

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

EDUARDO CORDEIRO NUNES DE FARIAS

**COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE JURÍDICA DA
PONDERAÇÃO DE INTERESSES NA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL**

**SOUSA
2019**

EDUARDO CORDEIRO NUNES DE FARIAS

**COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE JURÍDICA DA PONDERAÇÃO
DE INTERESSES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito para Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Profa. Me. Monnizia Pereira Nóbrega.

SOUSA
2019

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

F224c Farias, Eduardo Cordeiro Nunes de.
Colisão de direitos fundamentais: análise jurídica da ponderação de interesses na jurisdição constitucional / Eduardo Cordeiro Nunes de Farias. - Sousa: [s.n], 2019.

57 fl.

Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS/UFCG, 2019.

Orientadora: Prof.^a Me. Monnizia Pereira Nóbrega..

1. Direitos Fundamentais 2. Jurisdição Constitucional. 3. Ponderação. I. Título.

Biblioteca do CCJS - UFCG

CDU 342.7

EDUARDO CORDEIRO NUNES DE FARIAS

**COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE JURÍDICA DA PONDERAÇÃO
DE INTERESSES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Aprovada em: 12/06/2019.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Me. Monnizia Pereira Nóbrega
Professora Orientadora

Prof.^a Me. Petrócia Marques Sarmiento Moreira
Primeiro Examinador

Prof.^a Dra. Hérica Juliana Linhares Maia
Segundo Examinador

Dedico este trabalho ao meu avô paterno Roberto Nunes de Farias (*in memoriam*) e ao meu avô materno João Cordeiro Neto (*in memoriam*), que sempre demonstraram amor, carinho e zelo para comigo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, por ser a força vital da minha existência, assim como também por me conceber motivação e energia para a conclusão deste trabalho.

Aos meus pais Kleison e Janeales Aline, que sempre empenharam grandes esforços para a manutenção da minha educação, mesmo diante das adversidades que a vida nos proporciona.

À minha segunda mãe e fiel companheira nessa jornada longe dos aconchegos do lar Francielma, por prestar com tanto zelo e amor o cuidado para que eu pudesse manter o conforto que tinha em casa.

À minha querida avó paterna Inácia, que empreendeu gigantesco esforço para que eu permanecesse em Sousa, sempre arcando com meus custos e demonstrando inigualável amor de avó.

À minha irmã Maria Eduarda, que, no pouco convívio comigo teve Sousa, foi uma peça essencial para que eu pudesse diminuir a saudade de casa.

Ao meu sobrinho Enzo Gabriel que encheu a etapa final do meu curso de alegria e esperança no futuro com o seu nascimento.

Aos meus demais familiares que, mesmo estando distantes, dispuseram-se a sempre me ajudar no que fosse necessário e possível.

À Universidade Federal de Campina Grande pelas oportunidades oferecidas no ensino na extensão universitária e na pesquisa. Sou grato também a todos os professores que contribuíram com a minha trajetória acadêmica, especialmente à Profa. Monnizia, responsável pela minha orientação e que me acompanha desde 2015, contribuindo significativamente para a minha trajetória acadêmica e futura jornada profissional. Fica registrado aqui o meu muito obrigado por ser tão atenciosa, paciente e por amar a docência como poucos hoje em dia.

Aos meus amigos, Ana Karoline, Brenda, Demetrio, Francimara, Gêciara, José Lucas, Kamilla, Sara e Vanessa, com quem criei laços afetivos como se fossem da minha família durante esses cinco anos de curso. Amigos estes que me apoiaram nos momentos bons e ruins e com os quais sei que posso contar.

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar o fenômeno da colisão de direitos fundamentais sob o prisma da discricionariedade para sopesar na jurisdição constitucional brasileira. Nessa perspectiva, advém-se a técnica da ponderação de interesses, proposta por Alexy, que consiste em procedimento metodológico para a solução do conflito de princípios, que possuem igual status hierárquico e complexo axiológico-valorativo. Assim sendo, busca-se ressaltar a diferenciação clássica entre as regras e os princípios, sobretudo no tocante à concepção de mandamentos de otimização característica desta última espécie normativa. Salientam-se, todavia, as críticas apontadas quanto à adoção da referida técnica que vão desde o alto grau de subjetividade até a insegurança jurídica ocasionada pela sua adoção. Em contrapartida, abordam-se aspectos da técnica da ponderação de interesses, que consiste em desdobramento do princípio da proporcionalidade, como a lei da colisão e a ideia de precedência condicionada, corroborando com a racionalização do juízo de ponderação na casuística jurídica. Sob esse enfoque, decorre a seguinte problemática: a técnica da ponderação de interesses proposta por Alexy é a medida mais efetiva para solucionar a contenda entre direitos fundamentais perceptível na casuística jurídica? E como hipótese, tem-se que o juízo de ponderação é o mais adequado no trato de conflito entre princípios, assim como também é a técnica metodológica adotada pela Corte Constitucional brasileira. Sobremais, o presente trabalho adota o método de abordagem dedutivo, utilizando-se do seu aspecto qualitativo. Além disso, busca concretizar os seus objetivos por meio da pesquisa bibliográfica e documental, aplicando-se também o método de procedimento histórico-evolutivo.

Palavras-chave: Colisão. Direitos fundamentais. Jurisdição Constitucional. Ponderação.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the phenomenon of the collision of fundamental rights under the prism of discretion to balancing in the Brazilian constitutional jurisdiction. In this perspective, the technique of interest balancing proposed by Alexy consists of a methodological procedure for the solution of the conflict of principles which have the same hierarchical and complex axiological-evaluative status. Therefore, it is sought to emphasize the classical differentiation between rules and principles especially regarding the conception of commandments of optimization characteristic of this last normative species. However, the criticisms pointed out regarding the adoption of this technique ranging from the high degree of subjectivity to the legal uncertainty caused by its adoption were highlighted. On the other hand, we deal with aspects of the interest-weighting technique which consists of unfolding the principle of proportionality such as the law of collision and the idea of conditioned precedence corroborating with the rationalization of the weighing judgment in the legal casuistry. Under this approach, the following problem arises: does Alexy's interest-balancing technique serve as the most effective way to resolve the perceived fundamental rights dispute in the legal casuistry? And as a hypothesis, we have that the weighing judgment is the most appropriate in the treatment of conflict between principles as well as the methodological technique adopted by the Brazilian Constitutional Court. Moreover, the present work adopts the method of deductive approach using its qualitative aspect. In addition, it seeks to achieve its objectives through the techniques of bibliographical and documentary research applying also the method of historical-evolutionary procedure.

Keywords: Balancing. Collision. Constitutional Jurisdiction. Fundamental rights.

ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Ação Cautelar
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
ARE	Agravo Regimental em Recurso Extraordinário
CFRB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EC	Emenda Constitucional
HC	<i>habeas corpus</i>
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 NOÇÕES PROPEDÊUTICAS ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	12
2.1 Evolução histórica dos direitos fundamentais	12
2.2 A natureza principiológica dos direitos fundamentais	17
2.3 Distinção entre regras e princípios	22
3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	28
3.1 Espécies de conflitos de direitos fundamentais	28
3.2 Princípios como mandamentos de otimização.....	32
3.3 A técnica da ponderação de interesses	36
4 PONDERAÇÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	45
4.1 Conceito de jurisdição constitucional.....	45
4.2 A ponderação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)	52
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

A Ciência Jurídica, diferentemente das Ciências Naturais e Exatas, possui um alto grau de flexibilidade à medida que analisa o seu objeto de estudo que é o ordenamento jurídico. Este, por sua vez, apresenta uma ordem hierárquica de normas que tem como singularidade o respeito à norma maior do Estado: a Constituição Federal.

O texto da Carta Política brasileira traz expressamente direitos com o mesmo status que devem ser salvaguardados pelo Estado-Juiz visando à preservação do Estado de Direito e à convivência harmoniosa e pacífica entre o seu povo. Tais direitos estão elencados mais precisamente no Título II da Constituição Federal, abarcando os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, os Direitos Sociais, a Nacionalidade e os Partidos Políticos. Trata-se, portanto, dos Direitos e Garantias Fundamentais taxados expressamente no texto constitucional e com aplicabilidade direta, imediata e integral no ordenamento jurídico.

Entretanto, na casuística jurídica, nota-se com assiduidade situações em que há o confronto entre esses direitos fundamentais. Não se pode olvidar que o conflito entre normas ou entre normas e princípios é dirimido pelos critérios clássicos da antinomia, quais sejam: o hierárquico, cronológico e o da especialidade. Contudo, quando o operador do Direito se depara com um conflito entre normas de direitos fundamentais com o mesmo status constitucional e complexo valorativo-axiológico, deve recorrer a técnicas mais oportunas da hermenêutica constitucional para a resolução da lide de maneira mais justa e eficaz perante o jurisdicionado.

Nesse ínterim, a técnica da ponderação de interesses, proposta por Alexy, mostra-se como alternativa metodológica quando presente a colisão entre direitos fundamentais, assim como também consiste na medida adotada pelo Supremo Tribunal Federal em casos que chegaram a sua competência. Sendo assim, não obstante as incertezas ocasionadas pelo alto grau de subjetividade e a insegurança jurídica apontada pelos críticos da técnica da ponderação de interesses, esta se mostra como uma ferramenta necessária, haja vista a perquirição, por parte do operador do Direito, da solução que garanta o máximo aproveitamento dos direitos contrapostos e a prevalência do mais urgente em detrimento do outro, sem que o de menor urgência perca a importância em face do sistema constitucional.

Cumprido ressaltar que a técnica da ponderação de interesses, também denominada como discricionariedade para sopesar, nada mais é do que um desdobramento do princípio da proporcionalidade que, embora não expresso no texto da Constituição, consiste em fundamento do Estado brasileiro e serve como orientação para uma interpretação

constitucional mais completa e satisfatória. Ademais, destaca-se que a compreensão do princípio da proporcionalidade perpassa pela observação das suas facetas: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Nessa perspectiva, o presente trabalho parte da seguinte problemática: a técnica da ponderação de interesses proposta por Alexy é a medida mais efetiva para solucionar a contenda entre direitos fundamentais perceptível na casuística jurídica?

Assim sendo, o objetivo geral do presente trabalho será analisar as bases fundamentais da doutrina constitucionalista a respeito da colisão entre direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando-se o fenômeno da flexibilização da hermenêutica constitucional com vistas às possíveis soluções, por meio da análise da técnica da ponderação de interesses, para dirimir esses impasses.

Por conseguinte, tem-se como objetivos específicos analisar a evolução histórica dos direitos fundamentais mediante suas gerações ou dimensões, assim como também a natureza principiológica de tais direitos; verificar as questões constantes da colisão de direitos fundamentais na doutrina constitucionalista e a adoção da ponderação de interesses de Alexy; e demonstrar as principais decisões do Supremo Tribunal Federal e o posicionamento da corte a respeito da temática em sede de jurisdição constitucional.

Nesses termos, o primeiro capítulo fornecerá as noções introdutórias a respeito do conceito de direitos fundamentais, assim como a historicidade mediante a divagação referente à evolução histórica dos direitos fundamentais. Ressalta-se também a natureza principiológica de tais direitos, dando ênfase à distinção jurídica entre regras e princípios.

O segundo capítulo, por sua vez, tratará das espécies de colisão de direitos fundamentais, além de abordar a perspectiva dos princípios como mandamentos de otimização. Por conseguinte, adentra-se na análise da técnica da ponderação de interesses, elucidando aspectos como a lei da colisão e a precedência condicionada.

