

O MÉTODO DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES E A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Marcel Queiroz Linhares*

RESUMO: A intenção que moveu a reunião dessas linhas, está voltada à análise do método da ponderação de interesses, como se pretenderá demonstrar nos itens desenvolvidos a seguir. Com este objetivo, inicialmente, busca-se apontar a ocorrência de conflitos entre direitos fundamentais enquanto fenômeno natural aos Estados democráticos. Após, destaca-se a insuficiência dos critérios clássicos de resolução de conflitos entre regras como meio hábil a solucionar colisões de direitos fundamentais. Para tanto, promoveremos a distinção entre princípios e regras, enquanto espécies normativas. Serão lançadas algumas considerações a respeito do referido método, considerando-se o princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos, valem dizer, os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais – Interesses – Método – Ponderação – Conflitos – Intervenção – Liberalismo – Ordenamento jurídico – Constituição – Princípios – Regras – Critérios – Adequação – Necessidade – Proporcionalidade – Sociedade democrática.

ABSTRACT: The intention that moved the meeting of all, this directed to the analyzes of the interest ponderation method, as it will intend to demonstrate in itens developed to follow. This objective, initially intend to indicate the occurence of conflicts among fundamental laws while natural phenomenon to the democratic states. After, it is distinguished the insufficiency of the resolution classic criterion among rules, while normative species. Some consideration will be the respect of the method related, considering themselves the principle of the proportionality and its unfoldings, are valid to say, the subprinciple of the adaption necessity and proportionality in exact judgment.

* O autor é mestrando em Direito Administrativo pela UFPR; Professor de Direito Constitucional da Universidade Paranaense - Unipar, Campus de Toledo.

KEY WORDS: Fundamental law – Interest – Method – Ponderation – Conflicts – Intervention – Liberalism – Principles – Rules – Criterion – Proportionality – Democratic society.

1. Introdução

É característica dos Estados, efetivamente democráticos, a tutela dos interesses relativos aos diversos segmentos sociais que os compõem. Por isso, os ordenamentos jurídicos inerentes às sociedades pluralistas não se resumem ao reconhecimento apenas dos valores defendidos por um determinado grupo de interesses: ao revés, refletem a complexidade das mais diversas aspirações de todo o corpo social.

Disto já se infere que tais interesses juridicamente protegidos, principalmente no plano constitucional, podem eventualmente entrar em conflito. Neste passo, não é preciso esforço para se antever as múltiplas possibilidades de desencontros, por exemplo, entre posições fundadas na livre iniciativa, de um lado, e nos direitos sociais ou no intervencionismo estatal, de outro.

Em face disso, impende à adoção de critérios hábeis a solucionar, de modo adequado, tais colisões de direitos, de forma que ambos os interesses em jogo possam desfrutar da máxima efetividade possível diante das peculiaridades do caso concreto. Isto porque, em se tratando de conflitos de direitos fundamentais, não se pode admitir mecanismos que excluam, *a priori*, a realização de um deles em detrimento do outro, uma vez que ambos são constitucionalmente assegurados.

É a esta tarefa que se volta o método da ponderação de interesses, como se pretenderá demonstrar nos itens desenvolvidos a seguir. Com este objetivo, inicialmente, busca-se apontar a ocorrência de conflitos entre direitos fundamentais enquanto fenômeno natural aos Estados democráticos. Após, destaca-se a insuficiência dos critérios clássicos de resolução de conflitos entre regras como meio hábil a solucionar colisões de direitos fundamentais. Para tanto, em seguida também se promoverá distinção entre princípios e regras, enquanto espécies normativas. Por fim, serão lançadas algumas considerações a respeito do método da ponderação

de interesses, tarefa cujo desempenho é informado pelo princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos, valem dizer, os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

2. A ocorrência de conflitos entre direitos fundamentais

2.1 O Estado Pluriclasse

Já em meados do século passado, Massimo Severo Gianini destacava que:

Os Estados modernos têm como traço característico à preocupação com o reconhecimento e a proteção de interesses relativos aos mais diversos segmentos que compõem a estrutura social. Trata-se do Estado Pluriclasse, identificado pelo autor como aquele marcado pela possibilidade de acesso destes grupos sociais ao poder político, com vistas a obter a tutela estatal para os seus mais diferentes interesses, principalmente na esfera legislativa.¹

Giannini associa o fenômeno à ampliação da representação política junto ao poder legislativo. Assim, inicialmente o parlamento limitava-se a promover, através de seus atos normativos, apenas os interesses da burguesia, única classe política que a ele tinha acesso. Porém, com a extensão do direito de voto a todos os cidadãos maiores de idade, sem distinção de renda, título, estudo ou sexo, o corpo eleitoral amplia-se cada vez mais, até o atingimento do sufrágio universal. Em decorrência, representantes de todas as classes sociais passam a obter acesso ao poder legislativo, que acaba por tutelar interesses, das mais diferentes origens. Com isso, transforma-se a estrutura do Estado que, se antes era composto por uma classe homogênea, agora passa a ser formado por diversas classes heterogêneas.

Como reflexo deste novo quadro sócio-político, a legislação não mais reflete os interesses de apenas uma, dentre as diversas classes que compõem a sociedade. Em verdade, acaba por

¹ Sabino Cassese. Lo “Stato Pluriclasse” in Massimo Severo Gianini. in *L’Unità del Diritto*. Bologna, II Mulino; 1994, p.11 a 50.

veicular interesses setoriais, com o que se pretende dizer que cada um destes interesses protegidos são restritos a um determinado segmento social. Portanto, em um Estado Pluriclasse, o ordenamento jurídico reflete objetivos, valores e aspirações relativos aos diversos grupos de interesse que estruturam a sociedade.

Ainda conforme Giannini:

O acolhimento destes inúmeros interesses setoriais eventualmente pode ensejar conflitos. E a tutela legislativa de princípios jurídicos não raras vezes conflitantes entre si impede o desenvolvimento de uma normatividade homogênea e enseja incertezas quanto ao significado e à aplicação destas normas. Disto se extrai que tal sistema, incoerente e sem unidade, demandará arbitragem e negociação entre interesses conflitantes.²

O fenômeno se manifesta com maior clareza no plano constitucional. De fato e como recorda Robert Alexy, a maioria das constituições modernas contêm um catálogo de direitos fundamentais que representam os mais variados interesses vigentes na sociedade. Ocorre que:

Em função disto, estes direitos fundamentais eventualmente encontram-se em oposição diante de determinadas situações.³ Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho, "considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular.⁴

2.2 Modalidades de conflitos entre direitos fundamentais

Conforme destaca Robert Alexy:

² Sabino Cassese. Lo "Stato Pluriclasse" in Massimo Severo Gianini. in *L'Unità del Diritto*. Bologna, Il Mulino; 1994, p.12.

³ Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais. in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, nº 17. Porto Alegre: Síntese; 1999, p.268.

⁴ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina; 1998, p.1137.

*As colisões entre direitos fundamentais podem ocorrer tanto em sentido estrito como em sentido amplo.*⁵

De uma parte, há colisões em *sentido estrito* diante das situações em que direitos fundamentais de um titular entram em conflito com direitos fundamentais de outro titular. Neste caso, a realização de um direito fundamental de um determinado titular traz reflexos negativos sobre direitos fundamentais de outro. Ainda segundo o autor, estes conflitos podem ocorrer tanto entre direitos fundamentais de mesma natureza, como de naturezas diversas. Assim e, por exemplo, há colisões entre o direito de propriedade de um titular em face do direito de propriedade de outro titular, bem como há colisões entre o direito de liberdade de um titular e o direito à honra de outro.

Já a categoria de conflitos em *sentido amplo* refere-se a colisões de direitos fundamentais em face de bens coletivos. Alexy fornece exemplo esclarecedor, ao recordar que o dever legal incidente sobre as empresas de tabaco, no sentido de colocar advertências sobre prejuízos à saúde, representa uma intervenção na liberdade de exercício profissional destes produtores, ou seja, em um direito fundamental, a fim de se promover à proteção da população diante de riscos à saúde, vale dizer, com vistas à tutela de um bem coletivo.

Também Canotilho fez distinção semelhante, aludindo a dois diferentes grupos de colisões de direitos fundamentais. Ao primeiro grupo pertencem as colisões de direitos havidas entre titulares de direitos fundamentais, em que o exercício de um direito fundamental pertencente a determinado titular colide com um direito fundamental pertencente a outro. Já no segundo grupo, encontram-se as colisões entre direitos fundamentais, de um lado, e bens jurídicos da comunidade e do Estado de outro lado. Porém, quanto a esta última modalidade de conflitos, o mencionado autor observa que apenas os interesses estatais ou coletivos juridicamente protegidos podem entrar

⁵ Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais. *in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, nº 17. Porto Alegre: Síntese; 1999, p.269 a 273.

em conflito com os direitos fundamentais dos particulares. Nas palavras do autor:

Quando se fala em bens como 'saúde pública', 'patrimônio cultural', 'defesa nacional', 'integridade territorial', 'família', alude-se a bens jurídicos constitucionalmente 'recebidos' e não a quaisquer outros bens localizados numa pré-positiva 'ordem de valores'.⁶

Ocorre que os confrontos dessa natureza, ou seja, entre direitos fundamentais, não são passíveis de solução por meio dos critérios tradicionais de resolução de conflitos normativos, vale dizer, através do recurso aos critérios hierárquico, da anterioridade e da especialidade. Como se sabe, tais critérios solucionam conflitos entre regras jurídicas revelando qual dentre estas deverá ser aplicável, em detrimento das demais. Em outras palavras, os mecanismos de solução de conflitos entre regras não permite a aplicação simultânea de ambas: apontará, sempre, no sentido da incidência de apenas uma delas, com exclusão das demais que disponham em sentido contrário.

