

# COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PONDERAÇÃO

CLASH OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND EQUILIBRIUM

NADIA CASTRO ALVES<sup>1</sup>

## RESUMO

A doutrina tem apontado os direitos fundamentais como aqueles considerados essenciais à existência digna do ser humano. No entanto, estudiosos do assunto apontam que uma das características dos direitos fundamentais é precisamente sua limitabilidade, ou seja, nenhum direito fundamental pode ser considerado absoluto. Assim, esses limites serão encontrados quando opostos a outros direitos também considerados fundamentais. Neste artigo, aborda-se a técnica da ponderação como meio de solução de conflitos na colisão de direitos fundamentais e demonstra-se a forma errônea muitas vezes utilizada pela jurisprudência brasileira.

**Palavras-chave:** Ponderação. Constituição. Direitos fundamentais. Interpretação. Normas.

## ABSTRACT

*Doctrine has pointed out fundamental rights such as those considered essential to the dignified existence of the human being. However, scholars on the subject point out that one of the characteristics of fundamental rights is precisely their limitability, i.e., no fundamental right can be considered absolute. Therefore, these limits will be found when opposing other rights that are also considered fundamental. In this article, the equilibrium technique is discussed as a means of conflict resolution in the clash of fundamental rights and demonstrates the erroneous way it often used by Brazilian jurisprudence.*

**Keywords:** Equilibrium. Constitution. Fundamental rights. Interpretation. Norms.

## 1. INTRODUÇÃO

O Brasil vive um momento histórico interessante. Estamos passando por uma revolução no pensamento jurídico tanto dos cidadãos quanto dos juristas. Existe, hoje, no País, certa cultura judiciária disseminada nos meios de comunicação de massa que não tinha sido experimentada até então.

Trata-se de um momento importante para o Direito brasileiro. Podemos afirmar que o Direito Constitucional atinge seu momento áureo, em especial pelos vinte anos da Constituição Cidadã ocorridos em 2008.

1 Graduada em Direito pela Universidade Mackenzie (2004). Pós-graduada em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público (2008). Pós-graduada em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2008). Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2010). Advogada, sócia de escritório com sede em São Paulo na área de Direito Público, Ações Afirmativas, Direito Internacional Público e Imigração (2008-atual). Professora auxiliar no Curso de Fundamentos de Direito Público I e Direito Constitucional I da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008). Pesquisadora e membro da Anistia Internacional, sede Portugal (2008-atual) e do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD). Emails: nadia.castroalves@gmail.com e nadia@milhomenscastroalves.com.br.

A República Federativa do Brasil adotou, de forma expressa, em seu preâmbulo constitucional, bem como no art. 1º da sua Constituição, a política do Estado Democrático de Direito. Assim, a proteção e a garantia dos direitos fundamentais tornou-se questão primordial como meio de proteção e respeito ao próprio cidadão.

Mas não foi sempre assim. O desrespeito à legalidade constitucional já caminhou lado a lado com a política brasileira, desde a dissolução da primeira Assembleia Constituinte, por D. Pedro I. Das rebeliões, ao longo do período da Regência, ao golpe Republicano, tudo sempre prenunciou um enredo acidentado, em que a força bruta se impôs, diversas vezes, sobre o Direito. Foi assim com o golpe do Estado Novo, o Golpe Militar, com os Atos Institucionais e outros tantos. Intolerância, imaturidade e insensibilidade social passando por cima da Constituição.

A Constituição brasileira de 1988 marcou um recomeço. Com a perspectiva de narrativa de uma nova história, sem as velhas e ultrapassadas utopias, sem as tais certezas ambiciosas, mas com uma carga de esperança e com legitimidade sem precedentes, e, ainda, com uma novidade: finalmente o povo ingressou na trajetória política brasileira como protagonista do processo de crescimento nacional. A efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da nossa maturidade institucional, tornou-se uma ideia incontestada. As normas constitucionais conquistaram *status pleno* de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar todas as situações que contemplam. A Constituição passou a ser o instrumento pelo qual se leem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais, desenvolvendo uma nova fase de interpretação constitucional no ordenamento jurídico nacional.