Quanto ao terceiro capítulo, este tratará da ponderação na jurisdição constitucional brasileira, enfatizando a conceituação de jurisdição constitucional, sua evolução histórica e sua correlação com os direitos fundamentais. Aborda-se também a casuística jurídica mediante a análise de julgados do Supremo Tribunal Federal a respeito da temática com a aplicação da referida técnica.

Sobremais, o presente trabalho adotará o método de abordagem dedutivo, utilizando-se do seu aspecto qualitativo. Vale dizer, partindo-se da análise genérica da colisão entre normas de direitos fundamentais, advindo como corolário desta análise a aplicação da técnica metodológica da ponderação de interesses para sua resolução. Ademais, buscará concretizar

os seus objetivos por meio das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, a primeira consistindo na doutrina constitucionalista e artigos científicos e a última embasada na Constituição brasileira e nos julgados do Supremo Tribunal Federal. Aplicar-se-á também o método de procedimento histórico-evolutivo através da análise da evolução histórica dos direitos fundamentais, em suas dimensões ou gerações, desde a Revolução Francesa até os dias atuais.

Destarte, o operador do Direito deve, na casuística jurídica, quando diante do embate entre normas hierarquicamente iguais, utilizar-se da técnica da ponderação, minimizando o impacto que a proteção de um direito terá em detrimento do outro. Tal técnica é a adotada pela Corte Constitucional brasileira quando aprecia matérias referentes à colisão de direitos fundamentais. Assim sendo, justifica-se o presente trabalho pela importância da jurisdição constitucional no que tange aos mecanismos de realização dos direitos fundamentais, prezando-se sempre por uma interpretação conforme a Constituição, assim como também pela supremacia constitucional.

2 NOÇÕES PROPEDEÚTICAS ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado Democrático de Direito pressupõe a existência de direitos fundamentais no texto constitucional. Assim sendo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988 – estabelece em seu Título II quais são esses direitos encrustados no ordenamento jurídico brasileiro, embora haja outros direitos fundamentais espalhados pelos demais dispositivos constitucionais.

Nesse desiderato, os direitos fundamentais gozam de caracterização especial, uma vez que foram historicamente construídos ao longo das mudanças socioculturais, além de prevalecer o entendimento de que funcionam como princípios embaixadores de um adequado funcionamento do sistema jurídico-constitucional pátrio.

2.1 Evolução histórica dos direitos fundamentais

O ordenamento jurídico está em constante evolução, acompanhando as mudanças sociais e culturais de determinada sociedade. Desse modo, pode-se compreender a ciência jurídica como uma ciência fluida que apresenta traços característicos em consonância com o contexto histórico da época vivenciada.

Assim sendo, observa-se que “o processo histórico não é assim tão linear e daí o rápido bosquejo subsequente, centrado nos princípios *momentos de consciencialização* do problema dos direitos do homem” (CANOTILHO, 2006, p. 378) (grifos do autor). Posto isto, não se deve cometer o equívoco de analisar a construção histórica dos direitos fundamentais no contexto mundial de maneira gradual, mas sim aduzindo as circunstâncias histórico-culturais que permeavam determinado ordenamento jurídico.

Destarte, faz-se necessário pontuar a distinção epistemológica dos direitos fundamentais e dos direitos do homem. Ambas as expressões podem ser empregadas, erroneamente, como sinônimas, todavia traduzem significados distintos que influenciam profundamente seus sentidos.

A automática vinculação dos direitos fundamentais ao princípio da dignidade da pessoa humana implica na falsa impressão de que consistem em expressões similares. Nesse ínterim, os direitos fundamentais compreendem valores históricos e filosóficos positivados em determinada época e em determinado espaço. Os direitos do homem, por sua vez,

consistem em direitos que são intrínsecos a qualidade de ser humano universalmente e em todos os tempos (CANOTILHO, 2006).

No que tange à evolução histórica dos direitos fundamentais, tem-se como nítido exemplo as gerações, ou como alguns doutrinadores preferem denominar, a citar Sarlet (2012), dimensões dos direitos fundamentais que consistem basicamente em uma adequação dos direitos de maior relevância para uma sociedade de acordo com o seu momento constituinte. Sendo assim, tais direitos refletiam os princípios e valores universais que regiam a sociedade no momento histórico-político específico.

Por oportuno, salienta-se que alguns doutrinadores, a exemplo de Sarlet (2012), preferem a nomenclatura dimensões, em virtude do fato de que a expressão gerações implica em uma aceção de ordem cronológica, o que não condiz com a realidade da evolução histórica de tais direitos. A noção de ordem cronológica é refutada, visto que, em determinadas ocasiões, tais direitos coexistiam. No que tange a essa divergência, “a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo em princípio, consenso no que diz com o conteúdo das respectivas dimensões e “gerações” de direitos” (SARLET, 2012, p. 45).

Quanto aos direitos fundamentais de primeira geração, conhecidos também como liberdades públicas, Bonavides (2012, p. 581) afirma que:

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

Portanto, são direitos que refletem o início do constitucionalismo ocidental e perpetuam direitos negativos ou de defesa, isto é, não se exige atuações positivas por parte do Estado, apenas abstenções por parte deste. Configuram-se como exemplos da primeira geração de direitos fundamentais a liberdade de expressão, de ir e vir, religiosa, nacionalidade, direito à vida, à propriedade, dentre outros.

Nesse desiderato, depreende-se que a primeira geração de direitos fundamentais surge no contexto do início das revoluções burguesas que demarcaram o século XVII e inauguraram a concepção clássica de direitos e garantias individuais, respaldando-se, sobretudo, na limitação do poder estatal (BULOS, 2018).

Ademais, convém salientar que os direitos de primeira geração “são direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais” (BRANCO; MENDES, 2017, p.

135). Em outras palavras, as liberdades públicas não se preocupam em reduzir as desigualdades sociais, uma vez que as reflexões concernentes às desigualdades sociais e às prestações positivas do Estado são características da segunda geração de direitos fundamentais.

A segunda geração de direitos fundamentais, que institui os denominados direitos sociais, culturais e econômicos, é característica do século XX. No que tange a essa geração, Bonavides (2012, p. 582) aduz:

São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX.

Os direitos de segunda geração, portanto, consistem nas liberdades positivas e derivam da ideia de que os homens não são iguais, no plano fático, por isso, o Estado deve atuar em auxílio do hipossuficiente. Tais direitos surgem no contexto de transição entre o Estado Liberal para o Estado Social. São exemplos dos direitos sociais, culturais e econômicos o direito à saúde, educação, moradia, previdência, dos trabalhadores.

Nesse ínterim, tem-se que os direitos fundamentais de segunda geração são resultados das lutas das classes de trabalhadores e das teorias socialistas que se perpetuaram no século XX, substituindo-se o individualismo característico da primeira geração de direitos pelos direitos do homem como parte integrante de uma sociedade justa e igualitária (CANOTILHO, 2007).

Salienta-se que a Constituição Mexicana de 1917 foi pioneira no trato dos direitos sociais, econômicos e culturais, sistematizando o conjunto de direitos sociais do homem com a participação estatal na ordem econômica e social sem, contudo, se desvencilhar do regime capitalista. Destaca-se também como marco dos direitos de segunda geração a Constituição de Weimar de 1919, reconhecendo os direitos sociais, econômicos e culturais junto aos direitos individuais de primeira geração (SILVA, 2010).

Os direitos de terceira geração, por sua vez, são denominados de direitos de solidariedade e apontam para direitos que transcendem a individualidade abarcando bens jurídicos pertencentes aos indivíduos considerados em conjunto. Trata-se de geração de direitos que assenta sobre a fraternidade, ou seja, direitos que perpassam a proteção específica de direitos individuais ou coletivos (BONAVIDES, 2012).

Assim sendo, os direitos de terceira geração consistem em direitos transindividuais que realizam o conceito de justiça pluralista, expressando os valores de solidariedade e fraternidade. Além disso, são direitos que prosperaram nas Constituições sob a égide do pós 2ª Guerra Mundial. Compreendem-se como exemplos de tais direitos o meio ambiente, o patrimônio público, histórico e cultural, o desenvolvimento e a paz social.

Em outro sentido, os direitos de terceira geração pressupõem o dever de colaboração entre todos os Estados e não de um Estado atuando isoladamente. Portanto, todos os Estados devem atuar em conjunto mediante cooperação internacional para assegurar o patrimônio comum da humanidade, assegurando-se, todavia, a autodeterminação dos povos (CANOTILHO, 2006).

Adverte-se que, para a maioria da doutrina constitucionalista, a exemplo de Silva (2010), as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais tratam, precipuamente, das liberdades públicas, dos direitos sociais econômicos e culturais e dos direitos transindividuais. Contudo, alguns autores, como é o caso de Ramos (2014), pontuam a existência de direitos de quarta, quinta e até sexta geração ou dimensão.

Frutos do processo globalizatório característico da contemporaneidade, os direitos de quarta geração se chocam com a ideia de soberania, haja vista o fato de que se aproximam da dissolução do Estado nacional. Dessa forma, a globalização dos direitos fundamentais tende a universalizá-los no campo institucional (BONAVIDES, 2012).

Pode-se extrair das lições de Bonavides (2012, p.589) que:

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Nesse sentido, compreendem direitos contextualizados com a pós-modernidade, notadamente quanto às situações decorrentes do progresso tecnológico. São exemplos de direitos de quarta geração o comércio eletrônico, internet, cibernética, manipulação do patrimônio genético, fertilização *in vitro*, transgênicos, dentre outros.

Salienta-se que o Poder Judiciário brasileiro vem se deparando sucessivamente com direitos de quarta geração, oriundos do processo de globalização do Estado neoliberal (BULOS, 2018). Nota-se, desse modo, a íntima relação entre o processo globalizatório atual e o desenvolvimento de tais direitos.

Os direitos de quinta geração, que afirmam a paz mundial, estampam um fenômeno que “representa um convite para pensarmos além das balizas ortodoxas, que comumente norteiam o estudo convencional dos direitos humanos” (BULOS, 2018, p. 531). A sexta geração de direitos, por conseguinte, traz em seu bojo o direito à felicidade. Trata-se de doutrina constitucionalista minoritária que positiva o direito à felicidade como direito fundamental, como bem afirma Bulos (2018).

Não se pode olvidar que as gerações de direitos fundamentais não se substituem nem se excluem. Tampouco representam rigor cronológico, haja vista o fato de que existem direitos de gerações ou dimensões anteriores surgidos mais recentemente do que alguns de gerações ou dimensões posteriores. Ademais, tais direitos não possuem hierarquia entre si, gozam do mesmo status e da mesma força normativa.

Nesse diapasão, aduzem Branco e Mendes (2017, p. 136) que:

A visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se compreensão.

Portanto, embora as nomenclaturas empregadas pela doutrina constitucionalista – a exemplo de famílias, dimensões e gerações de direitos fundamentais – possibilitem uma interpretação equivocada de ordem cronológica ou escala evolutiva, uma geração mais recente não elimina a geração anterior, pois ambas coexistem e se perpetuam no mundo jurídico. Dessa forma, tais gerações regulam as relações jurídicas e demonstram os valores e princípios pertinentes a uma sociedade específica.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao tratar “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” em seu Título II, não fez a devida distinção entre o que seria direito ao passo do que seria garantia fundamental. Coube à doutrina diferenciar tais institutos, traçando os aspectos caracterizadores dos direitos, assim como também das garantias fundamentais.

