

ano 21 – n. 84 | abril/junho – 2021

Belo Horizonte | p. 1-282 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v21i84

A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A A&C – *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Remeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Uma hermenêutica para antinomias de princípios: limites para seu controle constitucional e políticas públicas

Hermeneutics for antinomies of principles: limits for its constitutional control and public policies

Cleuler Barbosa das Neves*

Universidade Federal de Goiás (Brasil)
cleuler@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-8319-0257>

Rafael Carvalho da Rocha Lima**

Universidade Federal de Goiás (Brasil)
rafaelclima@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-5642-1774>

Recebido/Received: 30.09.2019 / September 30th, 2019

Aprovado/Approved: 25.05.2021 / May 25th, 2021

Resumo: Partindo-se de uma teoria de suporte fático amplo dos direitos fundamentais, que exige uma diferenciação forte entre os conceitos de *princípios* e de *regras*, como espécies de *normas*, procurar-se-á apresentar e descrever alguns casos que ilustram a necessidade de construir ou optar por uma referência teórica para, com precisão, dar conta dos problemas hermenêuticos que cotidianamente ocorrem aos que operam o direito brasileiro. Assim, entre os desafios que modernamente se põem

Como citar este artigo/*How to cite this article*: NEVES, Cleuler Barbosa das; LIMA, Rafael Carvalho da Rocha. Uma hermenêutica para antinomias de princípios: limites para seu controle constitucional e políticas públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 227-252, abr./jun. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i84.1210.

* Professor do Programa de Mestrado Profissional de Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás (Goiânia-GO, Brasil). Doutor em Ciências Ambientais pela Universidade Federal de Goiás (2006). Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (2001). Atualmente é Professor Associado 1 da Universidade Federal de Goiás e Procurador do Estado de Goiás (1999). *E-mail*: cleuler@gmail.com.

** Mestrando em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal de Goiás (Goiânia-GO, Brasil). Atualmente é Procurador do Estado de Goiás (2010). *E-mail*: rafaelclima@gmail.com.

aos operadores do direito no Brasil, é preciso fixar os conceitos de *princípio* e de *regra*, tornando mais clara a distinção entre ambos e observando as consequências e implicações que sofrem as soluções das antinomias que o sistema jurídico apresenta: colisão entre princípios, conflito entre regras e colisão entre princípio e regra; sendo indispensável avaliar os impactos da aplicação de uma teoria dos direitos fundamentais apoiada num suporte fático amplo, sobretudo quanto ao dogma em que se suporta o chamado *princípio da legalidade*, quando se apresenta uma das seguintes situações: na lacuna de lei permissiva, a despeito da lei proibitiva, e na existência de lei inconstitucional ou de ato normativo ilegal.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Políticas públicas. Princípio. Regra. Antinomias.

Abstract: Starting from a fundamental rights' theory of large factual support, which requires a strong differentiation between the concepts of principles and rules, such as species of laws, will seek to present and describe some cases that illustrate the need to build or choose a reference theoretical framework for, accurately, reporting the hermeneutical problems that routinely flock to who operate the Brazilian law. Thus, among the challenges that modern lawyers put itself to operators of law in Brazil must establish the concepts of principle and rule, making clearer the distinction between them and observing the consequences and implications that are suffering by the solutions of the antinomies that the legal system provides: collision between principles, conflict between rules and collision between principles and rules, being necessary to assess the impacts of the application of a theory of fundamental rights against a large factual support, especially on the dogma that supports itself the called principle of legality, when presented one of the following situations: in a lack of permissive law, despite the existence of prohibitive law and in front of unconstitutional or illegal legislative act.

Keywords: Fundamental rights. Policy publics. Principle. Rule. Antinomies.

Sumário: Introdução – **1** Enumeração de alguns desafios postos aos operadores do direito no Brasil – **2** Apresentação de algumas questões dogmáticas – **3** Distinções entre princípios e regras segundo uma teoria de suporte fático amplo – **4** Regra da *proporcionalidade*: adequação, necessidade e lei da colisão – **5** Por que diferenciar princípios de regras? – **6** Princípio da legalidade e Administração Pública – **7** Limites para um controle constitucional de políticas públicas – Conclusão

Introdução

Promover-se-á uma abordagem preponderantemente *dogmática* do direito (que não significa opção pelo *dogmatismo*) com enfoque *tecnológico*, ou seja, que adota o postulado (rogado, pedido, necessário) ou axioma (premissa indemonstrável imediatamente evidente) da *irrenunciabilidade dos pontos de partida* (dos dogmas, do grego *dogma-atos* ≡ opinião plausível) para criarem-se condições para a *ação* (*decidibilidade* de conflitos juridicamente definidos)¹ e o da *historicidade do direito* (produto de um constructo histórico-cultural, um *ato da vontade humana* mutável e precária),² sendo que será utilizado o referencial teórico da norma (N) concebida como gênero das espécies princípios (¶) e regras (R) expostos por Robert Alexy em sua obra *Teoria dos direitos fundamentais*,³ que adota uma diferenciação forte

¹ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 6. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011. p. 18; 25; 59-60.

² Cf. Hugo *apud* FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 6. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011. p. 50-51.

³ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. [s.l.]: [s.n.], 2006. p. 31-179.

dessas duas espécies (\mathbb{N} s e Rs) e apoia-se no pressuposto de que as normas que estabelecem direitos fundamentais apresentam *suporte fático amplo*.⁴

Problema fulcral, que não se pode esgotar, é o de como manter ou estabelecer algum critério razoavelmente firme de *pertencibilidade* ($N \in OJ$ e $N \notin OJ$) a dado *ordenamento jurídico* ($\{N, \neg N, \textcircled{N}; \neg N\}$),⁵ de *validade* ($N \neq \emptyset$) e de *invalidade* ($N \equiv \emptyset$) de uma *norma* e de sua *aplicabilidade* (Rs por *subsunção* e \mathbb{N} s por *ponderação*, em caso de *conflitos* ou de *colisões*, respectivamente). Isso se tratando de *normas* (Ns) que são produto de um direito moderno *mutante* (grande variabilidade em seu código), que é *plural* (de fontes e de sujeitos) e que decorre de uma *construção* histórico-cultural (*escolhas volitivas humanas* prescritivas balizadoras do seu comportamento) baseada numa *linguagem simbólica* que não pode ser dissociada de sua *recursividade* (abertura e referibilidade), de suas *implicitudes* (relações do *texto* codificado com o seu *contexto* codificador), de suas *plurissignificações*,⁶ de suas *incongruências* (*antinomias*⁷ \equiv *colisões* entre \mathbb{N} s ou entre \mathbb{N} e R e *conflitos* entre Rs) e de suas incompletudes (anomias), estas caracterizadas pela presença de lacunas (\emptyset) num ordenamento jurídico (OJ) e seu respectivo processo de *integração* (pelo emprego da *analogia*, dos *costumes* e/ou mesmo dos próprios *princípios* \mathbb{N} s, *gerais* ou *específicos*, do direito, sejam eles *expressos*, *implícitos* ou produto de uma *indução amplificadora*).⁸

Neste ensaio, pretende-se colocar e enfrentar os problemas: da *necessidade* da *diferenciação* entre *princípios* e *regras*, abordando a aplicação do princípio da legalidade em alguns casos concretos; o da *racionalidade* da *fundamentação* das *decisões jurídicas*, judiciais ou administrativas, tratando da necessidade e dos limites de seu controle, além de verificar se *políticas públicas* podem apresentar-se como *normas*, notadamente como *princípios*.

Na abordagem do problema será adotada uma *teoria retórica* da *linguagem* como ditada por João Maurício Adeodato,⁹ ou seja, de uma *teoria dos signos* (*semiótica*),

⁴ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 108-125.

⁵ *Ordenamento jurídico* (O) como um conjunto sistemático de *elementos normativos* (N), *não normativos* ($\neg N$; como as *classificações* e os *conceitos*) e das *relações* ($\textcircled{}$) entre esses elementos normativos (N) e não normativos ($\neg N$) que tem por *finalidade* propiciar condições de *decidibilidade* de conflitos intersubjetivos de interesses com um mínimo de perturbação social possível. Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011. p. 146-147.

⁶ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 396.

⁷ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. Apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. reimpr. Brasília: Editora UnB, 2006. p. 81-91.

⁸ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011. p. 278-280.