De forma simplista, podemos afirmar que a Constituição não pode conter normas que se contrariem. De fato não contém. Ocorre que, no caso dos direitos fundamentais, poderá haver uma aparente *contradição* entre estes, em que poderão ser utilizadas diversas técnicas para a solução desse aparente conflito, que concederá ao caso concreto uma aplicação coerente e segura da norma constitucional.

A Constituição, além de ser o elo que une a política e o Direito em determinado Estado, é também um remédio contra as maiorias. E, por constituir-se em um remédio contra as maiorias, ela traz consigo um núcleo político que somente pode ser extirpado com uma ruptura institucional.<sup>2</sup>

Durante muito tempo a subsunção (premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos, produzindo, como consequência, a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto) foi a única fórmula utilizada para a compreensão e a aplicação do Direito. Mas, nos últimos tempos, o mundo jurídico passou a compreender que a subsunção tem limites e não é, por si só, suficiente para lidar com determinadas situações.

A decisão judicial não é mero conselho. Ela pode ser imposta pela força como manifestação do poder de império estatal. Então, os tribunais, em uma sociedade aberta, devem estar sob o controle da sociedade, e o único meio de “controlar” suas decisões é justificá-las.

Portanto, o dever de motivar não decorre apenas de uma regra formal contida no texto constitucional (no caso da Constituição brasileira, art. 93, IX), ou da exigência do direito de defesa das partes. É também uma necessidade republicana de justificação das decisões do Poder Público, ou seja, para que haja manutenção da segurança jurídica.

<sup>2</sup> STRECK, Lênio Luiz. Concretização de direitos e interpretação da Constituição. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, p. 306.

E é essa segurança jurídica que traz estabilidade às relações sociais juridicamente tuteláveis, em face da certeza a ela inherente. A segurança jurídica inibe o arbítrio e a violência e dá amparo às relações entre as pessoas e o Estado e entre as pessoas entre si. De acordo com a concepção tradicional, a ordem é essencial tanto à vida individual quanto à vida coletiva. O objetivo primordial do Direito é a exigência de ordem e de segurança. Da mesma forma que o homem cria segurança, no que diz respeito ao ambiente natural, mediante o conhecimento científico e da técnica, estabelece, por meio das normas, *uma certeza e segurança na sua vida de relações, de modo a permitir a vida em sociedade.*

Robert Alexy cita, pelo menos, quatro motivos que justificam a chamada *insegurança jurídica*: (i) a imprecisão da linguagem do Direito; (ii) a possibilidade de conflitos entre as normas; (iii) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica que não cabem sob nenhuma norma válida existente no ordenamento; e (iv) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto.<sup>3</sup>

Em especial, a existência de conflito entre normas gera sérias dificuldades, uma vez que existe o pensamento de interpretar cada norma de modo que cumpra seu objetivo. Isso acaba levando, muitas vezes, a resultados incompatíveis entre si quando cada um dos intérpretes tem um ponto de vista diferente sobre o objetivo da norma em questão, gerando insegurança jurídica.

Embora o Direito sempre tenha tratado de questões envolvendo antinomias, nunca se falou tanto de colisões normativas e necessidade de ponderação como se fala nos tempos atuais, em especial nas últimas décadas.

Muito se discute que a questão tem se tornado tão popular que corre o risco da banalização, uma vez que os autores e as decisões judiciais empregam a ponderação sem qualquer conteúdo próprio ou cuidado específico. Por esse motivo, começa-se a discutir a necessidade de autocontenção (*self-restraint*) do Judiciário na abordagem deste tema.