Porém e como se viu, a característica do Estado pluriclasse é exatamente o reconhecimento e a proteção de interesses dos mais variados segmentos sociais, os quais necessariamente deverão ser atendidos pelo Estado. Assim, ainda que muitas vezes tais interesses sejam conflitantes entre si, não se pode simplesmente desconsiderar determinado interesse protegido constitucionalmente em benefício de outro, de forma a satisfazer apenas um dentre estes. Disto já se antevê a necessidade de uma nova técnica destinada à composição de conflitos entre direitos fundamentais, por meio do qual se possa promover a satisfação de todos, obviamente na medida em que isto seja possível, sem que dela necessariamente resulte a opção pela realização de apenas um em detrimento dos demais interesses.

⁶ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina; 1998, p.1138.

3. Insuficiência dos critérios clássicos para a solução de conflitos entre direitos fundamentais

3.1 Sociedades pluralistas e o princípio da unidade da constituição

Como observa Daniel Sarmiento, um dos postulados do Direito Moderno é o da unidade do ordenamento jurídico, segundo o qual os elementos que compõem a ordem jurídica vigente em determinado espaço territorial devem guardar coerência interna. Assim, ainda que seja composto por uma infinidade de normas, o ordenamento jurídico é entendido como um sistema, eis que as suas partes encontram-se coordenadas de forma que cada uma das normas que o integram será correta e integralmente compreendida quando em função das demais.

O fenômeno se repete no âmbito do direito constitucional. Porém, o autor observa as dificuldades inerentes à tarefa de atribuir um sentido harmônico a estas normas uma vez que, nas sociedades pluralistas e democráticas, o texto constitucional acaba por refletir os diversos valores existentes na sociedade, muitos deles potencialmente conflitantes. Nesse campo, assume relevância o princípio da unidade da constituição, por meio do qual se exige que o aplicador do direito considere a constituição em seu todo e procure equilibrar as tensões existentes entre as normas constitucionais a serem realizadas. Em outras palavras, por imposição do aludido princípio, o intérprete deverá promover a harmonização entre os dispositivos constitucionais conflitantes. E, caso a plena conciliação não seja possível, caberá adotar solução que promova menor restrição a cada uma das normas em conflito, isto de modo a otimizar a tutela dos bens jurídicos por elas protegidos.

Resta saber se os critérios tradicionais de solução de conflitos entre regras jurídicas bastarão para a resolução de todas as tensões entre as normas constitucionais. Trata-se dos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade, por meio dos quais sempre seria possível definir qual a norma aplicável ao caso concreto, com exclusão das demais.

3.2 Solução de conflitos entre regras: o critério cronológico

O *critério cronológico*, como observa Sarmento, pouco contribui para a solução de conflitos entre normas constitucionais. Isto porque, à exceção das emendas constitucionais, editadas após o advento da constituição e por meio da qual é possível que se promova à revogação de anterior redação do texto constitucional, todas as demais normas da constituição são editadas em um único momento, não havendo espaço para considerações a respeito de qual norma seria anterior e qual seria posterior.

3.3 Critério da especialidade

Também o *critério da especialidade* não proporciona maiores benefícios, já que somente é aplicável nos conflitos em que determinada norma, aplicável a uma relação mais específica de situações, promove uma exceção às hipóteses de aplicação de outra, cujo âmbito de incidência é mais amplo e geral.

Quanto ao tema, Daniel Sarmento, com respaldo em Alf Ross, destaca que as antinomias podem ser, conforme a maior ou menor colidência entre o âmbito de incidência de cada uma das normas em conflito, dos tipos: a) *total - total*; b) *parcial - parcial* e c) *total - parcial*. O conflito será do tipo *total - total* quando as normas em contradição possuem exatamente o mesmo âmbito de validade, de forma que qualquer aplicação que seja atribuída a uma implicará necessariamente violação da outra. É o que se dá, por exemplo, com as hipotéticas normas "É proibido fumar no cinema" e "É permitido fumar no cinema". Qualquer aplicação de uma das normas representará violação da outra.

Já o conflito do tipo *parcial - parcial* ocorrerá quando as normas em conflito possuam âmbito de incidência em parte igual e em parte diferente. Neste caso, cada uma das normas dispõe de um campo de aplicação que não colide com o da outra e um campo onde tal conflito necessariamente ocorre. É o que demonstram as hipotéticas normas "É proibido usar calças brancas em fins de semana" e "É obrigatório usar roupas brancas aos domingos".

Por fim, ocorrerá conflito do tipo *total - parcial* quando o âmbito de incidência de determinada norma que disponha

em determinado sentido está incluído no interior da esfera de incidência de outra, de aplicabilidade mais ampla, que disponha em sentido diverso. Desta forma, é possível que algumas hipóteses de aplicabilidade da norma de âmbito de incidência mais amplo não represente ofensa àquela de âmbito menor. Todavia, qualquer situação em que a norma de menor esfera de incidência for aplicada configurará ofensa ao quanto disposto naquela norma de âmbito maior. É o que ocorrerá com as hipotéticas normas "É proibido pisar na grama" e "É permitido pisar na grama descalço".

Ocorre que, como destaca o autor:

O critério da especialidade somente é aplicável nos conflitos do tipo total - parcial, pois é nestes que se verifica uma norma de menor âmbito de incidência promovendo uma verdadeira exceção às situações de incidência da norma de âmbito de aplicabilidade maior.

É o que se dá, por exemplo, na relação entre o princípio da anterioridade, previsto no art. 150, III, a, da Constituição Federal, e a norma que exclui a incidência do aludido princípio diante dos impostos sobre importação, exportação, produtos industrializados e operações financeiras, em que se está diante da aplicação do critério da especialidade.

Porém, as antinomias dessa natureza não são comuns na esfera constitucional. O que se dá com maior frequência é a ocorrência de "interseção parcial" entre as esferas de incidência das normas constitucionais, de modo a configurar uma antinomia do tipo *parcial - parcial*, em que o método da especialidade não é aplicável. O autor recorda a relação entre o direito à privacidade e à liberdade de imprensa. Em regra, a tutela do âmbito privado não afeta a liberdade de imprensa, assim como o exercício dessa liberdade não prejudica a privacidade do indivíduo. Todavia, em determinadas situações às normas constitucionais que tutelam tanto a privacidade quanto à liberdade de imprensa poderão incidir ao mesmo tempo, cada uma apontando soluções opostas. Nestes casos, o critério da especialidade não contribuirá para o deslinde da questão.

3.4 Critério hierárquico

Indo avante, Daniel Sarmiento observa que tampouco o *método hierárquico* contribui para a solução dos conflitos entre normas constitucionais, já que todas as normas dessa natureza desfrutam formalmente da mesma estatura. Disto decorre a impossibilidade de se atribuir valor absoluto a uma destas normas, em detrimento das demais:

Não há relação de hierarquia entre as normas constitucionais, mesmo porque o fenômeno está ligado à idéia de que uma norma retira seu fundamento de validade de outra que lhe é superior. Demais disso, valer recordar que o princípio da unidade da Constituição afasta a pretensão de validade absoluta de certas normas em completo detrimento das demais.⁷

A despeito disso, o autor destaca que há duas concepções distintas, uma estática e outra dinâmica, sustentando a existência de hierarquia entre as normas constitucionais. Segundo uma *concepção estática*, quando duas normas constitucionais colidem, a de estatura inferior deve ser eliminada do sistema, em razão de sua invalidade. A teoria foi defendida, dentre outros, por Otto Bachof em sua obra *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*, para o qual determinada norma da constituição poderá ser declarada inconstitucional caso contrarie princípios transcendentais supralegais, acolhidos pela Constituição. Transparece, nesse entendimento, uma concepção jusnaturalista, eis que existiriam certos direitos superiores ao ordenamento jurídico positivo, os quais não poderiam ser violados sequer pelo poder constituinte originário.

Com respaldo em Jorge Miranda, Daniel Sarmiento observa que, de fato, as constituições estão sujeitas a valores éticos transcendentais, de modo a impor limites ao poder constituinte.

⁷ Como ressalta o autor, isto não significa dizer que não se possa extrair da ordem constitucional uma maior preocupação com a realização de determinados valores, relativamente a outros também tutelados em sede constitucional. O que se busca ressaltar é que, sem autorização expressa da constituição, não se pode escalar em diferentes graus hierárquicos as normas constitucionais, de forma a promover a realização daquelas de suposta estatura superior, promovendo-se o completo sacrifício daquelas outras de hierarquia inferior.

Todavia, a violação a tais limites não enseja vício de inconstitucionalidade, mas de ilegitimidade da norma constitucional.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido da impossibilidade de decretação da inconstitucionalidade de normas da Constituição originária. Ao apreciar ação direta de inconstitucionalidade em que se discutia a constitucionalidade do art. 45, § 1º da CF/88, que estabelece o número mínimo e máximo de deputados federais por Estado, sob o fundamento de que o aludido dispositivo violava os princípios supralegais da igualdade de voto e da democracia adotados pelo constituinte, o STF decidiu que não cabe àquele Tribunal "exercer o papel de fiscalizador do poder constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios do direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição".

De outro lado, uma *concepção dinâmica da hierarquização dos princípios constitucionais* não aceita a tese de normas constitucionais inconstitucionais. Ao revés, ainda que potencialmente conflitantes todos os princípios e regras contidos no texto constitucional deverão subsistir. Porém, a hierarquização será necessária quando da solução de casos concretos que envolvam o conflito entre duas normas constitucionais. Assim, a questão será resolvida em favor da norma considerada de maior estatura, promovendo-se o completo e incondicionado sacrifício da norma constitucional entendida como de escalão inferior.