⁹ Cf. ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

empregando-se um método dialético-argumentativo, também preconizado por Chaim Perelman¹⁰ e por Plauto Faraco de Azevedo.¹¹

1 Enumeração de alguns desafios postos aos operadores do direito no Brasil

O *advogado* é um ator essencial à administração da justiça (art. 133, CF/1988), ou seja, sem a presença desse profissional técnico que é chamado a socorrer a parte não é válido (\emptyset) o fornecimento da prestação jurisdicional pretendida (NIC), salvo as *regras de exceção* (R') a esse princípio constitucional (\P) da ampla defesa (inclusive a técnica) que sejam objeto de reserva de *lei*, em sentido estrito, que seja *razoável e proporcional*, como exemplo, a que confere capacidade postulatória à parte até um *razoável valor de alçada* (20 ou 60 salários mínimos) nas demandas que se sujeitam à competência dos *juizados especiais cíveis* ou da Fazenda Pública (art. 9º, Lei nº 9.099/1995; art. 2º, Lei nº 12.153/2009), abrindo-se espaço às críticas da ampla capacidade postulatória conferida pela CLT (art. 791), que *não se limita* a um predeterminado valor de alçada.

Vê-se, nesses casos, uma aparente colisão do princípio da ampla defesa (\P), inclusive a técnica, com as regras (R) apontadas, que se pode resolver entendendo que, sendo a *regra razoável e proporcional*, ela pode mitigar um princípio, que, de resto, não é absoluto. Essa postura não impede a declaração de inconstitucionalidade quando a regra restritiva de um princípio não se mostrar *razoável* (segundo uma *relação racional* entre os *motivos* adotados para a edição da regra e os *meios* escolhidos para a realização dos *fins* preconizados pelo ordenamento jurídico) e *proporcional* (segundo uma *relação racional* entre os *meios adequados eleitos* e os *fins* preconizados pelo ordenamento jurídico). Isso considerando que o meio adotado seja *adequado* ao fim preconizado e, ainda, a *necessidade* de opção, entre diversos meios adequados, daquele *mais eficiente* e que se mostre *menos gravoso* para o princípio a ser mitigado naquele caso concreto;¹² princípios que precisam ser aplicados na maior medida possível.

Daí a importância de clarear os conceitos do gênero *norma* e de suas espécies, *princípios* e *regras*, sendo que se prefere a abordagem que estabelece uma *distinção forte* entre essas espécies, de modo que se possa responder às seguintes questões (zetéticas): 1) O que é uma norma (N) jurídica? 2) O que é um princípio (\P) jurídico e o que é uma regra (R) jurídica (*identificar, encontrar, descrever e classificar*)? 3) *Por*

¹⁰ Cf. PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹¹ Cf. AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2000. p. 75.

¹² Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 169-174.

que *diferenciar* e quais as *diferenças* entre \mathbb{R} s e \mathbb{R} s? 4) Uma política pública (\mathbb{R}) é uma norma (ou pode ser)? 5) Como construir uma (boa) *hermenêutica* (*interpretar* e *aplicar*) capaz de lidar com as antinomias (*conflitos*) e com as anomias (*lacunas*) relacionadas às \mathbb{R} s de um ordenamento jurídico (a partir da teoria do ordenamento jurídico de N. Bobbio)? 6) Como construir uma (boa) *hermenêutica* (*interpretar* e *aplicar*) capaz de lidar com as antinomias (*colisões*) e as anomias (*lacunas*) relacionadas aos \mathbb{R} s pertencentes a um ordenamento jurídico (a partir da teoria dos direitos fundamentais de R. Alexy)? 7) Como solucionar o problema da *colisão* entre \mathbb{R} e \mathbb{R} (*validade* de uma regra razoável e proporcional)? 8) Como alcançar a *decidibilidade* (técnica que permite alcançar a *decisão* diante de *questões de fato* e *de direito* de cada caso concreto; *aplicar*) lidando com \mathbb{R} s e \mathbb{R} s de dado OJ?

Com foco no denominado *princípio da legalidade* (PI), de larga utilização pelos operadores do direito, principalmente pelos advogados públicos, é preciso *verificar* se o seguinte dogma de direito público é *absoluto*: só é permitido o que é expressamente autorizado (por reserva de lei em sentido estrito), ou seja, é proibido tudo que não é (expressamente) permitido por lei em sentido estrito. Ou se melhor seria pensar em princípio da *juridicidade*, segundo o qual esse dogma poderia ser relativizado.

Vale lembrar a boa lição de Ferraz Júnior, que já o apresenta relativizando sua aplicação aos casos de lacunas no ordenamento jurídico: “[...] o princípio da legalidade, inscrito na Constituição, e que obriga o jurista a pensar os problemas comportamentais com base na lei, conforme à lei, *para além da lei*, mas *nunca* contra a lei”.¹³ Seria possível, ainda, indagar se o *desuso* poderia operar a derrogação, ainda que imprópria, de uma regra (\mathbb{R}), de modo que o aplicador do direito pudesse considerá-la não mais pertencente (\notin) ao ordenamento jurídico diante de um caso concreto, como acontece com o direito canônico.¹⁴

Há questões candentes postas ao *aplicador* do direito público ainda em aberto ou, pelo menos, resolvidas segundo dogmas ou postulados incompatíveis com a adoção de um modelo baseado num suporte fático amplo dos direitos fundamentais: 1) Como decidir diante da lacuna de lei permissiva? 2) A despeito de lei proibitiva (*contra legem*)? 3) Na presença de lei inconstitucional (possibilidade de controle *difuso* pela própria administração no caso concreto, independente de autorização do chefe do Executivo, ainda que se entenda necessária a recomendação de propositura de ADI)? 4) Na presença de ato normativo ilegal ou irregular?

¹³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011. p. 25.

¹⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 169.

A partir da questão sobre se uma política pública (¶¶) é ou se pode ser uma norma (N), desdobram-se outras, como exemplo, sobre o *controle* ou mesmo sobre a *efetividade constitucional* de políticas públicas, sendo muito importante determinar os *limites* desse controle, notadamente quando elas têm sede constitucional, seja por meio de uma norma-objetivo ou mesmo na forma de um *princípio*.

Assim, um desafio contemporâneo posto para os operadores do direito, principalmente para a advocacia pública, no Brasil, é o de participar tanto da *formulação* como do *controle* mesmo de políticas públicas (¶¶s) *pela* Administração Pública.

2 Apresentação de algumas questões dogmáticas

É bom *descrever* alguns problemas do cotidiano da advocacia pública cujas soluções podem ser fortemente influenciadas pela *opção dogmática* adotada pelo operador do direito que os enfrenta: 1) limitação ao direito de ir e vir por edital de concurso (não sair antes de 1 hora do horário predefinido para o término da prova); 2) limitação ao acesso a cargo público por distinção de sexo (aceitar inscrições só de mulheres para o cargo de agente carcerário de presídio feminino ou aceitar inscrições só de homens para o cargo de agente carcerário de presídio masculino); 3) despesas públicas com presépio de Natal realizadas por um Estado laico (art. 19, I, CF/1988) e que tem o dever de velar pela liberdade de religião (art. 5º, VI, CF/1988), não se podendo esquecer os protestos públicos quando o município de Goiânia (GO) financiou o transporte e a exposição de imagens de deuses do candomblé no ano de 2003; 4) reserva de vagas (cotas) destinadas a grupos étnicos (ou sociais) nos vestibulares por edital (ações afirmativas), não se percebendo a mesma reserva para deficientes físicos (e para o curso de educação física ou de piano?), que tem previsão em lei com relação ao concurso para provimento de cargos públicos efetivos (e o maqueiro de ambulância?); 5) exigência de exame psicotécnico segundo o domínio da técnica em concurso público sem reserva de lei em sentido estrito; 6) exigência de idade mínima ou de estatura mínima para certos cargos públicos (PM – Polícia Militar, CBM – Corpo de Bombeiros Militar); 7) limitações ao exercício profissional previstas em lei (exame de ordem); 8) reconhecimento da inconstitucionalidade de lei ou a aplicação de interpretação conforme (critério hierárquico) por integrante do Poder Executivo no caso concreto etc.

A simples enumeração desses problemas cotidianos já denota que não se pode tomar a *legalidade* na conta de *regra*, que, a todas as situações que se apresentam à Administração Pública, aplicar-se-ia, a exemplo do que ocorre com a regra da reserva legal do direito penal nas situações de prática de crime, porquanto é fraca a presunção de que um ordenamento jurídico daria conta de prever, no suporte

fático restrito das leis em sentido estrito nele vigentes, a respeito de todas as situações de fato da complexa vida que se instalou nas sociedades modernas.

As *incompletudes* (anomias ou lacunas) e as *incongruências* (antinomias) dos ordenamentos jurídicos contemporâneos são um fato bem descrito e já sob razoável consenso da doutrina, de modo que pretender atar a Administração Pública a um *legalismo cerrado* em matéria de direito administrativo equivale a negar-lhe os *meios adequados necessários* à solução dos incontáveis problemas de fato e de direito que não encontram perfeita subsunção ao suporte fático restrito das leis estritas vigentes.

