

ANO IV – N.º 08



JUS SCRIPTUM

**Boletim do Núcleo de Estudantes Luso-brasileiros da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**

Edição Comemorativa em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda



**JAN/MAR
2008**

Jus Scriptum





jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

EDIÇÃO ESPECIAL DOS VOLUMES 1 A 5

Lisboa – Portugal

Periodicidade Trimestral

ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Laura Viana, Diretora Científica interina do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerique
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Universidade Federal do Pará

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Camila Franco Henriques
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes

Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Silvia Gabriel Teixeira

REVISTA JURÍDICA
NELB
Jus
Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro


FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

Ano 4 • Volume 4 • Número 8
Jan-Mar 2008 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2007/08

Luciana Lois Santos Rodrigues, Presidente
Fábio Zech Sylvestre, Vice-Presidente
Fábio Sampaio Capela, Secretário-Geral
Felipe Teixeira Neto, Diretor Científica
Bibiana Brum Ohira, Diretora Social
Anna Karine Turbay Palodetto, Diretora Financeira

Conselho Editorial:

Prof. Doutor Eduardo Vera-Cruz Pinto
Prof. Doutor Fernando Araújo
Prof. Doutor Jorge Miranda
Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão
Profa. Doutora Maria Fernanda Palma
Prof. Doutor Vasco Pereira da Silva

Conselho Deliberativo:

João Hélio Ferreira Pes
Lauren Lautenschlager
Raul de Mello Franco Junior

Conselho Executivo:

Julia Pereira Chaves
Michelle Fontenelle Bezerra Guedes

Correspondência: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, Cidade Universitária - CP 1649014 - Lisboa - Portugal



Os Princípios Constitucionais em Rota de Colisão e o Sistema Aberto de Regras e Princípios sob a Orientação Jurisprudencial Brasileira

Fábio Zech Sylvestre

Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, Portugal,
Advogado e Consultor Jurídico.

Sumário: Introdução. 1. Princípios e Normas. 1.1. Os Princípios na Ciência Jurídica. Princípios gerais de direito, Princípios de interpretação e Princípios jurídicos; 1.1.1 Princípios gerais do Direito; 1.1.2. Princípios Gerais de Direito e a Completude do Ordenamento Jurídico; 1.1.3 Princípios de interpretação; 1.1.4 Princípios jurídicos; 1.2. Evolução histórica. Considerações de Ronald Dworkin e Robert Alexy; 1.3 Distinção entre Princípios e Regras e seus desdobramentos; 1.3.1. Diferenciação lógica entre princípios e regras ; 1.3.2. Diferenciação qualitativa entre princípios e regras. Princípios como mandamentos de otimização; 1.3.3. Outros critérios para diferenciar princípios e regras. Apontamentos doutrinários de J.J. Canotilho e Eros Grau. 2. Princípios constitucionais. Natureza e características; 3. Princípios constitucionais em rota de colisão; 3.1 Princípios em Rota de colisão. Breve introdução. Evolução doutrinária; 3.2. Princípios constitucionais potencialmente conflitantes. Características; 3.3. A Ponderação como método solucionador de colisão entre princípios constitucionais. 4. Estudos de casos enfrentados pelos Tribunais brasileiros; 4.1 A liberdade de expressão e informação *versus* a preservação da imagem, honra e intimidade; 4.1.1. Fotografia veiculada sem autorização em periódico de grande circulação; 4.1.2. Matéria veiculada em periódicos que viola o direito a intimidade da vida privada; 4.1.3. A liberdade de expressão *versus* manifestações de cunho anti-semita. Julgamento histórico do Supremo Tribunal Federal – HC 82.424/RS – *Caso Ellwanger*; 4.2. Integridade física *versus* honra e reputação dos servidores públicos. conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Não se pode entender que as normas jurídicas em geral trazem sempre em si um sentido único, objetivo, direto e válido para todas as situações previstas pelo legislador, bem como não menos falsa é a idéia de que ao aplicador do direito caberia apenas a atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma – auto-aplicação-, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização.

Nesta linha de raciocínio, a nova hermenêutica constitucional aparece em sentido contrário, ou seja, possuindo as normas constitucionais um conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. Portanto, será a partir dos elementos do caso concreto, dos princípios e dos fins a serem realizados que se poderá alcançar o sentido da norma.

Vale destacar, que não se pretende negar nem desprezar a importância dos métodos tradicionais fornecidos pela hermenêutica clássica, muito pelo contrário, se quer demonstrar

a sua relevância, no entanto, reconhecendo que esta não se apresenta de forma completa e suficiente para solucionar todos os anseios encontrados pelo intérprete.

Assim, é neste cenário de valorização e incorporação dos princípios no próprio corpo da Constituição, somando ao reconhecimento de sua normatividade, ou seja, atribuindo a estes um *status* de norma jurídica, que se sustenta a atual dogmática constitucional.

Inserido no contexto de um Estado democrático de direito, a colisão entre princípios não só é possível, como faz parte da lógica do próprio sistema dialético. Por isso, a sua incidência não pode ser posta nos termos do “tudo ou nada”, de validade ou invalidade, uma vez que se reconhece aos princípios uma dimensão de peso ou importância.

Imagine-se uma hipótese em que mais de uma norma possa incidir sobre o mesmo conjunto de fatos – várias premissas maiores, portanto, para apenas uma premissa menor, como no caso clássico da oposição entre a liberdade de imprensa e de expressão, de um lado, e os direitos à honra, à intimidade e à vida privada, de outro; ou a contraposição do princípio da autonomia da vontade e a efetivação dos direitos fundamentais.

Tratam-se, pois, de normas que tutelam valores distintos e apontam soluções diversas e contraditórias para a questão. Na sua lógica unidirecional (premissa maior – premissa menor), a solução subsuntiva para esse problema somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria a escolha de uma única premissa maior, descartando-se as demais.

Tal formula, todavia, não seria constitucionalmente adequada: por força do princípio instrumental da unidade Constitucional, o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar a outra, em tese, também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas.

Logo, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que os princípios nela consagrados frequentemente entram em rota de colisão.

À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas quando se defronta com antagonismos inevitáveis, devendo realizar a aplicação dos princípios mediante a técnica da ponderação.

A aplicação e a interpretação jurídica nem sempre se dão pela técnica subsuntiva, em que se aplica a norma ao caso concreto; eis que, algumas vezes, a problemática enfrentada pelo operador jurídico poderá conter uma carga maior de complexidade, proporcionada, inclusive, pelo próprio ordenamento jurídico.

O intérprete, muitas vezes, pode se deparar com situações de difíceis soluções, como por exemplo, casos em que dois preceitos fundamentais abstratos diferentes incidem em um só fato, colocando-o, segundo o provérbio judaico, “*entre a espada e a cruz*”, fato este que poderá causar-lhe inúmeras dúvidas no momento da aplicação do direito.

Assim, o presente artigo pretende fornecer alguns parâmetros extraídos do estudo da realidade jurisprudencial brasileira, mormente, em situações em que o operador do direito se encontra diante desses casos difíceis (*hard cases*).

1. PRINCÍPIOS E NORMAS

A compreensão do termo “*princípios*” apresenta-se como marco inicial da trajetória a ser percorrida na elaboração deste estudo. Face à variedade dos sentidos que essa expressão contempla, bem como a problemática que envolve a matéria, faz-se necessária a destinação

de um capítulo exclusivo para discorrer sobre as diferentes definições de princípios e suas principais características.

O termo “princípio” é utilizado, indistintamente, em vários campos do saber humano, como, por exemplo, na Medicina, Matemática, Filosofia, Teologia, Sociologia, Física, Direito, dentre outros. Tais ciências utilizam-se dessa categoria para estruturarem um sistema ou conjunto articulado de conhecimentos a respeito dos objetos cognoscíveis exploráveis na própria esfera de investigação e de especulação a cada uma dessas áreas do saber.

Sobre a origem de sua acepção, Luis Diez-Picazo diz que “a idéia de princípio deriva da linguagem da geometria, onde designa as verdades primeiras (...). Exatamente por isso são princípios, ou seja, porque estão ao princípio, sendo as premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geométrico*”¹.

No mesmo sentido, Carmem Lucia Antunes Rocha considera que o princípio é o verbo, ou seja, nele repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema normado, servindo, portanto, como balizador de ações².

Assim, pode-se concluir que o termo princípio traduz a idéia de estruturação de um sistema de pensamentos ou normas por um pensamento mestre (principal, geral), por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.

1.1. Os Princípios na Ciência Jurídica. Princípios gerais de direito, Princípios de interpretação e Princípios jurídicos

Na ciência jurídica, pode-se verificar que o termo “princípios” comparece em estudos nos mais diversos sentidos, despertando o interesse de operadores do direito em várias nações, o que pode ser constatado pelo aumento significativo no número de estudos realizados sobre a matéria.

Para Clemente de Diego:

Principio de derecho, es el pensamiento directivo que domina y sirve de base a la formación de las singulares disposiciones de Derecho de una institución jurídica, de un Código o de todo un Derecho positivo. El principio encarna el más alto sentido de una ley o institución de Derecho, el motivo determinante, la razón informadora del Derecho (*ration jûris*), aquella idea cardinal bajo la que se cobijan y por la que se explican los preceptos particulares, a tal punto, que éstos se hallan con aquélla en propia relación lógica que la consecuencia al principio de donde se derivan³.

O professor Paulo Bonavides, fazendo referência à doutrina do italiano Norberto Bobbio, traz outro conceito de princípios emanado da Corte Constitucional italiana como sendo aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam

¹ Diez -Picazo *Apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p.228-229

² ROCHA, Carmem Lucia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 176.

³ Clemente de Diego *apud* GRAU, Eros. *Ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1991, p.126.

deduzir da conexão, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico^{4 5}.

De acordo com Miguel Reale, os princípios são definidos 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 à dada porção da realidade⁶.

O professor Celso Antonio Bandeira de Melo, em sua definição clássica de princípios, articula que:

Princípio é, por definição, 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 a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (...)⁷.

Como se percebe, tem-se empregado o termo *princípio* de forma genérica, ora para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados por sobre o direito positivo, ora para designar determinado tipo de normas jurídicas. Em outras oportunidades, utiliza-se a expressão para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas construídas independentemente de uma ordem jurídica concreta ou de institutos de direito ou normas legais vigentes.