Desse modo tem-se que a Constituição “se vale de verbos para declarar direitos que são mais apropriados para enunciar garantias” (SILVA, 2010, p. 186). Em outras palavras, existem expressões nos diversos incisos do artigo 5º, da Carta Política, que consagram garantias, visto que se adequam a proteger um direito fundamental já consagrado pelo constituinte.

Assim sendo, os direitos fundamentais consistem em bens e vantagens que estão disciplinados expressa e implicitamente, no caso dos princípios constitucionais implícitos, no texto constitucional. As garantias fundamentais, por sua vez, são os mecanismos jurídicos mediante os quais tais direitos se exercem, limitando-se o poder do Estado em intervir nas prerrogativas dos indivíduos (BULOS, 2018).

Com a efetiva distinção entre direitos e garantias fundamentais, analisa-se, por oportuno, o conceito de direito fundamental. Os direitos fundamentais referem-se “a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico” (SILVA, 2010, p. 178).

De maneira complementar, advém-se a concepção de que os direitos fundamentais são “direitos absolutos, que só excepcionalmente se relativizam “segundo o critério da lei” ou dentro dos “limites legais”” (BONAVIDES, 2012, p. 579) (grifos do autor).

Sendo assim, os direitos fundamentais são dispositivos consagrados no Texto Constitucional que refletem as convicções políticas e ideológicas do Estado brasileiro e possuem eficácia imediata e integral. Ademais, destaca-se que a estrutura das normas de direitos fundamentais é derivada do binômio “regras e princípios”, o que reflete na elucidação de sua natureza jurídica.

De igual modo, nota-se que as normas de direitos fundamentais refletem, precipuamente, os valores principiológicos do Estado encrustados na Norma Fundamental. Não se pode olvidar que a norma fundamental é a fonte universal de validade de todas as normas presentes em determinado ordenamento jurídico, ou seja, é o fundamento de validade comum do Estado (KELSEN, 2011).

Portanto, a Norma Fundamental é aquela “que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa” (KELSEN, 2011, p. 216). Isso posto, faz-se necessária moderação para que não haja a confusão entre os conceitos de normas de direitos fundamentais e o de Norma Fundamental, esta última representando fundamento do ordenamento jurídico como um todo, refletindo uma abordagem positivista da Ciência Jurídica.

2.2 A natureza principiológica das normas de direitos fundamentais

Não se pode olvidar que, embora sejam normas jurídicas, os direitos fundamentais encrustados na Carta Magna de 1988 possuem forte conteúdo axiológico e valorativo que

reflete os bens jurídicos mais relevantes prestigiados pelo constituinte. Sendo assim, além de serem normas jurídicas propriamente ditas, uma vez que decorrentes do devido processo legislativo, os direitos fundamentais gozam de status principiológico, servindo de parâmetro para a hermenêutica constitucional, assim como também para a atividade jurisdicional do Estado.

O artigo 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, preceitua que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito. Dessa forma, salienta-se “a íntima e indissociável vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito” (SARLET, 2012, p. 58).

Sendo assim, nota-se que os direitos fundamentais são pressupostos para a legitimação do Estado Democrático de Direito, princípio fundamental da Carta Política de 1988. Além disso, não há Estado Democrático e Social de Direito sem que a sua respectiva Constituição estabeleça os direitos e as garantias fundamentais dos seus jurisdicionados.

Nesse sentido, ressaltando o conteúdo axiológico dos direitos fundamentais, aponta Sarlet (2012, p. 61) que:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se faz sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.

Ou seja, os direitos fundamentais, além de normas jurídicas características do Estado Democrático de Direito, funcionam como elementos limitadores da atuação dos dirigentes, evitando-se o totalitarismo e a ditadura. Tais direitos são, no texto constitucional brasileiro, cláusulas pétreas que, portanto, não podem ser suprimidos pelo Poder Constituinte Derivado Reformador.

A estrutura das normas de direitos fundamentais pode ser analisada mediante três modelos, quais sejam: o modelo puro de princípios, o modelo puro de regras e o modelo de regras e princípios. Estes modelos são frutos de concepções antagônicas que ora consideram as normas de direitos fundamentais como princípios, ora como regras e, por vezes, como normas híbridas que reúnem traços de princípios jurídicos e regras jurídicas.

No tocante ao modelo puro de princípios, infere-se que “as garantias estabelecidas diretamente pelas disposições de direitos fundamentais devem ser compreendidas como princípios” (ALEXY, 2011a, p. 121). Portanto, as normas de direitos fundamentais quando em confronto devem ser ponderadas, objetivando-se a máxima efetividade e a harmonização como desdobramentos da proporcionalidade em sentido estrito.

Por outro lado, são inúmeras as objeções ao modelo puro de princípios utilizado para justificar a estrutura das normas de direitos fundamentais. Pode-se destacar a de que o modelo puro de princípios vai de encontro à rigidez constitucional característica da Constituição brasileira, sobretudo, no tocante aos direitos fundamentais. Sugere-se, portanto, contrapor um modelo puro de regras ou mesclar ambos os modelos e construir um modelo de princípios e regras (ALEXY, 2011a).

O modelo puro de regras, por sua vez, alternativa ao modelo puro de princípios aduz que “as normas de direitos fundamentais, por mais que possam ser carentes de complementação, são sempre aplicáveis sem o recurso a ponderações e são, nesse sentido, normas *livres de sopesamentos*” (ALEXY, 2011a, p. 123) (grifos do autor). Este modelo compactua com os críticos da técnica da ponderação de interesses no caso de colisão entre direitos fundamentais, haja vista o fato de que quando regras jurídicas estão em conflito, deve-se utilizar como método de solução os critérios clássicos da hermenêutica jurídica.

Por fim, o modelo de regras e princípios, é proveniente “da ligação entre um nível de princípios e um nível de regras” (ALEXY, 2011a, p. 135). Isto é, trata-se de um modelo que reúne aspectos dos modelos anteriores, abarcando na estrutura dos direitos fundamentais características de princípios e regras.

No que tange ao duplo caráter das normas de direitos fundamentais, Alexy (2011a, p. 141) afirma que:

O fato de que, por meio das disposições de direitos fundamentais, sejam estatuídas duas espécies de normas – as regras e os princípios – é o fundamento do caráter duplo das *disposições* de direitos fundamentais. Mas isso não significa que também as *normas* de direitos fundamentais compartilhem desse mesmo caráter duplo. De início elas são *ou* regras (normalmente incompletas) *ou* princípios. Mas as normas de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunidos. (grifos do autor)

Portanto, embora as normas de direitos fundamentais não possuam necessariamente um caráter dúplice, quando construídas com elementos que remetem a regras e princípios apresentarão esta duplicidade. Desse modo, os modelos puros de regras e princípios falhariam

no entendimento da estrutura das normas de direitos fundamentais presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse diapasão, Alexy (2011a, p. 144) confirma a adequação do modelo de regras e princípios afirmando que:

Compreender as normas de direitos fundamentais apenas como regras ou apenas como princípios não é suficiente. Um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios. Ambos são reunidos em uma norma constitucional de caráter duplo.

Sendo assim, os modelos que consideram as normas de direitos fundamentais unicamente como princípios ou regras esbarram no duplice caráter de tais normas, haja vista o fato de reunirem características de ambas as espécies normativas. Tais normas devem ser compreendidas e analisadas tendo em vista os seus aspectos que remetem à estrutura das regras e à dos princípios.

A estrutura das normas de direitos fundamentais não deve ser exclusivamente principiológica, uma vez que suas interpretações, baseadas exclusivamente na máxima da proporcionalidade, estariam sujeitas à insegurança jurídica. Ao passo que, quando consideradas exclusivamente como regras, descartar-se-ia a índole axiológica de tais direitos que operam efeitos interpretativos para o ordenamento jurídico como um todo, além de configurarem fundamentos para o Estado Democrático e Social de Direito.

Faz-se mister ressaltar que não há total similitude entre direitos fundamentais e princípios jurídicos, visto que o modelo puro de princípios para explicar a estrutura dos direitos fundamentais é incompleto, necessitando de aspectos do modelo puro de regras para a plenitude do entendimento. Entretanto, é nítido o caráter principiológico que as normas de direitos fundamentais possuem, tendo em vista o conteúdo axiológico dos seus preceitos e os bens jurídicos tutelados por tais dispositivos (BELCHIOR, 2009).

Ademais, destaca-se também que “não é apenas seu forte conteúdo axiológico que coopera para a natureza principiológica de tais direitos, mas também sua cobertura semântica e dimensão objetiva” (*ibidem*). Sendo assim, não se deve levar em consideração, quando da análise da natureza jurídica de princípio dos direitos fundamentais exclusivamente o seu viés axiológico, mas também aspectos do seu sentido e de sua dimensão.

À vista disso, depreende-se que “todo direito fundamental possui um conteúdo essencial oriundo de sua natureza principiológica, núcleo este que representa a própria justiça, essência do Direito” (BELCHIOR, 2009, p. 164). Em outras palavras, decorre da natureza de

princípio pertinente aos direitos fundamentais um núcleo essencial que deve ser resguardado, seja pela força vinculativa de seus comandos, seja em decorrência da aplicabilidade direta e imediata dos seus mandamentos.

No que se refere à fundamentalidade das normas de direitos fundamentais tem-se que “o significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é o resultado da soma de dois fatores: da sua fundamentalidade formal e da sua fundamentalidade substancial” (ALEXY, 2011a, p. 520). Isto é, quando inseridas em determinado ordenamento jurídico, as normas de direitos fundamentais devem ser compreendidas, no âmbito da sua fundamentalidade, sob o ponto de vista formal e substancial.

Com base nos modelos da fundamentalidade formal e da fundamentalidade substancial, nota-se que as normas de direitos fundamentais desempenham papel central no sistema jurídico. Contudo, advém-se a necessidade de compreender como tais enunciados normativos desenvolvem essa função primordial no sistema jurídico, assim como também quais os impactos que tal fundamentalidade ocasiona para o ordenamento jurídico como um todo (ALEXY, 2011a).

Para tal compreensão, necessita-se de uma divagação a respeito da conceituação da fundamentalidade em sua faceta formal e substancial. A referida divagação surge como mecanismo de complementação, uma vez que além da necessária compreensão da essencialidade das normas de direitos fundamentais, urge-se pela compreensão da sua natureza fundamental.

No que concerne à fundamentalidade sob o prisma formal, Alexy (2011a, p. 520) aduz que:

A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalona do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário. (grifos do autor)

Dessa forma, todos os Poderes da União estão vinculados à aplicabilidade dos direitos fundamentais. Tais direitos gozam de aplicabilidade direta, imediata e integral e, portanto, são normas autoaplicáveis.

Em outro sentido, afirma Alexy (2011a, p. 522) que:

À fundamentalidade formal soma-se a *fundamentalidade substancial*. Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais

porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. (grifos do autor)

Assim sendo, as normas de direitos fundamentais sob o ponto de vista da fundamentalidade substancial consistem em normas jurídicas que explicitam a estrutura básica do Estado. A fundamentalidade reside, portanto, no fator primordial que tais direitos exercem na composição da estrutura estatal, sendo imprescindíveis para a manutenção do Estado Democrático e Social de Direito.

Além disso, salienta-se que as normas de direitos fundamentais se irradiam para todo o sistema jurídico e para os mais variados ramos do Direito. Por conseguinte, tal irradiação ocasiona efeitos para o ordenamento jurídico como um todo, a exemplo da restrição do conteúdo pertinente ao direito ordinário, da espécie de determinação substancial empregada e da extensão da abertura de seu alcance (ALEXY, 2011a).