3 Distinções entre princípios e regras segundo uma teoria de suporte fático amplo

Princípios (¶) são *mandamentos de otimização*, que devem ser *realizados na maior medida possível* e, assim, *garantem direitos* ou *impõem deveres prima facie*, ou seja, são normas de *suporte fático amplo* que se sujeitam a um controle de pesos não derogativo, nem mesmo pela derrogação imprópria, ou seja, que não se submetem à lógica binária expurgadora do *válido/inválido* (€/€), mas à inclusiva do *prepondera/não prepondera* segundo um *conjunto de circunstâncias* {C1, C2 ... Cn} *fáticas* (adequação e necessidade) e *jurídicas* (proporcionalidade estrita) presentes em *dado caso concreto*.

Regras (R) são normas que *garantem direitos* ou *impõem deveres definitivos*, sujeitando-se a um controle de *validade* (revogação ou derrogação, ainda que imprópria), que denota o pertencimento (€) ou não (€) a dado ordenamento jurídico (OJ), *aplicável* segundo um *suporte fático restrito* por ela descrito (*subsunção*), desde que não se apresente alguma regra de exceção (R').

Diante da *recursividade* (referibilidades recorrentes), das *implicitudes* (contexto; usos e costumes), das *inconsistências* (*antinomias*: conflitos de regras contrárias e contraditórias; colisão de princípios) e das *incompletudes* (*anomias*: lacunas e integração pelo emprego da analogia, dos princípios e dos costumes) da *linguagem simbólica* utilizada na construção de um ordenamento jurídico, a *doutrina* vem pautando a enumeração (*prescritiva* de 2ª ordem) e o reconhecimento (*prescritivo* segundo uma teoria ampla das *fontes do direito*) de *normas hermenêuticas* capazes de responder aos problemas da *pertencibilidade*, da *validade* (que pode operar através da derrogação imprópria, total ou parcial, da regra inválida) e da *aplicabilidade* das regras (R e R' – sendo esta uma regra de exceção e que serve para resolver problemas de antinomia aparente parcial).

Caso um operador do direito depare-se com um *conflito real* (insolúvel) ou *aparente* (solúvel)¹⁵ entre dispositivos (texto de regras) integrantes de um *mesmo ordenamento jurídico* e que apresentem um mesmo âmbito de incidência (aspectos temporal, espacial, material e pessoal)¹⁶ e, além disso, sejam *contrárias* ou *contraditórias*, o aparente pode ser resolvido segundo os princípios hermenêuticos (hierarquia, especialidade e cronologia; além da proteção do hipossuficiente pela preponderância da interpretação *favorabilis* sobre a *odiosa*) descritos por Bobbio, de que podem decorrer: i) a imprópria *exclusão* de *ambas* as regras (quando contrárias), ii) a *exclusão* de apenas *uma delas* (quando contraditórias) ou mesmo iii) a *manutenção* de *ambas* (por meio de uma *interpretação corretiva*) no ordenamento.

Norberto Bobbio *descreve*, segundo uma *ordem de prevalência*, quatro critérios (*rectius*, princípios) hermenêuticos bem aceitos pelos aplicadores do direito na modernidade: 1º – *Lex superior* [h + c – hierárquico/competencial], que não pode ser apartado do sistema constitucional de discriminação de competências legislativas (arts. 22, 24 e 30 da CF/1988); 2º – *Lex specialis* [m + R’ – material ou da especialidade], que se associa ao da existência das regras de exceção (R’) e que se baseia na existência de relações entre o especial e o geral; 3º – *Lex posterior* (t – temporal), ligado ao critério cronológico que confere maior valor à lei mais recente, instaurado na modernidade (divergente do maior valor dado às leis mais tradicionais/remotas na antiguidade e no período medieval); 4º – *Lex mitior* (i – interesse preponderante) para *permitir* o que, a um só tempo, seja *obrigatório e proibido* (regras contrárias), investigando qual dos dois sujeitos da relação seja mais justo proteger (hipossuficiente) ou “[...] qual dos dois *interesses* em conflito é justo fazer prevalecer”.¹⁷

Os três primeiros critérios dão conta de solucionar vários conflitos aparentes de regras *contraditórias* pela *derrogação imprópria* de *uma delas* e o último, de solucionar conflitos de regras *contrárias* pela *derrogação imprópria* de *ambas*. Tercio Sampaio Ferraz Júnior também se refere aos três primeiros critérios como consagrados pela doutrina jurídica, e Virgílio Afonso da Silva enumera os mesmos três critérios para solução do conflito de regras.

Bobbio ainda aponta razoável solução para os casos de conflitos entre os próprios critérios (*rectius*, colisão de princípios), que ele denomina *conflitos de segunda ordem*, no sentido de que deve ser observada a seguinte *ordem de prevalência* entre eles: 1º – o critério hierárquico (*Lex superior* [h] + competências)

¹⁵ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. reimpr. Brasília: Editora UnB, 2006. p. 92.

¹⁶ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. reimpr. Brasília: Editora UnB, 2006. p. 87-88.

¹⁷ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. reimpr. Brasília: Editora UnB, 2006. p. 99.

preponderaria com relação aos outros dois critérios (material e temporal), no sentido de que regra posterior inferior não derroga regra anterior superior e de que regra inferior geral não derroga regra superior geral; 2º – o critério material (*Lex specialis* [m] + R') preponderaria com relação ao critério temporal (*Lex posterior* [t]), no sentido de que regra geral posterior não derroga regra especial anterior.

Esses critérios de 1º e de 2º ordem (*rectius*, princípios) ajudam a alcançar uma razoável *decidibilidade* diante dos recorrentes problemas de *inconsistência* dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, que são marcados pela rápida mutação, pela profusão de normas diariamente editadas e, ainda, por relações internacionais intensas (multiplicação de tratados e acordos) e em que se opera uma busca pela *coerência*. É, assim, possível conviver com um sistema jurídico *incoerente* e *inconsistente* sem que ele deixe de ser um ordenamento jurídico que *prescreve* a conduta humana em suas interações intersubjetivas, sendo a *interpretação* um *permanente esforço de busca pela ordem isonômica* (justa), pela *isostenia*, *nessa desordem em que se apresenta um sistema jurídico*.

Veja-se que os *conflitos aparentes total-total ou total-parcial* entre *regras vigentes* (R1→←R2) num *mesmo ordenamento jurídico* e que apresentem mesmo âmbito de incidência (t, e, m, p)¹⁸ geralmente se resolve: ora pelo *afastamento da validade de uma delas* (contraditórias), ora declarando-se a *invalidade de ambas* (contrárias) ou mesmo *mantendo-se ambas* (contraditórias, de mesmo nível hierárquico, contemporâneas e ambas gerais ou ambas especiais), aplicando-se a regra *válida* a que o *caso concreto* se subsume. Bobbio lembra muito bem que, diante de *conflitos aparentes* de regras, que englobam um grande número de casos, os aplicadores do direito também se socorrem de uma *interpretação corretiva* (harmonizadora),¹⁹ capaz de manter a *validade de ambas*, e isso para todos os casos (reais ou fictícios) alcançados pelo suporte fático nelas descrito, ou seja, delimitando-se o campo de abrangência de cada qual.

Bobbio não se esquece de que esses *princípios hermenêuticos* e sua pretensa ordem de prevalência também *são insuficientes*, quando, por exemplo, há conflito entre duas regras contraditórias de mesmo nível hierárquico, editadas no mesmo instante e sem que ocorra relação de generalidade de uma e de especialidade para com a outra (ambas gerais ou ambas especiais), hipótese em que a solução fica a critério do aplicador, variando de caso para caso.

¹⁸ Aspectos do âmbito de incidência de uma norma (temp): t – temporal; e – espacial; m – material; p – pessoal. Logo, só há conflito total-total entre duas normas de um mesmo ordenamento jurídico quando elas apresentam mesmo âmbito de incidência e são contrárias ou contraditórias. O conflito total-parcial se dá quando os elementos do âmbito de incidência de uma são mais amplos e englobam o da outra.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. reimpr. Brasília: Editora UnB, 2006. p. 102-105.

Já quando se depara com uma *colisão* entre *princípios* ($\mathbb{P}1 \rightarrow \leftarrow \mathbb{P}2$), a solução deve passar pela *ponderação* diante das circunstâncias fáticas (*adequação e necessidade do meio menos gravoso aos fins colimados* em um ordenamento jurídico), ou seja, pela racionalização de um conjunto de circunstâncias fáticas (relação meios/fins; adequação e necessidade) e jurídicas (*proporcionalidade estrita*) de certo caso concreto: $\{C1, C2 \dots Cn\} = CCI$; de modo que *não se cogita nem mesmo da derrogação imprópria* de um ou de alguns dos princípios em choque, mantendo-se ambos no sistema jurídico.