Tal polissemia mostra-se prejudicial à práxis jurídica, pois vem causando confusão e embaraços de idéias e conceitos jurídicos, prejudicando não só a aplicação e o estudo dos princípios, mas também a efetividade de direitos tutelados pelo ordenamento vigente.

O tratamento genérico dos diversos tipos de princípios como "*Princípios gerais de direito*" apresenta-se como prática errônea, uma vez que varias normas jurídicas e diversos cânones de interpretação se mostram insuscetíveis de pertencer ao conjunto de princípios gerais do direito, exigindo uma classificação diferenciada⁸.

1.1.1 Princípios gerais do Direito

Conforme o que foi expandido linhas acima, a composição do ordenamento jurídico não se dá apenas por normas e regras, compreendendo, ainda, os princípios. Neste sentido, Eros Grau considera que um sistema ou ordenamento jurídico não será jamais integrado exclusivamente por regras. Nele se compõem, também, princípios jurídicos ou princípios do direito⁹.

De acordo com o professor Jorge Miranda,

O direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultante de vigência simultânea; implica coerência ou, talvez mais rigorosamente, consistência.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

⁵ BOBBIO, Norberto. *Principi generali di diritto*, in *novissimo Digesto Italiano*, v.13, Turim, 1957, p.889.

⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.60.

⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Elementos do Direito Administrativo*. São Paulo, RT, 1991, p.79.

⁸ SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF*. Lúmen Júris, 2004.

⁹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação crítica)*. São Paulo: RT, 1990.

Projecta-se em sistema; É unidade de sentido, é valor incorporado em regras. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor projecta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos.¹⁰

Nos dias atuais, a referência mais comum ao termo “princípio”, no âmbito dos estudos jurídicos, dá-se através dos chamados princípios gerais do direito.

Tais princípios possuem três características dominantes, as quais interagem e se integram, formando um único corpo: a *princípioalidade*, a *generalidade* e a *juridicidade*. O termo “princípios” fornece a idéia de fundamento, origem, razão, causa. O vocábulo “gerais” evidencia a distinção entre o gênero e a espécie, e, por fim, o termo “direito” traduz o caráter de juridicidade, a qualidade daquilo que está conforme a regra e dá a cada um o que lhe pertence.

Os princípios gerais de direito comparecem explicitamente em diversos sistemas como instrumento de integração do ordenamento. Funcionam tais princípios como espécies de fontes secundárias do direito, mostrando-se aptas a compor e superar as chamadas lacunas, identificadas no ato de aplicação.

No ordenamento jurídico brasileiro, por diversas vezes, o legislador faz referências a estes princípios, em especial, no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como no art. 126 do Código de Processo Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

A aplicação de tal dispositivo no âmbito do direito civil mostra-se imperiosa, pois os negócios jurídicos realizados entre particulares, muitas vezes, não possuem previsão ou elementos na legislação, exigindo, pois, que o operador do direito lance mão destes princípios para encontrar a solução para as possíveis controvérsias.

Cumprе destacar que os *princípios gerais do direito* não devem ser confundidos com os princípios positivos do direito. Tal distinção é fruto dos ensinamentos de Antoine Jeammaud e Jerzy Wroblewski, ganhando notoriedade no Brasil através da exposição de Eros Grau, em sua obra *Fundamentos de Direito Público*.

Estes últimos (princípios positivos do direito) não podem ser valorados segundo a dicotomia do falso ou do verdadeiro, própria da Ciência Jurídica, mas, sim, segundo as dicotomias analíticas do válido ou inválido, vigente ou não, eficaz ou ineficaz, adequadas à análise do Direito enquanto sistema de normas positivas.

Deste modo, enquanto os princípios positivos do direito pertencem à linguagem do direito, os “Princípios Gerais do Direito” podem ser valorados segundo a idéia do falso e do verdadeiro, conforme as análises descritivas da Ciência Jurídica, pertencendo à linguagem dos juristas.

Os princípios gerais do direito, de acordo com Jeammaud, são utilizados, inúmeras vezes, pela jurisprudência para fundamentar decisões. Quando isso ocorre, diz-se que tais princípios são descobertos no ordenamento jurídico e, aí, passam de princípios descritivos a princípios positivados de inspiração doutrinal. Assim, trata-se de princípio ainda não positivado, mas que pode ser formulado ou reformulado pela jurisprudência¹¹.

1.1.2. Princípios Gerais de Direito e a Completude do Ordenamento Jurídico

¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. Ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1996, p. 783.

¹¹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação crítica)*. São Paulo: RT, 1990, p. 147.

O sistema jurídico é completo, contando, em tese, com todos os elementos para solucionar problemas que se lhes apresentam. Desta forma, o magistrado não pode se eximir de sua função jurisdicional, alegando inexistir norma aplicável à matéria.

No entanto, tendo em vista o número infinito de relações, as constantes modificações sociais e a natural imprevisão sobre todos os problemas enfrentados pela sociedade, tal completude não atinge a regulamentação feita pelo legislador.

Nos dizeres de English, as lacunas são deficiências no direito positivo, apreensíveis como faltas ou falhas de conteúdo de regulamentação jurídica para determinadas situações de fato em que é de esperar essa regulamentação e em que tais falhas postulam e admitem a sua remoção através duma decisão judicial jurídico-integradora¹².

Estando diante de lacunas, ou seja, quando não é encontrada no sistema a norma jurídica adequada à decisão, ainda assim, o agente deve buscar uma solução jurídica para o fato, realizando-se a integração. Assim, apesar do sistema normativo carecer de dispositivo que contempla os fatos levados à consulta ao poder judiciário, o juiz não pode denegar a justiça, uma vez que tem à sua disposição elementos que possibilitam o preenchimento das lacunas da lei.

Portanto, os princípios gerais do direito desempenham, sem dúvida, uma função importante no sistema normativo, qual seja, a função integradora, possibilitando, assim, a colmatação das possíveis lacunas que porventura atentem contra a completude do ordenamento jurídico.

1.1.3 Princípios de interpretação.

A origem da palavra “interpretação” abarca a preposição latina *inter* (entre) e a expressão indoeuropéia *pre*, que significa falar¹³. Logo, interpretação traduz a idéia de se atribuir um significado, compreender algo.

Até mesmo na atividade interpretativa de uma norma jurídica realizada pelo intérprete ou operador do direito, pode se verificar a incidência de princípios, apresentando-se estes como institutos que auxiliam na busca da verdadeira compreensão da norma.

Os princípios de interpretação são argumentos, pautas, diretrizes que orientam o trabalho do intérprete/aplicador. Na verdade, não são normas jurídicas, diretamente vinculantes das condutas individuais, mas instrumentos que ajudam na interpretação e aplicação destas¹⁴.

No âmbito da interpretação jurídica, pode-se comprovar uma extensa caminhada, que se origina em métodos que valorizam as dimensões semânticas e sintáticas da linguagem até chegar ao reconhecimento da importância do elemento pragmático.

Merece destaque, no crescente acolhimento da pragmática como método interpretativo, a concretização de Hesse e a teoria estruturante de Friedrich Müller¹⁵.

¹² ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.

¹³ BETTI, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. Milan: Giuffrè, 1955. In USERA, Raul Canosa. *Interpretacion constitucional y forma política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p.2.

¹⁴ SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

¹⁵ MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. Trad. Peter Naumamm. São Paulo: Max Limonad, 2000.

A teoria estruturante tem como finalidade a investigação das várias funções de realização do direito constitucional, pretendendo-se ligada à resolução de problemas práticos, de maneira a captar as transformações das normas e concretizá-las numa decisão prática.

Friedrich Müller destaca que o positivismo estabeleceu a identidade da norma com o texto da norma, restringindo, dessa forma, o processo interpretativo a uma simples interpretação de textos de linguagem. Logo, para a compreensão da estrutura normativa é fundamental, portanto, uma teoria hermenêutica da norma, retirada da não identidade entre norma e texto normativo, visto que, como destaca Müller, “o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a *ponta do iceberg*”.¹⁶

Vale destacar a lição de Häberle¹⁷, que considera a interpretação não como atos de alguns indivíduos em posição privilegiada nos processos de tomada de decisão, mas sim como resultados da participação de um grupo numeroso de agentes, pois nesse processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da constituição¹⁸.

Muitas vezes, o significado compreendido após a leitura linear e isolada de um dispositivo legal não guarda correspondência com o seu verdadeiro sentido para o sistema normativo. Assim, faz-se necessária, no ato da aplicação da norma, a utilização de mecanismos hermenêuticos, que visam a atribuir um sentido compatível deste dispositivo com todo o sistema normativo no qual a norma está inserida e com a situação fática.

A interação entre norma e elementos reais que aparecem no ato concreto da aplicação proporciona àquela uma espécie de maximização das suas possibilidades reguladoras, ou seja, a extensão de seus significados.

No dizer de Castanheira Neves¹⁹, a aplicação da norma é, pois, uma atividade condicionada pelas circunstâncias do caso jurídico (*prius metodológico*).

A redação objeto de interpretação pode apresentar vários sentidos diferentes possíveis, todos possuidores de certo grau de razoabilidade. A interpretação da norma dará a ela um sentido adequado. Essa interpretação não encontrará, porém, a única resposta possível para o problema.

Para Canotilho²⁰, interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários signos lingüísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada.

Aos princípios de interpretação constitucional, cabe dirigir a solução do caso concreto, considerando, coordenado e valorando os pontos de vista²¹.

¹⁶ MULLER, Friedirch. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

¹⁷ HÄBERLE, Meter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constitucional*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

¹⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

¹⁹ CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica*. Coimbra: Coimbra. 1993.

²⁰ CANOTILHO. J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina. 1998.

²¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

Os princípios constitucionais de interpretação têm por objetivo, de acordo com Luis Roberto Barroso, ser o fio condutor dos diferentes segmentos do texto constitucional, dando unidade ao sistema normativo, bem como condicionar a atuação dos poderes públicos²².

A utilização desses princípios permite afastar do mundo jurídico interpretações integralmente subjetivas, muitas vezes obscuras, sem maiores repercussões para a integração social e para a efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

Neste sentido, considera Konrad Hesse que a utilização dos princípios de interpretação firmes e visíveis pela jurisdição constitucional serve à clareza jurídica e à certeza jurídica.