## 2. O QUE É PONDERAÇÃO?

Muitos autores descrevem a ponderação como uma forma de aplicação dos princípios.<sup>4</sup> Na verdade, foi assim que a ponderação ingressou nas discussões jurídicas no Brasil. Tanto na doutrina brasileira quanto na internacional, a concepção de Ronald Dworkin<sup>5</sup> de que os princípios operam em uma dimensão de peso, ao passo que as regras obedecem a uma lógica do “tudo ou nada”, e as ideias de Robert Alexy<sup>6</sup> sobre o tema ainda são muito populares e discutidas.

Poderíamos pensar o estabelecimento de uma espécie de hierarquização dos direitos individuais como uma solução para os eventuais conflitos. Ocorre que, embora não se possa negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes pesos em determinada ordem constitucional, é bem verdade que a colocação de uma rigorosa hierarquia

3 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica, p. 18 et seq.

4 BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 24.

5 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, p. 24-26.

6 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86 et seq.

entre diferentes direitos individuais acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando, também, a própria Constituição, sendo ela um complexo normativo unitário e harmônico.<sup>7</sup>

Embora o texto constitucional brasileiro não tenha fixado especificamente privilégios a determinados direitos, a existência de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da Constituição Federal) demonstra que não há dúvida de que os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo na ordem jurídica (art. 1º, III, da Constituição Federal). Logo, devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio.

Para ilustrar esse pensamento, podemos pensar no seguinte caso: se o direito à vida fosse sempre superior aos demais direitos, não seria possível admitir na legislação pátria o aborto em caso de estupro.<sup>8</sup> Nesse caso, conflitam dois direitos fundamentais: o direito à vida do feto e o direito à honra da mulher vítima da violência que resultou na gravidez. Até mesmo o legislador pode efetuar ponderações optando, como nesse exemplo, por prestigiar a honra da mulher em detrimento da vida do feto.

Os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados. Eles encontram seus limites em outros direitos fundamentais, também consagrados pela Magna Carta. Por serem direitos de força constitucional, podem sofrer restrição apenas por meio de normas constitucionais. Nos sistemas jurídicos que instituem o controle judicial de constitucionalidade das leis, a primazia da matéria corresponde ao Poder Judiciário, e nesses sistemas não é ao Poder Legislativo que pertence a última palavra com respeito ao sentido e alcance dos dispositivos constitucionais. Tal autoridade recai sobre um órgão judicial supremo, no caso do controle difuso, ou sobre um Tribunal Constitucional (o Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro) quando se tratar de controle concentrado.<sup>9</sup>

### 3. CONCEITO DE PONDERAÇÃO

Sabe-se que o verbo *ponderar* e o substantivo *ponderação* não são privativos do mundo jurídico. Nesse sentido, todas as decisões humanas minimamente racionais envolvem algum tipo de ponderação quando há um choque entre vantagens e desvantagens, prós e contras, ou que demande qualquer tipo de avaliação ou apreciação. Essa ponderação aqui descrita é própria, também, de qualquer decisão judicial. O juiz tem de ponderar as provas produzidas, as razões apresentadas pelas partes e o impacto que sua decisão provocará na sociedade.

Contudo, estamos tratando de outro fenômeno, muito mais específico, que tem se tornado muito comum na doutrina brasileira nos últimos tempos, quando o intérprete, afirmado estar diante de enunciados normativos válidos e em vigor, considera necessário ponderá-los.

<sup>7</sup> MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 89.

<sup>8</sup> Apenas nas hipóteses previstas no art. 213 do Código Penal brasileiro.

<sup>9</sup> SOARES, Guilherme. Restrição aos direitos fundamentais: a ponderação é indispensável. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, p. 332.

Ponderação, também chamada pela doutrina norte-americana de *balancing*, é entendida como a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções-políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.<sup>10</sup>

Importante ressaltar que há diferença entre o conceito de “ponderação” de maneira geral e abstrata, aplicada no dia a dia (e é certo que o Direito sempre envolve ponderação no sentido comum do termo, isto é, o julgador sempre deve levar em conta, considerar as diferentes razões das partes antes de decidir), e a “ponderação” como método jurídico de solução conflitual, na sua linguagem técnico-jurídica, que é objeto do estudo em questão.