Como se vê, é nítida a complexidade da natureza jurídica das normas de direitos fundamentais em diversos aspectos, ressaltando-se, sobretudo, o seu viés principiológico. Ao analisar os direitos fundamentais, deve-se levar em consideração a dimensão dos princípios, o conteúdo essencial de tais direitos e, por fim, os diferentes aspectos da sua fundamentalidade. Ou seja, diversos são os fatores que compõem a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, corroborando com a sua multifacetária caracterização e, sobretudo, com a sua importância para a manutenção do Estado Democrático de Direito, este último configurando-se como princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

2.3 Distinções entre regras e princípios

No que tange à estrutura das normas de direitos fundamentais, convém estabelecer uma distinção entre regras e princípios que será imprescindível para os problemas da dogmática dos direitos fundamentais. Tal distinção serve como sustentáculo do mecanismo de resolução das colisões entre direitos fundamentais, além de justificar o papel dos direitos fundamentais em determinado ordenamento jurídico.

De antemão, cumpre ressaltar que a norma jurídica é gênero do qual decorrem duas espécies: as regras e os princípios. Em se tratando de direitos fundamentais, destaca-se que “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2011a, p. 85).

Assim sendo, a compreensão da estrutura dos direitos fundamentais perpassa pela bifurcação entre regras e princípios para a resolução satisfatória de problemas concernentes à dogmática de tais direitos. Em virtude de seu forte caráter principiológico, as normas de direitos fundamentais, apesar de não serem absolutas, devem ser otimizadas e harmonizadas de acordo com o caso concreto, mas nunca suplantadas totalmente.

A despeito da necessária distinção entre regras e princípios para uma compreensão satisfatória da teoria geral dos direitos fundamentais, convém aludir às lições de Alexy (2011a, p. 90):

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (grifos do autor)

Em outras palavras, os princípios possuem um maior grau de abstração quando comparados com as regras, favorecendo-se a discricionariedade para sopesar. Desse modo, quando na casuística jurídica princípios são contrapostos, deve-se ocorrer a ponderação consoante às possibilidades jurídicas e fáticas da situação.

Em contrapartida, Alexy (2011a, p. 91) preceitua que:

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

Ou seja, as regras, por terem grau de abstração reduzido, não comportam margem para a discricionariedade da técnica de ponderação. O mandamento ditado pela regra valerá ou não valerá, acarretando-se a restrição de um direito em detrimento de outro sem prejuízo algum.

Nesse diapasão, as diferenças pertinentes às regras e princípios jurídicos possuem natureza lógica, isto é, as duas formas normativas apontam para o trato de relações jurídicas específicas. Contudo, apresentam, concomitantemente, orientações distintas, haja vista o fato de que as regras são aplicadas com base na validade ou invalidade do dispositivo e os princípios, por sua vez, não apresentam consequências jurídicas automáticas com base nas

condições estabelecidas no caso concreto, devendo-se abstrair o fundamento de validade da norma (DWORKIN, 2002).

A doutrina constitucionalista delimita variados critérios de distinção entre princípios e regras no ordenamento jurídico. Pode-se destacar o critério da generalidade, também denominado de grau de abstração; o critério da possibilidade de determinação dos casos de aplicação; o critério da forma de surgimento; o critério do nítido conteúdo axiológico; e o critério da relevância para o ordenamento jurídico (ALEXY, 2011a).

Percebe-se que as regras ditam mandamentos específicos, voltados para situações jurídicas predeterminadas, além de ser plenamente possível estabelecer as situações passíveis de suas aplicações. Diferentemente do que ocorre com os princípios jurídicos, dotados de generalidade, indeterminação inicial das situações aplicáveis, forte conteúdo axiológico e fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil.

Diante disso, surgem teses diversificadas que explicitam a diferenciação entre regras jurídicas e princípios jurídicos, tendo por base os critérios tratados anteriormente. A primeira tese preceitua que todas as investidas na diferenciação das regras e princípios tendem a fracassar, uma vez que determinada norma com certo grau de abstração, conteúdo axiológico e relevância para o sistema jurídico pode ser caracterizada como regra sem prejuízo algum para a epistemologia jurídica. A segunda tese, por sua vez, consiste na aceção de que as regras e princípios possuem exclusivamente diferenciação de grau, verificando-se na abstração a essencialidade da distinção entre essas espécies normativas. Por fim, a terceira tese ressalta a diferença não apenas gradual, mas, sobretudo, qualitativa entre tais espécies (ALEXY, 2011a).

À vista disso, depreende-se que diversos são os critérios utilizados para a diferenciação entre as regras e os princípios. Ademais, tais critérios adotam teses igualmente variadas que tornam a atividade de distinção entre estas espécies dificultosa e, por vezes, complexa para o jurista.

A distinção entre regras e princípios se faz relevante para a compreensão do trato do conflito aparente de normas jurídicas, uma vez que para o conflito entre princípios a técnica decisional é distinta da utilizada no conflito entre regras. Os princípios, quando contrapostos, devem ser sopesados, ao passo que as regras, quando opostas entre si, devem ser analisadas sob os critérios clássicos da antinomia jurídica, quais sejam: o hierárquico, o cronológico e o da especialidade.

Nesse diapasão, no que se refere à discricionariedade para sopesar aduz Dworkin (2002, p. 42) que:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade dos contratos), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.

Nota-se, portanto, que as normas de direitos fundamentais, por possuírem teor principiológico, quando postas em conflito aparente, devem seguir o modelo de resolução aplicável aos princípios, isto é, tais normas devem ser sopesadas e harmonizadas visando à máxima efetividade dos seus comandos. Tal técnica é denominada de juízo de ponderação ou ponderação de interesses e frequentemente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal quando diante de situações que envolvam a colisão entre normas de direitos fundamentais.

De maneira oposta, em se tratando das regras pertencentes ao ordenamento jurídico, ressalta Dworkin (2002, p. 43) que:

As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são *funcionalmente* importantes ou desimportantes (a regra de beisebol segundo a qual o bateador que não conseguir bater a bola três vezes é eliminado é mais importante do que a regra segundo a qual os corredores podem avançar uma base quando o arremessador comete uma falta, pois a modificação da primeira regra alteraria mais o jogo do que a modificação da segunda). Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra por que desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. (grifos do autor)

Assim sendo, o aplicador do Direito, quando diante de um conflito entre regras, deve preterir o juízo de ponderação, utilizando-se dos critérios clássicos da antinomia jurídica. Dessa forma, deve analisar se uma das regras é hierarquicamente superior à outra, se uma é mais antiga que a outra ou se uma trata de conteúdo mais específico do que o tratado na outra.

Ademais, salienta-se que “princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2011a, p. 104). Dessa forma, os princípios tendem a buscar a máxima efetividade dos seus comandos, evitando a suplantação de um em detrimento do outro quando contrapostos na casuística jurídica.

Nota-se que os princípios não possuem caráter de mandamentos definitivos, mas apenas *prima facie*, ou seja, que se pode constatar facilmente sem serem necessárias profundas divagações. Os princípios possuem razões de ser que não necessariamente excluem as de outro princípio antagônico, haja vista o fato de que, em nome da máxima efetividade, ambos devem se adequar ao caso concreto mediante o sopesamento e em consonância com as possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2011a).

As regras, diferentemente dos princípios, possuem a exigência de que “seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão do seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas” (ALEXY, 2011a, p. 104). Nesse sentido, as regras jurídicas são espécies de normas que não possuem a flexibilidade necessária para a adoção do juízo de ponderação e, portanto, devem ser integralmente aplicadas ou não.

Nesse ínterim, ao contrário do que ocorre com os princípios, as regras não possuem o caráter *prima facie* pertinente aos princípios, mas sim um caráter de definitividade que, em determinadas circunstâncias, pode falhar diante das possibilidades jurídicas e fáticas do caso concreto. Conquanto, via de regra, quando inexistentes tais impossibilidades, vale-se definitivamente aquilo que a regra prescreve, independente de juízo de ponderação (ALEXY, 2011a).

Nesse desiderato, destaca-se que as regras e princípios possuem variadas distinções que ultrapassam a epistemologia jurídica. Trata-se de questões que remetem à Filosofia do Direito, uma vez que reside nessa distinção um aspecto de dever ser que, em se tratando dos princípios, pode se mitigado em função da ponderação e da máxima efetividade dos seus mandamentos e, no caso das regras, estas devem ser aplicadas integralmente ou não em virtude de serem mandamentos dotados de carga definitiva.

Ao analisar a distinção entre regras e princípios que possui como um dos aspectos a discricionariedade para sopesar, depreende-se que no conflito entre princípios o juízo de ponderação está intimamente associado ao princípio da proporcionalidade. Sendo assim, a técnica da ponderação de interesses, utilizada no conflito entre normas de mesma hierarquia, funciona como desdobramento da compreensão do princípio da proporcionalidade em suas várias facetas, quais sejam: a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

À vista disso, no que se refere à correlação entre o conflito entre princípios e o princípio da proporcionalidade, preceitua Alexy (2011a, p. 116):

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da

necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

Dessa forma, a máxima da proporcionalidade deve ser compreendida em conjunto com o conceito de princípio, uma vez que ambos estão interligados. Não há que se falar em proporcionalidade no âmbito das regras, haja vista a falta de margem para ponderação, visto que regras valem integralmente ou não. Entretanto, no âmbito dos princípios a proporcionalidade trata diretamente da técnica da ponderação de interesses na faceta da proporcionalidade em sentido estrito.

Embora as diferenças entre as regras e princípios sejam nítidas em determinados aspectos, existem situações em que a linha que separa a norma jurídica de ser regra ou de ser princípio é tênue, “s vezes, regras e princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma” (DWORKIN, 2002, p. 44). Nesses casos, devem-se adotar critérios mais complexos para a diferenciação entre estas espécies de maneira que se possa chegar a uma conclusão satisfatória.

Ante o exposto, ressalta-se que, “uma vez que tenhamos identificado os princípios jurídicos como tipos particulares de padrões, diferentes das regras jurídicas, subitamente nos damos conta de que estão por toda a parte, nossa volta” (DWORKIN, 2002, p. 46). Portanto, a distinção entre regras e princípios, além de ser relevante para a dogmática dos direitos fundamentais, possui destaque no campo da aplicação do Direito na colisão entre direitos fundamentais, tendo em vista que regras em conflito devem ser dirimidas mediante os critérios da antinomia jurídica. Os princípios, por conseguinte, devem ser sopesados, levando-se em conta o mais relevante de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conflito entre normas jurídicas é fenômeno comum no ordenamento jurídico. Tal fenômeno denomina-se antinomia e se subdivide em diferentes espécies. Dessa forma, a antinomia jurídica estabelece critérios variados para a solução destes conflitos e melhor satisfação dos interesses dos jurisdicionados.

Entretanto, a colisão entre direitos fundamentais, por representar expediente que não pode ser dirimido pelos critérios clássicos da antinomia, necessita de um trato diferenciado proveniente da aplicação conjunta do princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos. Trata-se de alternativa para a solução dos conflitos que envolvam normas de ordem principiológica que, por conseguinte, são desprovidas de hierarquia entre si.

3.1 Espécies de conflitos de direitos fundamentais

Antes de tratar das espécies de conflitos referentes às normas de direitos fundamentais, faz-se mister analisar os aspectos introdutórios da antinomia jurídica, haja vista o fato de que o conflito entre normas de ordem principiológica nada mais é do que uma hipótese de sua incidência. Sendo assim, salienta-se a importância da compreensão das antinomias para a eventual proposição de soluções lógicas.