São exemplos de princípios de interpretação constitucional: o *princípio da supremacia da constituição*, *princípio da interpretação conforme a constituição*, *princípio da unidade da constituição*, *princípio da máxima efetividade*, dentre outros.

1.1.4 Princípios jurídicos

Com a evolução da hermenêutica constitucional, aliada à esterilidade das discussões entre o jusnaturalismo e o positivismo, a dogmática jurídica ganhou novas definições, ou melhor, novos traços delineados pelo pós-positivismo²³.

Neste ambiente em que o Direito caminha ao lado da ética, torna-se indispensável a valorização dos princípios e a sua incorporação, direta ou indireta, nos textos constitucionais, ganhando, pois, força de norma jurídica.

A doutrina tende a incluir os princípios constitucionais como espécie de normas constitucionais ao lado das regras. Com isso, passa a ser reconhecido um *status* privilegiado para o princípio na ordenação da vida social, uma capacidade cada vez maior de atuarem os princípios na solução de conflitos na aplicação do direito²⁴.

No pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios jurídicos o *status* conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica²⁵. Nas preciosas lições do professor Paulo Bonavides, verifica-se que este movimento de se reconhecer força normativa aos princípios foi bastante disseminado na doutrina jurídica, sendo defendido na atualidade.

Destarte, com o peso de norma jurídica, os princípios ganharam alguns atributos inerentes a normas, ou seja, positividade, vinculatividade, obrigatoriedade, tendo eficácia positiva ou negativa sobre comportamentos públicos ou privados, bem como sobre a interpretação e aplicação de outras normas.

Nessa ótica, restou por bastante superada a idéia de que os princípios teriam uma dimensão meramente axiológica, ética, sem nenhuma eficácia jurídica ou aplicação imediata ou direta.

²² BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. rev., atual e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2004.

²³ O pós positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

²⁴ SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2004

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Método, 2005.

1.2. Evolução histórica. Considerações de Ronald Dworkin e Robert Alexy

Conforme já foi visto anteriormente, os princípios jurídicos conquistaram a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além da atividade meramente integradora do Direito.

Como toda e qualquer construção dogmática - jurídica, as mudanças dos ideários sobre essa matéria não se deu de forma abrupta, ou melhor, da noite para o dia. Os postulados dessa teoria tiveram que percorrer longos e árduos caminhos até chegar aos fundamentos que a sustentam na atualidade.

A intensificação do debate sobre os princípios está intrinsecamente conectada às características do constitucionalismo recente e à superação do pensamento jurídico formalista, que, como sabido, atribuía a estes uma função meramente coadjuvante na interpretação²⁶.

Sob a égide do positivismo legalista, o Direito era considerado um sistema puro e fechado de regras, restando aos princípios apenas o papel secundário de auxiliar a colmatação de lacunas e de orientar a atividade interpretativa. Desta forma, não era acolhida pelo processo hermenêutico a utilização de valores abstratos, ou melhor, abertos, sob o fundamento de que tal aplicação poderia gerar risco à segurança e à objetividade necessária à aplicação da lei.

No âmbito do positivismo normativista os princípios não assumiam função jurídica de destaque, eis que para essa dogmática, a esfera de indeterminação do Direito é vista como uma permissão legal para o juiz decidir volitivamente, de modo que as normas dotadas de alto grau de abertura não seriam capazes de vincular eficazmente a atividade interpretativa²⁷.

A discussão sobre os princípios ganhou importância pelos ideais de uma corrente de pensamento que se apresenta de forma antagônica aos postulados tradicionais do positivismo, sendo denominada de pós-positivismo.

Para essa nova dogmática, também considerada por alguns como “*idade de ouro vivida pelos princípios*”²⁸, o sistema jurídico constitui um conjunto de regras e princípios, no qual estes últimos operam como portas de conexão entre a Moral e o Direito. Logo, o reconhecimento do caráter normativo dos princípios, de acordo com essa linha de pensamento, afasta a tese positivista da separação entre ética e direito como visão jus naturalista que os identifica como uma única coisa.

A primeira conceituação de princípio com qualidade de norma jurídica foi elaborada, ainda na década de 50, por Crisafulli, enfatizando o caráter normativo dos princípios.

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: (...) estas efetivamente postas, sejam, ao contrario, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém²⁹.

²⁶ PEREIRA, Jane Reis. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2005. p.187.

No entanto, foi com os estudos de Ronald Dworkin e do professor alemão Robert Alexy, que a normatividade dos princípios foi amplamente difundida e utilizada pela Ciência Jurídica.

Para Dworkin (1997) as doutrinas positivistas equivocam-se ao conceber o Direito como um modelo exclusivo de regras, ignorando a importante função que os princípios desempenham no sistema jurídico, notadamente na solução dos casos difíceis (*hard cases*).

Assim sendo, tanto as regras como os princípios desempenham uma função normativa, sendo empregados para disciplinar condutas e para fundamentar decisões judiciais.

Nessa acepção moderna, considera-se que as normas constitucionais se apresentam ou sob forma de regras, ou sob a forma de princípios. Nas palavras do professor Luis Roberto Barroso, a dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral e as normas constitucionais em particular enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras³⁰.

Portanto, a doutrina de forma predominante reconhece o caráter normativo dos princípios, considerando estes como espécies de normas jurídicas que, juntamente com as regras, integram o gênero *normas*.

Sob influência desta teoria, a constituição passa a ser encarada 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.

1.3 Distinção entre Princípios e Regras e seus desdobramentos

Nos últimos tempos, a distinção entre princípio e regra ganhou bastante fôlego, tornando-se essencial para a superação do positivismo exacerbado (legalista), em que normas se cingiam às regras jurídicas engessando a hermenêutica constitucional.

A doutrina constitucional, conforme foi visto parágrafos acima, considera que as normas jurídicas fundamentais estruturam-se sob a forma de princípios e regras. Essa noção, à primeira vista singela, tem repercussões muito importantes sobre as diversas controvérsias relativas à interpretação dos direitos fundamentais, e especialmente sobre o problema de sua restringibilidade³¹.

Em suma, grande parte dos problemas hermenêuticos envolvendo direitos dizem respeito à forma pela qual se concebem os princípios e sua relação com a regra. A referida diferença constitui “uma chave para a solução de problemas medulares da dogmática de direitos fundamentais”³².

1.3.1. Diferenciação lógica entre princípios e regras

A diferença entre regras e princípios possui caráter lógico e qualitativo, e, na maioria das vezes, só pode ser verificada na aplicação da norma ao caso concreto. Tanto as regras

³⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. rev., atual e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2004.

³¹ PEREIRA, Jane Reis. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

³² ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1997.

quanto os princípios podem ser utilizados para fundamentar as decisões, mas diferem no sentido que dão ao trabalho do intérprete e aplicador.

Ronald Dworkin, em sua obra *Taking Rights Seriously*³³, estabeleceu dois critérios auxiliares para a distinção entre as espécies de norma jurídica, sugerindo, pois, a utilização do “*tudo ou nada*” e do “*peso ou da importância*”.

As duas categorias de normas (regras e princípios) se diferenciam, basicamente, por não comportarem as regras jurídicas aplicação parcial, ou seja, devem ser aplicadas de modo completo, de modo absoluto. Segundo o jurista norte-americano, a aplicação de uma regra se opera na modalidade do tudo ou nada “*all or nothing*”. Os princípios, por sua vez, possuem relatos com maior grau de abstração e maior dimensão de peso ou importância, atuando, pois, de forma diversa das regras.

Dessa forma, a distinção entre princípios e regras é de natureza lógica: as regras são aplicadas de forma disjuntiva (*tudo ou nada*), enquanto os princípios, por não estabelecerem consequências jurídicas que devem ocorrer automaticamente quando determinadas condições se apresentem, são aplicados de acordo com a proximidade e relevância ao caso concreto.

Quanto ao *peso ou importância*, os princípios ostentam uma dimensão de peso específico ou importância que não está presente nas regras.

Para Ronald Dworkin:

The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to decision³⁴⁻³⁵.

As regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações³⁶. Assim, realizada a conduta ou ocorrendo a hipótese prevista em seu texto, a regra deve incidir automaticamente ao fato pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadramento dos fatos na previsão abstrata, produzindo uma conclusão.

Nessa visão, se em um caso concreto a ser analisado o fato corresponde a uma situação narrada em uma regra válida, então será tal regra aplicada à solução do problema, em seu inteiro teor, salvo se for inválida, se houver outra mais específica, ou se não estiver em vigor.

Pode-se verificar a aplicação do método da subsunção, quando, por exemplo, havendo previsão de dispositivo constitucional estabelecendo a aposentadoria compulsória, um servidor público completa 70 anos de idade, este deve passar à inatividade, sem que a aplicação do preceito comporte maior complexidade.

³³ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona, Ed. Ariel, 1997.

³⁴ Ibid. p.93.

³⁵ Tradução: *A diferença entre princípios jurídicos e regras é uma distinção lógica. Ambos estabelecem standards que apontam para decisões particulares relativas a obrigações jurídicas em determinadas circunstâncias, mas diferem quanto ao caráter da orientação que estabelecem. As regras são aplicáveis à maneira tudo ou nada. Se os fatos que a regra estipula estão dados, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou então não é, caso em que nada contribuirá para a decisão.*

³⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. rev., atual e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2004.

Devido a sua aplicação pelo sistema *tudo ou nada*, havendo conflito entre duas regras, fenômeno este também conhecido por antinomias, somente uma será considerada válida e irá prevalecer em face da outra, de acordo com os critérios tradicionais de solução de antinomias (hierárquico, cronológico e especialidade).

Os princípios, por sua vez, tendo em vista a sua forte carga valorativa, devem ter reconhecida a sua importância, o que implica que o teor do seu enunciado não corresponderá, em alguns casos, à realidade da sua aplicação, ou seja, terá, para o caso concreto, uma dimensão menor do que aquela que transparece da simples análise do seu enunciado, cedendo à aplicação de outras regras ou princípios também aplicáveis ao caso.

De acordo com Luis Roberto Barroso:

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam determinada direção a seguir. Ocorre que, em ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. Por isso a sua incidência não deve ser posta em termos de *tudo ou nada*, de validade ou invalidade³⁷.