Portanto, devemos tomar cuidado com a afirmação genérica de que “toda interpretação envolve um juízo de ponderação”, pois, nesse caso, o termo está sendo usado em sentido amplo, e não para designar uma técnica específica de solução de conflitos normativos, o que pode autorizar o operador do direito a lançar mão desses poderes em qualquer exercício da atividade interpretativa, mesmo não estando presentes os elementos que o justificam.

Canotilho<sup>11</sup> acrescenta que muitas vezes a ponderação é empregada apenas como um elemento do procedimento da interpretação e aplicação da norma tendente à atribuição de um significado normativo e à elaboração de uma norma de decisão, quando, na verdade, o *balancing process* recorta-se em termos autônomos para dar relevo à ideia de que no momento da ponderação está em causa não tanto atribuir um significado normativo ao texto da norma, mas, sim, equilibrar e ordenar bens conflitantes ou, pelo menos, em relação de tensão, num determinado caso.

Para Canotilho,<sup>12</sup> a interpretação começa com a reconstrução e a qualificação de interesses conflitantes, procurando, em seguida, atribuir um sentido ao texto normativo e aplicá-lo. Já a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens.

Para Luís Roberto Barroso,<sup>13</sup> a ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas ou contraditórias para a questão. Para ele, o raciocínio ponderativo, que ainda busca mais objetividade, inclui a seleção de normas e dos fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar os valores contrapostos na medida do possível.

## 4. A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

A técnica da ponderação se destina a solucionar antinomias que, na verdade, refletem conflitos muito mais complexos, envolvendo valores e diferentes opções políticas. Nestes casos, as decisões jurídicas não são tomadas com base em simples subsunção (produzindo, como

10 BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, p. 83.

11 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 378 et seq.

12 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 378 et seq.

13 BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, p. 23 et seq.

consequência, a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto) ou de forma facilmente perceptível, uma vez que os critérios utilizados para definir a solução em cada caso não estão no texto jurídico.

Portanto, sua legitimidade não decorre de forma evidente de enunciados normativos e, por isso, com mais razão do que nas decisões judiciais em geral, no caso do uso da técnica de ponderação, a legitimidade depende fortemente de sua racionalidade e capacidade de justificação.

As regras da ponderação permitem apenas orientar racionalmente um caminho em busca da solução mais correta para um problema concreto, não acarretando, necessariamente, no sucesso da decisão.

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade assume importante função como norteador da solução a ser encontrada pelo aplicador do direito, tendo em vista que concilia dois valores primordiais: a segurança jurídica e a justiça, sendo certo que o ponto de contato entre eles se dá com a decisão razoável, justificada por meio de uma argumentação.

A doutrina brasileira tem tentado estabelecer parâmetros para a melhor compreensão da técnica. Alguns autores, como Ana Paula de Barcellos,<sup>14</sup> apresentam a técnica da ponderação de forma didática e esquematizada que, em termos gerais, é compreendida nas seguintes etapas: em uma primeira fase, os enunciados normativos em tensão e as diferentes normas que eles podem justificar devem ser identificados; na segunda fase, os aspectos fáticos relevantes deverão ser selecionados; e na terceira fase, que consiste na etapa decisória, o intérprete precisará de parâmetros jurídicos para orientar sua escolha, o que, no entanto, não é fornecido pela técnica.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso<sup>15</sup> também concebe a técnica da ponderação em três fases.

Na primeira o intérprete detecta no sistema as normas (que não se confundem com dispositivos, pois uma norma pode ser resultado de vários dispositivos) relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Ainda nessa fase, as diversas premissas maiores (ou fundamentos normativos) são agrupadas em função da solução que estejam sugerindo (formando um conjunto de argumentos). Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas dos casos e sua interação com os elementos normativos. E na terceira etapa a ponderação se singulariza, em oposição à subsunção.