Nesse contexto, a antinomia consistiria em “uma situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite o mesmo comportamento.” (BOBBIO, 1999, p. 86). Sendo assim, o intérprete jurídico terá que adotar a solução mais adequada para o caso concreto e, concomitantemente, para os jurisdicionados.

O operador do Direito, quando nas atribuições do Estado-Juiz, depara-se constantemente com situações que cominam com o conflito entre direitos, sejam eles da mesma hierarquia ou não, acarretando a necessidade da utilização de uma técnica decisória adequada a situação jurídica. Nesse ínterim, preceitua Bobbio (1999, p. 91) que:

Devido à tendência de cada ordenamento jurídico se constituir em sistema, a presença de antinomias em sentido próprio é um defeito que o intérprete tende a eliminar. Como antinomia significa o encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras, e, com referência a um sistema normativo, o encontro de duas normas que não podem ser ambas aplicadas, a eliminação do

inconveniente não poderá consistir em outra coisa senão na eliminação de uma das duas normas (no caso de normas contrárias, também na eliminação das duas).

À vista disso, em se tratando de conflito entre normas ou entre normas e princípios, tem-se que essas antinomias são dirimidas pelos critérios hierárquico, cronológico ou da especialidade. Tais critérios consistem em mecanismos de solução das antinomias, contudo, não são irrestritos, sendo adequados unicamente aos casos de antinomias passíveis de resolução.

Nesse sentido, depreende-se que a antinomia jurídica “é a presença de duas normas jurídicas conflitantes sem que se possa saber qual delas deve ser aplicada ao caso singular” (DINIZ, 1996, p. 31). Dessa forma, o fenômeno da antinomia pressupõe a existência de duas ou mais normas passíveis de aplicação em determinado caso concreto.

Ademais, cumpre destacar que a antinomia jurídica pode ser subdividida em real e aparente, decorrendo dessa subdivisão características e métodos de solução diferenciados. A antinomia aparente pressupõe que os critérios para sua resolução estão insertos no ordenamento jurídico sem necessidade de profundas divagações. Por outro lado, a antinomia real provém da necessidade de edição de uma nova norma jurídica para a sua resolução (DINIZ, 1996).

Covém salientar que a distinção entre antinomia real e aparente é apenas um dos critérios para a classificação da antinomia jurídica. Trata-se de critério baseado no método de solução do conflito, descartando-se, pois, o conteúdo, o âmbito e a extensão da contradição.

Nesse desiderato, nota-se que “ante a antinomia jurídica o sujeito, ou seja, o aplicador do direito, ficará num dilema, pois terá que escolher, e sua opção por uma das normas conflitantes implicaria a violação da outra” (DINIZ, 1996, p. 39). Em outras palavras o julgador terá que aplicar um direito que melhor se adegue ao caso concreto em detrimento de outro que será posto de lado.

Cumpre ressaltar que os critérios clássicos para resolução das antinomias não gozam de aplicabilidade no conflito entre princípios, isto é, conflito envolvendo normas de direitos fundamentais. No tocante ao conflito de princípios ressalta Canotilho (2006, p. 1.166) que:

O facto de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir *fenómenos de tensão* entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais. 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 actores sociais, transportadores de ideias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagónicos ou contraditórios. O

consenso fundamental quanto a princípios e normas positivo-constitucionalmente plasmados não pode apagar, como é óbvio, o pluralismo e o antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador. (grifos do autor)

Nesse desiderato percebe-se que as Constituições são documentos complexos que consagram valores e interesses que podem, eventualmente, conflitar. Assim sendo, os conflitos entre normas constitucionais abarcam colisões entre princípios, colisões entre direitos fundamentais assim como também colisões entre princípios e direitos fundamentais. Na casuística jurídica, os casos que apresentam conflitos entre normas de mesma hierarquia são denominado de *hard cases* – casos difíceis – que demandam um juízo de ponderação para a resolução das contendas (BARROSO, 2011).

Aplica-se à colisão de direitos fundamentais as instruções quanto ao conflito de princípios, ou seja, a discricionariedade para sopesar. Vale ressaltar que a colisão entre direitos fundamentais abarca, como gênero, três espécies de conflitos, quais sejam: a concorrência entre direitos fundamentais, a colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e a colisão de direitos fundamentais em sentido amplo (STEINMETZ, 2000).

Assim sendo, os conflitos que dão ensejo ao uso da técnica da ponderação de interesses para sua resolução são as colisões de direitos fundamentais em sentido estrito e em sentido amplo. Tal técnica, embora amplamente aplicada pela jurisprudência pátria, possui objeções quanto ao seu alto grau de subjetividade e à insegurança jurídica dele decorrente.

No que se refere à concorrência entre direitos fundamentais, aduz Steinmetz (2000, p. 55) que:

[...] na hipótese de concorrência entre direitos fundamentais não há uma contradição de pretensões jurídicas elevadas por dois ou mais titulares. Há apenas um titular e dois ou mais direitos fundamentais expressos por normas constitucionais que concorrem para a subsunção da conduta ou comportamento do titular.

Na concorrência entre direitos fundamentais, o conflito não reside no aspecto subjetivo da relação jurídica, mas sim em seu aspecto objetivo. Ou seja, não há dois ou mais titulares de um direito reivindicando pretensões próprias, senão dois ou mais direitos que são passíveis de adequação à conduta do titular.

Ressalta-se, sobretudo, que a concorrência entre direitos fundamentais não é dirimida mediante a técnica da ponderação de interesses. Todavia, existem métodos diversos da hermenêutica constitucional para sua resolução.

Por outro lado, a colisão de direitos fundamentais, que se subdivide em colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e em sentido amplo, propicia a aplicação plena do juízo de ponderação. Nesse sentido, quanto à primeira espécie de colisão, define Alexy (1999, p.68) que:

Colisões de direitos fundamentais em sentido estrito nascem sempre então, quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem conseqüências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais. Nos direitos fundamentais colidentes pode tratar-se ou dos mesmos ou de direitos fundamentais diversos.

Em outras palavras, a colisão de direitos fundamentais em sentido estrito pressupõe o exercício da titularidade de um direito por parte de um sujeito, restringindo de forma prejudicial o exercício da titularidade de um direito por parte de outro sujeito.

Assim sendo, a colisão entre direitos fundamentais em sentido estrito deve ser compreendida mediante dois aspectos pertinentes à caracterização dos direitos contrapostos, quais sejam: colisão de direitos fundamentais idênticos e colisão de direitos fundamentais diferentes. O enquadramento da colisão permite uma melhor compreensão e a adoção da técnica hermenêutica mais satisfatória para o caso concreto (ALEXY, 1999).

Outra espécie de colisão entre direitos fundamentais é a colisão em sentido amplo. Tal espécie abarca “as colisões de direitos fundamentais com bens coletivos” (ALEXY, 1999, p. 71). Isto é, a colisão em sentido amplo contrapõe os direitos fundamentais aos bens que pertencem a uma determinada coletividade e, por sua vez, explicitam direitos coletivos.

Nesse contexto, nota-se que as colisões de direitos fundamentais em sentido amplo “ocorrem quando h uma colisão entre direitos individuais fundamentais e bens coletivos constitucionalmente protegidos” (STEINMETZ, 2000, p. 57). Sendo assim, depreende-se que ambos os direitos contrapostos pertencem à categoria dos direitos fundamentais, porém divergem no tocante ao número de titulares.

À vista disso, faz-se necessária a solução do problema da colisão. Sobre tal solução preconiza Alexy (1999, p. 73):

O olhar sobre o fenômeno da colisão de direitos fundamentais deu à luz constelações altamente diferentes que, porém, têm algo em comum: todas as colisões podem somente então ser solucionadas se ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos. A questão é como isso deve ocorrer. Na resposta a essa questão devem ser tomadas decisões fundamentais sobre a estrutura fundamental da dogmática dos direitos fundamentais.

Nesse desiderato, a colisão entre direitos fundamentais, em suas duas espécies, é um fenômeno complexo que perpassa por uma completa compreensão da dogmática dos direitos fundamentais. Não se trata, exclusivamente, de um problema da hermenêutica constitucional, tampouco de matéria que se encerra na antinomia jurídica. Desse modo, faz-se necessária para a solução desse problema uma análise aprofundada da estrutura das normas de direitos fundamentais em seus múltiplos aspectos, percorrendo a teoria dos direitos fundamentais desde suas características até a discricionariedade estrutural e o sopesamento.

3.2 Princípios como mandamentos de otimização

Sendo feita a apropriada distinção entre regras e princípios, tem-se que a identificação das singularidades destas espécies de normas jurídicas é de extrema importância para a análise do fenômeno da colisão entre direitos fundamentais. Assim sendo, as regras atuam inseridas no ordenamento jurídico como mandamentos definitivos, ao passo que os princípios operam mandamentos de otimização.

Desse modo, depreende-se que os princípios podem ser satisfeitos em diversos graus e estes graus de satisfação se interligam com as possibilidades fáticas e jurídicas da sua aplicação. Isto é, o grau de satisfação pertinente aos princípios é fluido e permite a maleabilidade dos seus efeitos conforme o caso concreto, diferentemente do que ocorre com as regras (SOUSA, 2011).

A caracterização dos princípios como mandamentos de otimização tem como desdobramento a possibilidade de ponderar em situações de colisão, haja vista o fato de almejar-se a máxima efetividade de ambos os princípios contrapostos. Sendo assim, nenhum princípio prevalecerá por completo em detrimento do outro, mas sim terá maior precedência aquele que for considerado mais urgente para o julgador no momento em que for proferir a decisão.

Nota-se, portanto, que os princípios “são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (ALEXY, 2011a, p. 90). À vista disso, a distinção que corrobora a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização reside, precipuamente, no aspecto qualitativo, ou seja, regras e princípios, embora

sejam espécies de um mesmo gênero (norma jurídica), possuem dissonâncias quanto ao grau de satisfação dos seus mandamentos.

Ressalta-se, contudo, que a concepção de princípios jurídicos como mandamentos de otimização não implica necessariamente na afirmação de que princípios nunca poderão ser aplicados por completo. Isso ocorre porque, caso o princípio não esteja em colisão com nenhum outro princípio, ou ainda, se ele for aplicado a uma situação jurídica de maneira isolada, não há que se falar em mandamento de otimização, mas sim mandamento de maximização, potencializando seus efeitos sem nenhuma espécie de restrição (SOUSA, 2011).

Nesse íterim, é plenamente possível que os princípios jurídicos, além de configurarem mandamentos de otimização, classifiquem-se também como mandamentos de maximização quando as possibilidades fáticas assim os permitirem. Aduz Sousa (2011a, p. 100) que:

[...] se cada princípio for tomado em consideração isoladamente, ou seja, se for tomado sem estar em relação com outros princípios, ou se a realização de um princípio, no caso concreto, não estiver sendo restringida por nenhum outro princípio, não é um absurdo, do ponto de vista teórico, aceitar a conversão do conceito de princípio como mandamento *de otimização* dentro do que é *fática e juridicamente possível* para um conceito de princípio como mandamento *de maximização* dentro daquilo que é apenas *faticamente possível*. Um princípio, nessa situação, poderia ser *realizado completamente*, caso as circunstâncias fáticas fossem ideais, ou seja, caso fosse possível concretizar um *estado de coisas ideal*; [...] (grifos do autor)

Sendo assim, em um estado de coisas ideal, mais do que meros mandamentos de otimização, os princípios corroborariam mandamentos de maximização e teriam aplicação integral e irrestrita, haja vista a inexistência de limitações. Salienta-se, por oportuno, que, no caso de colisão entre direitos fundamentais, a configuração dos princípios como mandamentos de maximização deve ser descartada, uma vez que tais normas, por possuírem caráter principiológico, limitam-se mutuamente.