Na lição de Willis Santiago Guerra Filho³⁸,

"As regras possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou "tipificação") de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como "fato permitido"). Já os princípios fundamentais, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, in abstracto, antinômicos entre si."

1.3.2. Diferenciação qualitativa entre princípios e regras. Princípios como mandamentos de otimização

Conforme já explanado, a diferenciação entre regras e princípios se apresenta de forma imprescindível à aplicação e efetividade dos direitos fundamentais.

Robert Alexy considera que entre princípios e regras há uma distinção qualitativa. Segundo o autor germânico, influenciado pela doutrina de Ronald Dworkin, aquele considera que tanto as regras quanto os princípios são normas jurídicas, de modo que a diferença trabalhada pela doutrina diz respeito a duas classes de normas, mas isso não significa que estas devem ser diferenciadas apenas pelo grau de abstração que ostentam, cabendo reconhecer a existência de uma diferença qualitativa³⁹.

³⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. rev., atual e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2004

³⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 17).

³⁹ ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica*. Alicante: Doxa. 1988 .n. 5, p. 139-156.

Assim, seriam os princípios verdadeiros “mandamentos de otimização”, ou seja, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

Diz o autor:

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na melhor medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são comandos de otimização, que estão caracterizados pelo fato que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida de seu cumprimento depende não só das possibilidades reais mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos⁴⁰.

Portanto, a aplicação dos princípios não está predeterminada, nem se resume a seu enunciado, mas depende de ponderações a serem procedidas no momento de sua aplicação, levando-se em conta as possibilidades jurídicas e os fatos que envolvem a situação.

As regras, por sua vez, já contêm determinações em si sobre o fático e juridicamente possível, sendo normas que só podem ser cumpridas ou não⁴¹.

Sobre as regras, explica Alexy:

As regras são normas que, quando se cumpre o suposto de fato, ordenam uma consequência jurídica definitiva, isto é, quando se cumprem determinadas condições, ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam definitivamente fazer algo. Portanto, podem ser chamadas “comandos definitivos”. Sua forma de aplicação característica é a subsunção. Diversamente, os princípios são “comandos de otimização”. Isto significa que os princípios requerem e dependem de ponderação.⁴²

Como se viu, o ponto mais relevante nas idéias de Alexy é a qualificação dos princípios como comandos de otimização. Logo, podem ser aplicados em diferentes escalas, eis que são tratados de comandos *prima facie*, e não definitivos⁴³, comportando, pois, o seu cumprimento gradual, de acordo com as situações jurídicas e fáticas peculiares ao caso analisado.

1.3.3. Outros critérios para diferenciar princípios e regras. Apontamentos doutrinários de J.J. Canotilho e Eros Grau

A doutrina traz, além dos critérios anteriormente pormenorizados, outros elementos capazes de distinguir regras de princípios. Neste âmbito, pode-se citar o valioso trabalho de J.J. Canotilho⁴⁴ difundido no Brasil por Eros Grau.

De acordo com o constitucionalista português, a atividade de diferenciar as duas espécies de normas é tarefa particularmente complexa, exigindo, pois, que o hermeneuta lance mão de alguns critérios, mormente, a) *grau de abstração*; b) *grau de*

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica*. Alicante: Doxa. 1988. p.155.

⁴¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego, 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

⁴² Ibid. cit. 40. p.159.

⁴³ PEREIRA, Jane Reis. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar., 2006.

⁴⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª Edição. Coimbra: Almedina. 1988.

determinabilidade na aplicação do caso concreto; c) caráter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito; d) proximidade da idéia de direito; e) natureza normogenética.

O grau de abstração refere-se aos princípios como normas com um grau de abstração relativamente elevado. Ao contrário, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.

Pelo segundo critério, os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de medições concretizadoras, enquanto as regras são possíveis de aplicação direta.

Quanto ao caráter de fundamentalidade no sistema de fontes do direito, os princípios são normas de natureza ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes, ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico.

Em relação à proximidade da idéia de direito, os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin), ou na idéia de direito (Larenz), enquanto as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo meramente funcional.

Em relação à natureza normogenética, os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamental.

Ainda sobre a complexidade da distinção entre princípios e regras, aduz o mesmo autor que devem ser respondidas duas questões fundamentais. São elas: (1) Saber qual a função dos princípios (se tem função retórica ou argumentativa ou se não são normas de conduta); (2) Saber se existe só uma diferença de grau ou se há entre princípios e regras jurídicas uma diferenciação qualitativa.

A primeira questão é respondida com a idéia de multifuncionalidade dos princípios. Destarte, podem desempenhar uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo os juízes, o desenvolvimento, a integração e a complementação do direito (*Richterrecht, analogia juris*).

A diferenciação qualitativa se proclama nos seguintes aspectos: I) os princípios são normas jurídicas impositivas de otimização, compatíveis com vários graus de concretização, fática e juridicamente condicionados. As regras, ao contrário, são normas que prescrevem imperativamente uma exigência, que é ou não cumprida; a convivência dos princípios é conflitual e eles coexistem, enquanto a convivência das regras é antonômicas e se excluem.

Neste sentido, por serem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e de interesses, consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. As regras não deixam espaço para outra solução, ou seja, devem ser cumpridas na sua exata medida, obedecendo à lógica do *tudo ou nada*.

O terceiro aspecto definido por Canotilho mostra-se imperioso à elaboração e compreensão deste trabalho, uma vez que dá início à introdução do tema central na mente do leitor, demonstrando, pois, a essência do que se espera desenvolver.

Nesta perspectiva, em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou *standards* que, em primeira linha, devem ser realizados, enquanto as regras contêm “fixação normativa” definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias.

Os princípios suscitam problemas de validade e peso, compreendendo a importância e a ponderação de valia. As regras, ao seu turno, colocam apenas questão de validade, ou seja, se elas não são corretas devem ser alteradas.

Apesar de haver diferenças entre regras e princípios, o que foi alvo de minucioso debate, por fundamento do princípio da unidade constitucional, não existe qualquer hierarquia entre ambos.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NATUREZA E CARACTERÍSTICAS

A nova dogmática jurídica reconhece nos princípios o seu caráter normativo, imputando-lhe alcance e peso de norma jurídica. Nesta fase de ascensão dos princípios, estes ganharam importância constitucional, visto que são essenciais para efetivação dos direitos fundamentais e para a orientação de todo o ordenamento jurídico.

Sobre a importância constitucional alcançada pelos princípios na atualidade, articula Bonavides que estes se transformaram em verdadeiros fundamentos do ordenamento jurídico, no momento em que adquiriram status de princípios constitucionais.

O ponto central da transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero supletório, para as Constituições, onde em nossos dias de convertem em fundamento de toda ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais.⁴⁵

Com efeito, é no Direito Constitucional que a teoria dos princípios dilatou o seu campo de incidência, adquirindo mais força, altivez, latitude e profundidade para o seu completo desenvolvimento, pois como preceitua Canotilho, seu campo, agora, é o universo das constituições contemporâneas, é o estalão das normas constitucionais, é o da explicitação conceitual e iluminação das positivamente normativas de realidades jurídicas mais vastas e complexas.

Os princípios constitucionais proporcionam não só a efetivação dos direitos fundamentais consagrados na Lei Maior, mas, acima de tudo, fundamentam todo o ordenamento jurídico.

O entendimento doutrinário moderno considera que os princípios constitucionais, por integrarem o corpo de uma Constituição exercem uma função orientadora fundamental, em que o intérprete deve se apegar no momento da aplicação do direito ao caso concreto, tendo em vista que todo o sistema normativo encontra-se alicerçado naqueles.

Situados no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao passo positivamente no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, normas das normas⁴⁶.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2005, p. 187.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2005, p. 188.

O rumo do constitucionalismo atual não pode ser entendido sem a observação da teoria dos princípios, apresentando-se esta como a pedra de toque, ou melhor, o embasamento da evolução dogmática constitucional.

Destarte, tal teoria representa a luz que ilumina e clareia os caminhos a serem trilhados nos momentos de positivação e constitucionalização das normas, além de guiar o julgador na ocasião da prestação jurisdicional.

A natureza dos princípios constitucionais é uma questão que comporta algumas discussões doutrinárias, tratando-se de um dos mais interessantes temas enfrentados ultimamente em estudos jurídicos.

Como foi visto anteriormente, os princípios adquiriram ao longo do tempo força normativa. Portanto, inegável a sua natureza de norma, ou melhor, de lei, apesar de possuírem características bem diferentes das regras.

Pela sua própria essência, os princípios representam mais do que comandos genéricos e abstratos estampados em normas. Na verdade, conforme se constata no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, expressam opções políticas fundamentais, e configuram eleição de valores éticos e sociais como fundantes de uma idéia de Estado e Sociedade⁴⁷.

Tais princípios não possuem apenas natureza jurídica, mas também ideológica, política, filosófica e social. Como se observa, tratam-se de naturezas que informam o próprio Direito e as normas que integram o sistema jurídico.

Sobre a natureza dos princípios constitucionais, discorre Cármem Lúcia Antunes Rocha:

Os princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema-normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentam-se nas normas tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado⁴⁸.

São, portanto, diretrizes que identificam a genealogia do sistema constitucional, trazendo em seu corpo o espírito e os fins do sistema, além de concretizarem as normas jurídicas constantes no ordenamento. Logo, a natureza dos princípios constitucionais transcende a mera juridicidade, eis que em face da sua vasta carga valorativa, não raras às vezes, estes encontram-se repletos de fundamentos políticos, sociais e filosóficos.

Os princípios constitucionais possuem características particulares que revelam a singularidade destes enquanto norma constitucional, diferenciando-o das demais modalidades normativas.

As características dos princípios constitucionais são bastante abordadas pelos constitucionalistas pátrios, não existindo, pois, enumeração doutrinária uniforme. No entanto, apesar de grandes obras sobre o assunto, a classificação realizada por Carmem Lúcia merece destaque.

Segundo Rocha, os princípios constitucionais possuem como características a generalidade, primariedade, dimensão axiológica, objetividade, transcendência, atualidade, poliformia, vinculabilidade, aderência, informalidade, complementariedade e normatividade jurídica.

⁴⁷ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁴⁸ ROCHA. Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey: 1994. p.367.

