⁹ Ibidem, p. 76.

⁴⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. Cit., p. 394

dos princípios, quais sejam: “um é a ‘otimização’ inerente ao princípio. Quer dizer, a afirmação do princípio importa numa ordem, a ordem otimizá-lo nos casos em que cabe a sua aplicação. Outro, a ‘flexibilização’. O princípio, ao contrário da regra, admite temperamentos na sua aplicação.”⁴¹

Para Inocêncio Mártires Coelho “pode-se dizer que os princípios jurídicos se produzem necessariamente em dois tempos e a quatro mãos: primeiro são formulados genérica e abstratamente pelo legislador; depois se transformam e se concretizam, naturalmente, em normas de decisão que, a partir deles, são criadas pelos intérpretes e aplicadores do direito.”⁴²

Ainda completa que diferentemente das regras jurídicas puras, na qual o legislador prescreve desde a hipótese de incidência e a sanção, o princípio jurídico carece desta imediatez, isto porque “no que respeita aos princípios jurídicos ele se abstém de fazer isso, ou pelo menos de fazê-lo sozinho e por inteiro, preferindo compartilhar essa tarefa com aqueles que irão aplicá-los, porque sabe de antemão que é somente em face de situações concretas que essas espécies normativas logram atualizar-se e operar como verdadeiros mandados de otimização”.⁴³

Já Luis Roberto Barroso realiza a distinção entre regras e princípios em razão dos seguintes critérios: (i) quanto ao conteúdo: regras expressam situações objetivas de conduta a serem persecutadas, já os princípios apontam valores ou fins a serem colimados; quanto à estrutura normativa: as regras estereotipam o modelo tradicional de regra (descrição de uma conduta com a atribuição do seu efeito jurídico), já os princípios apontam estados ideais que comportam o seu cumprimento por mais diversas condutas, cabendo ao intérprete ajustá-los ao caso concreto; (iii) quanto ao modo de aplicação, as regras aplicam-se pelo enquadramento do fato concreto à prescrição normativa (descrição), inclusive com a consequência jurídica determinada pela norma, já os princípios aplicam-se ao caso concreto junto ou até em colisão com outros princípios num caso concreto, cabendo ao intérprete utilizar a ponderação para a escoreita aplicação.⁴⁴

Depois dos pensamentos de diversos juristas, cumpre destacar a idéia de Robert Alexy que é considerado o diferencial para a moderna dogmática constitucional.

⁴¹ Ibidem, p. 395.

⁴² COELHO, Inocêncio Mártires. Op. Cit., p. 70.

⁴³ Ibidem, p. 69-70.

⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. Curso, p. 317.

Consoante Robert Alexy, há diversos critérios para diferenciar princípios de regras, porém o correto na sua visão é a diferença qualitativa entre ambas as espécies normativas.

Com foco neste critério qualitativo, Robert Alexy coloca que “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”⁴⁵

Em razão disso, Alexy qualifica que os princípios são “mandados de otimização” pelo fato de que “são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.”⁴⁶

Como, por ora, está se descrevendo sobre as diferenças com regras, vale transcrever o que Alexy compreende por regras:

(...) são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.

Esta diferença qualitativa entre regras e princípios quando da aplicabilidade das regras e dos princípios, mais precisamente quando do conflito entre regras e da colisão de princípios, consoante explicação a ser demonstrada no item 05.

4. Importância dos princípios

A importância dos princípios na atualidade revela-se luzente e de um anseio extremamente pragmático, sob o viés da utilidade e necessidade, para a escorreita interpretação e aplicação do direito moderno.

Luis Roberto Barroso, em sua obra Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, acentua a imprescindibilidade dos princípios para o aplicador do direito, inclusive abordando diversas facetas e momentos de sua aplicabilidade:

⁴⁵ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 90.

⁴⁶ Idem.

Princípios constitucionais incidem sobre o mundo jurídico e sobre a realidade fática de diferentes maneiras. Por vezes, o princípio será fundamento direito de uma decisão. De outras vezes, sua incidência será indireta, condicionando a interpretação de determinada regra ou paralisando sua eficácia. Relembre-se que entre regras e princípios constitucionais não há hierarquia jurídica, como decorrência do princípio instrumental da unidade da Constituição, embora alguns autores se refiram a uma hierarquia axiológica, devido ao fato de os princípios condicionarem a compreensão das regras e até mesmo, em certas hipóteses, poderem afastar sua incidência.⁴⁷

Inocência Mártires Coelho enfatiza a função dogmática dos princípios e diz que “embora se apresentem como enunciados lógicos e, nessa condição, pareçam anteriores aos problemas hermenêuticos que, afinal, ajudam a resolver em verdade e quase sempre, os princípios da interpretação funcionam como fórmulas persuasivas, das quais se valem os aplicadores do direito para justificar pré-decisões que, mesmo necessárias ou convenientes, sem o apoio desses cânones interpretativos se mostrariam arbitrárias ou desprovidas de fundamento.”⁴⁸

Ou seja, os princípios servem como balizas na interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Neste mesmo norte, Luis Roberto Barroso, em artigo veiculada na Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, aponta que os princípios tem parâmetro de guia para o intérprete, o qual deve pautar a sua atuação “pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar a formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.”⁴⁹

Segundo Larenz, os princípios cumprem uma função positiva – que consiste no influxo que exercem em relação às decisões jurídicas e, assim, no conteúdo da regulação que tais decisões instalam – e uma função negativa – que consiste na exclusão de valores contrapostos e das normas que repousem sobre esses valores.⁵⁰

Demonstrada perfunctoriamente a relevância dos princípios, faz-se necessário trazer a assertiva de Humberto Ávila que “os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras”.⁵¹

⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. Curso..., p. 318.