Embora as *consequências jurídicas* que derivem do princípio que não prepondere naquele caso concreto sejam afastadas naquelas circunstâncias $\{C1, C2 \dots Cn\} = CCI$, poderão vir a prevalecer noutro caso concreto, diante de outro conjunto de circunstâncias fáticas e jurídicas $\{C1, C2 \dots Ck\} = CCj$, que tem de ser precisamente descrito pelo aplicador do direito para bem cumprir seu ônus argumentativo e realizar seu *dever de fundamentação* racional que as decisões jurídicas, judiciais (art. 93, IX, CF/1988; art. 489, §2º, NCPD) ou administrativas (art. 50, Lei nº 9.784/1999) exigem num Estado democrático de direito.

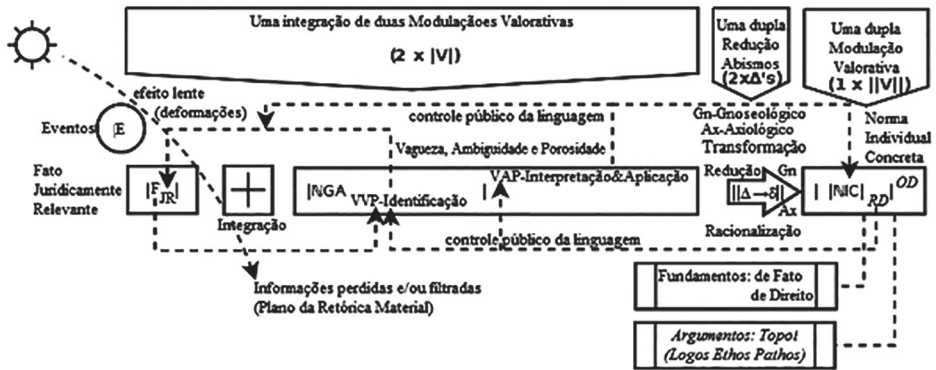
Na *colisão* entre *princípio e regra* ($\mathbb{P} \rightarrow \leftarrow R$) deve-se ter em conta que como um *princípio* é um mandamento de otimização então ele não é absoluto e, assim, pode ser relativizado, inclusive por uma regra, desde que a *limitação* por ela introduzida no ordenamento jurídico seja *razoável e proporcional*, ou seja, pode-se concluir pela *validade* de uma regra razoável e proporcional. Caso esse critério não se verifique, há que se optar pela derrogação imprópria da regra, mormente se o princípio integra ordem hierarquicamente superior no sistema jurídico. Neste caso a regra passa a violar (é uma *violação*) a garantia mínima possível de realização do princípio e, por isso, deve ser considerada *inválida*.

Tarefa crucial do operador do direito, que não pode ser menosprezada, é a de *pré-seleção* das normas aplicáveis ao caso concreto (real ou fictício) posto em análise. Sustenta-se a tese de que essa operação mental de pré-seleção se dá segundo a *teoria dos marcadores somáticos* apreçoada por Antônio Damásio.²⁰

A dinâmica do fenômeno jurídico, segundo um ponto de vista retórico, da teoria da linguagem ou semiótica (que distingue significantes de significados linguísticos), conforme ilustrado na seguinte figura, apresenta-se composta por 5 módulos (etapas/operações):

²⁰ Cf. DAMÁSIO, Antônio R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. Cf. NEVES, Cleuler Barbosa das. A força do contexto na pré-seleção, interpretação e aplicação do sentido do texto (da norma) jurídico ambiental. In: NEVES, Cleuler Barbosa das. *O ato administrativo na tutela ambiental do solo rural: uma análise da erosão laminar e do uso do solo na Bacia do Ribeirão João Leite*. 270 f. Tese (Doutorado em Ciências Ambientais – Ciamb) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2006. p. 24-110. Cap. 1.

FIGURA 1 – Identificação , interpretação e aplicação – ILA; Integração, Redução Racionalizadora e Transformação – IRRT das NGA1s_{VVP} ∈ OJ (Normas Gerais Abstratas Válidas, Vigentes e Pertinentes).



Nela se representa como um *Evento* (IE), posto sob *análise jurídica*, é *valorativamente* posto como uma *modulação* valorativa (IV) de um Fato Juridicamente Relevante (IFJR) para ser *integrado* (+) a uma *modulação* valorativa (IV) de uma Norma Geral e Abstrata (NGA) Válida(s), Vigente(s) e Pertinente(s), ou mesmo a um subconjunto de normas que tais (NGAs ε' OJ), que são assim *identificadas* somaticamente pelo operador do direito; depois, via *hermenêutica*, ela(s) será(ão) submetida(s) a um *controle público da linguagem* (indicado pelo fluxo de linhas pontilhadas), que pode *retroalimentar* a determinação desse IFJR ou submeter essa(s) NGA_{VVP} a um processo de *interpretação* para determinação de sua(s) Vagueza(s) (alcance), Ambiguidade(s) (sentido) e Porosidade(s) (variabilidades históricas de seus *significantes* e *significados*); seguido da sua imediata *aplicação* ao caso concreto, a bem da *decidibilidade* dos *conflitos intersubjetivos de interesses* com o *mínimo de perturbação social possível*, com a *obtenção* de uma Norma Individual e Concreta (NIC), que *decide* o caso *presente* pela *redução* dos *abismos gnoseológico e axiológico* ($\| \Delta \rightarrow \delta | G n | A x$) verificados entre *eventos* (únicos e irrepetíveis; traduzidos em um IFJR), *significantes* (do passado; fontes do direito) e *significados* (do futuro; ideais de expectativas contrafáticas) normativos e que é *sintomaticamente lançada* com *pretensão de definitividade* (coisa julgada), em sua *dupla modulação valorativa* (IIVII): *Ratio Decidendi* (conjunção dos *fundamentos de fato* e de *direito*) e *Obter Dictum* (agregação dos *argumentos tópicos* que a colocam com *pretensão* de um *relato vencedor* pelas três vias retóricas do *Logos*, *Ethos* e *Pathos* – LEP; a primeira delas (RD), quando constitui um *precedente*, servirá como fonte de *retroalimentação* para o *controle* dessas mesmas etapas de *identificação*, de *interpretação* e de *aplicação* de Normas Gerais e Abstratas (NGAs) a *casos futuros* que guardem um razoável grau de *semelhança* (\approx) ao *caso presente* assim decidido como um produto da

integração, *redução* e *transformação* de Ns e' OJ;²¹ a segunda (OD), quando lança mão de precedentes, reafirmando-os, servirá como reforço tópico argumentativo para tais casos futuros.

Essa dinâmica *transformação* de Eventos, Significantes e Significados (ESS) normativos em uma *integração*, operada num primeiro nível da Retórica material (pretensamente prescritivo), de duas *modulações valorativas* dos *fundamentos de fato* e de *direito* [ESS → (IF)rl + INGAvvplvap)] com o *propósito* de obter uma Norma Individual Concreta como um produto reducionista (racionalizador) de *uma dupla modulação valorativa* (l INIClodrd), composta desses *fundamentos* (de *fato* e de *direito*) e por *argumentos* (tópicos), pode ser observada, num terceiro nível retórico analítico (pretensamente descritivo), ao longo de todo processo (constitucional, administrativo, civil, trabalhista, penal), como exemplo, nos seguintes atos concatenados:

- a) *petição inicial*, em que o(s) pedido(s) traduz(em) a(s) NIC('s) pretendidas pelo autor;
- b) *contestação* ou *defesa*, idem para o réu, acusado ou interessado;
- c) *decisão* que recebe a inicial, cujo dispositivo é uma NIC pela admissão ou pela inadmissão do processamento da demanda;
- d) *decisão saneadora*, cujo dispositivo é outra NIC que delimita as questões ou pontos controvertidos da demanda e que põe os termos da instrução probatória;
- e) *razões finais* das partes, que reforçam e rebatem os fundamentos e argumentos favoráveis e contrários para cada uma delas em busca de suas respectivas pretensões;
- f) *sentença*, em que uma NIC é projetada para resolver/decidir o conflito intersubjetivo de interesses com pretensão de tornar-se seu relato vencedor;
- g) *recursos*, cujas pretensões traduzem uma NIC' que deveria ser agregada a ou substituir a NIC lançada na decisão impugnada;
- h) *decisões monocráticas* ou *acórdãos*, em que uma NIC'' também aposta com pretensão de definitiva, pode *cassar*, *confirmar* ou *reformar*, no todo ou em parte, a NIC da decisão recorrida; se proferida em ação de *competência originária* daquela Corte então se lhe aplica o que foi dito na alínea "f" para sentença.