Sabe-se que os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade sem que isso afete a validade. Então, nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Após, ainda é preciso decidir quão intensamente esse grupo de normas, bem como a solução por ele indicada, deve prevalecer em detrimento dos demais. Ressalte-se que todo esse processo intelectual tem como base o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 37.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, p. 360.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, p. 360 et seq.

Alexy, também abordando este tema, explica:

Segundo a lei de ponderação, esta há de se fazer em três planos. No primeiro plano, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. Muitos pensam que a ponderação não é um processo racional. A possibilidade desse modelo de prova em três níveis demonstra que o ceticismo em relação à ponderação não é justificado.<sup>17</sup>

O Tribunal não pode limitar-se a proceder a uma simplificada ponderação entre princípios conflitantes, atribuindo prevalência ao de maior hierarquia ou significado. Estabelecer hierarquias não é a solução que nos parece acertada. Ao contrário, no juízo de ponderação, o julgador contempla as circunstâncias peculiares de cada caso, afirmado que a solução desses conflitos há de ser feita mediante a utilização do recurso da concordância prática, de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade.

Temos, então, que, para dirimir a colisão entre direitos fundamentais, a doutrina alemã desenvolveu uma técnica que consiste em dois momentos: (i) um primeiro momento em que se determina o âmbito de proteção dos direitos fundamentais envolvidos, de acordo com as situações fáticas que a situação subjetiva revela, configurando a efetiva colisão, de modo a eliminar a possibilidade de uma colisão ou conflito meramente aparente. Feito isso, um segundo momento (ii) se caracteriza pela ponderação dos interesses jurídicos em conflito, fazendo com que o aplicador extraia-lhes o núcleo essencial, de modo a causar o menor sacrifício possível, devendo, para tanto, utilizar os princípios da unidade da Constituição e da razoabilidade. Somente dessa forma é que ocorre a máxima proteção e concretização dos direitos fundamentais.

#### 4.1 A QUESTÃO DAS REGRAS E PRINCÍPIOS

Outra questão importante a ser tratada antes de avançarmos no tema é a discussão doutrinária acerca das *regras e princípios*, em especial, para entendermos a estrutura das normas.

As normas jurídicas, e dentre elas as normas de direitos fundamentais, dividem-se em princípios e regras. Princípios são as normas jurídicas de natureza lógica *anterior e superior* às regras e que servem de base para a *criação, aplicação e interpretação* do direito. Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua princípio como

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a *lógica e a racionalidade do sistema normativo*, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.<sup>18</sup>

As regras, por sua vez, são normas jurídicas destinadas a dar concreção aos princípios.

Para Dworkin,<sup>19</sup> dois são os critérios que permitem diferenciar os princípios das regras. O primeiro deles é de ordem lógica: as regras são aplicadas de forma automática, ou seja,

17 Cf. ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação de interesses como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra conferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 10 dez. 1998.

18 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*, p. 230.

19 DWORKIN, Ronald. El modelo de las normas (I). In: \_\_\_\_\_. *Los derechos en serio*, p. 75-80.

ocorrendo a hipótese de incidência, e, sendo a norma válida, a consequência jurídica deve necessariamente ocorrer. Os princípios, por seu turno, não são automaticamente aplicados, comportando inúmeras exceções não previstas pela própria norma. Outra vez podemos exemplificar com a regra contida no Código Civil brasileiro, em seu art. 550, que, ao permitir a aquisição da propriedade imóvel por usucapião “independentemente de justo título e boa-fé”, excepciona o princípio de que “ninguém pode se aproveitar da própria torpeza”.

Outro critério adotado por alguns autores para distinguir regras e princípios é o de natureza axiológica, uma vez que acreditam que os princípios possuem uma dimensão de peso valorativa que não se encontra nas regras. Dessa forma, ocorrendo o conflito entre dois ou mais princípios em determinado caso, o intérprete deve considerar o peso relativo de cada um deles e verificar, no caso concreto, qual deles deve prevalecer, afastando o princípio incompatível.