A *generalidade* consiste em que os princípios não se reportam com especificidade às hipóteses concretas de regulações jurídicas. Têm por objetivo a concretização dos direitos fundamentais, no entanto, atingem as hipóteses de forma geral, ou seja, estabelecem orientações sem análise minuciosa ou específica.

Tal característica possibilita que a Constituição cumpra o seu papel de lei maior concreta e fundamental do Estado, sem amarrar a sociedade a modelos inflexíveis e definitivos, a que a vida não permitiria algemar-se em travas de lei⁴⁹.

Desta feita, essa característica (generalidade) afasta o engessamento do Direito em face das constantes evoluções (mutações) sociais, permitindo, assim, que este se mantenha sempre atualizado, apto a acompanhar e a corresponder aos aclames da sociedade.

A segunda característica dos princípios que se situam no ápice da pirâmide do ordenamento jurídico é a *primariedade*, considerando que, pelo motivo dos princípios constitucionais serem primários, alguns subprincípios que integram o sistema decorrem deles.

Sob a ótica da *primariedade*, entende-se que esses princípios seriam primários e primeiros no interior do sistema constitucional, pois deles decorrem outros princípios, que são subprincípios em relação aos anteriores e que se podem conter, expressa ou implicitamente, nesse sistema⁵⁰.

Apesar de não ser objeto desse estudo, cumpre destacar que tal primariedade poderá ser compreendida sob vários aspectos, quais sejam: histórico, jurídico, lógico e ideológico.

A terceira característica suscitada pela Autora é a da *dimensão axiológica*, que significa que os princípios constitucionais possuem tal dimensão devido ao seu conteúdo ético de que se dotam. Não se quer dizer com isso que estes são verdadeiros direitos absolutos, e sim que apesar da dimensão valorativa de que estes são dotados sujeitam-se sempre à mutabilidade da sociedade.

A *objetividade* também é uma característica predominante e essencial dos princípios constitucionais, tendo em vista que, apesar de serem caracterizados pela generalidade, conforme foi visto acima, seus conteúdos não são subjetivos ou aleatórios.

Cada princípio possui conteúdo jurídico próprio, devendo o operador do direito extrair das normas nas quais eles se encontram inseridos. Desta forma, a objetividade impede aos intérpretes a opção livre de significados a serem retirados num determinado momento da vigência do sistema jurídico.

Para a professora Carmem Lúcia, a *objetividade* desses princípios visa a impedir que haja os “donos da verdade constitucional”, dizendo o direito segundo suas mundividências próprias, as quais, por vezes, podem se contrapor, drasticamente, ao texto constitucional. Nessa perspectiva, “a objetividade é a qualidade que assegura a eficácia do Direito como veículo possibilitador do justo legitimado socialmente”.⁵¹

A quinta característica trata-se da *transcendência*. Tal qualidade consiste em que essa espécie de princípios transcende a redação normativa constitucional e atuam no ordenamento jurídico com força administrativa, legislativa, jurisdicional, etc.

⁴⁹ ROCHA. Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey: 1994.p.36.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ ROCHA. Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey: 1994. p.37.

Sobre esta característica, Canotilho considera que seus conteúdos normativos transcendem o conjunto literalizado de significados principialistas no texto da constituição, e se densificam na constelação de conceitos e opiniões constitucionalmente adequadas.

A *atualidade* traduz a idéia de que as normas constitucionais devem acompanhar as transformações sociais, para garantir a efetividade do ordenamento jurídico. Assim, para manter a sincronia entre as bases normativas e o ideário político-jurídico vivenciado pelo povo (destinatário das normas), a constituição deve sempre observar e acompanhar, no mesmo ritmo, a evolução da sociedade.

Outro elemento caracterizador dos princípios constitucionais que permite a atualização do sistema a fim de preservar a eficácia social e jurídica é a *poliformia*. Tal característica permite que a constituição seja mutável e se adapte à nova realidade social.

Para Rocha (1994), a plasticidade dos conteúdos principialistas constitucionais, conseqüentes das duas características antes apontadas, é que permite a mudança no sentido dos textos constitucionais sem a alteração de seus enunciados normativos, garantindo-se a eficácia do ordenamento constitucional, que deve se plasmar às novas visualizações sociais do Direito.

Os princípios constitucionais são ao mesmo tempo vinculantes e vinculados. Tal frase traduz a característica da *vinculabilidade*, que considera que os princípios veiculam em normas jurídicas, que têm, à sua vez, a qualidade impositiva, coercitiva e insuperável. De outra sorte, todas as regras e princípios constitucionais, bem como as demais normas previstas no ordenamento jurídico, vinculam-se ao quanto “principiologicamente”⁵² definido na Constituição.

Vale destacar que tal *vinculabilidade* não se restringe apenas ao legislador, mas também ao juiz e demais cidadãos da sociedade politicamente organizada. Portanto, no exercício da prestação jurisdicional, bem como na atividade de cidadania, todos devem observar os princípios elencados na constituição.

Decorre dessa vinculação outra característica inerente aos princípios tratados nesse capítulo, qual seja, *aderência*. A aderência revela que nenhum comportamento estatal ou particular poderá se furtar, de forma exceptiva, ao que fora constitucionalmente previsto.

A penúltima característica mencionada por Rocha é a *informatividade* dos princípios constitucionais, ou seja, os princípios constitucionais são informativos de todo o ordenamento jurídico de um Estado.

Assim, todas as regulamentações que ingressam no ordenamento jurídico devem ser informadas pelos princípios, servindo estes como alicerces (bases) do sistema normativo, ou seja, diretrizes que orientam todo o ordenamento.

A décima segunda característica dos princípios é a *complementariedade*. Explicando esse atributo, diz a ilustre constitucionalista que atualmente preenche uma cadeira no Supremo Tribunal Federal, pela complementariedade que os caracteriza, os princípios constitucionais são condicionantes uns dos outros. O seu entendimento perfeito é sempre uma inteligência extraída de todos eles, do entrosamento que deles se retire⁵³.

⁵² ROCHA. Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey: 1994. p. 39.

⁵³ ROCHA. Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey: 1994. p. 39

Por fim, a *normatividade* se apresenta como a última característica dos princípios constitucionais. Esse assunto já foi abordado com bastante profundidade anteriormente, permitindo, pois, que se faça, neste momento, apenas uma breve recordação.

Os princípios são preceitos de regulamentação abstrata e geral, que diferem das regras, mas que, como elas, são normas jurídicas, com todos os pressupostos inerentes a estas, mormente, imperatividade, vinculabilidade e aplicabilidade.

Portanto, pela nova dogmática jurídica constitucional, os princípios constitucionais são admitidos como espécies de normas jurídicas, possuindo peso e *status* de norma.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM ROTA DE COLISÃO

3.1. Princípios em Rota de colisão. Breve introdução. Evolução doutrinária

Inicialmente, o presente estudo adotou a visão segundo a qual os direitos fundamentais são positivados por meio de regras e de princípios, admitindo-se que estes podem entrar em conflito, por suas próprias estruturas.

Como foi visto anteriormente, um sistema jurídico é composto de diversos princípios que se complementam, formando uma unidade. Os princípios previstos na Constituição jamais se contrariam, senão seria admitir que o entendimento do Direito enquanto sistema aberto conteria uma desarmonia entre seus elementos. No entanto, isso não significa dizer que numa determinada situação concreta não possa ocorrer uma contradição entre dois ou mais princípios, nascendo aí uma concorrência, sendo, que, ao final, ambos cederão espaço reciprocamente.

Como explica Müller, a Constituição é de si mesma um repositório de princípios às vezes antagônicos e controversos, que exprimem o armistício na guerra institucional da sociedade de classes, mas não retiram à Constituição o seu teor de heterogeneidade e contradições inerentes, visíveis até mesmo pelo aspecto técnico na desordem e no caráter dispersivo com que se amontoam, à consideração do hermeneuta, matéria jurídica, programas políticos, conteúdos sociais e ideológicos, fundamentos do regime, regras materialmente transitórias, embora formalmente institucionalizadas de maneira permanente, e que fazem, enfim, da Constituição um navio que recebe e transporta todas as cargas possíveis, de acordo com as necessidades, o método e os sentimentos da época⁵⁴.

A doutrina é unânime em reconhecer que, na prática constitucional, há inúmeros casos nos quais a determinação da norma aplicável revela-se controvertida, pois, não raro, os fatos em análise podem aparentemente ser subsumidos a mais de um comando normativo, os quais indicam soluções distintas e conflitantes para o problema.

Para Canotilho, pode existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular⁵⁵.

⁵⁴ MÜLLER, Friedrich. *Concepções modernas e a interpretação dos direitos humanos*. In: *Teses à XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. Foz do Iguaçu, 1994.

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000..

Assim, não é difícil presenciar situações em que os princípios constitucionais entram em conflitos, ou seja, hipóteses em que mais de uma norma fundamental, distintas e contrapostas, são aplicáveis a um único fato.

A título de exemplo, Jane Reis Gonçalves Pereira⁵⁶ cita em seu livro o célebre aresto Mephisto, decidido pela Corte Constitucional Alemã, em que fica demonstrada a colisão entre princípios constitucionais.

No caso em questão, o filho adotivo do autor e diretor Gustaf Grundgens pretendia evitar a publicação do livro Mephisto, de Klaus Mann, que tem por tema a bem-sucedida trajetória de um talentoso ator, chamado Hendrick Horffen. A narrativa do livro descreve o processo psicológico que leva o protagonista a associar-se aos detentores do Poder da Alemanha nazista, abrindo mão de suas convicções políticas e vínculos afetivos, visando a alcançar sucesso em sua carreira artística. Mann houvera se inspirado na vida de Grundgens para moldar o personagem. A questão, portanto, dizia respeito a saber se deveria prevalecer a liberdade artística do editor (garantida no art.5, num.3 frase 1, da Lei Fundamental) ou os direitos da personalidade do falecido Gustaf Grundgens e seu filho adotivo (tutelado pelo art.1, num. 1, da Lei fundamental).

Ao enfrentar este caso, a Corte Constitucional entendeu que a garantia da liberdade artística pode entrar em conflito com a esfera da personalidade protegida constitucionalmente, porque uma obra artística pode interferir no plano social.

No entanto, ao decidir sobre que direito deveria ser tutela no caso, houve empate na votação, o que, segundo as normas relativas ao recurso constitucional germânico, significa dizer que a decisão atacada – que acolhera a pretensão do filho de Grundgens, proibindo a reprodução e distribuição do livro – foi mantida.