Uma *coisa julgada*, num contexto retórico estratégico (ou de segundo nível; também prescritivo), nada mais deve ser que um relato vencedor definitivo de um

²¹ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011. p. 96-104; ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 280-284; 287-294.

conflito burocraticamente submetido, a que o Estado não pode negar *solução* (princípio do *non liquet*), que tem de ser racionalmente fundamentada (art. 93, IX, CF/1988; art. 489, §2º, CPC; art. 50, Lei nº 9.784/1999) e que só valerá se efetivamente garantidos os princípios do devido processo legal (da legalidade processual), do contraditório e da ampla defesa (pessoal e técnica) para ambas as partes e se não se valeu de provas obtidas por meios ilícitos, além de outros mecanismos de *controle interno*, como: técnicas de solução de conflitos de regras e de colisões de princípios (adequação; necessidade; proporcionalidade e razoabilidade); limites ao poder de integração de lacunas; aplicação conforme os fins sociais e o bem comum (*telos* do sistema; art. 5º, LIDB);²² desvios de finalidade; abuso de poder; abuso de direito etc.

Por conta disso que as presunções, relativas e absolutas, vigorantes no campo do direito material (*substantive due process of law*) e a distribuição e possibilidades de inversão do ônus da prova no espectro do direito processual (*procedural due process of law*) *tanto pesam* para alcançar-se o propósito do *estabelecimento de condições de decidibilidade de conflitos de interesses com um mínimo de perturbação social possível*.²³

4 Regra da *proporcionalidade*: adequação, necessidade e lei da colisão

Segundo a teoria de Robert Alexy, quando da *colisão* entre dois princípios que alcancem as circunstâncias de determinado caso concreto, é preciso resolver essa antinomia segundo uma *relação de precedência condicionada*, ou seja, um dos dois princípios em choque haverá que *preponderar* em relação ao outro em razão de um *conjunto de circunstâncias fáticas e jurídicas* que se verificam no caso concreto em exame, segundo uma máxima (regra) da proporcionalidade em sentido amplo.²⁴ Essa máxima da proporcionalidade em sentido amplo subdivide-se nas possibilidades fáticas (necessidade e adequação) e nas possibilidades jurídicas (proporcionalidade em sentido estrito) que se conjugam no caso concreto analisado.

O pressuposto fático da *adequação* preconiza que só se pode valer de *meios* para a realização dos *fins* a que se destina um Estado democrático de direito caso esses *meios*, em *alguma medida, realizem algum princípio* do ordenamento jurídico [(M1VM2)→¶1], ou seja, mostram-se *adequados os meios que realizem*

²² "Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

²³ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Altas, 2003. p. 93.

²⁴ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94-99; 116-120.

*pelo menos um fim preconizado num dos princípios jurídicos vigentes e inadequados os meios que não realizem pelo menos algum fim preconizado num dos princípios pertencentes a dado ordenamento jurídico.*²⁵

O pressuposto fático da *necessidade* dita o mandamento (regra) da *escolha do meio adequado menos gravoso para o princípio que não irá preponderar na solução concreta da colisão*. Assim: se do primeiro princípio em choque ($\mathbb{P}1 \rightarrow \leftarrow \mathbb{P}2$) decorre certa regra ($\mathbb{P}1 \rightarrow R1$), que apresenta suas consequências jurídicas (CJ) bem definidas; se há *dois meios* pelos quais se pode atingir determinado *fim* pretendido pelo ordenamento jurídico [(M1 v M2) são adequados]; se a adoção de qualquer um desses dois meios implica a realização do primeiro princípio e o necessário afastamento, em alguma medida, do segundo princípio em colisão [(M1 v M2) $\rightarrow \mathbb{P}1$; (M1 $\rightarrow \neg \mathbb{P}2$) \wedge (M2 $\rightarrow \neg \mathbb{P}2$)] e se o *primeiro meio mostra-se menos gravoso*, isto é, implica um *menor grau* de afastamento da realização do segundo princípio que o segundo meio [(M1 $\rightarrow \neg \mathbb{P}2$) < (M2 $\rightarrow \neg \mathbb{P}2$)], *então* mister operar-se a *escolha do meio adequado menos gravoso* para o princípio que não irá preponderar no caso concreto ($\mathbb{P}2$), de modo que não de incidir as consequências jurídicas (CJ) ditadas pela regra que decorre do princípio que prepondera no caso concreto [(M1 $\rightarrow R1 \rightarrow CJ$) \equiv (M1 $\rightarrow CJ$)], sendo de considerar-se a gravosidade das medidas ($\mathbb{P}2$) em contraposição com suas *eficiências* em relação ao objetivo proposto ($\mathbb{P}1$), podendo prevalecer meio mais eficiente que não seja necessariamente o menos gravoso entre todos os adequados.²⁶

Já a *possibilidade jurídica* coincide com a *proporcionalidade em sentido estrito* e traduz-se na *lei de colisão* propriamente dita, que permite estabelecer uma relação de precedência condicionada entre dois princípios em choque.²⁷ Assim, é preciso demonstrar que do primeiro princípio em choque ($\mathbb{P}1 \rightarrow \leftarrow \mathbb{P}2$) decorre certa possibilidade jurídica ou regra ($\mathbb{P}1 \rightarrow R1$) e que é *possível descrever um conjunto de circunstâncias* {C1, C2 ... Cn} = C*Ci* presentes no caso concreto (real ou fictício) analisado e em razão das quais se pode afirmar que o primeiro princípio deve preponderar em relação ao segundo princípio em colisão [(C1, C2 ... Cn) = C*Ci* \rightarrow ($\mathbb{P}1 > \mathbb{P}2$)], *de modo que* se pode concluir que, sob aquele *conjunto de circunstâncias fáticas e jurídicas* precisamente descritas, há que incidir, por *subsunção*, a regra certa que decorre do princípio que prepondera e que apresenta as consequências jurídicas (CJ) nela descritas [(C1, C2 ... Cn) = C*Ci* $\rightarrow R1 \rightarrow CJ$] \equiv [(C1, C2 ... Cn) = C*Ci* $\rightarrow CJ$].

²⁵ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 169-174.

²⁶ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 170-174.

²⁷ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 174-176.

Note-se que a preponderância de um princípio em dado caso concreto *não representa a derrogação*, ainda que imprópria, do outro princípio que com ele mostre-se em colisão, de modo que é possível que, sob outras circunstâncias $\{C1, C2 \dots Ck\}=CCj$, inverta-se a ordem de precedência. Assim: *demonstrado que* do segundo princípio em choque ($\mathbb{P}1 \rightarrow \leftarrow \mathbb{P}2$) decorre certa possibilidade jurídica ou regra ($\mathbb{P}2 \rightarrow R2$) e *que é possível descrever um conjunto de circunstâncias* $\{C1, C2 \dots Ck\}=CCj$ presentes noutra caso concreto (real ou fictício) analisado e em razão das quais se pode afirmar que o segundo princípio deve preponderar em relação ao primeiro princípio em colisão [$\{C1, C2 \dots Ck\}=CCj \rightarrow (\mathbb{P}2 > \mathbb{P}1)$], *então* se pode concluir que, sob *aquele outro conjunto de circunstâncias fáticas e jurídicas* precisamente descritas, há de incidir, por *subsunção*, a regra certa que decorre do princípio que prepondera e que apresenta outras consequências jurídicas (CJ') nela descritas [$\{C1, C2 \dots Ck\}=CCj \rightarrow R2 \rightarrow CJ' \equiv (\{C1, C2 \dots Ck\}=CCj \rightarrow CJ')$].

É preciso anotar que o *conjunto de circunstâncias fáticas e jurídicas* que caracteriza a relação de precedência condicionada, [$\{C1, C2 \dots Cn\}=CCi \rightarrow (\mathbb{P}1 > \mathbb{P}2)$], que é precisamente descrito no caso analisado, acaba sendo *elevado* à condição concreta de *suporte fático integrante* do *suporte fático amplo* do *princípio que prepondera* na medida em que se caracteriza como *suporte fático da regra que deriva desse mesmo princípio* ($\mathbb{P}1 \rightarrow R1 \rightarrow CJ$), ou seja: ($\{C1, C2 \dots Cn\}=CCi \rightarrow CJ$). Além disso, é afirmado que $\{C1, C2 \dots Cn\}=CCi$ não integra o suporte fático amplo do princípio que, na relação de precedência considerada, não prepondera ($\mathbb{P}2 \rightarrow R2 \rightarrow CJ'$), de modo que: ($\{C1, C2 \dots Cn\}=CCi \rightarrow \neg CJ'$).