⁴⁸ COELHO, Inocência Mártires. Op. Cit., p. 97-98.

⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos..., p. 43.

⁵⁰ Apud GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., p. 158.

⁵¹ AVILA, Humberto. Op. Cit., p. 97.

Até porque, como o intérprete buscará o silogismo da premissa maior com a premissa menor, neste momento de adaptação e racionalidade⁵² jurídica deverá submeter os princípios à sua utilidade e necessidade em conjunto com as regras para o intérprete e aplicador do direito.

5. Colisão de princípios

Em primeiro lugar, antes de examinar a colisão de princípios, faz-se necessário impender que tal raciocínio não ecoa nas regras jurídicas também. Enquanto nas regras jurídicas existe o conflito de regras, nos princípios jurídicos prevalece a colisão de princípios. A diferença não é apenas semântica, mas sim de definições e repercussões jurídicas.⁵³

O conflito de regras é conhecido e resolvido pelas regras de extirpação das antinomias jurídicas que estão prescritas no ordenamento pátrio na Lei de Introdução ao Código Civil, mais precisamente no art. 2º⁵⁴.

Os critérios para a solução das antinomias jurídicas são: hierárquico, especificidade e cronológico.

O conflito de regras é resolvido no critério hierárquico, quando prevalece a regra hierarquicamente superior em detrimento da inferior, a qual passa a ser inválida. Ou seja, a regra hierarquicamente superior prevalece sobre a inferior.

O critério de especificidade ocorre quando a regra especial persiste no sistema jurídico em detrimento da regra geral, a qual é expurgada do mundo prescritivo.

⁵² Ao falar em racionalidade, vale recordar dos comentários de Inocêncio Mártires Coelho:

“Noutro dizer, se o objeto a ser interpretado – seja ele uma norma ou conjunto de normas – é algo que se considera racional por definição, então essa mesma racionalidade há de presidir o manejo dos princípios que regulam a sua interpretação.” (COELHO, Inocêncio Mártires. Op. Cit., p. 101.

⁵³ Evita-se a expressão conflito normativo, isto porque, conforme leciona Virgílio Afonso da SILVA, “o conceito de conflitos normativos é algo sobre o qual pairam diversas polêmicas. Sobretudo sua relação com outros conceitos afins, às vezes tomados como sinônimos, às vezes tomados como coisa distinta – como é o caso das colisões entre normas e das contradições normativas – é algo sobre o qual há poucos pontos pacíficos no debate jurídico”

E continua, o autor, a conceituar o que entende por conflito normativo, qual seja: “(...) conflitos entre regras e às colisões entre princípios. Nesse sentido, um conflito normativo nada mais é que a possibilidade de aplicação, a um mesmo caso concreto, de duas ou mais normas cujas conseqüências jurídicas se mostrem, pelo menos para aquele caso, total ou parcialmente incompatíveis” (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47).

⁵⁴ “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.”

Já no critério cronológico, o conflito é dirimido pela regra temporal, isto é, a regra prescrita posteriormente persiste no sistema jurídico, enquanto a inferior é revogada.

Com isso, tem-se que o conflito entre regras resolve-se pela revogação da regra geral pela regra especial, da regra posterior pela regra anterior e da regra inferior pela regra superior. Ou seja, não pode jamais persistir duas regras antagônicas e conflituosas.

Robert Alexy deixa bastante clara a necessidade de solucionar o impasse de um conflito de regras com uma cláusula ou com a declaração de invalidade de uma delas, quando menciona que “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.”⁵⁵

A tese de Alexy no conflito de regras também é conhecida pela expressão, ou tudo ou nada, isto é, para representar a impossibilidade de serem válidas duas regras antitéticas.

Já nos princípios não existe um conflito, e sim uma colisão de princípios.

A diferença inicia-se pela denominação da expressão gramatical, isto porque, enquanto o conflito enseja a regra da invalidade de uma norma em face de outra, a colisão de princípios ocasiona a prevalência de um princípio sobre outro num dado caso concreto.⁵⁶

A colisão, nas palavras de Luis Roberto Barroso, de princípios decorre “do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a Constituição.”^{57 58}

Como solucionar então a questão da colisão de princípios?

Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta três soluções para o deslinde de colisão entre princípios: conciliação (a conciliação buscaria harmonizar e conciliar os dois), pertinência (prepondera o princípio que “concerne, mas de perto, à matéria em causa”⁵⁹

⁵⁵ ALEXY, Robert. Op. Cit., 92.

⁵⁶ Na colisão de princípios, segundo Inocêncio Mártires Coelho, “diante das antinomias de princípios, quando em tese mais de uma pauta lhe parecer aplicável à mesma situação de fato, em vez de se sentir obrigado a escolher este ou aquele princípio, com exclusão de outros que, *prima facie*, repute igualmente utilizáveis como norma de decisão, o intérprete fará uma ponderação entre os standards concorrentes – obviamente se todos forem princípios válidos, pois só assim podem entrar em rota de colisão -, optando, afinal, por aquele que, nas circunstâncias, lhe pareça mais adequado em termos de otimização de justiça.” (COELHO, Inocêncio Mártires, Op. Cit., p. 73).

⁵⁷ BARROSO, Luis Roberto. Curso....., p. 329.