Como observa Sarmento, trata-se de aplicação ao campo constitucional do que John Rawls designou como ordem léxica entre princípios, segundo a qual há uma ordenação entre estes, que deverá ser observada de forma que o primeiro daqueles princípios deva ser satisfeito antes que o segundo seja considerado, e que o segundo seja aplicado antes de se promover à realização do terceiro dentro desta ordem de princípios. Assim, o princípio de escalão inferior não será atendido enquanto o de escalão superior não estiver plenamente realizado ou não se aplicar ao caso. É desta forma que afirma o renomado autor:

Não há espaço para a ponderação entre princípios porque aqueles que se encontrarem antes na escala tem valor absoluto em relação aos posteriores, sendo aplicáveis sem exceção. Em decorrência, a

*solução do conflito sempre se dará através da adoção do princípio superior em detrimento de outro inferior.*⁸

Sarmiento adverte que este entendimento promove o esvaziamento das normas reputadas de hierarquia inferior, que restam absolutamente ineficazes sempre que confrontadas com outras entendidas, pelo gosto do intérprete, como de escalão superior. Demais disso, muitas vezes a tentativa de tornar absolutos e incontrastáveis determinados valores, em detrimento de outros, também tutelados no plano constitucional, acoberta o desejo de fazer prevalecer o posicionamento ideológico de determinado grupo social. Por fim, também recorda o autor que uma concepção absoluta de certos direitos pode impossibilitar a introdução de novos direitos sociais. A defesa absoluta e incondicional dos postulados político-econômicos do liberalismo clássico, promovida por parte da jurisprudência norte-americana no final do século passado até meados dos anos 30, levou à sistemática rejeição de toda a legislação social e econômica promovida pelo Governo americano, destinada à superação dos malefícios decorrentes daquele sistema.

Por tudo, o autor observa que os critérios tradicionais para a solução de antinomias não se revelam suficientes para a composição de conflitos entre normas constitucionais. Disto decorre a necessidade de adoção de um método mais dinâmico e flexível, adequado a enfrentar as múltiplas variantes que tais conflitos podem proporcionar.

4. Regras e princípios: contribuições para o tema

Como observa Paulo Gustavo Gonet Branco, as normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais assumem mais frequentemente a natureza de princípios. Por isso, este autor observa que:

*Os conflitos de direitos fundamentais reconduzem-se a um conflito de princípios.*⁹

⁸ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Havard University Press; 1994, p.43, citado por Daniel Sarmiento em seu *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2000, p.38 e 39.

Desta forma, a resolução de conflitos envolvendo direitos fundamentais, ou entre tais direitos e outros valores assegurados no plano constitucional, demanda uma correta compreensão desta espécie normativa.

Assim, inicialmente destaca que a doutrina identifica duas grandes espécies de normas: regras e princípios. De um lado, as *regras* referem-se às normas que, diante da concreta ocorrência dos fatos descritos em sua hipótese de incidência, exigem, proíbem ou permitem algo de modo categórico. Em outras palavras, não haverá espaço para uma aplicação gradual dos efeitos jurídicos que a regra prescreve. Isto porque um conflito entre regras resolve-se no plano da validade, o que significa dizer que a aplicação de uma das normas conflitantes será afastada diante da verificação de sua invalidade.

Já, os princípios são espécie normativa que exigem a realização dos valores por eles assegurados da melhor forma possível, tendo-se em vista as possibilidades fáticas e jurídicas apresentadas pela situação concreta. Nas palavras do autor:

Os princípios são determinações para que um determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandamentos de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso é viável que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai.¹⁰

Disto já se infere que a resolução do conflito entre princípios será orientada pela necessidade de conciliação entre estes, aplicando-se tais princípios com extensões variadas, de acordo com a relevância de cada qual no caso concreto. Desta forma, busca-se aplicar ambos os princípios em conflito com a máxima intensidade que as circunstâncias do caso permitirem, eis que, como se disse, os princípios configuram mandamentos de otimização, ou seja, demandam uma realização "ótima" diante do caso concreto.

⁹ *Hermenêutica Constitucional e Direito Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica; 2000, p.182.

¹⁰ *Hermenêutica Constitucional e Direito Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica; 2000, p.181 e 182.

Enquanto mandamento de otimização, a integral compreensão da esfera de abrangência de um princípio não resulta imediatamente da leitura da norma que o consagra. Antes, deve ser complementado pelas possibilidades fáticas e jurídicas apresentadas pelo caso concreto. Por isso, Gustavo Gonet Branco observa que:

A normatividade dos princípios é, nesse sentido, provisória, potencial, com virtualidades de se adaptar à situação fática, na busca de uma solução ótima.¹¹

Também Robert Alexy, após destacar que apenas os critérios fornecidos para o deslinde de colisões entre princípios são adequados para solucionar conflitos entre direitos fundamentais, faz distinção em sentido semelhante.

Como esclarece o abalizado autor, de um lado, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, portanto, mandamentos de otimização.¹²

Isto equivale a dizer que os princípios exigem que o seu conteúdo seja atendido da forma mais intensa possível, diante das peculiaridades fáticas e das circunstâncias jurídicas apresentadas pelo caso concreto. E dentre as circunstâncias jurídicas que condicionam a aplicação do conteúdo de determinado princípio encontram-se os princípios e regras jurídicas também incidentes sobre o caso concreto e que eventualmente apontem em direção oposta.

Assim, se de um lado todos os efeitos jurídicos de uma regra aplicável a uma determinada situação deverão ser necessariamente sentidos, de outro, a realização de um princípio pode eventualmente se dar com maior ou menor intensidade, em razão de sua ponderação em face de outros princípios. Por isso:

¹¹ *Hermenêutica Constitucional e Direito Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica; 2000, p.183.

¹² *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais*. in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, nº 17. Porto Alegre: Síntese; 1999, p.275.

*Não há espaço para uma opção, a priori, entre princípios igualmente aplicáveis: será diante das peculiaridades do caso concreto que se poderá aferir em que medida determinado princípio deverá receber aplicação, o que variará de acordo com o peso relativo que assumirá em função dos demais princípios também incidentes.*¹³

E o critério adequado à solução de colisões de princípios é a ponderação. Aliás, para o autor, princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. De uma parte, quem realiza ponderações no campo do direito pressupõe que as normas objeto de tais ponderações têm a estrutura de princípios. De outra, quem classifica as normas como princípios deve chegar a ponderações.

Porém, situação diversa ocorre com as *regras*. Estas são normas que somente podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se a regra vale, deve-se proceder exatamente de acordo com o que ela prescreve, nem mais nem menos. Trata-se de *mandamentos definitivos*, cuja forma de aplicação não é a ponderação, mas a subsunção.

Do mesmo modo, J. J. Gomes Canotilho faz distinção semelhante, aludindo à dicotomia entre *princípios e regras*. Trata-se de duas espécies de normas,¹⁴ pois que estas podem se revelar

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.86, citado por Daniel Sarmiento em seu *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2000, p.46.

¹⁴ Para o autor, as normas são um “modelo de ordenação juridicamente vinculante” abstrato e geral que, por meio de um “processo de concretização” destinado à sua aplicação no plano da realidade dos fatos, é capaz de ensejar uma “norma de decisão” para o caso concreto. Este processo de concretização parte do “texto da norma”, do qual se extrai uma “norma jurídica”, a qual permitirá apontar para uma solução para o caso concreto, fixando uma “norma de decisão” para a questão. São hábeis a ensejar uma norma de decisão tanto os princípios jurídicos como as regras de direito, ambas manifestações das normas. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina; 1998, p.1075, 1076, 1094 e 1095. Também para Eros Roberto Grau a norma é gênero, do qual são espécies as regras e princípios. Assim o é porque os princípios, assim como as regras, igualmente reproduzem a estrutura peculiar às normas jurídicas, pois que possuem um pressuposto de fato, cuja diferença em relação às regras é se reportar a uma séria indeterminada de *facti species*, bem como também assumem uma estatuição, cuja peculiaridade é que seu sentido muitas vezes se revela quando da sua conexão com

tanto por intermédio de regras como de princípios. Dentre as distinções a que procede ao autor, resta destacar que os princípios são verdadeiras normas, mas que se diferem das regras jurídicas sob dois aspectos.

De um lado, os princípios são normas jurídicas que demandam uma 'otimização' para o caso concreto, vale dizer, são passíveis de experimentar vários graus de concretização, conforme se alteram as peculiaridades fáticas e jurídicas de cada situação a que se aplicam. Já as regras jurídicas prescrevem automaticamente uma determinada exigência, não deixando espaço para soluções intermediárias: diante da validade de uma regra, esta deve ser cumprida com a precisa intensidade de suas prescrições, nem mais nem menos.¹⁵

De outra parte, a convivência entre princípios é conflitual, a convivência entre regras é antinômica. Por isso, os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Em consequência, ao exigirem uma otimização em sua aplicação, os princípios permitem o balanceamento e harmonização de valores e interesses, conforme o seu peso e a consideração de outros princípios eventualmente conflitantes. Já, quanto às regras, vigora a “lógica do tudo ou nada”, ou seja:

Ou uma regra vale e, portanto, seus efeitos jurídicos se verificarão, ou não vale, situação em que não será aplicável ao caso concreto, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias.¹⁶

Enquanto que para Robert Alexy e Gomes Canotilho, a distinção a que se procede é entre *princípios* e *regras*, espécies do gênero *normas*, para Ronald Dworkin a contraposição é entre *normas*, de um lado, e *princípios* de outro, ainda que lhes conferindo critérios metodológicos semelhantes à dicotomia entre princípios e regras.

outras normas jurídicas. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros; 1998, p.110.

¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina; 1992, p.174, citado por Daniel Sarmiento em seu *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2000, p.47.

¹⁶ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina; 1998, p.1035.

Para este autor:

Tanto as normas como os princípios são conjuntos de balizas que apontam para decisões individuais, impondo deveres jurídicos ou direitos subjetivos nos casos concretos. A diferença reside no caráter da orientação que são hábeis a proporcionar. De um lado, as normas são aplicáveis de forma disjuntiva, com o que se pretende dizer que, uma vez presentes os pressupostos fáticos necessários à sua incidência, haverá espaço apenas para duas hipóteses: a) ou a norma é válida, situação em que todos os seus efeitos necessariamente deverão recair sobre o caso a ela subsumido, determinando a única solução cabível; ou b) a norma é inválida, hipótese em que deverá ser desconsiderada quando da resolução do caso concreto, não proporcionando qualquer contribuição para o seu deslinde. Nas palavras de Dworkin, se os fatos que a regra estipula estão presentes, então ou a regra é válida, e nesse caso o comando que ela estabelece tem de ser aplicado, ou ela é inválida, e nesse caso ela não contribui em nada para a decisão do caso.¹⁷

Em outras palavras, diante de um conflito entre normas, uma delas não poderá ser válida. Como recorda Maria Helena Diniz:

Crítérios como o da anterioridade, da especialidade e da hierarquia norteiam a identificação da norma que deverá incidir no caso concreto.¹⁸

De outro lado, não é desta forma que operam os *princípios jurídicos*, uma vez que estes não estabelecem conseqüências jurídicas que decorram automaticamente da verificação das condições fáticas para a sua incidência. Em outras palavras, a presença das circunstâncias previstas como necessárias à incidência de determinado princípio não impõe necessariamente a aplicação de seus efeitos ao caso concreto.

O que se dá é que, diferentemente das regras, os princípios assumem uma dimensão de peso e importância que falta às normas, que se revela quando dois princípios, ambos igualmente aplicáveis ao caso concreto, entram em colisão. Assim, a solução do

¹⁷ *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., p.74 e ss.

¹⁸ Tais critérios referem-se à solução de antinomias *aparentes*, pois que o próprio ordenamento jurídico oferece os instrumentos para superá-las. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. São Paulo: Saraiva; 1998, p.71 e ss.

confronto demanda a aferição do peso relativo assumido por cada um dos princípios envolvidos em face das circunstâncias do caso concreto, de forma a definir em que medida cada princípio cederá espaço ao outro.

É verdade que nem sempre é possível uma mediação exata entre tais princípios, e que poderá haver controvérsias a respeito da importância de cada um quando em confronto com os demais. Todavia, ressalta que esta dimensão é inerente aos princípios e sempre terá sentido perguntar a importância ou o peso que cada princípio assume. De fato, pode ocorrer que outros princípios, igualmente aplicáveis à situação concreta, apontem para a direção oposta. Neste caso, é possível que o aludido princípio não prevaleça. Todavia, disto não se pode extrair que não se trate de um princípio reconhecido pelo ordenamento jurídico porque, em outra situação em que não estejam presentes aquelas considerações em sentido contrário, tal princípio poderá ser decisivo na solução da questão. O que importa ressaltar é que se trata de um critério juridicamente vinculante, ou seja, que deverá obrigatoriamente ser levado em conta pelos aplicadores do direito como critério a nortear o ato decisório, caso seja pertinente à situação enfrentada.

Ao contrário das regras, diante de um conflito entre princípios não é possível simplesmente desconsiderar determinado princípio em favor de outro. Quando pertinentes a um caso concreto, os princípios serão sempre aplicáveis, ainda que não produzam integralmente seus efeitos em razão da incidência de outros princípios que apontem para solução em sentido diverso. Deverá haver uma ponderação entre eles, e não a opção em favor de um e em detrimento de outro.

Já, com relação às regras jurídicas, a solução é diversa. Quando duas delas aparentemente incidem sobre a mesma situação fática, tal conflito é afastado mediante a aplicação dos aludidos critérios hierárquico, cronológico e da especialidade, de forma que apenas uma prevaleça, desconsiderando-se por completo a outra.

Em suma, enquanto o ordenamento jurídico não tolera antinomias entre suas regras, em decorrência de sua coerência interna, o mesmo não ocorre com os princípios. Estes podem apontar

para soluções diametralmente opostas em determinados casos concretos, sem que isto configure quebra do sistema jurídico.

Por tudo, a solução de conflitos estabelecidos entre bens juridicamente protegidos não poderá se valer dos mesmos critérios aplicáveis aos conflitos entre regras jurídicas, de forma que a tutela de um dos bens envolvidos necessariamente levaria ao desacolhimento do outro. Como ambos os interesses em jogo estão albergados pelo Direito, não poderão ser sumariamente desconsiderados *a priori* pelo aplicador. Há que se ponderar os interesses envolvidos, com vistas a realizar a ambos, na medida e com a intensidade em que isto for possível diante das condicionantes fáticas e jurídicas. Isto porque, assim como os princípios, também os direitos fundamentais demandam uma otimização de seu conteúdo diante das peculiaridades do caso concreto, como esclarece Robert Alexy ao destacar que:

*Também as colisões de direitos fundamentais devem ser qualificadas como colisões de princípios.*¹⁹

¹⁹ Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais. *in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, nº 17. Porto Alegre: Síntese; 1999, p.275. Às páginas 276 e 277 o autor esclarece que a solução dos conflitos de direitos fundamentais mediante a teoria das regras, e não por meio da teoria dos princípios, traz conseqüências indesejáveis eis que levaria necessariamente a uma das seguintes conclusões: a) a necessidade de declaração de pelo menos uma das normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais colidentes como inválida ou juridicamente não vinculativa, o que seria inviável pois todas têm dimensão constitucional e devem, portanto, ser aplicadas; b) a adoção de uma interpretação restritiva para as normas garantidoras de direitos fundamentais, de forma que uma das situações fáticas lamentadas não pudesse ser subsumida no âmbito de proteção das aludidas normas. Este entendimento colocaria termo ao “aparente” conflito entre direitos já que uma interpretação restritiva demonstraria que um dos interesses em jogo configuraria mera aparência ou alegação de direito, não se encontrando efetivamente dentro do campo de incidência da norma invocada. Todavia, tal critério hermenêutico não guarda consonância com as características inerentes à interpretação de direitos fundamentais; e c) reconhecimento de que o não prevalecimento de uma norma constitucional garantidora de direitos fundamentais em determinado caso seria decorrente de uma exceção à regra geral de sua aplicação, e não como resultado de uma ponderação. E isto levaria à conclusão de que, sendo admitidas inúmeras exceções às regras garantidoras de direitos, seria juridicamente possível criar tantas outras a ponto de esvaziar por completo o conteúdo do direito fundamental em questão.

Demais disso, Canotilho recorda que apenas um sistema aberto²⁰ de princípios proporciona um espaço para o desenvolvimento e solução de conflitos decorrentes dos inúmeros valores e interesses, muitas vezes contraditórios, de uma sociedade pluralista. Afirma *ipsis literis* o prestigiado jurista lusitano que:

*Considerar a constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um compromisso entre vários atores sociais, transportadores de idéias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagônicos ou contraditórios.*²¹

Por isso, o autor observa que:

*A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental.*²²

Dáí a necessidade de se reconhecer a existência de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e de se aceitar que os princípios não obedecem à lógica do “tudo ou nada”, demandando ponderação e equilíbrio, de acordo com o seu peso relativo e as circunstâncias do caso concreto. Assim, ao lado da segurança jurídica ensejada pelas regras jurídicas, os princípios permitem uma otimização entre os vários compromissos assumidos por um Estado Democrático.²³

²⁰ Como destaca Canotilho, a abertura de um sistema constitucional é decorrente do caráter geral e indeterminado de muitas de suas normas e que, exatamente por isso, se “abrem” a uma atividade legislativa concretizadora. A abertura comporta uma “delegação relativa nos órgãos concretizadores”, com o objetivo de conferir densidade à norma, ou seja, dotar-lhe de maior precisão quanto aos seus efeitos jurídicos e às suas condições de aplicação. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina; 1998, p.1054 e 1055.

²¹ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina; 1998, p.1056.

²² *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina; 1998, p.1056.

²³ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina; 1998, p.1036 e 1037.

5. A técnica de solução de conflitos de direitos fundamentais: a ponderação de interesses

5.1 Ponderação e a realização de valores fundamentais

Como reflexo da pluralidade de idéias e concepções existentes em uma determinada sociedade, também a Constituição assume, por meio de seus princípios, os valores e interesses das mais variadas matizes. Portanto, pode ocorrer que tais princípios entrem em conflito diante de determinada situação fática. Como observa Daniel Sarmiento, citando Karl Engisch:

*O confronto principiológico configura fenômeno inevitável, uma vez que se trata de mero reflexo das desarmonias que surgem numa ordem jurídica pelo fato de, na constituição desta, tomarem parte diferentes idéias fundamentais entre as quais se pode estabelecer conflito.*²⁴

É diante da necessidade de se “encontrar o direito” para solucionar tais casos de tensão entre bens juridicamente protegidos que surgem as idéias de ponderação ou balanceamento de interesses, como observa J. J. Gomes Canotilho.²⁵ De fato, como não há uma hierarquia prévia e abstrata entre tais bens, a solução destes conflitos demandará uma norma de decisão adaptada às circunstâncias fáticas. Para tanto, exige-se uma ponderação, uma pesagem ou balanceamento entre tais bens diante do caso concreto,²⁶ método típico

²⁴ *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p.318, citado por Daniel Sarmiento em seu *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2000, p.97.