Registre-se que essa *teoria de suporte fático amplo* exige um *pesado ônus argumentativo* contra o operador do direito que *decida* pela preponderância de um ou de outro dos princípios em colisão em dado caso concreto: primeiro ele tem de *apontar* (pré-seleção) e *descrever* os *princípios* que se mostram *colidentes*, bem como as *regras* deles decorrentes e que poderiam incidir (pré-seleção) no caso em exame (possibilidades jurídicas); depois tem que *descrever*, com a maior *precisão* possível, o *conjunto de circunstâncias ou possibilidades fáticas* [$\{C1, C2 \dots Cn\}=CCi$ ou $\{C1, C2 \dots Ck\}=CCj$] em função do qual um dos princípios em colisão será realizado naquele caso concreto e outro não o será, ou seja, *indicando* qual *princípio irá preponderar* ($\mathbb{P}1 > \mathbb{P}2$ ou $\mathbb{P}2 > \mathbb{P}1$) e *por que fundamentos* racionais: análise da *razoabilidade* (relação entre motivos/meios – porque os meios eleitos) e da *proporcionalidade* (relação entre meios/fins – para que os meios eleitos) dessa relação de precedência condicionada.

O cumprimento desse ônus argumentativo permite que a *decisão* tomada, seja qual for [$(\mathbb{P}1 > \mathbb{P}2) \equiv (\{C1, C2 \dots Cn\}=CCi \rightarrow CJ)$ ou $(\mathbb{P}2 > \mathbb{P}1) \equiv (\{C1, C2 \dots Ck\}=CCj \rightarrow CJ')$], apresente-se regular e *racionalmente fundamentada* (art. 93, IX, CF/1988; art. 489, §2º, CPC; art. 50, Lei nº 9.784/1999), o que garante seu permanente

controle (recorribilidade) e, ainda, vai dando os *contornos de aplicabilidade* de várias e diversas *normas de suporte fático amplo* que, frequentemente, concorrem para a solução de dado caso concreto, como sói rotineiramente acontecer com as *normas constitucionais* que garantem *direitos fundamentais* (v.g. o art. 5º, incs. I a LXXVIII, CF/1988). Ou seja, essa operação consiste em, pela decisão de um caso concreto, elevar *certo conjunto de circunstâncias fáticas e jurídicas* {C1, C2 ... Cn}=CCi à condição de *suporte fático definido integrante* do *suporte fático amplo* do *princípio que prepondera* (¶1) e *não integrante* do que *não prepondera* (¶2).

5 Por que diferenciar princípios de regras?

Porque, ao lado do tradicional controle positivo de *validade* (regras), passa a ser *possível apontar* para as *normas* que se sujeitarão ao controle de *ponderação* (princípios) em certo caso concreto, segundo a lógica do *prepondera/não prepondera*, que desafia o axioma da lógica clássica da não contradição, que opera com relação ao controle do válido/inválido.

Ou seja, para além da lógica binária do *válido/inválido*, pode-se incorporar nas operações de *aplicação* das normas pertencentes a um ordenamento jurídico a lógica do *prepondera/não prepondera*, que confere mais abertura ao sistema jurídico e permite uma maior sua aproximação da justiça (isonomia; isostenia), fazendo-o de modo a exigir que o ônus argumentativo descritivo do operador do direito retome o sentido da segurança jurídica, de que se afasta ao admitir um *princípio como norma*, pois a fundamentação racional das decisões jurídicas assim praticadas permanece sob um amplo espectro de controle, judicial ou administrativo.

Se a introdução dos princípios torna um ordenamento jurídico mais *plástico*, é certo que também traz consigo maior grau de insegurança jurídica, que é suavizada pela *rígida* exigência garantista de que toda decisão será racionalmente fundamentada (art. 93, IX, CF/1988; art. 50, Lei nº 9.784/1999), sob o ônus de, em não o sendo, convolar-se em decisão *nula*.

Difícil é dizer, com precisão, quando se tem uma decisão racionalmente fundamentada, dificuldade essa que a *teoria dos direitos fundamentais* de Alexy busca superar traçando os contornos de como fazê-lo com relação à colisão de princípios, sendo que a doutrina clássica já houvera *descrito* com excelente precisão os critérios (*rectius*, princípios) hermenêuticos para solução, com fundamentação racional, dos *conflitos aparentes e reais de 1º e de 2º grau entre regras contrárias ou contraditórias*, conforme muito bem sintetizado por Bobbio na sua *teoria do ordenamento jurídico*.

Assim, se já era possível uma fundamentação racional para a solução de conflitos entre normas de suporte fático restrito, torna-se igualmente possível

fundamentar racionalmente a solução de colisões verificadas entre normas de suporte fático amplo.

Além disso, na medida em que cumprido o ônus argumentativo imposto ao operador do direito que decide um caso sob influxo de variados princípios em choque, vão sendo traçados uns contornos do ordenamento jurídico com relação às normas de suporte fático amplo, a partir de cada caso concreto que é posto à decisão, principalmente dos que constituem *precedentes*, o que representa *incremento à segurança jurídica* que, inicialmente, fora *abalada com a abertura que a introdução dos princípios* provocou no novel ordenamento jurídico dos Estados democráticos de direito; além do que esse *pesado ônus da argumentação racional doméstica* o *poder de decidir* os conflitos intersubjetivos de interesses, com o mínimo de perturbação social possível,²⁸ na medida em que *afasta a possibilidade de arbítrio* presente nas decisões jurídicas, administrativas ou judiciais.

6 Princípio da legalidade e Administração Pública

Como todo princípio, esse também não é absoluto.

Para verificar essa hipótese é preciso responder à questão fundamental: é *absoluto* no direito público o *dogma* segundo qual só é permitido para a Administração Pública o que é expressamente autorizado (por lei em sentido estrito), ou seja, é-lhe proibido tudo que não é permitido expressamente por lei aprovada pelo Poder Legislativo.

Para demonstrar que esse *dogma não é absoluto é suficiente a descrição* de um ou alguns *casos concretos* em que, a despeito da inexistência da reserva de lei em sentido estrito, a Administração Pública edita regras que são verdadeiras *limitações válidas aos direitos constitucionais fundamentais dos cidadãos*, porque, nesses casos, apresenta-se uma razão plausível (razoável e proporcional) para a discriminação verificada.

O que permanece sob a *reserva de lei razoável e proporcional* (ex.: liminares de tutelas de urgência proferidas sem a oitiva da parte contrária, art. 300, §2º, NCP, com relação ao princípio do contraditório e da ampla defesa) e o que pode ser limitado validamente por *ato infralegal razoável e proporcional* acaba sendo parametrizado pela *doutrina* e pela *jurisprudência* (por exemplo, a indispensabilidade de reserva de lei para: exigência de *exame psicotécnico* em *concurso público*; *estatuta mínima* para ocupar *cargo público* etc.) e não pelo Legislativo.

O que se vê é a Administração Pública proibindo pisar na grama pela edição de simples aviso em uma placa indicativa, determinando as ruas em que só é

²⁸ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011. p. 27; 61; 68; 112; 230; 288-289; 326.

permitido trafegar numa mão de direção, instalando semáforos em cruzamentos, indicando as ruas preferenciais, baixando normas sanitárias para preservação da saúde pública, restringindo o direito de ir vir por edital de concurso público, quando proíbe sair do local da prova antes de determinado horário, a despeito de um candidato ter finalizado sua prova bem antes disso etc.

É, assim, como se vê da descrição de uma série de fatos, possível um atuar da Administração Pública mesmo diante da *lacuna de lei em sentido estrito permissiva* ou da *inexistência de lei em sentido estrito proibitiva* ou *obrigatória*.

Questão bem mais tormentosa é o atuar da Administração Pública *contra legem*. Mormente se a norma arrostada é ilegal ou inconstitucional. Não se pode perder de vista o exemplo dos gastos públicos com presépio de Natal, o que é expressamente vedado pelo comando da regra presente no art. 18 da CF/1988. Não se trata, a vedação em comento, de *princípio*, mas de *regra* mesmo, ou seja, que se aplica segundo a lógica do tudo ou nada, incidindo desde que verificadas as condições presentes em *seu suporte fático restrito*.

Ora, num Estado pretensamente laico e que tem o dever de presar pela liberdade de religião, não se poderia realizar despesa pública com um presépio de Natal, porque se trata de liturgia religiosa ligada à religião católica, que não é agasalhada por outros credos, como o judaísmo, o maometismo e o próprio cristianismo, nas suas vertentes reformistas luteranas, que sabidamente não admitem o culto às imagens.

Mesmo assim, o que se vê é uma restrição do espectro do suporte fático descrito na norma de vedação em foco para retirar de seu alcance a forte tradição católica que ainda paira no Brasil, ou seja, admite-se a prevalência de um costume *contra legem* numa espécie de *interpretação corretiva* da regra de vedação, como se estivera em conflito aparente com o costume tradicional, que também serve de fonte normativa.

7 Limites para um controle constitucional de políticas públicas

As políticas públicas constituem programas de ação consistentes na organização de meios e recursos à disposição do Poder Público²⁹ e, por vezes, do setor privado em cooperação, voltados primordialmente, mas não exclusivamente,³⁰ à realização direta ou indireta de direitos fundamentais.

²⁹ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 241; 252-253.