⁵⁸ Apesar de o autor mencionar princípios constitucionais, o mesmo raciocínio prevalece para os princípios em geral, tanto constitucionais como infraconstitucionais.

⁵⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. Cit., p. 397.

;e ‘peso’, segundo o jurista Manoel tal solução presume uma valoração e esta por sua vez, em severa crítica, é “sempre arbitrária e discutível, já que a Constituição não estabelece tal escala.”⁶⁰

Vale mencionar que o jurista Manoel Gonçalves Ferreira Filho realiza uma ferrenha crítica a idéia de ponderação de peso em razão da liberdade ao aplicador e intérprete do Direito, o que poderia ajudar no esvaziamento do positivismo.

Inocêncio Coelho ressalta que a colisão de princípio somente ocorre, visto que não hierarquiza entre princípios. Sobre o assunto, menciona que “é intuitivo que *a priori* não exista uma hierarquia fixa e abstrata entre os diversos princípios, ressalvado – porque fora de cotejo axiológico – o valor incondicionado da pessoa humana como valor-fonte de todos os valores, como valor fundante da experiência ética ou, se preferirmos, como princípio e fim de toda ordem jurídica.”

Justifica ainda ao dizer que na aplicação de princípios:

(...) ao contrário, a maioria entende que não se faz necessária a formulação de regras de colisão, porque essas espécies normativas – por sua própria natureza, finalidade e formulação – parece não se prestarem a provocar conflitos, criando apenas momentâneos estados de tensão ou de mal-estar hermenêutico, que o operador jurídico *prima facie* verifica serem passageiros e plenamente superáveis no curso do processo de aplicação do direito.⁶¹

E ainda aborda que para a solução da colisão, deve-se alvitrar da “idéia de um jogo concertado, de restrições e complementações recíprocas, entre os diversos cânones interpretativos eventualmente concorrentes, do qual resulta, ao fim e ao cabo, a sua mútua e necessária conciliação.”⁶²

Já Luis Roberto Barroso destaca que a colisão de princípios possui as seguintes características⁶³: “(i) a insuficiência dos critérios tradicionais de solução de conflitos para resolvê-los: (ii) a inadequação do método subsuntivo para formulação da norma concreta que irá decidir a controvérsia e (iii) a necessidade de ponderação para encontrar o resultado constitucionalmente adequado.”⁶⁴

⁶⁰ Idem.

⁶¹ COELHO, Inocêncio Mártires. Op. Cit., p. 68-69.

⁶² Ibidem, p. 101.

⁶³ Tais características, segundo Luis Roberto Barroso, são comuns para as colisões entre princípios constitucionais, colisões entre direitos fundamentais e colisões entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais.

⁶⁴ BARROSO, Luis Roberto. Curso ..., p. 331.

Por sua vez, Robert Alexy elucida de modo bastante nítido como dirimir a colisão de princípios:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.⁶⁵

Apesar das críticas de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, verifica-se que a técnica da ponderação, com o sopesamento dos princípios em colisão no caso concreto, é a que prevalece e qualifica-se como ímpar para a solução dos princípios colidentes, e inclusive não dá margem para uma solução fora das possibilidades jurídicas.

Desse modo, pode-se concluir que a colisão de princípios não afeta a esfera da validade das normas jurídicas. Ademais, impende deduzir que tal embate é resolvido pelo peso a ser atribuído aos princípios colidentes pelo intérprete e aplicador do direito dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, o qual deverá buscar sempre uma concertação entre os princípios para que haja o menor sacrifício possível.

6. Técnica da ponderação

A técnica da ponderação usada para dirimir a rota colidente entre princípio exterioriza claramente a distinção entre regras e princípios, visto que a ponderação contrasta frontalmente com o método da subsunção.⁶⁶

A subsunção é utilizada para a interpretação e aplicação das regras jurídicas. Desenvolve-se pelo clássico silogismo em que a premissa maior incide sobre a premissa menor e produz um resultado, que por sua vez tem efeitos e repercussão jurídica.

Luis Roberto Barroso, sempre fazendo um contexto histórico, pronuncia que “por muito tempo, a subsunção foi o raciocínio padrão na aplicação do Direito” e descreve que ela se “desenvolve por via de um raciocínio silogístico, no qual a premissa

⁶⁵ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 93-94.

⁶⁶ Salienta-se que Humberto Ávila faz uma análise crítica sobre a afirmação de que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios e que os princípios possuem uma dimensão de peso.” (AVILA, Humberto. Op. Cit., p. 52).

maior – a norma – incide sobre a premissa menor – os fatos, produzindo um resultado , fruto da aplicação da norma ao caso concreto.”⁶⁷

Ao analisar a subsunção e recordar das características diferenciadores das regras e dos princípios, verifica-se que a subsunção não é critério para analisar a validade dos princípios.

Por isso, recorre-se à técnica da ponderação.

Ana Paula de Barcellos acentua que “sob o espectro metodológico, a ponderação é a alternativa à subsunção quando se aborda os princípios” e posteriormente ainda complementa que ponderação deve ser usada “quando há diversas premissas maiores igualmente válidas e vigentes, de mesma hierarquia e que indicam soluções diversas e contraditórias. Nesse contexto, a subsunção não tem elementos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes: sua lógica de funcionamento tentará isolar uma única premissa maior para o caso, o que não será possível.”⁶⁸

Humberto ÁVILA afirma que para se evoluir a uma ponderação intensamente estruturada, algumas etapas são fundamentais, quais sejam:

A primeira delas é a da preparação da ponderação (Abwägungs-vorbereitung). Nessa fase devem ser analisados todos os elementos e argumento, o mais exaustivamente possível. (...)