Situação diferente ocorre com as regras. Havendo um conflito entre duas regras,<sup>20</sup> uma delas será inválida e deverá ser excluída do sistema jurídico. Nesse caso, os critérios para a solução da antinomia são de ordem técnica (*lex posterior derogat priori*, *lex superior derogat inferioris*, *lex specialis derogat generali*), não necessitando do aplicador do direito nenhum juízo valorativo.

Portanto, para Dworkin, a dimensão fundamental das regras é a da validade, enquanto a dos princípios é a do peso. Essa diferenciação lógica se mostra mais nítida nas situações de conflito entre regras e de colisão entre princípios.<sup>21</sup>

Esses critérios de distinção entre regras e princípios conduziram Dworkin à conclusão de que as regras fixam antecipadamente uma solução para o caso concreto, enquanto os princípios apenas fornecem certa orientação sem determinar previamente um resultado.<sup>22</sup>

Alexy, com sua teoria dos princípios, nos ensina que os princípios jurídicos expressam a ideia de otimização<sup>23</sup> de que princípios são mandamentos de otimização. Eles determinam algo que seja realizado na maior medida possível de acordo com as condições fáticas e jurídicas existentes. Segundo essa teoria, os princípios poderão ser cumpridos em diferentes graus, estabelecendo um dever *prima facie*. Já as regras contêm determinações no âmbito fático e juridicamente possível, por isso elas são cumpridas ou não. Não há graus de cumprimento das regras. Para Alexy, no conflito de regras a solução leva à exclusão de uma regra ou a uma exceção a ela, enquanto na hipótese de colisão de princípios a solução se dá pelo estabelecimento de enunciados de preferência, aliados às peculiaridades de cada caso. Por esse motivo, os princípios não são excluídos do ordenamento e nem perdem a validade.<sup>24</sup>

A metodologia indicada para formular esses enunciados de preferência a que se refere Alexy é a ponderação de princípios, que será parte de um processo interpretativo com a finalidade de criar as condições suficientes a uma decisão justa, já que a interpretação do Direito não pode se limitar à mera subsunção.

20 Cf. o que Bobbio chama de antinomia própria em: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 86-110.

21 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 326.

22 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 328.

23 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86-87.

24 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 89.

## 4.2 LIMITES À PONDERAÇÃO: TEORIA DO NÚCLEO ESSENCIAL

Para que seja realizada a ponderação devemos extrair, antes, com base na análise do caso concreto, o assim denominado pela doutrina alemã de “núcleo essencial da norma” (*wesensgehalt*). Esse núcleo essencial é o conteúdo mínimo e intangível do direito fundamental, que deve sempre ser protegido em quaisquer circunstâncias, sob pena de fulminar o próprio direito.

O núcleo essencial limita a possibilidade de limitar, ou seja, estabelece um limite além do qual não é possível a atividade limitadora dos direitos fundamentais.

É possível extrair desse entendimento que é no respeito a esse núcleo essencial da norma de um direito fundamental que se encontra a constitucionalidade de uma eventual restrição a esse direito e, da mesma forma, a inconstitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental que ultrapassar e afetar o seu núcleo essencial, por meio da ponderação.

Abusca da essência de um direito fundamental encontra, hoje, duas teorias, ambas desenvolvidas na Alemanha: a absoluta, para a qual o núcleo essencial extraído de forma abstrata independente de circunstâncias fáticas norteadoras; e a relativa, que entende que o núcleo essencial de um direito fundamental só pode ser obtido da situação concreta, ou seja, só pode ser medido em face do conflito, do caso concreto.

Existem autores partidários da teoria absoluta do núcleo essencial do direito fundamental. Mais condizente com a lógica flexível e com o método concretista, entretanto, é a teoria relativa do núcleo essencial, que acaba cedendo espaço para a aplicação da técnica da ponderação de interesses.