³⁰ Cf. SAAD, Amauri Feres. *Regime jurídico das políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 188.

A doutrina administrativa, especialmente a partir da inclusão do princípio da eficiência no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, por força da Emenda Constitucional nº 19, de 4.6.1998, tem reconhecido o chamado direito fundamental à boa administração. Isso significa que a Administração Pública, por meio de seus agentes, deve envidar todos esforços para prestar serviços públicos de qualidade e exercer as demais competências administrativas de forma eficiente, eficaz e efetiva.

Não se pode ignorar ainda o princípio da força normativa da Constituição também consagrado na Carta Republicana de 1988 e reconhecido por seu guardião, o Supremo Tribunal Federal (art. 102, CF/1988). O extenso rol de direitos fundamentais positivados no texto constitucional não constitui mero conselho aos dirigentes políticos ou carta de boas intenções. As três funções de Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário – devem concertar esforços no intuito de concretizar na melhor medida possível tais direitos, inclusive os efetivados por prestações estatais positivas.

De nada adiantaria a Constituição estabelecer inúmeros direitos fundamentais sem prever mecanismos capazes de compelir o Poder Público a efetivá-los. Além do já referido controle jurisdicional, é preciso ressaltar a existência os órgãos de controle interno, os tribunais de contas (art. 70, CF/1988), o Ministério Público (art. 129, CF/1988) e o próprio controle social exercido pelos mecanismos de transparência, como exemplo, a Lei de Acesso à Informação – Lei nº 12.527/2011.

Como regra, a execução de políticas públicas envolve a gestão e o dispêndio de recursos cada vez mais escassos ante demandas sociais crescentes. Desse modo, a criação de uma nova política pública (e a manutenção das políticas em curso) passa por um primeiro crivo político por meio da inclusão dos recursos estimados na lei orçamentária anual (art. 167, I, CF/1988). O controle judicial termina por impactar o planejamento orçamentário, na medida em que, não raro, provoca a realocação desses recursos.

As políticas públicas compreendem um complexo de atos oficiais, ações administrativas e atividades materiais e, a depender do seu objeto, podem ser estruturadas ou autorizadas por diferentes instrumentos jurídicos, a saber: Constituição, leis, medidas provisórias, resoluções, instruções normativas, contratos administrativos etc.

Com efeito, as diretrizes e objetivos gerais do Sistema Único de Saúde, por exemplo, estão enunciados na Constituição Federal (arts. 196 e 198) e foram explicitados com maior riqueza de detalhes na Lei nº 8.080, de 19.9.1990. De igual modo, as linhas gerais da política pública de educação foram previstas no texto constitucional e minudenciadas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei nº 9.394, de 20.12.1996, em leis estaduais e municipais, além de um sem-número de atos infralegais. De seu turno, o famigerado programa Minha Casa Minha

Vida do Governo Federal foi criado pela Medida Provisória nº 459, de 25.3.2009, convertida com modificações na Lei nº 11.977, de 7.7.2009. Já o programa Bolsa Universitária do Governo de Goiás foi criado por meio do Decreto nº 5.028/1999, cujo art. 10 estabelecia que caberia à Organização das Voluntárias de Goiás (pessoa jurídica de direito privado) a expedição de ato para regulamentar o pagamento dos benefícios ali previstos.

Dessa forma, como bem esclarece Fábio Konder Comparato, não sendo a política pública composta apenas por um ato normativo (às vezes resulta da conjugação de várias espécies deles com atos administrativos e materiais), a declaração de inconstitucionalidade de alguma norma a ela integrada não resultará necessariamente na sua extinção. Segundo o renomado jurista, a hipótese inversa também é verdadeira, ou seja, a finalidade de uma política pública pode ser incompatível com os objetivos constitucionais, inválida, portanto, sem que os atos ou normas que a integram sejam, por si mesmos, inconstitucionais.³¹

Dessa compreensão do fenômeno comunga Maria Paula Dallari Bucci, para quem as políticas públicas têm grande afinidade com a noção de atividade e, portanto, *transcendem* os atos normativos que a estabelecem ou conformam.³²

Uma das modalidades de fiscalização judicial no ordenamento jurídico brasileiro é o chamado controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça. As políticas públicas estruturadas por meio de leis complementares, leis ordinárias, medidas provisórias, decretos, entre outros atos normativos, caso alguma de suas normas contrarie de forma direta norma constitucional, podem ser sindicadas por meio de ação direta de inconstitucionalidade, cuja decisão tem eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes (art. 102, §2º, CF/1988).

Outrossim, além do controle de constitucionalidade incidental, em processo individual ou coletivo, em que a invalidade do ato normativo seja invocada como causa de pedir, também é possível o controle de legalidade – talvez mais comum – em que o cidadão prejudicado pede ao Judiciário algum bem ou serviço previsto ou indevidamente excluído de uma política pública exigível (ex.: ações para obtenção de medicamentos de alto custo).

Parcela considerável da doutrina defende que o controle jurisdicional dos atos do Poder Público deve ser amplo e irrestrito. De certo modo, a distinção entre ato de governo (ou ato político), normalmente insuscetível de controle jurisdicional caiu em desuso, pois tornou-se difícil justificá-la sob a óptica do Estado de direito.

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Interesse público – IP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out./dez. 2002. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51168>. Acesso em: 25 maio 2017.

³² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 256-259.

Segundo Odete Medauar, não existe na realidade contemporânea rígida delimitação de espaço entre política e administração ou entre atividade governamental e atividade administrativa, considerando a “interferência recíproca” entre o corpo técnico e os agentes governamentais.³³

Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que a “[...] constitucionalização do direito administrativo” implicou o crescimento da abrangência do controle judicial sobre a Administração Pública, haja vista a possibilidade de utilização dos princípios expressos ou implícitos no texto constitucional como ferramentas de aferição da juridicidade da ação estatal.³⁴

Ana Paula Barcellos, na mesma direção, advoga a imprestabilidade da invocação da chamada teoria da reserva do possível como obstáculo para a concretização de direitos fundamentais, especialmente os ligados ao cognominado “mínimo existencial”. De igual modo, a festejada jurista ressalta a dificuldade dos agentes políticos que se veem diante de escolhas trágicas decorrentes da falta de recursos.³⁵

Nesse passo, cumpre indagar se o controle jurisdicional deveria restringir-se à *adequação* e à *necessidade* estrita dos meios escolhidos pelos administradores públicos,³⁶ tendo em vista suas relações com os fins propostos por normas-objetivo ou por políticas públicas com assento constitucional, o que alcançaria o desvio de finalidade *ou* poderia avançar mesmo sobre a análise da *eficiência* desses meios adequados em contraponto com suas gravosidades.

Para Comparato, a “[...] justiciabilidade das políticas governamentais” também abarca os meios escolhidos pelos agentes políticos para a perseguição das metas constitucionais e cita como exemplo a inadequação de uma política de fomento à produção agrícola mediante a concessão de incentivos fiscais irrestritos, haja vista a necessária proteção ao meio ambiente.³⁷

Como a eficiência é um princípio expressamente positivado no texto constitucional (art. 37, *caput*), também ostenta força normativa e permite a sua aplicação para efeito de controle de políticas públicas, fazendo-se um juízo de ponderação para resolução de conflitos entre os valores constitucionais envolvidos.

³³ MEDAUAR, Odete. Ato de governo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, jan./mar. 1993. p. 75.

³⁴ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Atualidades Jurídicas – Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDIO006.aspx?pdicntd=80131>. Acesso em: 7 ago. 2018.

³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 326.

³⁶ Cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011. Prêmio Jabuti 2008.

³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Interesse público – IP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out./dez. 2002. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDIO006.aspx?pdicntd=51168>. Acesso em: 25 maio 2017.

Amauri Feres Saad entende que o controle das políticas públicas deve ter em conta o princípio da conservação, ou seja, a declaração de nulidade dos atos normativos que as estruturam não deve produzir efeitos retroativos, preservando a validade dos atos e ações já praticados com base na norma inválida, haja vista o princípio da segurança jurídica e a necessidade de preservar os direitos já efetivados durante a sua vigência.³⁸

Em que pese a evolução do Estado de direito e com ela dos princípios da legalidade e da separação de poderes, o Judiciário há de guardar alguma deferência as escolhas feitas pelo Executivo e pelo Legislativo, especialmente quando não houver prova segura da ineficácia dos meios eleitos para concretização dos objetivos constitucionais.

Apesar da constitucionalização do direito, há que se assegurar um mínimo de liberdade para a ação conformadora, seja do Poder Legislativo na edição de leis que estabeleçam a forma de cumprir os programas e objetivos expressos na Constituição, seja do Executivo na elaboração e execução das peças orçamentárias cada vez mais inflexíveis, ante a previsão constitucional de gastos mínimos em determinados setores e a criação em série de fundos para o atendimento de carências específicas e variadas. Afinal, são “poderes” dirigidos por pessoas eleitas pelo povo que, de certo, validou as propostas de governo para um mandato de 4 (quatro) anos.