A segunda etapa é a da realização da ponderação (Abwägungs), em que vai se fundamentar a relação estabelecida entre os elementos objeto de sopesamento. No caso de ponderação de princípios, essa deve indicar a relação de primazia entre um e outro.

A terceira etapa é a de reconstrução da ponderação (Rekonstruktion der Abwägungs), mediante a formulação de regras de relação, inclusive de primazia entre os elementos objeto de sopesamento, com a pretensão de validade para além do caso.⁶⁹

Para ficar indene de dúvidas acerca das distinções, Luis Roberto Barroso explica pedagogicamente e sob uma clareza solar que a “subsunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas. A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética.”⁷⁰ Alerta também que, como a ponderação depende do intérprete e do

⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto. Curso ..., p. 333.

⁶⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 115.

⁶⁹ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 132.

⁷⁰ BARROSO, Luis Roberto. Curso ..., p. 334.

aplicador do direito, “a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna.”⁷¹

No sempre ideal de contribuir para o estudioso do Direito, Luis Roberto Barroso segmenta a ponderação em três etapas.

Na primeira etapa, “cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas.”⁷²

Na segunda etapa, “cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos.”⁷³

Já na terceira etapa, há a dedicação à decisão, quando os “diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso.”⁷⁴

É nesta última etapa em que “será preciso ainda decidir quão intensamente esses grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada.”⁷⁵

Para a adequada e justa ponderação, esta última etapa deve ser permeada e direcionada por dois princípios constitucionais, quais sejam, o princípio da proporcionalidade⁷⁶ e o princípio da razoabilidade.⁷⁷

Os princípios da proporcionalidade⁷⁸ e da razoabilidade devem ser utilizados pelo intérprete e pelo aplicador do Direito para que a medida seja adequada, se dê na

⁷¹ Idem.

⁷² Idem.

⁷³ Idem.

⁷⁴ Ibidem, p. 335.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Valeschka e Silva BRAGA assevera que “a proporcionalidade é verdadeiramente informadora e conformadora da ordem jurídica. Ela é uma garantia especial de que gozam os direitos fundamentais e demais princípios constitucionais para que toda intervenção estatal somente seja admitida se houver adequação, necessidade e proporcionalidade” (BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade & razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2006, 155).

⁷⁷ Luis Roberto Barroso denomina que tais princípios são o fio conduto do intérprete.

⁷⁸ Ao segmentar o princípio da proporcionalidade nos princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, Suzana de Toledo BARROS lembra que o “pressuposto do princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa”.

Já o juízo da adequação da medida adotada serva “para alcançar o fim proposto deve ser o primeiro a ser considerado na verificação da observância do princípio da proporcionalidade”. O que quer dizer, “que sob a perspectiva da adequação, resta excluída qualquer consideração no tocante ao grau de eficácia dos meios tidos como aptos a alcançar o fim desejado” (BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da**

proporção justa e também não venha a ser desarrazoada de acordo com os meios e fins propostos.⁷⁹

Ainda sobre o excesso de zelo na técnica de ponderação, visto que tal momento demanda uma serenidade e placidez para encontrar o caminho adequado e justo no caso concreto, ressalta-se que este cuidado deve ser ainda redobrado quando versar sobre um sistema jurídico permeado de princípios.

A questão é aludida por Ana Paula de Barcellos ao dizer que “... o fato é que a ponderação acaba por conferir ao intérprete poderes especialmente amplos, mais ainda em um sistema jurídico rico em princípios que veiculam opções valorativas e políticas, bem como em cláusulas gerais, e esse é o ponto fundamental”.⁸⁰

Logo, complementa a autora que a ponderação deve ser utilizada somente nas situações em que haja a factibilidade, isto porque “o emprego da ponderação deve ser reservado para as hipóteses que realmente a exijam e sua utilização envolverá especiais cautelas por parte do intérprete, cujas decisões, nesse ambiente, haverão de ser especialmente motivadas.”⁸¹

Eros Roberto Grau enaltece o momento da ponderação e do sopesar os princípios, tanto que assim explana:

O momento da atribuição de peso maior a um determinado princípio é extremamente rico, porque nele – desde que se esteja a perseguir a definição de uma das soluções corretas, no elenco das possíveis soluções corretas a que a interpretação jurídica pode conduzir – pondera-se o direito em seu todo, desde o texto da Constituição aos mais singelos atos normativos, como totalidade.⁸²

proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 79).

Quanto ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, CANOTILHO pondera:

“Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coativa do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma. Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, entendido como princípio da “justa medida”. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 270)

⁷⁹ “A ponderação, como estabelecido acima, socorre-se do princípio da razoabilidade-proporcionalidade para promover a máxima concordância prática entre os direitos em conflito. Idealmente, o intérprete deverá fazer concessões recíprocas entre os valores e interesses em disputa, preservando o máximo possível de cada um deles. Situações haverá, no entanto, em que será impossível a compatibilização. Nesses casos, o intérprete precisará fazer escolhas, determinando, in concreto, o princípio ou direito que irá prevalecer.” (BARROSO, Luis Roberto. Curso., p. 338)

⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Op.Cit., p. 117.

⁸¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Op.Cit., p. 118.

⁸² GRAU, Eros Roberto. Ensaio ..., p. 54.