²⁵ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina; 1998, p.1109.

²⁶ Daniel Sarmiento ressalta que a apenas a ponderação realizada tomando-se em vista as peculiaridades do caso concreto efetivamente corresponde a uma ponderação de interesses conflitantes. O autor destaca que a doutrina denomina de ponderação abstrata a fixação de critérios destinados a compatibilização de princípios constitucionais potencialmente conflitantes, através da recíproca compressão dos respectivos campos de aplicação, sem que sejam tomadas em consideração as peculiaridades inerentes ao caso concreto. Ocorre que tal ponderação abstrata não configura verdadeiramente uma ponderação de interesses,

de solução de conflitos entre princípios que, como se disse, afasta alternativas radicais de "tudo ou nada".²⁷

Também Marçal Justen Filho destaca o papel da ponderação como mecanismo de realização de valores juridicamente assegurados. O autor observa que:

Diante da ocorrência de atritos entre valores igualmente tutelados pelo Direito, a integral e absoluta satisfação de um determinado interesse poderia inviabilizar a realização dos demais. Assim, o papel da ponderação é o de promover, de modo mais intenso possível, a satisfação de todos os valores consagrados pelo ordenamento jurídico. Para tanto, o princípio demanda priorizar e ponderar interesses. Em face do caso concreto, caberá ao aplicador do Direito identificar os valores a serem aplicados e, diante de valores de diferente relevância, deverá adotar a conduta que trouxer menor sacrifício ao valor de inferior importância. Somente assim será possível compatibilizar tais interesses, permitindo que todos sejam realizados.

Ressalta ainda, que:

*Não há liberdade do aplicador do Direito nesta tarefa de ponderação: os critérios que pautarão tal atividade são aqueles fornecidos pela Constituição e pelos princípios gerais do direito.*²⁸

Mesmo porque a doutrina observa que a ponderação de interesses é limitada pela necessidade de respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Com isso, se pretende dizer que tais direitos contêm um conteúdo mínimo, que não pode ser violado, seja pelo legislador, seja, pelo aplicador do direito. Em decorrência, a

já que possui as mesmas características comuns à interpretação jurídica tradicional. De fato, por meio de tal ponderação abstrata busca-se extrair a extensão do significado dos princípios da constituição por meio de uma interpretação sistemática das suas normas. Já a ponderação propriamente dita é efetivada diante das características da situação fática enfrentada, tomando-se em conta em que medida os interesses conflitantes estão sendo afetados e qual o peso específico que cada um destes deverá assumir em face das peculiaridades fáticas apresentadas pelo problema. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2000, p.109 e ss.

²⁷ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina; 1998, p.1109.

²⁸ *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética; 1999, p.66.

observância desse núcleo essencial constituiria um limite a ser observado quando da restrição de direitos inerente ao processo de ponderação, de forma que o conteúdo nuclear de tais direitos não poderá ser desconsiderado.²⁹

²⁹ Conforme Canotilho, há duas correntes doutrinárias diversas sobre o tema do núcleo essencial dos direitos, denominadas teoria absoluta e teoria relativa, as quais apontam para soluções diferentes. De um lado, a teoria absoluta sustenta que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais deve ser fixado abstratamente, vale dizer, sem que se leve em consideração às peculiaridades do caso concreto. Disto se extrai que tal núcleo essencial não pode ser violado ou comprimido em nenhuma hipótese, ainda que isto seja necessário para a realização de outro direito fundamental em determinada situação fática. De outro lado, a teoria relativa sustenta que o núcleo essencial de um direito fundamental é o que resulta de uma ponderação, constituindo aquela parte do direito fundamental que, comprimido em face de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos e que com aquele colidam, acaba por ser entendida como prevalente e que não mais poderá ser limitada no caso concreto. O autor inclina-se em favor da teoria absoluta, ao destacar que, se é verdade que o âmbito de proteção de um direito pode ser obtido, caso a caso, mediante ponderação com outros direitos contrapostos, também é certo que a proibição da diminuição do conteúdo do núcleo essencial, previsto na constituição portuguesa, somente teria sentido se de fato representar um reduto último intransponível por qualquer medida restritiva de direitos. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina; 1998, p.419 e 420.

Já Daniel Sarmento sustenta a prevalência da teoria relativa, argumentando que determinadas situações concretas podem afetar ao mesmo tempo o núcleo de dois direitos fundamentais contrapostos. Nestes casos, o juiz terá de optar por um deles, em detrimento do outro, cujo cerne será violado. A aplicação da teoria absoluta a estes casos não trará solução satisfatória. De fato, para esta corrente não se pode, em qualquer hipótese concreta, adentrar no núcleo essencial dos direitos fundamentais, cujo conteúdo é revelado ainda no plano abstrato. O autor formula exemplo elucidativo, segundo qual um jornal descobre, e pretende publicar de forma sensacionalista às vésperas de uma eleição, que determinado político importante é homossexual. Tal político, advertido do fato antes da publicação da matéria, promove medida judicial visando proibir sua divulgação, para tanto invocando o direito à privacidade. Por sua vez, o jornal alega estar respaldado pela liberdade de imprensa. Nesta hipótese, ao juiz restará apenas duas opções: vedar a reportagem, em favor do direito à privacidade, em detrimento da liberdade de imprensa; ou permitir a publicação, tutelando a liberdade de imprensa em desfavor do direito à privacidade. Não há espaço para uma terceira alternativa.

Sendo assim, para o autor o núcleo fundamental somente pode ser delineado em face do caso concreto, o que se fará por meio da ponderação dos interesses que porventura venham a colidir. No dizer de Daniel Sarmento, tal entendimento é mais adequado à dinâmica do processo decisório inerente às questões

Disto já se infere que a ponderação de interesses não representa apenas uma técnica meramente procedimental de resolução de conflitos entre princípios constitucionais. Daniel Sarmento destaca que:

O método assume relevante caráter substancial, uma vez que a ponderação destina-se a produzir resultados voltados para a promoção dos valores constitucionais da liberdade, igualdade, justiça e fraternidade, dentre outros.

Ainda segundo o autor:

Tais valores restam condensados no princípio da dignidade da pessoa humana.

O que é reconhecido como fundamento da República Federativa do Brasil, tal como previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal, o qual confere unidade teleológica a todos os demais princípios e regras integrantes do ordenamento jurídico.

Ainda segundo Sarmento:

No plano jurídico o princípio da dignidade da pessoa humana expressa a máxima kantiana segundo a qual o homem deve ser considerado como um fim em si mesmo e nunca como um meio.

Em outras palavras, o ser humano precede o Estado e o Direito, que se justificam apenas em função daquele. No dizer de Miguel Reale:

A pessoa humana deve ser tratada como valor-fonte do ordenamento jurídico, cabendo ao Estado a tarefa primordial de promover e defender a sua dignidade.³⁰

Trata-se de valor nuclear da ordem constitucional, cujos efeitos são irradiados para todo o ordenamento jurídico.³¹

constitucionais mais complexas. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2000, p.111, 112 e 113.

³⁰ A Pessoa, valor-fonte fundamental do Direito, in *Nova Fase do Direito Moderno*. São Paulo: Saraiva; 1990, p.59/69.

Por isso, tal princípio representa a principal orientação a ser observada no procedimento de ponderação entre interesses, exigindo a solução mais consentânea com os valores humanitários que o princípio congrega, como observa Daniel Sarmiento.³²

Todavia, o referido autor adverte que a observância ao aludido princípio não levará necessariamente a uma decisão desfavorável aos demais interesses constitucionais que eventualmente com ele colidam. Isto porque o conceito, como já se ressaltou, assume um conteúdo compatível com o pluralismo axiológico, constituindo mecanismo suficientemente maleável para acolher valores potencialmente conflitantes, tais como liberdade e segurança. Mesmo porque não é possível extrair-se uma hierarquia formal, *a priori*, entre princípios constitucionais, razão pela qual a resolução de conflitos entre interesses constitucionalmente assegurados demandará sempre

³¹ Sarmiento observa que as constituições assumem uma determinada concepção sobre o homem e suas relações com a comunidade, a qual é extraída de cada sistema constitucional. Todavia, tais conceitos não são atemporais, sofrendo variações no tempo e no espaço. Assim, por exemplo, a primeira fase do constitucionalismo, surgida com o Estado liberal, é marcada por uma perspectiva individualista e abstrata da pessoa humana. Neste período, cabia ao Estado respeitar a liberdade e a autonomia dos indivíduos. Porém, não lhe incumbia promover as condições reais de subsistência do homem, de modo que este pudesse, efetivamente, exercer tal liberdade que formalmente lhe era assegurada. A promoção do bem estar do indivíduo era tarefa que apenas a este tocava. Atualmente, o ser humano é considerado um valor em si mesmo, superior ao Estado e a qualquer coletividade de que seja integrante. Porém, o que se tem em vista é um ser humano real, com necessidades concretas que devem ser atendidas. Por isso, o princípio da dignidade da pessoa humana não possui apenas um aspecto negativo, significando um limite intransponível para a atuação do Estado, de forma a retirar a eficácia jurídica de ato administrativo, legislativo ou jurisdicional que configure violação à dignidade da pessoa humana. Também assume um perfil positivo ao exigir uma postura ativa do Estado, no sentido de promover um mínimo necessário à existência humana. Em outras palavras, não é apenas o desrespeito às liberdades individuais que ofende a dignidade do homem. A falta de acesso à alimentação, saúde, educação, moradia produz o mesmo efeito. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2000, p.68 e ss.