No que tange à caracterização dos princípios como mandamentos de otimização, preceitua Bäcker (2011, p. 71) que:

Otimizar significa realizar um fim na maior medida possível, considerando todas as circunstâncias relevantes. No entanto, se todas as circunstâncias relevantes forem consideradas, como exigem os princípios, não pode haver exceções. Não existe “a menos que” nos princípios.

Nota-se, portanto, que os princípios, quando otimizados, pressupõem o conhecimento de todas as circunstâncias relevantes para a sua aplicação, sem as cláusulas de exceção características das regras. No entanto, tal disposição destoa da realidade prática, visto que, na casuística jurídica, é impossível prever todas as circunstâncias relevantes.

Assim sendo, quando uma regra é aplicada, ocorre a adequação da situação jurídica ao texto legal, ou seja, não há margem para abstração nem previsão absoluta de todas as circunstâncias relevantes. Consequentemente, na medida em que surge uma cláusula de exceção, transcorre-se a derrotabilidade da regra e, por conseguinte, a necessidade de sua revisão. Ao passo que, por não possuírem margem para a inserção de cláusulas de exceção, os princípios não sofrem a derrotabilidade, assim como também não necessitam de posterior revisão (BÄCKER, 2011).

À vista disso, depreende-se que, à luz da otimização dos princípios jurídicos, devem ser analisados três aspectos relevantes na sua aplicação, quais sejam: a extensão do conhecimento, as possibilidades fáticas e as possibilidades jurídicas. Tendo em vista o conjunto destas circunstâncias, a finalidade dos princípios deve ser atendida na maior medida possível, sob pena de contrariar a própria natureza jurídica destas espécies normativas. Sendo assim, decorre desta abordagem a ideia de que princípios não comportam exceções, uma vez que todas as circunstâncias relevantes já são conhecidas e abrangidas na sua aplicação. Em outras palavras, princípios não possuem cláusulas de exceção e, consequentemente, não são passíveis de derrotabilidade. (BÄCKER, 2011)

Não obstante à abordagem dos princípios jurídicos como mandamentos de otimização, faz-se necessário salientar que tais normas gozam de importante função de explicação e de justificação. Ou seja, além de demandarem um exercício de otimização – quando limitados por outros princípios – ou de maximização – quando aplicados sem restrições –, os princípios jurídicos guardam a função de explicar a edição de determinada regra jurídica, assim como também de justificar a sua aplicação ou desaplicação em determinado caso concreto.

Nesse desiderato, pontuam Atienza e Manero (2009, p. 62) que “os princípios nos permitem também entender o direito – os diferentes Direitos – não como um simples conjunto de padrões, mas também como um conjunto ordenado isto é, como um conjunto dotado de sentido”. Dessa forma, a compreensão dos princípios corrobora com a percepção do funcionamento do sistema jurídico como um todo, sem distinções de campos de atuação específicos.

Por outro lado, os princípios jurídicos na sua dimensão justificadora, ou seja, insertos na argumentação jurídica, desempenham papel de igual importância. Ressaltam Atienza e Manero (2009, p. 63) que o papel desempenhado pelos princípios na aceção justificadora “contrasta com o das regras j que, através de certa perspectiva, sua contribuição à argumentação é mais modesta, enquanto que, vistas as coisas de outro ponto de vista, caberia dizer que os princípios superam as regras”.

Nota-se, portanto, que os princípios jurídicos não designam unicamente mandamentos de otimização, mas, sobretudo, desempenham função explicativa e justificadora para o ordenamento jurídico e para a argumentação jurídica respectivamente. Como desdobramento da configuração dos princípios jurídicos como mandamentos de otimização, decorre a discricionariedade para sopesar nos casos de colisão entre tais normas.

Diante do exposto, nota-se que há uma íntima relação entre os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade, principalmente no tocante ao trato da colisão entre tais direitos. Tal princípio exerce função de balizador da técnica da ponderação, sendo esta desdobramento da sua aplicação na hermenêutica constitucional.

Nesse sentido, conforme aduz Bonavides (2012 p. 408):

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade.

Ou seja, para o Direito Constitucional, mesmo não sendo um princípio expresso no texto da Constituição, o princípio da proporcionalidade possui função essencial no desempenho da atividade interpretativa. Ademais, desempenha importante papel na compreensão da dogmática dos direitos fundamentais, precipuamente, nos casos de colisão. Convém ressaltar que o princípio em análise possui três elementos parciais, isto é, três subprincípios que compõem a sua estrutura. A análise destes subprincípios é primordial para uma noção completa da sua finalidade.

O primeiro elemento parcial do princípio da proporcionalidade consiste na “adequação, a conformidade ou a validade do fim” (BONAVIDES, 2012, p. 409). O subprincípio da adequação de meios, conformidade ou idoneidade, portanto, corresponderia a escolha da melhor medida que se adequa a atingir a finalidade perseguida.

Em outras palavras, exige-se que “o meio eleito para a consecução do objetivo almejado tenha condições para tanto, isto é, que seja apto, capaz, de lograr o desiderato

pretendido” (BUECHELE, 1997, p. 133). Advém-se, portanto, da noção de adequação a noção de aptidão. O princípio da proporcionalidade mediante este elemento parcial, denota a utilização de meios aptos à persecução da finalidade almejada.

Por sua vez, o segundo elemento parcial, dispõe que “a medida não h de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necess ria” (BONAVIDES, 2012, p. 410). Sendo assim, o subprincípio da necessidade ou exigibilidade estabelece que, na casuística jurídica, uma medida só deve ser adotada se necessária para o atendimento de uma finalidade predisposta.

Em outros termos, o elemento da necessidade trata-se de ferramenta “além de imprescindível para assegurar o exercício do direito fundamental objeto da restrição (fim), o instrumento (meio) mais eficaz e menos oneroso para o cidadão” (BUECHELE, 1997, p. 137). Este elemento parcial, portanto, busca harmonizar a finalidade almejada com os meios utilizados para sua persecução.

De acordo com o terceiro elemento parcial do princípio da proporcionalidade, a utilização deste princípio “se defronta ao mesmo passo com uma obrigação e uma interdição; obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionados” (BONAVIDES, 2012, 411). Ou seja, o subprincípio da proporcionalidade *stricto sensu* corrobora uma acepção de que, embora o aplicador do direito deva se utilizar dos meios adequados e necessários para a solução mais satisfatória do litigio, haverá também de abrir mão da utilização de meios desproporcionais e desarrazoados.

Em outros termos, a proporcionalidade em sentido estrito, consiste basicamente, na relação de custo-benefício, isto é, “a verificação das vantagens e desvantagens resultantes para o cidadão, a partir dos meios utilizados pelo legislador com vistas à obtenção dos fins perseguidos pela norma constitucional” (BUECHELE, 1997, p. 139). É, portanto, a própria técnica da ponderação de interesses, além de componente parcial do princípio da proporcionalidade.

3.3 A técnica da ponderação de interesses

Como desdobramento do princípio da proporcionalidade e mecanismo de solução das colisões envolvendo direitos fundamentais, surge a técnica da ponderação de interesses proposta por Alexy e amplamente adotada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

(STF). A ponderação de interesses representa uma medida apta a garantir o máximo aproveitamento de um direito fundamental sem excluir por completo a incidência do direito contraposto.

Nesse sentido, depreende-se que o sopesamento “compõe-se de nada mais que da otimização relativamente a princípios em sentido contrário” (ALEXY, 2011a, p. 156). Dessa forma, a técnica da ponderação de interesses privilegia a otimização dos direitos contrapostos, ratificando a abordagem dos princípios como mandamentos de otimização.

Sobremais, tem-se que a lei da ponderação compreende o fato de que “quanto maior é o grau de não cumprimento ou de prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro” (*ibidem*). Ou seja, o princípio prevalecente não possui o condão de suplantado o princípio prevalecido, apenas de mitigar a sua incidência de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas pertinentes ao caso concreto.

Nesse contexto, advém-se que a noção “de ponderação (*Abwägung*) ou de balanceamento (*Balancing*) surge em todo o lado onde haja necessidade de “encontrar o direito” para resolver “casos de tensão” (Ossenbühl) entre bens juridicamente protegidos” (CANOTILHO, 2006, p. 1.220) (grifos do autor). Nesse sentido, a técnica da ponderação de interesses se mostra conveniente para os casos difíceis que demandam uma atividade interpretativa mais complexa.

Assim sendo, a técnica da ponderação de interesses, em sede de jurisdição constitucional, nada mais é do que um desdobramento da aplicação do princípio da proporcionalidade juntamente com seus elementos parciais. Além disso, reafirma a definição de princípios como mandamentos de otimização, haja vista a existência de outras limitações de ordem principiológica.

Nesse diapasão, aduz Alexy (1999, p. 78) que:

[...] a ponderação deve suceder em três fases. Na primeira fase deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda fase se trata, então, da importância das razões que justificam a intervenção. Somente na terceira fase sucede, então, a ponderação no sentido estrito e próprio.

Sendo assim, nota-se que a metodologia inerente à técnica da ponderação é tripartite, revelando a necessidade de uma atividade interpretativa baseada nos três elementos parciais do princípio da proporcionalidade, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Em outros termos, depreende-se que “a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens” (CANOTILHO, 2006, p. 1.221). Tal objetivo vai de encontro s críticas embasadas na suposta irracionalidade exacerbada concernentes à referida técnica.

Assinala-se ainda que a adoção da técnica da ponderação de interesses deve ser respaldada em uma interpretação racional, tendo como pressuposto a construção de uma ideia clara e coerente e a utilização de métodos que possibilitem a observância das regras da lógica e da argumentação jurídica (CARDOSO, 2016). Nesse contexto, é cediço “que tal expediente seja sempre adotado pelo Poder Judiciário, como forma de possibilitar o controle social das suas decisões, legitimando-as” (CARDOSO, 2016, p. 16).

Posto isso, a técnica da ponderação de interesses não submete a resolução do conflito entre normas fundamentais ao campo da validade da norma jurídica, mas sim à acepção axiológica-finalística amparada no princípio da proporcionalidade. Portanto, para se localizar o cerne do conflito, o sopesamento é imprescindível, sob pena de se abalar todo o conjunto de proteções elencadas na Constituição Federal. Além disso, não há prioridade de um direito fundamental em detrimento do outro, assim como também se busca a otimização máxima de cada um dos direitos contrapostos, prevalecendo o mais urgente. Consequentemente, a escolha do direito fundamental que prevalecerá deve ser proporcional à circunstância fática, na medida da sua adequação ao caso concreto e necessidade da sua escolha (GARRIDO, 2010).

A colisão entre direitos fundamentais compreende casos de difícil solução e que exigem uma alta capacidade interpretativa por parte do operador do Direito, uma vez que se trata de fenômeno pertinente a direitos que possuem a mesma hierarquia. Dessa forma, não pode haver o preavalecimento de um em detrimento do outro. Além disso, as situações fáticas envolvendo o conflito entre normas fundamentais exigem uma interpretação com base no respeito à unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática, princípios basilares da hermenêutica constitucional (STEINMETZ, 2000).