Por tudo isso, vislumbra-se que a técnica da ponderação não é de fácil assimilação e quiçá de singela aplicação, deve o intérprete ser extremamente zeloso e estudioso para que a medida não se torne desproporcional ou desarrazoada no caso concreto.

7. Jurisprudência e os princípios colidentes

Para demonstrar que a colisão de princípios não é assunto tão somente de índole acadêmica, e muito menos a aplicação da técnica de ponderação, mas sim com repercussão prática, destaca-se que os Tribunais Pátrios constantemente enfrentam e julgam as lides com base na ponderação.

Inclusive, sobre a prestação jurisdicional com base em princípios, Eros Roberto Grau ressalta que o julgador deve “decidir qual pretensão e qual conduta são corretas em um dado conflito, e não como equilibrar bens ou relacionar valores”. Tal raciocínio decorre do pensamento de Habermas, consoante menciona o próprio autor.⁸³

A título exemplificativo, carregam-se algumas ementas que transluzem a problemática de colisão de princípios e a técnica de ponderação manuseada pelos julgadores:

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

⁸³ GRAU, Eros Roberto. O direito posto....., p. 112.

SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. (Supremo Tribunal Federal, ADI 3540 MC / DF - DISTRITO FEDERAL, MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julg. 01/09/2005, Tribunal Pleno)

PROCESSO CIVIL - MEDIDA CAUTELAR - DEPÓSITO JUDICIAL - PENHORA - POSSIBILIDADE - ACÓRDÃO - PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE - EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO - COLISÃO - OMISSÃO: INEXISTÊNCIA.

1. Escorreita a prestação jurisdicional que diante do caso concreto e na pendência de colisão de princípios, resolve de forma fundamentada pela adoção do princípio da efetividade da execução em detrimento do princípio da menor onerosidade.
2. A penhora de depósito judicial é plenamente possível como medida cautelar para assegurar o resultado útil do processo de execução extrajudicial, ainda mais quando o devedor não indica o caminho mais suave à satisfação da pretensão executória.
3. Recurso especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça, REsp 1032086 / CE, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, Julg. 06/11/2008, DJ 26/11/2008)

AÇÃO ORDINÁRIA. DIABETES MELLITUS. MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE ASSEGURADOS. EXEGESE DO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, ART. 153 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E LEI N. 8.080/90. Incontestável é o direito à vida e à saúde, prescrito no artigo 196 da CRFB. Considerando que o tratamento com os fármacos de alto custo é meio indispensável à manutenção da saúde do usuário do SUS e que a Lei n. 8.080/90 impõe ao poder público o dever de propiciar condições de saúde a todos, incumbe ao estado, em face da obrigação solidária existente entre os três entes federativos, a obrigação de colocar a disposição daquele que o necessite. Norma constitucional. Art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil. Princípio do acesso à saúde. Mandado de otimização. Os princípios integram o ordenamento jurídico como normas dotadas de eficácia, tendo sido superado o entendimento de que cumpriam apenas função de inspiração para a aplicação da Lei. São, na verdade, normas que contém mandado de otimização, ou seja, podem ser cumpridos em vários graus diferentes, devendo sempre buscar sua aplicabilidade em grau máximo. (TJSC; AC 2007.020589-0; Criciúma; Rel. Des. Volnei Ivo Carlin; DJSC 10/12/2007; Pág. 99) (Publicado no DVD Magister nº 18 - Repositório Autorizado do TST nº 31/2007)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE REMÉDIO. DOENÇA GRAVE. ACÓRDÃO FUNDADO EM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DO APELO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. 1. Cuida-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pelo Ministério Público Federal em face do INSS objetivando garantir à criança J. L., acometida da moléstia denominada "puberdade precoce verdadeira", tratamento mediante fornecimento do medicamento NEODECAPEPTYL. O TRF da 3ª Região, por unanimidade, manteve a sentença de Primeiro Grau, por entender que: a) o INSS é parte legítima para figurar no feito tendo em vista que as fontes de financiamento da seguridade social são comuns tanto à saúde quanto à assistência e previdência social, a teor do que disciplinam os arts. 194 e 195, da CF de 1988; b) o fornecimento do medicamento pleiteado é medida que se impõe em face dos princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade humana, de proteção à saúde e à criança. Em sede de Recurso Especial, o INSS aponta negativa de vigência dos artigos 267, VI, 535 II, do CPC, 11, da Lei n. 8.689/93 e a Lei n. 8.088/90. Interpostos recursos extraordinário e especial, sendo o último admitido pelo TRF da 3ª Região. Sem agravo de instrumento contra a decisão que inadmitiu o apelo extraordinário, conforme certidão de fl. 233. Parecer do Ministério Público Federal (fls. 288/293) opinando pelo não-conhecimento do recurso ao argumento de que: a) as Súmulas n. 282 e 284 do STF incidem à espécie; b) o acórdão não pode ser revisto na via especial porque decidido à luz da interpretação da norma constitucional; c) não prospera a alegada nulidade do acórdão, por afronta ao artigo 535, II, do CPC. 2. Não há violação do art. 535, I, do CPC, quando o julgador apresenta fundamento jurídico sobre a matéria apontada como omissa, muito embora sem adotar a tese de direito ventilada pela parte. No caso, a questão vertente à legitimidade do INSS para figurar no pólo passivo da lide foi decidida pelo Tribunal de origem com suporte nos artigos 194 e 195 da CF de 1988. 3. O TRF da 3ª Região apreciou a demanda a partir da interpretação da norma constitucional. Desse modo, é inviável a revisão do aresto, na via do Recurso Especial, sob pena de usurpar a competência atribuída pela Carta Magna ao colendo STF. 4. Nesse sentido, destaque do julgado impugnado (fls. 158/159): No caso concreto, é possível que a criança tenha direito a receber tutela jurisdicional favorável a seu interesse, com fundamento em princípios contidos na Lei Maior, ainda que nenhuma regra infraconstitucional vigente apresente solução para o caso. Para a solução desse tipo de caso, denominado por R. Dworkin como "hard case" (caso difícil), não se deve utilizar argumentos de natureza política, mas apenas argumentos de princípio. O pedido de fornecimento do medicamento à menor (direito a prestações estatais *stricto sensu* – direitos sociais fundamentais), traduz-se, *in casu*, no conflito de princípios: de um lado, os da dignidade humana, de proteção ao menor, do direito à saúde, da assistência social e da solidariedade e, de outro, os princípios democrático e da separação dos Poderes. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica – que, por sua vez, será um resultado intermediário em direção à norma decisão (resultado final da concretização). (J.J Gomes Canotilho e F. Müller). Pelo modelo síntese de ponderação de princípios (Alexy), o extremo benefício que a determinação