³² *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2000, p.74.

uma ponderação em cada caso concreto, cujo resultado poderá variar em função das peculiaridades da situação.

Disto decorre que o atendimento ao interesse coletivo pode autorizar uma restrição a direitos fundamentais, tal como se dá quando a legislação processual penal permite a prisão de réu ainda não condenado, quando sua liberdade representar perigo considerável para a coletividade.

Seja como for, a liberdade do operador do direito sempre terá como limite a ser observado, quando do procedimento de resolução dos conflitos de interesses, os valores insculpidos na ordem constitucional, dentre os quais assume relevo o princípio da dignidade da pessoa humana. O que Daniel Sarmiento ressalta é que:

*A técnica de ponderação não poderá desconsiderar a exigência de promoção da dignidade do homem, objetivo maior buscado pela Constituição.*³³

5.2 O procedimento da ponderação: delimitação do conflito

De fato, o método da ponderação de interesses é critério hábil a compor tais conflitos constitucionais. Porém, a elasticidade inerente ao método da ponderação traz dificuldades na definição de uma metodologia racional e controlável que possa lhe conferir um conteúdo mais preciso. E a fixação de uma técnica segura de sua aplicação é essencial para a legitimação da ponderação, que deverá ser exercida dentro dos parâmetros inerentes a um Estado de Direito, vale dizer, de modo que também possa proporcionar segurança jurídica e a transparência dos atos estatais.

Assim, inicialmente vale advertir que somente haverá espaço para a ponderação de interesses quando efetivamente restar caracterizada a colisão entre, pelo menos, dois princípios igualmente incidentes sobre um determinado caso concreto.³⁴

³³ *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2000, p76.

³⁴ Daniel Sarmiento observa que a resolução dos conflitos entre regras não se dá mediante ponderação de interesses, mas por intermédio dos critérios hierárquico, cronológico e da especialidade, dos quais resultará sempre a aplicação de apenas uma das normas ao caso concreto, em detrimento da outra. Porém, há situações em

Portanto, antes de tudo caberá ao aplicador do direito verificar se tais princípios, que *a priori* parecem colidir, efetivamente encontram-se em oposição.

Sendo assim, a primeira etapa do processo de ponderação consiste na *correta interpretação* dos cânones envolvidos,³⁵ a fim de precisar a extensão e a profundidade do campo normativo de cada princípio e, com isso, verificar se a situação fática enfrentada está realmente compreendida no campo de incidência de mais de um destes princípios. Esta primeira etapa, como observa Canotilho, demanda a delimitação do âmbito de proteção da norma invocada, com o que se pretende estabelecer uma distinção entre o que restará albergado neste âmbito e o que dele estará excluído. Em outras palavras, busca-se “precisar a esfera de proteção da norma e excluir certas dimensões não reentrantes nesta esfera”,³⁶ a fim de se verificar

que determinadas regras configuram manifestação ou desdobramento de princípios, razão pela qual dependem materialmente destes. Sendo assim, é possível que o princípio informativo de determinada regra encontre-se, no caso concreto, em conflito com outro princípio. Nestas situações, Daniel Sarmiento observa que, como em verdade se trata de conflitos entre princípios, uma ponderação entre os interesses tutelados pelos princípios em jogo pode eventualmente levar à não aplicação, por exemplo, daquele primeiro princípio. E disto resultará que também as regras dele decorrentes serão ineficazes para o caso concreto. O autor destaca que o entendimento também é compartilhado por Eros Roberto Grau, o qual observa que “*não se manifesta jamais antinomia jurídica entre princípios e regras jurídicas. Estas operam como concreção daqueles. Em consequência, quando em confronto dois princípios, um prevalecendo sobre o outro, as regras que dão concreção ao que foi desprezado são afastadas: não se dá a sua aplicação a determinada hipótese, ainda que permaneçam integradas, validamente, no ordenamento jurídico*”. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2000, p.106 e 107.

³⁵ Canotilho observa que esta etapa ainda não configura verdadeira ponderação, porque se trata de “*delimitar o âmbito de proteção de uma norma constitucional, estabelecendo uma espécie de linha de demarcação entre o que entra nesse âmbito e o que fica de fora*”. É o que a doutrina norte-americana denomina por *definitional balancing*, por meio da qual se estabelece o campo de proteção da norma e se exclui certa situação que não se enquadrem nesse campo. Por isso, conclui que o “*definitional balancing* não é, em rigor, um modelo de ponderação, pois localiza-se ainda no procedimento interpretativo destinado a determinar o âmbito de proteção de normas garantidoras de direitos e bens constitucionais. Define-se, por via geral e abstracta, os ‘campos normativos’”. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina; 1998, p.1112.

³⁶ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina; 1998, p.1112.

se o interesse invocado encontra-se “enquadrado” no âmbito de proteção da norma. Assim e, por exemplo, a propaganda subversiva e a instigação não entram na esfera juridicamente protegida pela liberdade de manifestação de pensamento, como destaca o autor.³⁷

Nas palavras de Roberto Bin, trata-se de:

*Definir a topografia do conflito, o que significa precisar, de um lado, se efetivamente e em que medida, a esfera juridicamente tutelada do interesse albergado por uma norma se sobrepõe à esfera juridicamente protegida do interesse resguardado por meio de outra norma. De outro lado, também se deve definir o espaço residual que restará ao exercício de cada um dos interesses conflitantes, sem que se incida no campo em que os dois princípios se sobrepõem.*³⁸

Como observa Daniel Sarmento:

No campo dos direitos fundamentais a fixação da topografia do conflito corresponde à identificação dos limites imanentes de cada direito.

Em outras palavras, trata-se da delimitação da extensão da área juridicamente protegida de determinado interesse, ou seja, da fixação da fronteira externa dos direitos fundamentais.

A questão envolve, no dizer de Paulo Gustavo Gonet Branco, a tarefa de:

*Revelação dos limites máximos de conteúdo" do direito fundamental, por meio do qual se identifica qual a parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir como o âmbito de proteção albergado pela garantia constitucional em debate. Deste modo, será possível aferir se a pretensão do indivíduo envolvido pelo conflito efetivamente se inclui no âmbito de proteção do direito fundamental por ele invocado.*³⁹

³⁷ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina; 1998, p.1112.

³⁸ *Diritti e Argomenti - Il Bilanciamento degli Interessi nella Giurisprudenza Costituzionale*. Milão: Giuffrè, 1992, p.62/63, citado por Daniel Sarmento em seu *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2000, p.100.

³⁹ *Hermenêutica Constitucional e Direito Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica; 2000, p.187.

E a prévia fixação dos limites imanentes dos direitos fundamentais é indispensável à resolução dos conflitos, uma vez que este conflito apenas restará configurado quando a situação concreta realmente se encontrar no interior dos limites imanentes de mais de uma norma constitucional.

José Carlos Vieira de Andrade, citado por Daniel Sarmiento, fornece alguns exemplos em que não se está diante de uma efetiva sobreposição de áreas juridicamente protegidas de interesses contrapostos, tratando-se, em verdade, de interesses que não se encontram no campo juridicamente tutelado pelas normas invocadas.

Assim, o autor recorda que não se pode invocar a liberdade religiosa para a realização de sacrifícios humanos, ou invocar o direito de propriedade para esquivar-se ao pagamento de impostos, ou ainda sustentar o direito de educar os filhos como fundamento para espancá-los violentamente. Nestas situações, não há propriamente um conflito entre os supostos direitos invocados, ou seja, o direito de agredir os filhos, de não pagar tributos, de promover sacrifícios humanos, e outros direitos ou valores que lhe são opostos, tais como o direito de educar os filhos, o dever de recolher tributos, o direito à liberdade religiosa. O que se dá, em verdade, é que o próprio preceito constitucional invocado para justificar tais interesses não comporta a extensão pretendida, ou seja, exclui de seu âmbito normativo tais situações.⁴⁰

Vale recordar que a natureza aberta e elástica dos princípios, os quais não desfrutam de um campo de incidência perfeitamente delimitado, torna extremamente difícil senão impossível, a definição *a priori* de seus respectivos âmbitos de incidência, ou seja, das hipóteses que estariam por ele albergadas. Disto decorre a relevância da análise do caso concreto na constatação da ocorrência de eventual conflito entre princípios.

Indo avante, Canotilho destaca que:

Uma vez delimitado o âmbito de proteção das normas garantidoras de direitos e bens, procede-se à verificação da medida em que a esfera de um direito se sobrepõe à esfera de outro direito também

⁴⁰ *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p.216 e 217, citado por Daniel Sarmiento em seu *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2000, p.101.

*juridicamente protegido, com o que se precisará o ponto em que tais bens são conflitantes.*⁴¹

Sendo assim, poderá ocorrer a existência de pelo menos dois bens ou direitos que se encontrem acobertados pelas esferas de proteção de duas normas jurídicas que, diante das peculiaridades do caso concreto, não podem ser realizadas em sua integralidade. Também não haverá regras abstratas de prevalência entre tais bens, de modo que se poderá definir *prima facie* qual dentre aqueles deverá preponderar. É então que se abrirá espaço para uma ponderação entre tais valores.

5.3 A ponderação em sentido estrito

Diante da constatação de que determinada situação fática está, efetivamente, abrangida por dois princípios constitucionais que apontem para soluções divergentes, é necessário promover-se à *ponderação propriamente dita dos interesses conflitantes*. Isto se dará, no dizer de Daniel Sarmiento:

*Mediante recíprocas 'compressões', sobre os interesses protegidos pelos princípios constitucionais, de forma a obter a melhor solução possível, vale dizer, aquela que promova a menor restrição possível a cada um dos interesses envolvidos, apenas a mínima indispensável para permitir a sua convivência com os demais que lhe são contrários.*⁴²

Ainda que as constituições geralmente não encampem uma escala rígida de valores, razão pela qual não há, em sentido técnico, uma hierarquia entre as normas constitucionais, isto não equivale a dizer que a Lei Fundamental atribui a mesma relevância a todos os interesses nela albergados.⁴³

⁴¹ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina; 1998, p.1111.