Recentemente, foi divulgada em todos os telejornais brasileiros a disputa judicial travada entre o cantor Roberto Carlos e Paulo César Araújo, autor de uma biografia sua não autorizada. O caso, que não foi apreciado pelas cortes superiores, e que foi alvo de acordo judicial, envolveu, mais uma vez, o direito à liberdade de expressão e informação *versus* o direito à intimidade.

Da situação erigida surge a acalorada discussão constitucional, conhecida pelo conflito de direitos fundamentais (*Grunrechtskollision*).

Para demonstrar a possibilidade de colisão entre direitos fundamentais, utiliza-se o clássico exemplo, fornecido por Jane Reis Pereira, do autor de um romance que retrata em sua obra a vida de um cidadão sem a autorização deste, envolvendo, portanto, o conflito entre a liberdade de expressão e o direito à intimidade e à honra, ambos garantidos pela Constituição Federal de 1988.

O artigo 5º, inciso IX, da Constituição de 1988, estabelece que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação ...”. No entanto, o inciso X do mesmo artigo estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas ...”. Assim, imagine-se que um determinado escritor venha a lançar um romance e que, pelo perfil do personagem principal e pelo delinear da narrativa, seja possível ao público inferir que este buscou inspiração em sua própria vida. Imaginemos, ainda, que o livro relate, com riqueza de detalhes, a estória de um relacionamento extraconjugal entre o protagonista e a esposa de um político de expressão nacional, fazendo referências, inclusive, a aspectos sórdidos relativos aos hábitos sexuais da amante do personagem. Figure-se, ainda, que o escritor tenha declarado publicamente que o personagem é seu

⁵⁶ PEREIRA, Jane Reis. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

alter-ego, e que, pelo seu círculo de relações e pelas minúcias contidas na narrativa, seja possível que o público leitor deduza a identidade da senhora que lhe serviu de inspiração.⁵⁷

Diante do exemplo citado, verifica-se a incidência de dois direitos fundamentais. A conduta de escrever e publicar um livro encontra-se permitida no art. 5º, IX, CF (atividade artística e intelectual). Por outro lado, os detalhes relativos à vida sexual das pessoas são ordinariamente considerados como integrantes de sua esfera íntima.

3.2. Princípios constitucionais potencialmente conflitantes. Características.

Não se pode negar que os preceitos constitucionais contemporâneos ostentam substratos éticos complexos. Tornou-se pacífico a afirmação de que os valores e opções políticas expressados nas Constituição atuais são variados e, muitas vezes, antagônicos, o que faz com que tenham uma tendência natural a colidir⁵⁸.

De acordo com o magistério de Norberto Bobbio, nossos sistemas jurídicos não são sistemas éticos unitários (...); eles não se fundam num único postulado ético, ou sobre um grupo de postulados coerentes, mas sistemas com muitos valores e esses são muitas vezes antinômicos entre si⁵⁹.

O fato de a Constituição constituir um sistema aberto de princípios já insinua que podem existir *fenômenos de tensão* entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais⁶⁰.

Os conflitos entre direitos fundamentais constitucionais nada mais são do que espécies de antinomias normativas, ou seja, contradições entre normas que ocorrem quando estas atribuem conseqüências diversas para uma mesma situação fática.

Em suma, as antinomias normativas que envolvem normas de direito fundamental são, portanto, consideradas colisões de princípios constitucionais. Tais conflitos, segundo Ricardo Guastini⁶¹, possuem, de um modo geral, as seguintes peculiaridades: a) *são conflitos entre normas contemporâneas e de idêntica hierarquia no sistema de fontes*; b) *são antinômias eventuais ou, na terminologia de Alf Ross, de tipo “parcial-parcial”*; c) *são conflitos em concreto*;

A primeira característica traduz a idéia de que as normas conflitantes, além de estarem em vigor ao mesmo momento, ou seja, coexistirem na mesma época, ocupam, também, o mesmo patamar hierárquico no ordenamento jurídico, qual seja, estatura constitucional.

A segunda característica inerente aos conflitos entre princípios é fruto da classificação das antinomias normativas formulada pelo dinamarquês Alf Ross⁶². Para Ross, as antinomias podem dar-se de três formas: “total-total”, “total-parcial” e “parcial-parcial”.

⁵⁷ PEREIRA, Jane Reis. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pág. 226.

⁵⁸ PEREIRA, Jane Reis. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 222.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *Des critères pour résoudre les antinomies*. In: *Essais de théorie du droit*. Paris: L. G. D. J., 1998.

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

⁶¹ GUASTINI, Ricardo. *Principios de derecho y discrecionalidad judicial*. In: *Estudios de teoría constitucional*. México, Doctrina jurídica contemporânea. 2001.

⁶² ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 158-159.

Desta feita, ocorre a chamada antinomia *total-total* quando nenhuma das normas pode ser aplicada, sob circunstância alguma, sem entrar em conflito com a outra. Logo, a aplicação de qualquer uma das normas implicará, obrigatoriamente, a contraposição, ou melhor, a colisão do texto normativo com outra norma conflitante.

A antinomia *total-parcial* ocorre quando uma das duas normas não pode ser aplicada, sob nenhuma circunstância, sem entrar em conflito com outra, enquanto esta tem um campo adicional de aplicação que não entra em conflito com a primeira⁶³. Essa espécie de antinomia surge quando há conflito entre norma geral e norma particular.

Os conflitos entre direitos fundamentais, como foi dito acima, são do tipo antinomias *parcial-parcial*. Isto ocorre quando cada uma das normas possui um campo de aplicação que entra em conflito com a outra, porém também possui um campo adicional de aplicação no qual não são produzidos conflitos. Logo, ambas incidem sobre hipóteses fáticas, em parte, idênticas, mas em parte, diferentes⁶⁴.

Pode se concluir, a partir das características comuns aos conflitos entre direitos fundamentais, que estes, normalmente, não podem ser dirimidos pelos métodos clássicos de solução de antinomias, necessitando, pois, de outras técnicas hermenêuticas destinadas a escolher qual o princípio que deve ser aplicado no caso concreto.

A título de exemplo, podemos citar a colisão em que direitos individuais entram em conflito com o interesse público na apuração e punição de delitos e infrações.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou uma questão que evidenciava tal modalidade de colisão, que conflitava o dever da Administração Pública de apurar notícias de atos lesivos ao patrimônio e à moralidade pública nas hipóteses de delação anônima.

No caso, buscava-se impedir a investigação, pelo Tribunal de Contas da União, de fatos relatados por meio de carta apócrifa – concernentes a irregularidades em licitações e pagamentos de diárias em valores excessivos. O ministro Celso de Mello, ao examinar, em decisão monocrática, o pedido de liminar, registrou que a delação anônima pode fazer instaurar situações de tensão dialética entre valores essenciais, reconhecendo, na hipótese, um conflito entre razões de interesse social – consubstanciadas no direito público subjetivo do cidadão ao fiel desempenho, pelos agentes estatais, do dever de probidade – com a exigência de proteção à incolumidade moral das pessoas (art. 5, X, CF)⁶⁵.

Apesar de algumas vezes ser possível verificar o antagonismo entre bens e interesses públicos e coletivos e os direitos fundamentais individuais, não se pode admiti-lo como regra, pois os bens públicos são meios de realização de direitos individuais.

3.3. A Ponderação como método solucionador de colisão entre princípios constitucionais

Antes de adentrarmos na abordagem direta sobre a ponderação como técnica hermenêutica de solução de conflitos entre direitos fundamentais, faz-se necessário realizar um breve estudo sobre a evolução histórica da dogmática jurídica constitucional, partindo

⁶³ Ibid. 67. 158-159.

⁶⁴ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 158-159.

⁶⁵ PEREIRA, Jane Reis. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pág. 232.

da técnica subsuntiva até o reconhecimento da ponderação no cenário hermenêutico - jurídico.

Por muito tempo, a subsunção foi a única fórmula para compreender a aplicação do Direito, a saber: premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo, como consequência, a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto⁶⁶. Tal técnica mostra-se importante para a própria dinâmica do direito.

Assim, as atividades desempenhadas pelos operadores do Direito resumiam-se, basicamente, na simples aplicação da norma jurídica ao caso concreto, ou seja, apegavam-se estes aos apontamentos do procedimento subsuntivo.

Com o passar dos anos, a dogmática jurídica constatou que o método subsuntivo possuía limites, não sendo suficiente para lidar com todas as situações apresentadas, tendo em vista que devido à ascensão dos princípios, não são raras às vezes em que estes colidem uns com os outros.

Verificou-se, portanto, que em certas situações mais de uma norma pode incidir sobre o mesmo conjunto de fatos – várias premissas maiores, para uma premissa menor -, como no clássico da oposição entre liberdade de imprensa e de expressão, de um lado, e os direitos à honra e à intimidade, de outro.

Como se observa facilmente, as normas conflitantes tutelam valores distintos e apresentam soluções diversas e contraditórias para a mesma questão. Se no presente caso fossem empregados os artifícios da técnica de subsunção (premissa maior – premissa menor), a solução para esse problema importaria a escolha de uma única premissa maior, afastando-se as demais. Tal prática não seria correta sob o ponto de vista constitucional, face ao princípio instrumental da unidade da Constituição (o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas)⁶⁷.

A doutrina jurídica-constitucional firmou o entendimento de que nesses casos complexos a subsunção não se mostra apta a solucioná-los, sendo, portanto, necessário o emprego de uma metodologia capaz de trabalhar diante desses conflitos, ponderando a importância e relevância das normas colididas ao fato concreto.

Há, portanto, hipóteses em que dois ou mais princípios constitucionais incidem em um mesmo fato, entrando, pois, em rota de colisão. Nesses casos, denominados pela doutrina norte-americana de “*hard cases*”, a aplicação da técnica de subsunção não se mostra eficaz, o que exige do intérprete lançar mão de outras técnicas capazes de dirimir os conflitos.

Para Jane Reis Pereira, ponderação consiste na operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentem em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, em que medida cada um deles deverá ceder ou, quando seja o caso, prevalecer⁶⁸.