judicial para fornecimento do medicamento proporciona à menor faz com que os princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade humana, de proteção à saúde e a criança prevaleçam em face dos princípios democrático e da separação de poderes, minimamente atingidos no caso concreto. 5. Recurso Especial conhecido em parte e não-provido. Ausência de violação do art. 535, II, do CPC. (STJ; REsp 948.944; Proc. 2007/0101123-6; SP; Primeira Turma; Rel. Min. José Augusto Delgado; Julg. 22/04/2008; DJE 21/05/2008) (Publicado no DVD Magister nº 23 - Repositório Autorizado do TST nº 31/2007)

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO. DESACOLHIMENTO. CONFLITO DE PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PREVALÊNCIA DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIVRE MANIFESTAÇÃO. LIBERDADE DE IMPRENSA. CRÍTICA GENERALIZADA À POLÍCIA FEDERAL. JUÍZO DE VALOR QUE DECORRE DE FATOS NOTÓRIOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DEMANDA MOVIDA POR AGENTE PÚBLICO SUSCETIBILIDADE A CRÍTICAS DIFERENTE DAQUELA DO CIDADÃO COMUM. ABUSO NÃO CONFIGURADO. Ausência do dever de indenizar Sentença mantida Precedentes (AC 434 154 4 7 00, 9. C, Rei Grava Brazil, voto 4135) Recurso desprovido. (TJSP; APL-Rev 422.846.4/2; Ac. 3237993; São Paulo; Nona Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Piva Rodrigues; Julg. 19/08/2008; DJESP 29/09/2008) (Publicado no DVD Magister nº 23 - Repositório Autorizado do TST nº 31/2007)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. PENHORA ON LINE. CONFLITO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. POSSIBILIDADE. NO PROCESSO EXECUTIVO OBJETIVA-SE EXPROPRIAR OS BENS DO DEVEDOR A FIM DE SATISFAZER DÉBITO DO CREDOR. Demonstrados todos os esforços do credor/exequente na busca de bens livres do devedor/executado, impõe-se como forma residual a penhora on line. Ocorre a colisão de dois princípios, de um lado inviolabilidade do sigilo, e de outro, a efetividade da prestação jurisdicional. Conflito que se resolve pelo princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. Na ponderação de interesses há a mitigação de todos os interesses envolvidos. Há de prevalecer a efetividade jurisdicional consagrada por vários diplomas vigentes. Agravo conhecido e provido, a unanimidade de votos. (TJGO; AI 53903-3/180; Proc. 200700061082; Goiânia; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Alfredo Abinagem; Julg. 27/02/2007; DJGO 29/03/2007) (Publicado no DVD Magister nº 18 - Repositório Autorizado do TST nº 31/2007)

8. Eficácia jurídica dos princípios

8.1 Relevância

A eficácia jurídica dos princípios clama importância primordialmente em virtude do espaço de densidade normativa que necessita de uma integração com outros princípios.

Neste sentido, o estudo da eficácia jurídica dos princípios jurídicos torna-se essencial para que se possa constatar o verdadeiro alcance destas normas jurídicas, bem como se a eficácia está sendo atribuída ao máximo, num caso concreto.

8.2 Eficácia jurídica

A eficácia jurídica significa averiguar tudo aquilo que se possa exigir judicialmente com base e fundamento na norma.

Segundo Ana Paula de Barcellos, “a eficácia jurídica é um atributo associado aos enunciados normativos e consiste naquilo que se pode exigir, judicialmente se necessário, com fundamento em cada um deles.”⁸⁴

Já Luis Roberto Barroso define a eficácia jurídica como “a pretensão de atuar sobre a realidade”.⁸⁵

Abre-se parêntese para alertar que eficácia jurídica e efetividade não são sinônimos.⁸⁶

8.3 Modalidades de eficácia jurídica dos princípios

Primeiramente, cumpre destacar que existem diversas modalidades de eficácia jurídica de normas jurídicas, regras e princípios.

As principais modalidades podem ser listadas, seguindo ordem decrescente de consistência, do seguinte modo: (i) Perfeitamente simétrica ou positiva; (ii) nulidade; (iii) ineficácia; (iv) anulabilidade; (v) negativa; (vi) vedativa do retrocesso; (vii) penalidade; (viii) interpretativa.⁸⁷

⁸⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Op.Cit., p. 73.