⁴² *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2000, p.102.

⁴³ Conforme Daniel Sarmiento em seu *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2000, p.103.

Assim, por exemplo, Daniel Sarmento recorda que a jurisprudência norte-americana consagrou a doutrina das *preferred freedoms* ou *preferred rights*, segundo a qual atribui-se valor superior a liberdades individuais, tais como a liberdade de expressão, de religião e privacidade, em relação às liberdades econômicas, como o direito de propriedade e a liberdade de contratação, ainda que se admita a ponderação entre tais liberdades.⁴⁴

Observa ainda, que o fenômeno se repete no direito brasileiro, ao ressaltar, por exemplo, que o direito à liberdade individual encontra maior relevância constitucional do que a segurança pública, conforme se extrai do art. 1º do texto magno.

Todavia, a existência de uma certa maior relevância constitucional de certos princípios em face de outros, enquanto abstratamente considerados, não implica dizer que a solução de eventuais conflitos se dará sempre em favor daqueles primeiros e em detrimentos destes últimos. Isto porque, diante das peculiaridades do caso concreto, pode ocorrer que o integral atendimento ao interesse abstratamente preponderante traga resultado desastroso sobre aqueles de menor relevância, de forma a esvaziar-lhes o conteúdo.

Disto se extrai que este "peso genérico", nas palavras de Daniel Sarmento:

*É apenas um indício do 'peso específico' que cada princípio assumirá quando da solução de determinado caso concreto. Isto equivale a dizer que é apenas diante do caso concreto que os princípios revelarão seu verdadeiro peso em face dos demais, o que variará de acordo com a intensidade com que os interesses tutelados por meio dos aludidos princípios estiverem sendo afetados.*⁴⁵

Desta forma, quanto maior o peso específico assumido por determinado princípio no caso concreto, menor deverá ser, em consequência, a intensidade da restrição que lhe poderá ser imposta. Dito de outra forma, quanto maior o peso específico assumido por determinado princípio, maior a restrição a que se sujeitará o interesse oposto, de menor peso específico. Em resumo, o

⁴⁴ *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2000, p103.

⁴⁵ *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2000, p104.

grau de restrição que poderá validamente ser imposto a determinado interesse, quando em conflito com outros igualmente tutelados, dependerá da maior ou menor importância que lhe seja atribuída diante das peculiaridades da situação fática.

De fato, Paulo Gustavo Gonet Branco observa que será apenas diante do caso concreto que se poderá identificar a intensidade com que os princípios em discussão serão aplicados. Como não há um critério abstrato de solução de tais conflitos, exige-se uma ponderação a ser realizada caso a caso, atentando-se para a exigência de se comprimir em menor grau possível os direitos em causa.

5.4 Ponderação e o princípio da proporcionalidade

Tal como observa Paulo Gustavo Gonet Branco:

Esta tarefa de ponderação é desempenhada por meio do princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício do direito seja necessário para a solução do problema e que seja proporcional em sentido estrito, i. e. que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução.⁴⁶

O que se pretende, portanto é a busca de uma solução de equilíbrio, que será encontrada: a) quando a restrição imposta a determinado interesse for realmente adequada, idônea, apta a promover a realização do outro interesse; b) quando, mesmo assim, tal restrição seja aquela que menor gravame trazer ao interesse que está sendo afetado em benefício do outro contraposto e c) ainda que a restrição ao interesse seja a menor possível, quando os aspectos negativos decorrentes desta restrição sejam inferiores aos aspectos positivos decorrentes da realização mais intensa do interesse contraposto.

Por isso, Daniel Sarmento observa que o princípio da proporcionalidade é de extrema relevância no processo de ponderação de interesses, já que o raciocínio inerente àquele princípio, em seus três aspectos, é exatamente o necessário para a realização da

⁴⁶ *Hermenêutica Constitucional e Direito Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica; 2000, p.183.

aludida ponderação. O autor destaca que proporcionalidade e ponderação pressupõe-se reciprocamente, uma vez que, no dizer de Willis Santiago Guerra Filho, é o princípio da proporcionalidade "que permite fazer o 'sopesamento' (*Abwägung, balancing*) dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos em que se expressam, quando se encontrem em estado de contradição, solucionando-a de forma que maximize o respeito de todos os envolvidos no conflito".⁴⁷

A fim de melhor delimitar a idéia inerente à proporcionalidade, o princípio em questão é desdobrado em três elementos, denominados de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

5.5 Subprincípio da adequação

No campo do método da ponderação de interesses, a proporcionalidade *sob o prisma da adequação* exige que a restrição promovida a um determinado direito fundamental em conflito seja hábil, capaz, apta a atingir a realização do outro direito conflitante. Em outras palavras, a restrição de um direito terá de ser idônea para permitir a efetivação de outro conflitante. No dizer de Gilmar Ferreira Mendes:

*O subprincípio da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos.*⁴⁸

Também Paulo Bonavides recorda que por meio do subprincípio examina-se a adequação, a conformidade, a aptidão da medida empregada, enquanto instrumento para a realização dos fins pretendidos. Verifica-se a possibilidade de através da medida, alcançar o objetivo desejado.⁴⁹

⁴⁷ Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p.66, citado por Daniel Sarmento em seu *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2000, p.96.

⁴⁸ *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica; 2000, p.250.

⁴⁹ *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros; 1997, p.360.

Deste modo, o subprincípio da adequação revela-se critério hábil ao balizamento do processo de ponderação, eis que, diante de eventual necessidade de restrição de direitos, afasta as medidas restritivas que se revelem incapazes de promover a realização do direito contraposto. À evidência, será desproporcional a intervenção a direito fundamental quando a medida restritiva adotada se revele manifestamente incapaz de promover a realização do direito conflitante.

5.6 Subprincípio da necessidade ou exigibilidade

Já, sob o ângulo da necessidade, o princípio da proporcionalidade impõe o dever de diante da existência de mais de uma medida igualmente adequada à realização do direito fundamental em questão, adotar aquela que se revele a menos gravosa possível, atingindo com menor intensidade os direitos e interesses contrapostos. Nas palavras de Sérvulo Correia:

A 'indispensabilidade' (Erforderlichkeit) do meio é uma questão que se levanta quando, para atingir um certo fim ou resultado, existe mais de que um meio dotado de aptidão.

Nestas situações, como prossegue o autor:

O meio escolhido deverá ser aquele que envolver menor lesão dos interesses privados. Entre vários meios com idêntica eficácia, deverá adotar-se aquele que não envolva restrições de direitos fundamentais ou provoque as menores restrições, isto é, o 'mais suave'.⁵⁰

Tal como recorda Canotilho:

O princípio da exigibilidade, também conhecido como 'princípio da necessidade' ou da 'menor ingerência possível', coloca a tónica na ideia de que o cidadão tem direito a menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de

⁵⁰ *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra: Almedina; 1987, p.115.

*determinados fins, não era possível adaptar outro meio menos oneroso para o cidadão.*⁵¹

Daniel Sarmento recorda que o Tribunal Constitucional alemão já decidiu pela inconstitucionalidade de lei quando:

*Se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas.*⁵²

No mesmo sentido, Raquel Denize Stumm recorda que:

*A necessidade ou exigibilidade da medida empregada é cristalizada pela máxima elaborada pelo mencionado Tribunal Constitucional alemão, segundo a qual o fim não pode ser atingido de outra maneira que afete menos ao indivíduo.*⁵³

Assim e como recorda Paulo Bonavides, dentre o universo das medidas igualmente hábeis à realização de determinado interesse, deve-se eleger aquela que menor lesão trazer aos demais interesses que lhe são contrapostos. Por isso, o subprincípio da necessidade também pode ser chamado de princípio da escolha do meio mais suave.⁵⁴

No dizer de Gilmar Ferreira Mendes:

O subprincípio da necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

E acrescenta:

⁵¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina; 1998, p.262.

⁵² *Controle de Constitucionalidade: Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.44, citado por Daniel Sarmento em seu *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2000, p.88.

⁵³ *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 1995, p.79.

⁵⁴ *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros; 1997, p.361.

*O meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa.*⁵⁵

O que se pretende por meio do aludido princípio é promover a observância e a garantia dos direitos fundamentais do cidadão diante de medidas restritivas de direitos, necessárias à realização de outros interesses juridicamente assegurados, o que se faz exigindo-se que a medida restritiva seja aquela que proporcione a menor ingerência possível aos direitos individuais que se pretende limitar. Nesse sentido, Suzana de Toledo Barros recorda que o Tribunal Constitucional alemão declarou a inconstitucionalidade de determinado meio empregado pelo Estado, quando restar claro que seria possível recorrer a outro igualmente eficaz, porém menos restritivo aos interesses dos particulares envolvidos. De fato, em decisão de 1971, aquele tribunal decidiu pela inexigibilidade de determinado provimento legislativo, diante da ocorrência de outras medidas menos restritivas. Para tanto:

*O julgado consignou que o meio legislativo empregado somente é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental.*⁵⁶

Como observa Canotilho:

*Sob o prisma da exigibilidade, a proporcionalidade da medida restritiva de direitos demanda a investigação a respeito da necessidade do meio empregado quanto aos seus aspectos material, temporal, espacial e pessoal.*⁵⁷

De um ângulo material, o meio deve ser o mais "poupado" possível quanto à limitação de direitos fundamentais que enseja. Já, sob um ângulo espacial, o âmbito da medida deverá adotar apenas a extensão estritamente indispensável. A exigibilidade pessoal

⁵⁵ *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica; 2000, p.250.