Portanto, pode-se entender por ponderação tanto o procedimento adotado para chegar a uma decisão ou para argumentar uma decisão (i), quanto o resultado de referido procedimento (ii), o qual leva a afastar-se um direito ou bem jurídico em detrimento de

⁶⁶BARROSO. Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. rev., atual e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2004. pág.356.

⁶⁷BARROSO. Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. rev., atual e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2004. pág.356.

⁶⁸PEREIRA. Jane Reis. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar. Rio de Janeiro, 2006. pág. 261.

outro cujo cumprimento é considerado de maior importância ou peso⁶⁹, ou seja que leva a se aplicar a chamada “lei de ponderação”, apta a solucionar qualquer conflito entre bens e direitos: quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, maior deve ser a importância de satisfação ou realização do princípio oposto⁷⁰.

4. ESTUDOS DE CASOS ENFRENTADOS PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Já se comentou, anteriormente, que a solução de conflitos ou tensões entre direitos fundamentais na teoria dos princípios é dada pela hierarquização dos princípios conflitantes. Para realizar tal hierarquização, procede-se a uma ponderação racional ou argumentativa, feita num enfoque pragmático-argumentativo, indicando qual dos interesses em conflito ou tensão possui maior ou menor peso no caso concreto⁷¹.

Assim, a ponderação racional é aquela feita com base em enunciados de precedência, que necessariamente devem ser fundamentados racionalmente. São exemplos de enunciados de precedência: a intenção original do legislador, as consequências sociais benéficas ou maléficas da decisão, as opiniões dogmáticas e a jurisprudência.

Mas esta precedência não é absoluta, mas sim uma precedência condicionada, em que se leva em conta o caso concreto, e se indica as condições sob as quais um princípio precede o outro. Sobre outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma inversa.⁷²

Portanto, caberá ao julgador, diante do caso concreto, através da ponderação resolver as tensões entre princípios que incidem no mesmo fato e fornecem, por vezes, soluções diversas ao mesmo.

Ingo Wolfgang Sarlet⁷³ considera que nestes casos deve o aplicador se apegar ao processo de ponderação, o qual não se trata da atribuição de uma prevalência absoluta de um valor sobre outro, mas sim da tentativa de aplicação simultânea e compatibilizada de normas, ainda que no caso concreto se torne necessária a atenuação de uma delas.

Nesse contexto, o presente capítulo abordará alguns desses “casos difíceis” já enfrentados pelos tribunais pátrios, em que a utilização do método subsuntivo restou insuficiente para aplicar o direito ao caso concreto. Portanto, os julgadores utilizaram-se da ponderação como meio de apaziguar os conflitos entre princípios constitucionais.

4.1 A liberdade de expressão e informação versus a preservação da imagem, honra e intimidade

No tempo sombrio da ditadura militar, as pessoas não podiam manifestar os seus pensamentos ou ideais contrários aos interesses do Governo, pois a imprensa era, rigorosamente, fiscalizada através da censura. Assim, alguns artistas e intelectuais da época

⁶⁹ SANTIAGO. José Maria Rodriguez. *La ponderacion de bienes e intereses em el derecho administativo*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

⁷⁰ ALEXY. Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

⁷¹ ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, Renovar, 1999.

⁷² Idem. p.90.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

utilizavam músicas ou obras literárias para camuflar as mensagens de protesto ao sistema, numa luta árdua que implicou em diversos atos de violência.

Foi com a Constituição Republicana de 1988 que o princípio da liberdade de expressão ganhou maior importância e peso no Brasil, procurando, pois, garantir a livre manifestação da imprensa contra possíveis desvios autoritários de governantes tiranos. Segundo Daniel Sarmiento, hoje, no Brasil, a imprensa trabalha com liberdade, exercendo o seu legítimo papel de controle do Estado, e os artistas podem produzir as suas obras sem o temor das idiossincrasias dos censores de plantão⁷⁴.

É nesse novo cenário constitucional brasileiro que aparecem as questões mais difíceis envolvendo a liberdade de expressão, sendo necessária a imposição de alguns limites a este direito fundamental em face de outro direito fundamental igualmente importante, qual seja, o direito à privacidade, honra e intimidade. No direito comparado, a fixação de limites ao princípio da liberdade de expressão é normalmente estudado sob o rótulo “*hate speech*”⁷⁵.

4.1.1. Fotografia veiculada sem autorização em periódico de grande circulação

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal enfrentou um caso que envolve, claramente, a situação descrita linhas acima, ou seja, o confronto entre a liberdade de informação e o direito a imagem.

Tratava-se da veiculação em periódico de grande circulação da fotografia de um cidadão que teria sido preso e acusado injustamente da prática de um crime, tendo inclusive, seu nome publicado como autor do delito em todos os jornais e emissoras de televisão. O magistrado que apreciou a ação indenizatória considerou complexa a referida tarefa jurisdicional, pois segundo este, “de um lado tenho um homem que foi preso e acusado injustamente de um crime e teve seu nome publicado como autor desse crime em todos os jornais e órgãos de televisão, enquanto do outro lado, tenho um órgão de imprensa que visivelmente foi levado a publicar a notícia inverídica, no momento em que até o Poder Judiciário cria ser verídica”⁷⁶.

No caso sob comento, pode-se observar que o periódico publicou informações dadas por fonte oficial, qual seja, o inquérito policial. Além disso, muito pesou o fato de que tão logo foi esclarecida a inocência do autor, a ré publicou novas reportagens demonstrando a ausência de culpa do mesmo.

Neste sentido, tal pretensão indenizatória foi julgada improcedente, pois o juiz da causa considerou, diante das peculiaridades do caso concreto, que o princípio da liberdade de informação, tão mitigado outrora, deveria prevalecer em face do direito a imagem do ofendido.

A segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça da Capital Federal assim sintetizou a solução conferida do conflito de princípios verificado na Apelação Cível nº 1999.011031625-6, apreciando o caso em que uma cidadã teve sua foto veiculada em um periódico no momento em que se encontrava em um salão de beleza:

CIVIL. DANO MORAL. PUBLICAÇÃO NÃO – AUTORIZADA DE FOTOGRAFIA E A LIBERDADE DE IMPRENSA. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO – OBSERVÂNCIA

⁷⁴ SARMENTO, Daniel. *Livre e iguais: um estudo de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Revista Doutrina e Jurisprudência, Brasília, mai-ago, 2000 TJDF, p.322.

DO COMANDO DO ARTIGO 53 DA LEI Nº 5.250/67. A publicação desautorizada de fotografia de pessoa que se encontra em salão de beleza, ambiente privado, embora aberto ao público, ofende o direito a intimidade e produz dano moral. A liberdade de imprensa encontra limites em seus auto-estorvos. O interesse jornalístico não pode sobrepor-se aos interesses da coletividade destinatária da informação e causa primeira da existência do próprio jornal. O interesse público mostra-se refratário à possibilidade de causar constrangimento à pessoa humana. Havendo violação à privacidade e à imagem, a pessoa ofendida há de ser devidamente indenizada. Havendo vontade livre e consciente da empresa jornalística no sentido de ocupar seu caderno com a fotografia, até porque essa vale mais de mil palavras, na fixação da verba indenizatória, há de ser observado o comando do art.53 da Lei nº 5.250/67, sempre presentes os critérios atinentes às condições sociais, políticas e econômicas, quer da vítima, quer do ofensor, bem assim à natureza e à extensão do dano moral. Apelação não-provida. Recurso adesivo, parcialmente provido. Maioria.

Do corpo do acórdão:

CIVIL. USO INDEVIDO DA IMAGEM. INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS. O uso não autorizado de uma foto que atinge a própria pessoa, quanto ao decoro, honra, privacidade, etc., e, dependendo das circunstâncias, mesmo sem esses efeitos negativos, pode caracterizar o direito à indenização pelo dano moral, independentemente da prova de prejuízo. Hipótese, todavia, em que o autor da ação foi retratado de forma acidental, num contexto em que o objetivo não foi a exploração de sua imagem. Recurso especial não conhecido. (RESP 85905/RJ, T3, Relator: Min. Ari Pargendler, DJ – 13/12/1999)

Desta forma, utilizando-se o instrumento ponderativo, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, bem como o Superior Tribunal de Justiça, entenderam, diante das circunstâncias particulares do caso em concreto, que o princípio da liberdade de expressão cedeu em face do direito à intimidade e privacidade da pessoa humana.

Cumprido destacar que, tratando-se de veiculação de fotografias de pessoas públicas (artista, autoridades, parlamentares), a lógica da aplicação do método de ponderação, sem dúvidas, irá se alterar, pois estas abrem mão de uma parcela de suas privacidades, estando sempre sujeitas a notícias e críticas a respeito de sua pessoa.

Recentemente, uma modelo brasileira foi alvo da câmera de um paparazzi (fotógrafos que buscam fotos de artistas fora de suas atuações) no momento em que aproveitava momentos “românticos” junto com seu namorado, numa praia na Espanha. Tais fotos e gravações foram parar nas capas de várias revistas no mundo, aguçando ainda mais a problemática da colisão entre os princípios objeto deste tópico.

Matéria semelhante já foi objeto de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, no caso em que uma empresa jornalística veiculou em um exemplar a fotografia de uma modelo numa praia do litoral catarinense fazendo *topless*. Entendeu a Corte Superior de Justiça que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição da vítima.

DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. TOPLESS PRATICADO EM CENÁRIO PÚBLICO.

Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem. Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada. Recurso especial não conhecido. (REsp 595600 / SC ; RECURSO ESPECIAL 2003/0177033-2 - Ministro CESAR ASFOR ROCHA- T4 - DJ 13.09.2004 p. 259 RDR vol. 31 p. 442 RSTJ vol. 184 p. 386)

No trecho do seu voto, o ministro relator pondera *in concreto* o conflito entre os princípios tutelados pela Constituição de 1988, dizendo que a empresa ré exerceu sua liberdade de imprensa, que tem amparo constitucional, sem ferir as garantias da autora que, por sua vez, exerceu sua liberdade pessoal, consciente ou inconscientemente, produzindo notícia, pela prática de topless, em público.

Ainda no caso sob análise, levou-se em consideração que a partir do momento em que uma jovem, por sua vontade livre e consciente, desnuda os seios em local público, expõe-se ela à apreciação das pessoas que ali se fazem presentes, de tal sorte que se jornal de circulação estadual e tido como idôneo lhe fotografa, apenas registra um fato que ocorreu numa praia, ampliando a divulgação de uma imagem que já se fez aberta aos olhos do público.