⁸⁵ BARROSO, Luis Roberto. Curso ..., p. 318.

⁸⁶ Sobre o tema, Luis Roberto Barroso descreve:

“A noção de efetividade, ou seja, dessa específica eficácia, corresponde ao que Kelsen — distinguindo-a do conceito de vigência da norma — retratou como sendo “o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos” A efetividade “significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.” (BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 247-248 e 255).

⁸⁷ Classificação adotada por Ana Paula de Barcellos (BARCELLOS, Ana Paula. Op. Cit., p. 73-101).

Salienta que a autora ainda coloca em sua obra outras modalidades, até porque tal elenco não é exaustivo e taxativo, dependendo de acordo com o ordenamento jurídico.

Já quanto aos princípios jurídicos, verifica-se que a presença de quatro modalidades de eficácia jurídica, quais sejam:⁸⁸

8.3.1 Eficácia jurídica positiva ou simétrica

A eficácia jurídica positiva ou simétrica é também chamada de eficácia direta⁸⁹.

O objetivo da eficácia jurídica positiva ou simétrica é “reconhecer àquele que seria beneficiado pela norma, ou simplesmente àquele que deveria ser atingido pela realização de seus efeitos, direito subjetivo a esses efeitos, de modo que seja possível obter a tutela específica da situação contemplada no texto original.”⁹⁰

Segundo Luis Roberto Barroso, “o princípio incide sobre a realidade à semelhança de uma regra, pelo enquadramento do fato relevante na proposição jurídica nele contida.”⁹¹

Isto representa que tal eficácia tem por escopo assegurar ao interessado os efeitos pretendidos pelo princípio a possibilidade de exigir, diretamente, na via judicial se houver a necessidade.

Ou seja, um princípio é alçado à base para reger a proteção de um bem jurídico, servindo como amparo para a tutela do referido bem.

Exemplo de eficácia direta é o pedido judicial para equiparação salarial com base no princípio da isonomia.

8.3.2 Eficácia interpretativa

A eficácia interpretativa é aquela eficácia em que o intérprete utilizará os recursos e elementos possíveis para alcançar uma conclusão da norma.

Segundo Ana Paula de Barcellos e Luis Roberto Barroso, “a eficácia interpretativa significa, muito singelamente, que se pode exigir do Judiciário que as normas de hierarquia inferior sejam interpretadas de acordo com as de hierarquia superior a que estão vinculadas.”⁹²

⁸⁸ Critério adotado de acordo com classificação de Ana Paula de Barcellos. Convém enfatizar que outros juristas segmentam de modo diverso. Vide, por exemplo, Humberto Ávila (AVILA, Humberto. Op. Cit., p. 97e seguintes).

⁸⁹ BARROSO, Luis Roberto. Curso, p. 318.

⁹⁰ BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, in: Luis Roberto Barroso, **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 368.

⁹¹ BARROSO, Luis Roberto. Curso, p. 318.

⁹² BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit., p. 368

Já em seu curso de direito Constitucional, Luis Roberto Barroso pondera que a eficácia interpretativa

(...) consiste em que o sentido e alcance das normas jurídicas em geral devem ser fixados tendo em conta os valores e fins abrigados nos princípios constitucionais. Funcionam eles, assim, como vetores da atividade do intérprete, sobretudo na aplicação de normas jurídicas que comportam mais de uma possibilidade interpretativa. Entre duas soluções plausíveis, deve-se prestigiar a que mais adequadamente realize o princípio federativo, ou a que melhor promova igualdade ou a que resguarde mais intensamente a liberdade de expressão.⁹³

Ana Paula de Barcellos orienta que na eficácia interpretativa há a perda da objetividade, porquanto o intérprete é passível de subjetivismo e escolhas, as vezes estas até são inconscientes. Segundo a jurista, “a verdade é que essas decisões que vão sendo tomadas pelo intérprete ao longo do processo de interpretação são determinadas por circunstâncias as mais variadas, desde opiniões e preconceitos puramente pessoais, dos quais ninguém é capaz de se livrar, até concepções diversas da finalidade da ordem jurídica como um todo ou de parte dela.”⁹⁴

Nesta modalidade de eficácia, o intérprete deverá concatenar a sua interpretação da maneira mais plausível e clara, a fim de que, inclusive, possa ser realizado o devido controle sobre o caminho adotado para a conclusão final.

Vale destacar também que deverá haver a busca sempre da interpretação jurídica em conjunto com a relação social que repercutirá, a fim de que não se adote uma conclusão independente do caso concreto. Até porque, senão a ponderação do caso concreto substituir-se-á pela forma pronta a ser usada em casos disparates.

Sobre a correlação entre a interpretação jurídica e a relação social, Pablo Jiménez SERRANO esclarece que “(...) a interpretação jurídica está condicionada à norma, que, por sua vez, é o resultado da realidade social. Por isso mesmo, e de forma indireta, ao pesquisar o direito, e ao interpretar as normas jurídicas, estaremos conhecendo e avaliando o nível de desenvolvimento da realidade social. Verifica-se, portanto, que o direito como fenômeno social é o objeto mediato da interpretação jurídica.”⁹⁵

⁹³ BARROSO, Luis Roberto. Curso..., p. 319.

⁹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit., p. 97.

⁹⁵ SERRANO, Pablo Jiménez. **Interpretação jurídica**. São Paulo: Desafio Cultural, 2002. p. 84.