⁵⁶ *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica; 1996, p.78.

⁵⁷ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p.262.

que significa que a medida deve limitar-se apenas à pessoa ou às pessoas cujos interesses devem ser sacrificados. Por fim, a exigibilidade temporal deverá delimitar no tempo a duração da medida restritiva. Nesse sentido, Suzana de Toledo Barros destaca que:

Se pode estabelecer uma relação de pertinência lógica entre o tempo de duração da medida restritiva e a finalidade pela qual foi imposta.

Assim e, por exemplo, a possibilidade de restrição ao sigilo das comunicações telefônicas, prevista no art. 5, XII, da Constituição Federal, não deverá ser empregada sem qualquer limitação temporal, prolongando-se a interceptação telefônica *ad eternum*. A limitação a tal direito deverá ocorrer apenas pelo período estritamente necessário, de forma a não desconsiderar por completo a garantia em questão.⁵⁸

5.7 Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

Suzana de Toledo Barros destaca que, muitas vezes, a verificação da adequação e necessidade não é suficiente para que se possa afirmar a proporcionalidade da medida restritiva de direitos em determinada situação. Pode ocorrer, ainda, que uma medida que se revele, ao mesmo tempo, adequada à realização de determinado interesse como também necessária, no sentido de que não se antevê outra que promova menor restrição a direitos, acabe por ensejar maiores danos ao titular do direito restringido do que benefícios ao titular do direito, cuja realização se pretende através da aludida restrição. Como se vê:

*É preciso investigar se a medida restritiva promove, de fato, mais benefícios do que malefícios, tendo-se em vista todos os interesses envolvidos.*⁵⁹

⁵⁸ *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica; 1996, p.79 e 80.

⁵⁹ *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica; 1996, p.80.

Disto já se infere que o subprincípio envolve a análise da relação custo-benefício da medida avaliada. Significa afirmar que, a medida restritiva empregada deve ensejar benefícios superiores ao direito tutelado do que os ônus impostos ao direito restringido. No dizer de Gilmar Ferreira Mendes:

Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador.⁶⁰

O que se exige é a adoção de uma "justa medida", com o que se pretende dizer que o resultado obtido por meio da intervenção restritiva de direitos deverá ser proporcional à intensidade da limitação promovida. Nas palavras de Gomes Canotilho:

Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de 'medida' ou 'desmedida' para se alcançar um fim: pesar as desvantagens do meio em relação às vantagens do fim.⁶¹

Sérvulo Correia observa que o equilíbrio, também entendido como proporcionalidade em sentido estrito, é definido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, no sentido de que uma determinada providência, "não agrave excessivamente o seu destinatário" e "não lhe exija demais". O que se procura apontar, como esclarece o próprio autor:

É a necessidade de uma relação de equilíbrio entre meio e fim. Para tanto, aquele tribunal busca sopesar os interesses perseguidos pelo ato com os interesses protegidos por direitos fundamentais que tal medida atinge, o que se faz partindo-se da premissa de que quanto mais intensa for a agressão a estes últimos interesses, tanto mais ponderosos precisam ser os interesses público prosseguidos. E, inversamente, quanto maior for o peso ou a urgência dos interesses

⁶⁰ *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica; 2000, p.251.

⁶¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina; 1998, p.263.

*públicos, tanto mais intensa a intervenção ablativa (Eingriff) de interesses privados que eles legitimam.*⁶²

Como observa Daniel Sarmento, o princípio exige do aplicador da norma um exercício de ponderação: de um lado da balança, encontram-se os interesses, cuja realização é buscada através da medida restritiva; do outro lado, devem ser considerados os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados pela aludida medida. Caso a balança venha a pender para o lado dos interesses tutelados, a medida será válida, eis que o "peso" dos interesses realizados pela medida é superior ao "peso" dos interesses por ela restringidos ou sacrificados. Todavia, ocorrendo o inverso, a medida será desproporcional.⁶³

No dizer de Raquel Denize Stumm, da ponderação realizada entre os pesos assumidos no caso concreto pelos direitos e bens contrapostos deve resultar uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios empregados e os fins pretendidos. Como os princípios assumem pesos relativos, em caso de colisão entre estes o critério da ponderação promoverá uma compressão do conteúdo de ambos os princípios. Porém, tais princípios devem ser atendidos com a maior intensidade possível diante do caso concreto, ou seja, devem ser otimizados. Por isso, em caso de colisão entre princípios, a restrição promovida a cada um deles deverá adotar a intensidade apenas indispensável à satisfação do outro. De fato, é inerente aos princípios a possibilidade de que, diante de conflitos entre estes, seu conteúdo seja relativizado, tendo em vista o peso relativo do princípio colidente. Por isso que a autora recorda passagem de Alexy, segundo a qual:

*Quanto maior o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro.*⁶⁴

⁶² *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra: Almedina; 1987, p.115.

⁶³ *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2000, p.89.

⁶⁴ *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 1995, p.81.

Por tudo, Daniel Sarmiento conclui que:

Por exigência do princípio da proporcionalidade, quando a realização de determinado interesse juridicamente assegurado demandar a restrição de outros interesses com aquele conflitantes, tal medida restritiva de direitos deverá, ao mesmo tempo, ser apta para os fins a que se destina, ser a menos gravosa possível para que se logrem tais fins e causar benefícios superiores às desvantagens que proporciona.⁶⁵

Ou, nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho, pode-se dizer que:

Uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.⁶⁶

6. Conclusão

A ocorrência de eventuais conflitos entre direitos fundamentais não configura, por si só, patologia a ser combatida e erradicada do sistema jurídico. Em verdade, trata-se de situação inerente às sociedades pluralistas e democráticas, marcadas pelo reconhecimento e realização dos valores sensíveis aos mais diferentes segmentos que compõem a estrutura social. Portanto, não há homogeneidade absoluta entre os valores a cuja satisfação se volta um determinado ordenamento jurídico, o que acaba por ensejar um certo atrito entre tais valores.

O problema é deslocado, portanto, para a descoberta de mecanismos de composição destes confrontos que não imponham soluções radicais, no sentido de se optar por um dos interesses conflitantes, em detrimento dos demais. Isto porque as alternativas que pretendam a integral e absoluta realização de apenas um dos valores em jogo inevitavelmente inviabilizarão a realização dos demais. E, como se pretendeu demonstrar, trata-se de interesses

⁶⁵ *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2000, p.90.

⁶⁶ *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor; 2000, p.84 e 85.

constitucionalmente assegurados e que, por isso, deverão necessariamente ser efetivados pelo aplicador do direito, na medida em que isto se revele possível diante do caso concreto.

A esta tarefa se volta o método da ponderação de interesses. Informado pelo princípio da proporcionalidade, tal método permite a realização, de modo mais intenso possível, de todos os valores albergados pelo ordenamento jurídico. Para tanto, diante de colisões entre direitos fundamentais, caberá ao aplicador do direito promover, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, recíprocas compressões nos direitos conflitantes, mas apenas com a intensidade necessária para a equilibrada realização de ambos. Isto equivale dizer que a solução de questões desta natureza exclui a possibilidade de mera e sumária desconsideração de um dos interesses colidentes em favor do outro, já que ambos devem, por imposição constitucional, lograr efetiva realização. Mas, de outra parte, tal tarefa permite a restrição dos interesses em oposição, desde que tal medida se revele, a um só tempo, *a)* adequada à realização do direito contraposto; *b)* necessária, ou seja, menos gravosa, dentre as demais igualmente adequadas e; *c)* proporcional em sentido estrito, com o que se pretende dizer que o resultado da ponderação deverá ensejar maiores benefícios ao direito tutelado do que malefícios ao direito restringido.

De tudo quanto se expôs, que ao menos se guarde o indispensável papel exercido pelo método da ponderação de interesses no contexto de uma sociedade democrática. Ainda que referentes ao princípio da proporcionalidade, são adequadas ao tema as palavras de Marçal Justen Filho. Após destacar o antagonismo insuperável entre totalitarismo e proporcionalidade, eis que enquanto:

Aquele significa a prevalência absoluta e ilimitada de certos valores, esta se traduz na impossibilidade de realizar com exclusividade um único interesse, o mencionado autor adverte que, quanto mais democrática uma sociedade, tanto maior é a relevância reconhecida aos diferentes pólos de interesse, aos variados grupos sociais, à pluralidade, à diversidade. A convivência democrática significa ceder passo à proporcionalidade.⁶⁷

⁶⁷ Apresentação à obra de Paulo Arminio Tavares Buechele, *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

7. Referências Bibliográficas

- ALEXY, R. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre: Síntese, n.17, 1999.
- BARROS, S. T. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BRANCO, G. G. **Hermenêutica Constitucional e Direito Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BUECHELE, P. A. T. **O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.
- CASSESE, S. Lo Stato Pluriclasse. In: GIANINI, Massimo Severo, **L'Unità del Diritto**. Bologna: Il Mulino, 1994.
- CORREIA, S. **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987.
- DINIZ, M. H. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DWORKIN, R. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, S.A.
- GRAU, E. R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GUERRA FILHO, W. S. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.
- JUSTEN FILHO, M. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 1999.
- MENDES, G. F. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

REALE, M. **A pessoa, valor-fonte fundamental do direito**, nova fase do direito moderno. São Paulo: Saraiva, 1990.

SARMENTO, D. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

STUMM, R. D. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

Recebido para publicação em 18/05/2001

Aceito para publicação em 10/06/2001