A Constituição brasileira não menciona, ao contrário do que ocorre com a Constituição de Portugal (em seu artigo 18º, n. 3), o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Contudo, não há dificuldade de deduzir que ele é inerente à própria natureza desses direitos, inexistindo motivo para que no exercício da jurisdição constitucional das liberdades seja declinada a aplicação da técnica da ponderação de interesses, efetuada com base no núcleo essencial, extraído até mesmo do princípio da razoabilidade.

Já vimos que a ponderação será empregada quando se estiver diante de um conflito normativo que envolva valores ou opções políticas e que não tenha sido solucionado pelas técnicas hermenêuticas convencionais.<sup>25</sup> É a busca pela solução do caso, ou seja, a busca pela norma que deverá se extrair do conjunto de diferentes enunciados normativos que incidem sobre aquele determinado caso.

Na doutrina jurídica, muitos são os problemas apontados pelo uso da técnica da ponderação. Críticas a ela são lançadas, o seu uso de forma incorreta ou muitas vezes equivocada se dá constantemente na jurisprudência e, também, por vezes ela é aplicada sem qualquer cuidado ou técnica jurídica.

## 5. CONCLUSÃO

Ao analisarmos os problemas enfrentados pela ponderação, devemos primeiramente procurar identificar se há de fato enunciados normativos no sistema jurídico fundamentando as normas que se imaginam estar em conflito,<sup>26</sup> ou seja, se há efetivamente um conflito normativo em questão.

Nessa primeira etapa, a dificuldade é verificar se todos os enunciados pertinentes ao tema estão sendo considerados e se eles justificam a existência de outras normas capazes de superar o conflito supostamente visualizado.

Nesse momento, é muito comum concluir que de fato não havia conflito normativo algum ou que ele poderia ser solucionado pelos métodos hermenêuticos convencionais. Daí, então, muitas vezes decorre o erro de se entender estar em situação de conflito, quando, na verdade, não se está.

Outro problema que se verifica é o da subjetividade do intérprete na aplicação da norma ao caso. Ocorre que, muitas vezes, há um desvio, um desejo inconsciente do intérprete de fazer prevalecer determinada solução. O aplicador, intuitivamente, poderá até saber qual será o resultado final da ponderação e tenderá a antecipá-lo.

É certo que o propósito de serem ordenadas e explicitadas todas as etapas do raciocínio ponderativo é exatamente submeter esse tipo de “intuição” subjetiva a controles de juridicidade e racionalidade.

Além disso, há parte da doutrina (minoritária, que se diga) que entende a ponderação como um procedimento irracional e incontrolável, que gera incerteza jurídica e confunde a função do Judiciário com a dos poderes eleitos, sendo inconciliável com o próprio conceito de democracia.

No nosso entendimento, o preço que se pagaria por recusar as ideias de possíveis restrições e a ideia da ponderação seria caro demais para a justiça brasileira. Se, por um lado, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais tem de ser reduzido para evitar potenciais conflitos com outros bens constitucionalmente tutelados, por outro, o simples juízo sobre a adequação das normas aos casos concretos acabaria se revelando ainda mais subjetivo e de difícil controle, muito mais do que a própria ponderação.

Por essa razão, devemos diferenciar a ponderação das demais técnicas de hermenêutica tradicionais. A ponderação se particulariza, comparada com os critérios da especialidade, hierárquico, temporal ou qualquer outra técnica convencional de interpretação, uma vez que estes operam sob a lógica da subsunção, que ainda é a lógica ordinária de aplicação do direito. Essa técnica pretende superar a antinomia, afastar a incidência de outras possibilidades normativas e isolar uma única premissa maior, para que a subsunção possa ter início. A técnica da ponderação se apresenta como uma alternativa à subsunção quando não for possível reduzir o conflito normativo à incidência de uma única premissa maior.