Nesse desiderato, as noções de adequação e necessidade tratadas no aspecto da proporcionalidade “expressam a exigência – contida na definição de princípio – de uma máxima realização em relação s possibilidades fáticas” (ALEXY, 2011a, p. 588). Essas facetas do princípio da porporcionalidade demonstram a intenção de dar máxima efetividade ao comando normativo mais urgente nas hipóteses de colisão entre normas fundamentais.

Destaca-se, ademais, que a ponderação já está presente em outros métodos da hermenêutica constitucional, a exemplo da concordância prática. Todavia, ponderar, no âmbito dos princípios, “significa sopesar a fim de se decidir qual dos princípios, num caso concreto, tem maior peso ou valor os princípios conflitantes” (CANOTILHO, 2006, p. 1.225). Assim sendo, deve-se ter cautela para não confundir a técnica da ponderação de interesses com o princípio da concordância prática pertencente à hermenêutica constitucional clássica e que também se utiliza da ponderação no trato das suas contendas.

Ante o exposto, acerca da metódica da ponderação à luz do conflito entre princípios, alude Canotilho (2006, p. 1.225):

O apelo à metódica de ponderação é, afinal, uma exigência de *solução justa de conflito entre princípios*. Nesse sentido se pôde afirmar recentemente que a ponderação ou o *balancing ad hoc* é uma forma característica de aplicação do direito sempre que estejam em causa normas que revistam a natureza de princípios. A dimensão de ponderabilidade dos princípios justifica a ponderação como método de solução de conflito de princípios. (grifos do autor)

Nesse contexto, tem-se que a técnica da ponderação de interesses é a mais indicada para os casos em que haja conflito de normas que possuam status de princípios, como é o caso dos direitos fundamentais enrustados no texto constitucional. Ademais, trata-se de técnica derivada da própria natureza jurídica dos princípios, que dão margem a uma dimensão de ponderabilidade.

Em se tratando da atividade de ponderação por parte do julgador, alude Alves (2010, p. 31) que:

[...] 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.

Sendo assim, o julgador, quando no exercício de suas atribuições constitucionais, não está adstrito a uma interpretação unicamente literal, mas deve, sobretudo, exercer a ponderação de todos os fatores pertinentes ao caso concreto, assim como também do impacto social da sua decisão. Depreende-se, portanto, que todas as decisões jurídicas apresentam, mesmo que de maneira singela, a ponderação na construção da argumentação jurídica.

Convém salientar, todavia, que a ponderação presente em todas as decisões jurídicas se refere à genérica, ou seja, não se trata da técnica da ponderação de interesses proposta por Alexy. Esta última, para que seja adotada na construção da decisão jurídica, deve ser aplicada em uma relação em que haja um conflito de normas de ordem principiológica, assim como também deve preencher os requisitos para sua efetivação.

Ademais, nota-se que o papel do julgador, no juízo de ponderação entre princípios conflitantes, é o de contemplar as peculiaridades de cada caso, aduzindo 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” (ALVES, 2010, p. 36). Ou seja, nenhum dos valores jurídicos contrapostos deve ser suplantado pelo outro, mas sim prevalecerá o valor mais urgente de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.

Nessa perspectiva, preceituam Pimenta e Barros (2008, p. 116) que:

[...] a melhor maneira para solucionar os conflitos entre os princípios seria através da ponderação de interesses pois, em certas situações, o intérprete será levado à conclusão de que dois princípios são igualmente adequados para incidir sobre determinado caso e terá de buscar uma solução que, à luz das circunstâncias concretas, sacrifique o mínimo possível de cada um dos interesses salvaguardados pelos princípios em confronto.

Assim sendo, o intérprete da lei, na adoção da técnica da ponderação de interesses, privilegiará uma solução que objetive a maximização de ambos os princípios contrapostos em conformidade com as circunstâncias do caso. O sacrifício do princípio prevalecido, neste caso, será mínimo, visto que se almejará a conciliação entre os interesses confrontados. Contudo, adverte Linhares (2001, p. 74) que:

[...] 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.

Nesse contexto, a adoção da técnica da ponderação de interesses não é livre de parâmetros e diretrizes para sua regular aplicação. Faz-se necessário, além do preenchimento dos seus requisitos, o atendimento das garantias necessárias à manutenção da segurança jurídica e da transparência do julgamento.

A ponderação de interesses, em um primeiro momento, pressupõe a averiguação da ocorrência de fato do conflito entre normas principiológicas, ou seja, verificar, no caso

concreto, se há uma possibilidade de incidência de ambas as normas postas em oposição. Em um segundo momento, passa-se a ponderação propriamente dita dos interesses conflitantes, isto é, considerar o grau de relevância constitucional entre as normas fundamentais contrapostas, prevalecendo a de maior urgência em conformidade com as circunstâncias fáticas e jurídicas (LINHARES, 2001).

Todavia, admoesta-se a necessidade de observar situações em que “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” (LINHARES, 2011, p. 79). Sendo assim, deve-se ter cautela ao aplicar o juízo de ponderação, visto que o integral atendimento de um interesse preponderante ocasiona significativo prejuízo ao interesse contraposto. Vale dizer, a preponderância de um princípio em detrimento do outro é relativa, variando de acordo com os interesses tutelados.

Trata-se, pois, da denominada precedência condicionada, segundo a qual ocorre a “fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária” (ALEXY, 2011a, p. 96). Restando-se apenas o estabelecimento das condições em que o princípio prevalecerá ou não em detrimento do outro.

Para tutelar a técnica da ponderação de interesses, vencendo assim o argumento da irracionalidade, Alexy propõe a lei da colisão, que nos dizeres de Steinmetz (2000, p. 126):

Essa lei não só é importante porque descreve a estrutura lógica da colisão, mas também porque indica o que precisa ser fundamentado: o resultado da ponderação. Como se verá mais adiante, isso é de capital importância para refutar as objeções metodológicas que se fazem à ponderação de bens.

Descreve-se, portanto, uma fórmula para um exato juízo de ponderação, levando em consideração todos os aspectos relevantes na construção da decisão jurídica. As críticas embasadas na suposta irracionalidade desta técnica decisória são refutadas mediante a exatidão dos termos colocados à disposição do intérprete.

Nesse diapasão, materializando a lei da colisão, afirma Alexy (2011a, p. 99) que:

Se o princípio P_1 tem precedência em face do princípio P_2 sob as condições C : ($P_1 \mathbf{P} P_2$) C e se do princípio P_1 , sob as condições C , decorre a consequência jurídica R , então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$. (grifos do autor)

Em outros termos, diante de um caso concreto, um princípio terá prevalência em detrimento de outro sob uma condição específica, fenômeno denominado como precedência condicionada. Além disso, preenchidas as condições fáticas, surge uma regra que, por sua vez, prescreve as consequências jurídicas do princípio prevalente.

Acerca da lei da colisão e de seus desdobramentos, arremata Alexy (*ibidem*) que esta lei:

[...] reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apóiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.

À vista disso, depreende-se que a colisão entre direitos fundamentais, dirimida através da ponderação de interesses, relaciona-se intimamente com a definição dos princípios como mandamentos de otimização. No entanto, a adoção da referida técnica corrobora com críticas que vão desde o alto grau de subjetividade de sua adoção até a insegurança jurídica na construção da decisão jurídica por parte do julgador.

Acerca da temática ora exposta, inúmeras são as críticas referentes ao uso da técnica da ponderação de interesses em sede de jurisdição constitucional. Tais críticas são personificadas, principalmente, em Habermas, com argumentos que vão desde a subjetividade ilimitada até as consequências prejudiciais do ato de ponderar. No tocante à subjetividade excessiva oriunda da técnica da ponderação de interesses proposta por Alexy, Steinmetz (2000, p. 229) aduz que:

Evidentemente, o resultado da ponderação de bens não elimina valorações, não está imune a pontos de vista valorativos. Mas isso, por si só, constitui prova da irracionalidade da ponderação de bens? Segundo Alexy, não. Dizer que pontos de vista valorativos tornam irracional uma fundamentação jurídica implica aceitar que parte representativa das decisões jurídicas são irracionais. A propósito, como demonstrou Aarnio, os valores e as valorações podem interferir na interpretação jurídica em geral. Portanto, não é apenas a ponderação de bens que é passível de juízos de valor; são também a interpretação jurídica em geral e, em especial, a interpretação constitucional.

Ou seja, a atividade interpretativa, por si só, está sujeita a juízos de valores por parte do julgador. Tal subjetividade não é característica exclusiva da utilização da técnica da ponderação de interesses. Portanto, descartar o uso do sopesamento pelo simples fato de haver

margem para juízos de valores, implicaria em questionar a validade de todas as decisões jurídicas.

Em sentido contrário, tem-se “que a ponderação não é um procedimento racional. Refere-se, nela de uma figura retórica que dá espaço subjetividade ilimitada” (ALEXY, 2011b, p. 156). Trata-se da primeira objeção apontada por Habermas no que se refere à adoção desmedida da técnica da ponderação de interesses no conflito de princípios.

A segunda objeção, por sua vez, também defendida por Habermas, aponta para um problema conceitual do sopesamento, afirmando que o juízo de ponderação dirige o “decidir jurídico para fora do âmbito do jurídico e antijurídico, do correto e falso e do fundamentar e leva para dentro de um âmbito que é caracterizado pelas distinções como a entre o adequado e o inadequado e conceitos como o de poder discricionário” (ALEXY, 2011b, p. 157). Isto é, relativiza a ponderação gerando decisões que não possuirão fundamentações objetivas, mas sim baseadas em valores internos do julgador.

Em síntese, as duas objeções ao juízo de ponderação se baseiam na afirmação de que esta consiste em técnica desprovida de método objetivo, corroborando-se a proliferação de noções vagas e aumento das arbitrariedades judiciais. Ademais, seu uso irrestrito acarretaria prejuízo às conquistas características de um Estado Democrático de Direito e à segurança jurídica dele decorrente, além de transformar o processo judicial em um processo político, haja vista o fato de que o julgador irá reponderar normas que já foram ponderadas no processo legislativo (ARAGÃO, 2014).

Nesse mesmo sentido arremata Habermas (2012, p. 269) que:

A coerência de um sistema de direitos é realmente ameaçada, quando regras conflitantes *desse* tipo preveem para o mesmo caso de aplicação prescrições contraditórias e que pretendem ter a mesma validade. Todas as demais normas continuam indeterminadas com relação à sua situação, necessitando de interligações *suplementares* no caso concreto – e isso vale não somente para os direitos fundamentais e princípios do Estado de direito, à luz dos quais o sistema jurídico pode ser justificado em sua totalidade. Eles só são aplicáveis *prima facie*, de tal modo que num discurso de aplicação, e especialmente aqui, é preciso examinar se eles podem encontrar aplicação numa situação concreta, ainda não prevista no processo de fundamentação – ou se eles, sem prejuízo de sua validade, têm que retroceder e se ocultar atrás de uma outra norma “mais apropriada”. Somente quando se conclui que uma norma válida é a única norma apropriada a um caso a ser decidido, ela fundamenta um juízo singular, que pode pretender ser correto. (grifos do autor)

Sendo assim, Habermas (2012) adverte que, para considerar um juízo singular como correto, faz-se necessária a obtenção da única norma válida apropriada ao caso concreto. Tal

obtenção se concretiza por meio da retrocessão de uma norma, sem perda da sua validade, em detrimento de outra considerada mais apropriada à situação. Não se trata, portanto, de um juízo de ponderação, mas sim de interligações suplementares para a manutenção da coerência do ordenamento jurídico.