Exemplo de eficácia interpretativa é o julgamento da quebra dos princípios da moralidade e da impessoalidade na nomeação de parentes antes da edição da Súmula Vinculante n. 13 pelo Supremo Tribunal Federal.

8.3.3 Eficácia negativa

A eficácia jurídica negativa representa a possibilidade de que um ato comissivo seja declarado inválido, quando contrariar os efeitos pretendidos pelo enunciado.

Ana Paula de Barcellos assevera que “a eficácia negativa autoriza que sejam declaradas inválidas todas as normas (em sentido amplo) ou atos que contravenham os efeitos pretendidos pelo enunciado.”⁹⁶

Luis Roberto Barroso diz que a eficácia negativa “implica a paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que esteja em contrariedade com o princípio constitucional em questão.” E ainda complementa que “dela pode resultar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, seja em ação direta – com sua retirada do sistema -, seja em controle incidental de constitucionalidade – com sua não-incidência no caso concreto. Também outros atos jurídicos, administrativos ou privados, estão sujeitos a tais efeitos negativos.”⁹⁷

Exemplo de eficácia negativa é a anulação de uma licitação com base na afronta ao princípio da moralidade, numa situação fática que tenha violado o referido princípio e que tal situação não esteja prescrita nas regras contidas no art. 9º da Lei n. 8.666/1993..

8.3.4 Eficácia vedativa ao retrocesso

Antes de adentrar comentários sobre a eficácia vedativa ao retrocesso, insta salientar que muitos consideram esta modalidade de eficácia como parte da eficácia negativa ou ainda decorrente da eficácia negativa, conforme pondera conjuntamente Luis Roberto Barros e Ana Paula de Barcellos.^{98 99}

⁹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit., p. 83.

⁹⁷ BARROSO, Luis Roberto. Curso..., p. 319.

⁹⁸ “A vedação do retrocesso, por fim, é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais.” (BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit., p. 370).

⁹⁹ Já em sua obra Curso de Direito Constitucional, Luis Roberto Barroso enfatiza que existe a possibilidade de estudo da eficácia jurídica de vedação ao retrocesso, a qual pode ser considerada um braço da modalidade de eficácia negativa. (BARROSO, Luis Roberto. Curso p. 319).

Além disso, tanto a eficácia vedativa ao retrocesso quanto à eficácia negativa foram criações doutrinárias para a proteção dos princípios, mormente àqueles relacionados aos direitos fundamentais.¹⁰⁰

Pelo raciocínio desta eficácia, deve haver a concretização de princípios fundamentais por intermédio de normas infraconstitucionais e estas somente poderão majorar os direitos fundamentais. Jamais poderá um novo princípio ou norma ser inserido no sistema jurídico e restringir os efeitos já consagrados pelas normas anteriores.

Ou seja, não se permitirá como constitucional uma norma infraconstitucional que cerceie, supra (total ou parcialmente) ou simplesmente revogue uma norma sobre direito fundamental sem o acompanhamento e existência de uma outra norma ampliando tais condições.

Segundo Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, em artigo conjunto, “partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente.”¹⁰¹

Vale ponderar que a eficácia vedativa ao retrocesso impõe ao legislador infraconstitucional restrições na sua capacidade legislativa e que os direitos fundamentais (regras ou princípios) existentes têm aplicabilidade imediata, bem como somente podem progredir.

Por derradeiro, finaliza-se com a transcrição de Robert Alexy que coaduna com a referida restrição ao legislador infraconstitucional, nestes termos:

Uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição. Se ela for inconstitucional, ela até pode ter a natureza de uma intervenção, mas não a de uma restrição. Com isso, fica estabelecida uma primeira característica: normas são restrições a direitos fundamentais somente se forem compatíveis com a Constituição.¹⁰²

¹⁰⁰ Vide Ana Paula de Barcellos (BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit., p. 83).

¹⁰¹ BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 370.

¹⁰² ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 281.

9. Conclusão

Após o estudo e a exposição do avanço doutrinário, os quais têm refletido inclusive na apreciação do Poder Judiciário, conclui-se que os princípios jurídicos passaram a ter uma nova roupagem e importância para a interpretação e aplicação do Direito.

O campo de permissividade dentro da prescrição jurídica que o princípio coage a expansão de estudos e conhecimentos por parte do intérprete, a fim de que, quando encontrar princípios em colisão, possa dessumir a conclusão e posição mais justa e adequada para a solução do caso concreto.

A ponderação dos princípios clama pela sapiência, aperfeiçoamento, serenidade e, mormente, senso social por parte do aplicador do Direito, o qual jamais poderá desenvolver uma ponderação em “achismos”, discursos prontos e muito menos em pré-conceitos desarraigados da precisão devida a uma situação concreta.

Além disso, o intérprete necessita indissociavelmente conhecer a eficácia jurídica dos princípios e suas modalidades, para que vislumbre as conseqüências do enunciado normativo e as busque.

Diante desta proeminência de valores sociais que podem repercutir numa análise equivocada, roga-se pelo estudo verticalizado e profundo sempre que houver uma colisão de princípios.

10. Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, in: Luis Roberto Barroso, **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba. V. 01., p. 15-60, n. 01, 2002
- _____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade & razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosh, 1961.
- FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Editorial Trotta, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto.** 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais.** 3. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

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

SERRANO, Pablo Jiménez. **Interpretação jurídica.** São Paulo: Desafio Cultural, 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.