A própria recorrente optou por revelar sua intimidade, ao expor o peito desnudo em local público de grande movimento, inexistindo qualquer conteúdo pernicioso na veiculação, que se limitou a registrar sobriamente o evento sem sequer citar o nome da autora.

Entendeu, portanto, o relator que se a suposta ofendida expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução sem conteúdo sensacionalista pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada.

Como se constatou, um princípio que ora cede lugar poderá em outro caso sobrepujar o outro, de acordo com as peculiaridades de cada caso. A análise jurisprudencial revela que em vários casos a liberdade de expressão e informação colide com a intimidade, honra e imagem, o que exige a ponderação de interesses.

4.1.2. Matéria veiculada em periódicos que viola o direito a intimidade da vida privada

Apesar de ainda pertencer à temática que envolve o conflito entre liberdade de expressão e informação e direito à privacidade, honra e intimidade, cuida-se neste momento dos casos em que matérias sobre a vida privada das pessoas são veiculadas a pretexto da observância à liberdade de expressão.

Esta matéria já foi decidida pelos tribunais brasileiros, ganhando maior importância no caso que envolveu uma atriz de uma grande emissora de televisão. Cuidava-se de um ação de reparação de danos proposta pela atriz Maria Zilda Bethelm Vieira contra a Editora Abril S.A., cuja causa de pedir remota foi uma matéria jornalística publicada na seção Gente da revista Veja, noticiando que a autora, quando estava sendo transmitida a novela “Olho por Olho”, teria o hábito de faltar às gravações ou chegar alcoolizada, ferindo, portanto, o seu direito à intimidade (inviolabilidade da vida privada).

A Editora Abril S.A sustentou em sua defesa que sua conduta (a de publicar a matéria) estava em consonância com o preceito constitucional que garante a liberdade de informação, tendo, por isso, agido em absoluta conformidade com a Carta Magna, informando seus leitores a respeito de fato de interesse público, pelo que não teria praticado ato ilícito.

O Desembargador relator, afirmando que “não é possível analisar-se uma disposição constitucional isoladamente, fora do conjunto harmônico em que deve ser situada; princípios aparentemente contraditórios podem harmonizar-se desde que se abdique da pretensão de interpretá-los de forma isolada e absoluta”, aduziu em seu voto que “a revelação de verdades da vida privada capazes de causar transtornos só se justifica se isso for essencial para se entender um fenômeno histórico. Se não, vira artifício sensacionalista,

o que é eticamente condenável e politicamente perigoso”. O acórdão ficou assim ementado, excluídas as partes que não nos interessam:

(...) Responsabilidade civil de empresa jornalística. Publicação ofensiva. I . Liberdade de informação versus inviolabilidade à vida privada. Princípio da unidade constitucional. Na temática atinente aos direitos e garantias fundamentais, dois princípios constitucionais se confrontam e devem ser conciliados. De um lado, a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, de outro lado, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Sempre que princípios aparentam colidir, deve o intérprete procurar as recíprocas implicações existentes entre eles até chegar a uma inteligência harmoniosa, porquanto, em face do princípio da lealdade constitucional, a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém. Assim, se ao direito à livre expressão da atividade intelectual e de comunicação contrapõe-se o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, segue-se como consequência lógica que este último condiciona o exercício do primeiro, atuando como limite estabelecido pela própria Lei Maior para impedir excessos e abusos” (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 760/96 - RJ, 2ª Câmara Cível, rel. Des. SÉRGIO CAVALIERI FILHO).

Dessa forma, no caso concreto, ponderou-se que o princípio da inviolabilidade da vida privada teria maior “peso e importância” do que a liberdade de expressão, para fins de aplicação da sanção civil. Aplicou-se, assim, a dimensão de peso e importância, apesar de ficar consignado em diversas partes do acórdão que se deveria buscar a conciliação dos princípios.

Na hipótese, como a conciliação completa não seria possível, tendo em vista que a matéria já havia sido publicada, condenou-se a Editora Abril S.A. a pagar uma indenização à atriz, pela violação de sua vida privada.

Recentemente, a questão em tela ganhou fôlego com a famosa contenda judicial entre o cantor Roberto Carlos e o autor de sua biografia, não autorizada. Questionou-se que, devido à liberdade de expressão e informação amplamente protegida pela Constituição Federal, o autor teria direito à publicação da obra literária sobre a vida particular de Roberto Carlos, apesar da ausência de consentimento do mesmo. No entanto, como já foi dito anteriormente, um acordo entre as partes pôs termo ao litígio.

4.1.3. A liberdade de expressão versus manifestações de cunho anti-semita. Julgamento histórico do Supremo Tribunal Federal – HC 82.424/RS – Caso Ellwanger

Sem embargo do que foi dito anteriormente, um dos casos mais importantes envolvendo colisão entre princípios fundamentais foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, através do julgamento do habeas corpus nº 82.424/RS, em que se discutiu que a liberdade de expressão não protege manifestações de cunho anti-semita, que podem ser objeto de persecução penal pela prática de crime de racismo.

Trata-se de ordem de habeas corpus impetrada em favor do paciente Siegfried Ellwanger, que foi condenado a 2 anos de reclusão, por ter, na qualidade de escritor e sócio da empresa “revisão Editora Ltda”, editado, distribuído e vendido ao público obras anti-semitas de sua autoria, que, segundo a denúncia, abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias, procurando com isso incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica.

Apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, a decisão do *writ* foi denegatória, mantendo, pois, a condenação do acusado de crime de discriminação contra os judeus, entendendo a Corte Superior de Justiça que tal conduta se enquadraria como racismo, sendo, portanto, imprescritível. Assim, tal decisão foi alvo de novo *habeas corpus* impetrado no Supremo Tribunal Federal, o qual restou denegado, nos seguintes termos:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Deste pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e

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

Esta posição da Suprema Corte brasileira, utilizando-se da ponderação diante de um caso em que princípios constitucionais entraram em rota de colisão, foi bastante festejada de forma praticamente unânime, tanto pela doutrina quanto pela sociedade civil.

4.2. Integridade física *versus* honra e reputação dos servidores públicos

Um caso emblemático enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal que versa sobre a colisão entre direitos enumerados no catálogo dos direitos fundamentais, é a reclamação nº 2040-1, também conhecido como caso "Gloria Trevi".

Trata-se de um caso em que uma cantora mexicana afirmou ter sido violentada no período em que esteve presa na carceragem da Superintendência da PF (Polícia Federal), em Brasília. Segundo a cantora, a mesma teria engravidado no período em que esteve presa na carceragem sem nunca ter recebido visitas íntimas. No depoimento prestado à sindicância que a PF instaurou para apurar as circunstâncias em que ocorreu a gravidez, ela insinuou que foi vítima do delito denominado estupro.

A Polícia Federal e os agentes federais que estavam sendo acusados das denúncias anteriormente referidas, movimentaram o poder judiciário com a pretensão de realização de exame DNA para afastar as alegações que reputavam inverídicas.

Assim, o STF apreciou uma contenda envolvendo o direito à honra e à imagem de policiais federais acusados pelo crime de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e o direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho.

Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação nº 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da

parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante.

Entendeu, portanto, o Supremo Tribunal Federal que as circunstâncias particulares do caso – interferência diminuta na integridade física da mãe e do menor e repercussão das acusações perpetradas pela mãe aos servidores públicos – tratava-se de conflito entre direitos fundamentais.

Desta feita, diante dos elementos colhidos na análise do caso concreto, o STF ponderou e decidiu que a honra e a reputação dos servidores públicos deveria prevalecer sobre a integridade física da mãe e do filho, eis que para a realização do referido exame, fora retirada substância da própria placenta, o que corresponde a uma ofensa diminuta a integridade física e a intimidade.

Logo, não raras às vezes em que os princípios constitucionais entrem em rota de colisão, situação esta que exige do aplicador do direito ponderar, de acordo com as peculiaridades do caso analisado, bem como avaliando o peso ou importância de cada em relação ao fato, qual dos princípios deverá ceder em face do outro.

CONCLUSÃO

O escopo deste estudo foi demonstrar que apesar da convivência harmônica entre as normas previstas no corpo da Constituição Federal, devido ao princípio da unidade constitucional, existem situações em que duas normas incidem ao mesmo tempo em um determinado caso, e, portanto, trazem soluções distintas ao mesmo.

Verificou-se, inicialmente, que a norma jurídica é um gênero que possui como espécies os princípios e as regras, ou seja, estes integram o conceito de norma. No entanto, podemos constatar algumas diferenças fundamentais entre os princípios e as regras, principalmente no que tange às suas aplicabilidades.

Não se pode negar que no cenário constitucional há inúmeras situações em que a determinação da norma aplicável revela-se controversa, pois, não raro, os fatos em análise podem aparentemente ser subsumidos a mais de um comando normativo, os quais indicam soluções distintas e conflitantes para o problema.

Nestes casos, caberá ao intérprete, através da técnica da ponderação, indicar qual princípio deve prevalecer em face do outro, observando, é claro todas as etapas do processo

ponderativo. Nota-se que não se trata de exclusão de um princípio em favor do outro, e sim estabelecer, de acordo com o peso ou importância destes ao caso apreciado, qual deles deverá preponderar sobre o outro.

As colisões entre princípios constitucionais, constantemente, são enfrentadas pelos tribunais brasileiros, o que permite reconhecer a relevância do tema na atualidade, principalmente o conflito entre a liberdade de expressão *versus* direito à intimidade, privacidade e honra da pessoa humana.

No que pese a importância do tema no novo contexto da dogmática constitucional, faz-se necessário estabelecer alguns parâmetros para a atividade de ponderar, uma vez que devido ao seu caráter subjetivo, podemos presenciar situações semelhantes decididas de forma diferente face ao juízo valorativo inerente a cada juiz.

Além da problemática dos desencontros de julgados, o caráter subjetivo da ponderação sem qualquer espécie de parâmetros pode viciar a prestação da atividade jurisdicional no momento em que abre margem aos interesses individuais.

Portanto, a ponderação utilizada como meio solucionador de conflitos entre princípios da mesma hierarquia deve ser empregada com bastante cautela, observando acima de tudo as circunstâncias particulares que envolvem o caso concreto.