Isso se dá quando há diversas premissas maiores igualmente válidas e vigentes, de mesma hierarquia indicando soluções diversas e contraditórias. Nesses casos, a subsunção não pode ser a técnica utilizada por não possuir elementos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes ao caso.

<sup>26</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 108.

A ponderação pretende, portanto, decidir os conflitos considerando todas as premissas pertinentes, com base em uma lógica diversa da subsuntiva, tornando-se, a ponderação, uma alternativa à subsunção. A ponderação deve ser reservada apenas para as hipóteses de insuficiência da subsunção.<sup>27</sup>

O uso da técnica da ponderação pela comunidade jurídica brasileira ainda não se encontra no modelo ideal. As decisões proferidas na solução de colisões entre direitos fundamentais não abordam o tema com clareza e, muito menos, utilizam os métodos e técnicas específicos, o que acaba provocando menor proteção dos direitos fundamentais consagrados na nossa Constituição.

Outra crítica que merece ser feita à técnica da ponderação diz respeito à transformação do uso da ponderação como maneira de transformar a aplicação do Direito em um processo político, envolvendo interesses e opções políticas de cunho pessoal ou institucional.

Conforme bem ressalta Daniel Sarmento,<sup>28</sup> nota-se que no Brasil os juízes tendem, conscientemente ou não, a furtar os fatores não dogmáticos dos seus julgamentos. Ou seja, há uma forte tendência dos tribunais a ocultar a dimensão retórica das suas decisões.

Por essa razão é que talvez o método da ponderação ainda não tenha “vingado” na jurisprudência brasileira. Como o método pressupõe certa margem para a valoração subjetiva do julgador, adotá-lo explicitamente implicaria o reconhecimento dessa acentuada dose de discricionariedade judicial, o que parece que assusta um pouco nossos juízes.

O tema da colisão de direitos fundamentais é, certamente, um dos mais difíceis e apaixonantes do Direito Constitucional, especialmente por exigir do intérprete a difícil tarefa de harmonização de valores em conflito, que são primordiais para o ser humano que espera uma solução jurisdicional “justa” e bem fundamentada, fazendo com que esse intérprete recorra a um nível mais profundo de fundamento de sua decisão.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review and representation*. New York: Oxford University Press; New York University of Law, 2005.
- ALEXY, Robert. Colisão e ponderação de interesses como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais. Palestra conferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 10 dez. 1998.
- ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, 2003.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Lisboa: Almedina, 2001.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

27 BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 34 et seq.

28 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 117.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t. 2.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Polis; UnB, 1989.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CLÈVE, Clémerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Org.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. Fiscalização da Constituição: métodos e princípios da interpretação constitucional. *Direito e Cidadania*, Praia, República de Cabo Verde, ano 5, n. 18. 2003.

DWORKIN, Ronald. El modelo de las normas (I). In: \_\_\_\_\_. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2000.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002.

LARENZ, Karl. *Derecho justo*: fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeirade. *Elementos dedireito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

MELLO, Cláudio Ari. Democracia constitucional e direitos fundamentais, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev-14/capa.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-14/capa.htm). Acesso em: 23/10/2002.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais*: trunfos contra a maioria. Lisboa: Coimbra Editora, 2006.

SANCHÍS, Luís Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARMENTO Daniel; GALDINO Flávio (Org.). *Direitos fundamentais*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

SOARES, Guilherme. Restrição aos direitos fundamentais: a ponderação é indispensável. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*. Lisboa: Coimbra Editora, 2005.

SOUZA, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos fundamentais*: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação, Porto Alegre: Fabris, 2000.

STEINMETZ, Wilson António. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. Concretização de direitos e interpretação da constituição. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 81, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNSTEIN, Cass. Conflicting values in law. *Fordham Law Review*, n. 62, 1994.

TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional e suas fundamentais funções. *Revista Legislativa*, Brasília, Ano 43, n. 171, p. 19-47, jul./ set. 2006.