No controle constitucional de políticas públicas, não é dado ao magistrado invocar princípios constitucionais de forma genérica e abstrata (art. 489, §1º, inc. II e §2º, CPC) para negar aplicação a regras legais ou infralegais conformadoras de políticas públicas. Cabe ao juiz justificar de forma circunstanciada a derrotabilidade (derrogação imprópria) de determinada regra em um caso concreto, expondo as premissas fáticas e jurídicas que orientaram a formulação da Norma Individual Concreta (NIC) naquele caso específico com a indicação da pertinência dos princípios constitucionais e o enquadramento daquelas circunstâncias específicas {C1, C2 ... Cn}=CCi no amplo suporte fático do princípio prevalente com menor sacrifício possível ao princípio relativizado.

Em outras palavras, no Estado democrático de direito, o juiz deve submeter suas decisões ao controle público de linguagem, demonstrando a sua exposição circunstanciada da pré-seleção das normas (princípios e regras) pertinentes, assim como da dupla modulação (*ratio decidendi e obiter dictum*), que culminou na Norma Individual Concreta (NIC).

Em países periféricos como o Brasil ou de modernidade tardia, marcados por linhas abissais e imensa desigualdade social, um controle jurídico de políticas públicas por sua importância na melhor concretização possível dos direitos

³⁸ Cf. SAAD, Amauri Feres. *Regime jurídico das políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 172-173.

fundamentais há de ser feito de maneira criteriosa e submissa ao princípio do devido processo legal substantivo com exposição do raciocínio de elaboração da Norma Individual Concreta (NIC).

A legitimidade das decisões judiciais de controle de políticas públicas exige, portanto, fundamentação adequada e racional, especialmente nos chamados “casos difíceis”, não solucionáveis pelas regras de subsunção, mas dependentes de técnicas de ponderação na solução de colisões entre princípios e regras ou entre princípios (*lei de colisão*), sob pena de convolar-se em arbítrio e ofender o postulado da separação de poderes.

A Constituição Federal de 1988 enuncia programas em diversas áreas como saúde, educação, transporte, moradia, segurança, trabalho etc., assinalando objetivos e metas a serem perseguidos pelo Estado, segundo um modelo de *Constituição dirigente*, o que termina por ampliar a possibilidade de controle das políticas públicas pelo Judiciário. Em todo o caso, tal controle também está disciplinado na Constituição e na legislação processual, que lhe impõem limites a bem da democracia.

Conclusão

Num Estado democrático de direito em que se garantem constitucionalmente vários e variados direitos fundamentais, é recorrente a ocorrência de *colisão* entre essas normas garantistas, que apresentam um *suporte fático amplo* e, assim, não permite, com a necessária precisão, a definição *a priori* dos contornos do âmbito de incidência de cada qual, como usualmente se busca operar com as normas que apresentam *suporte fático restrito*, de que são exemplos característicos as normas penais que fixam um tipo penal criminalizado.

Diante dessa dificuldade e para que não se comprometa a *decidibilidade* de todos os casos que são postos, desafiadoramente, a dado sistema jurídico, repleto que é de incompletudes e de incongruências entre suas numerosas normas prescritivas da conduta humana intersubjetiva, mister desenvolver um método factível que, a exemplo dos tradicionais cânones de hermenêutica com relação aos conflitos de *regras*, dê conta de solucionar essas *colisões* entre *princípios* e entre *princípio e regra*, mostrando-se *necessária* uma *distinção forte* entre essas duas espécies de normas justamente *por conta das diferenças entre os critérios hermenêuticos empregados na solução das diferentes antinomias verificadas (colisões e conflitos)*, de que é exemplo a *derrogação imprópria* (declaração de invalidade de uma das regras) operada com relação à solução de *conflito real* entre *regras contrárias ou contraditórias* e a perfeita *manutenção no ordenamento jurídico* do *princípio* em colisão que *não prepondera* diante das circunstâncias fáticas e jurídicas de dado caso concreto, pois que poderá vir a *preponderar* noutro caso, ante diverso conjunto de circunstâncias fáticas e jurídicas.

Demais disso, só se cumpre com o ônus argumentativo necessário para a *garantia da fundamentação racional de todas as decisões jurídicas*, administrativas ou judiciais (art. 93, IX, CF/1988; art. 50, Lei nº 9.784/1999), se se *descrever* com *precisão*:

- a) *quais os princípios e as regras*, inclusive as de exceção, aplicáveis ao caso concreto (real ou fictício) em análise, o que se dá pela operação mental de pré-seleção (*exsunção* dos fatos às normas segundo os marcadores somáticos que habitam o sítio da mente do operador do direito) das normas válidas, vigentes e *pertinentes* (NGA'sVVP ε' OJ);
- b) *quais as antinomias* reais ou aparentes verificadas entre os princípios (colisão), entre as regras (conflito) ou entre princípios e regras (colisão) no caso concreto;
- c) os critérios hermenêuticos consagrados utilizados para superar os conflitos de regras (pela *interpretação harmonizadora/corretiva* que valerá para todos os casos descritos no suporte fático restrito ou pela *derrogação imprópria* segundo os cânones da hierarquia, da especialidade e temporal);
- d) os critérios hermenêuticos consagrados utilizados para superar as colisões entre princípios, apresentando e descrevendo um *conjunto* {C1, C2 ... Cn}=CCi de *circunstâncias fáticas e jurídicas* presentes no caso concreto analisado que justificam a preponderância de um dos princípios em choque;
- e) os critérios hermenêuticos consagrados utilizados para considerar a preponderância de uma *regra razoável e proporcional* em relação a um princípio com ela colidente ou a derrogação imprópria da mesma regra porque não atendeu a esse mesmo mandamento.

A *norma da legalidade* deve ser aplicada como *princípio* e não como *regra*, ou seja, segundo a lógica do prepondera/não prepondera e não segundo a lógica do tudo ou nada, que só admite as possibilidades do válido/inválido, de modo que, pela só condição de ser considerado um princípio constitucional, tem de ser admitida a possibilidade concreta de ser mitigado.

Se essa mitigação só decorresse de reserva de lei em sentido estrito, então não se constituiria em uma relativização do princípio, mas, antes, sua observância absoluta, de modo que só se admitindo que a Administração possa fazer o que não está expressamente previsto em reserva de lei em sentido estrito é que se cogita efetivamente da realização, em grande medida, porém não absoluta, do princípio da legalidade.

Quando uma *política pública* se caracterizar como uma norma constitucional, então é preciso verificar se se trata de uma regra ou de um princípio, pois a hermenêutica num e noutro caso difere consideravelmente.

Em se tratando de política pública decorrente de normas principiológicas, é preciso reconhecer certa margem de liberdade ao Poder Legislativo para regulamentar os direitos e obrigações correspondentes, assim como ao Poder Executivo para cumprir os comandos legais, atuando no espaço de liberdade conferido pela lei para a eleição dos meios capazes de cumprir de forma eficiente e eficaz os fins públicos por ela visados. No controle das políticas públicas, o Judiciário deve fundamentar em cada caso a invalidade da norma ou ação estatal, expondo os critérios da ponderação efetuada ou as razões que determinam a interferência na norma afastada.

Referências

ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. reimpr. Brasília: Editora UnB, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 33. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Interesse público – IP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out./dez. 2002. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51168>. Acesso em: 25 maio 2017.

DAMÁSIO, Antônio R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Coleção Justiça e Direito.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011. Prêmio Jabuti 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MEDAUAR, Odete. Ato de governo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, jan./mar. 1993.

MIRANDA, Antonio Cavalcanti Pontes de. *O problema fundamental do conhecimento*. Atualização de Wilson Rodrigues Alves. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2010.

NEVES, Cleuler Barbosa das. A força do contexto na pré-seleção, interpretação e aplicação do sentido do texto (da norma) jurídico ambiental. In: NEVES, Cleuler Barbosa das. *O ato administrativo na tutela ambiental do solo rural*: uma análise da erosão laminar e do uso do solo na Bacia do Ribeirão João Leite. 270 f. Tese (Doutorado em Ciências Ambientais – Ciamb) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2006.

NEVES, Cleuler Barbosa das. A questão do método. In: NEVES, Cleuler Barbosa das. *Águas doces no Brasil*. Rio de Janeiro: Dees cubra, 2011.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

SAAD, Amauri Feres. *Regime jurídico das políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NEVES, Cleuler Barbosa das; LIMA, Rafael Carvalho da Rocha. Uma hermenêutica para antinomias de princípios: limites para seu controle constitucional e políticas públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 227-252, abr./jun. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i84.1210.