Ante o exposto percebe-se o importante papel que a jurisdição constitucional possui no tocante à proteção dos direitos fundamentais quando em contraposição, assim como também da flexibilização da interpretação consitucional com a adoção da técnica mais apropriada para a resolução da lide. Apesar das críticas ao método do sopesamento, o STF, instituição responsável pela guarda da Constituição, adota, em grande parte dos seus julgados, a técnica da ponderação de interesses na colisão de direitos fundamentais, conforme será demonstrado adiante.

4 PONDERAÇÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A técnica da ponderação de interesses utilizada na resolução dos conflitos de direitos fundamentais é a adotada pelo STF nos casos sujeitos a seu crivo. Assim sendo, na utilização da mencionada técnica, faz-se necessária a compreensão a respeito do funcionamento e da estrutura da jurisdição constitucional.

A expressão jurisdição constitucional, portanto, denota a interpretação e aplicação das normas constitucionais por parte dos operadores do Direito, quais sejam: juízes e Tribunais. Ressalta-se, sobretudo, que o órgão máximo no que tange ao exercício da jurisdição constitucional é a Suprema Corte, sendo esta a responsável pelo veredicto final nas situações explicitadas no texto constitucional que chegam ao seu alcance.

4.1 Conceito de jurisdição constitucional

Inicialmente convém apontar alguns aspectos introdutórios no que se refere ao próprio conceito de jurisdição. É cediço que a trilogia processual é composta pela ação, jurisdição e processo. Ademais, juntamente com a conceituação da jurisdição *lato sensu*, salienta-se a definição de competência que, de maneira simplória, consiste na delimitação da jurisdição.

Assim sendo, aduz-se que a jurisdição “é uma das funções assumidas e exercidas pelo Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 165). Vale dizer, a jurisdição é uma função estatal atribuída aos julgadores por meio da qual se almeja a justa solução dos litígios envolvendo os jurisdicionados.

Ressalta-se, por oportuno, que, além de configurar-se como função estatal, “a jurisdição é ao mesmo tempo *poder, função e atividade*” (*ibidem*) (grifos dos autores). Isto é, a jurisdição, no âmbito do processo judicial, funciona como poder, pois revestida de imperatividade e do poder de imposição que o Estado tem no tocante à imposição de suas decisões. Por sua vez, a jurisdição funciona como função quando atribuída aos órgãos jurídicos a fim de resolver de maneira justa e mediante o processo os conflitos judiciais. Por último, funciona como atividade quando representa o conjunto de atos do juiz nos moldes do atendimento do devido processo legal (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015).

Dadas estas três acepções características da jurisdição, depreende-se que a sua análise, no âmbito da jurisdição constitucional, demanda um estudo aprofundado acerca do regime democrático, assim como também da repartição de poderes. Trata-se, portanto, de uma compreensão completa sobre o conceito de jurisdição e sua correlação com o constitucionalismo discursivo.

Adverte-se, todavia, que “a jurisdição, em todas as suas espécies, apresenta limitações internas de cada Estado, excluindo a tutela jurisdicional em certos casos; e há também limitações internacionais, ditadas pela necessidade de coexistência dos Estados e pelos critérios de conveniência e viabilidade” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 184). Ou seja, o exercício da atividade jurisdicional, incluindo-se a jurisdição constitucional, não é ilimitado, devendo observar restrições internas e internacionais de acordo com as situações fáticas.

Em se tratando do órgão judiciário competente, em última instância, para a realização da jurisdição constitucional no que tange à colisão de direitos fundamentais, que é o STF, aludem Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 216) que:

Sua função básica é a de manter o respeito à Constituição e sua unidade substancial em todo o país, o que faz através de uma série de mecanismos diferenciados – além de encabeçar o Poder Judiciário inclusive em certas causas sem conotação constitucional. Como *cabeça do Poder Judiciário*, compete-lhe a última palavra na solução das causas que lhe são submetidas. (grifos do autor)

Em outros termos, cabe ao STF a guarda da Constituição e a garantia de uma interpretação que harmonize os seus mandamentos. Nos casos que envolvam conflito de princípios que lhe sejam submetidos, caberá também o exercício do juízo de ponderação, otimizando os mandamentos principiológicos consoante as circunstâncias fáticas e jurídicas pertinentes aos casos concretos.

Entretanto, proliferam-se as críticas a respeito da técnica da ponderação de interesses utilizada pela Suprema Corte, evidenciando-se, assim, uma certa familiaridade com a tese de Habermas sobre as falhas do juízo de ponderação. Nesse sentido, “essas críticas servem para fomentar a discussão e sinalizam para a necessidade de uma compreensão do Direito à luz do paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito” (PEDRON, 2008, p. 27). Vale dizer, a proposição habermasiana se mostra como a mais completa no que tange ao sopesamento de princípios.

Todavia, o juízo de ponderação, conforme fora demonstrado, afasta as críticas referentes à subjetividade, tendo em vista que esta é inerente à decisão jurídica, assim como também afasta as críticas referentes à irracionalidade da técnica mediante a elaboração da lei da colisão. O STF adota em vários dos seus julgados o juízo de ponderação no conflito de princípios, corroborando com os argumentos defendidos por Alexy no tocante à discricionariedade para sopesar.

Feitas as devidas ressalvas a respeito do conceito de jurisdição, no âmbito da tríade do Direito Processual, urge-se pela necessidade da definição de jurisdição constitucional, jurisdição específica voltada para as causas que envolvam normas constitucionais. Nesse sentido, denota-se que a jurisdição constitucional “seria prestada, então, fundamentalmente por um órgão especializado, encarregado da missão de resolver os conflitos constitucionais que lhe fossem deferidos” (SAMPAIO, 2002, p. 23).

Depreende-se, portanto, que o órgão jurisdicional responsável pela prestação da jurisdição constitucional é, via de regra, o STF. Dessa forma, o referido Tribunal, no exercício de suas atribuições constitucionais, tem o dever de guardar a Constituição, assim como também garantir a efetiva aplicabilidade de seus comandos. No caso de conflito de princípios constitucionais, cabe ao STF exercer o juízo de ponderação e, com base na lei da colisão, atribuir “pesos” em uma legítima relação de precedência condicionada.

Nesse desiderato, ressalta-se que a jurisdição constitucional consiste em “elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais” (KELSEN, 2003 p. 123). Assim sendo, o juiz constitucional é o responsável pelo controle dos excessos e garantia das prerrogativas do Estado consoante os mandamentos da CF/1988.

Adverte-se, sobretudo, que as discussões pertinentes ao juízo de ponderação na jurisdição constitucional têm íntima relação com o papel do juiz constitucional na sociedade, fomentando as construções do constitucionalismo discursivo e da representação no Estado Democrático de Direito. Salienta-se, sobremais, que a natureza do poder desempenhado pelo juiz constitucional é corolário do reconhecimento da Constituição como documento jurídico fundante e superior da comunidade política, definidor, ademais, de direitos básicos do ser humano (BRANCO, 2009).

Assim sendo, no conflito de princípios no âmbito da jurisdição constitucional, tem papel primordial o juiz constitucional, seja como agente representativo da vontade social, seja como agente democratizador da hermenêutica constitucional. Nessa perspectiva, além da compreensão da jurisdição constitucional em si, faz-se necessária a definição das atribuições do juiz constitucional responsável pela construção da decisão jurídica.

Ainda no tocante à conceituação da jurisdição constitucional, arremata Sampaio (2002, p. 23) como esta sendo:

[...] uma garantia da Constituição, realizada por meio de um órgão jurisdicional de nível superior, integrante ou não da estrutura do Judiciário comum, e de processos jurisdicionais, orientados à adequação da atuação dos poderes públicos aos comandos constitucionais, de controle da “atividade do poder do ponto de vista da Constituição”. Com destaque para a proteção e realização dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a jurisdição constitucional, além de realizar o controle de constitucionalidade das normas jurídicas, é a responsável por garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Quando tais direitos se encontram em situação de colisão, cabe ao órgão jurisdicional competente em última instância realizar o juízo de ponderação sopesando o direito mais urgente em detrimento do menos urgente de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.

Nesse desiderato, alude Alexy (2011b, p. 162) que a:

Jurisdição constitucional compõe-se, certamente, de mais do que afirmações sobre constitucionalidade. O tribunal constitucional não só diz algo, ele também faz algo. Ele tem regularmente a competência de deixar sem validade atos anticonstitucionais do parlamento. Esse tipo de participação na dação de leis significa que a atividade de tribunais constitucionais não somente tem um caráter proposicional ou discursivo, mas também um institucional ou fundado em autoridade.

Vale dizer, a jurisdição não se restringe ao controle de constitucionalidade, abarcando também o questionamento da validade dos atos do parlamento que contrariem a Constituição. Adverte-se que é nesse ponto que incide uma das críticas ao juízo de ponderação, sobretudo no tocante à interferência do Poder Judiciário nas atividades típicas do Poder Legislativo.

Nessa perspectiva é que surge o problema central da ponderação que, nos dizeres de Alexy (*ibidem*):

O problema da ponderação é o problema principal da dimensão metodológica da jurisdição constitucional. O problema principal de sua dimensão institucional deixa formular-se na questão, como a competência jurídica de um tribunal constitucional, de deixar sem validade atos do parlamento, pode ser justificada. Com essa questão nós chegamos ao eterno problema da relação de jurisdição constitucional e democracia.

Salienta-se, todavia, que no juízo de ponderação entre normas fundamentais não há a perda da validade da norma menos urgente, mas sim uma mitigação da sua incidência de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Afinal de contas, as normas de caráter principiológico não gozam de precedência absoluta, mas sim condicionada, o que justifica o uso da ponderação.

No tocante aos aspectos históricos referentes à evolução da jurisdição constitucional, cumpre mencionar o surgimento do *judicial review* nos Estados Unidos incidente no sistema jurisdicional do *common law*. Sendo assim, o modelo de jurisdição constitucional surgido nos Estados Unidos parte da premissa “favor vel instalação de um sistema de controle das leis pelos tribunais” (SAMPAIO, 2002, p. 29). Trata-se, pois, do nascimento do controle de constitucionalidade difuso que também será adotado pelo ordenamento jurídico pátrio.

O modelo americano de jurisdição constitucional deu margem para “reinventar a Constituição, pois reconhecia a ela uma densidade normativa até então discutível e abria espaço para uma verdadeira reelaboração ou atualização de seu conteúdo” (SAMPAIO, 2002, p. 32). Adverte-se, todavia, que tal modelo jurisdicional não se restringe ao exercício do controle concreto de constitucionalidade, mas também possui plena aplicabilidade no tocante à dogmática dos direitos fundamentais.

Por outro lado, na França, predominava no sistema jurídico uma certa “desconfiança em relação aos juízes pois vinham às mentes dos revolucionários os “parlements” ou tribunais superiores que na época dos Luíses tanto contribuíram para a arbitrariedade do *Ancien Régime*” (*ibidem*) (grifos do autor). Dessa forma, o modelo de jurisdição constitucional vigente na época não padecia de legitimidade e estava repleto de influências políticas na tomada das suas decisões.

Nesse desiderato, firmou-se o entendimento, em sede do modelo de jurisdição constitucional francês, de que “a vontade da nação não poderia ser controlada por uma vontade superior a ela mesma, senão pela consciência daqueles que exerciam o poder legislativo e pela sua responsabilidade, pelo menos moral, em face da nação” (SAMPAIO, 2002, p. 33). Depreende-se, portanto, o cerne das discussões que atualmente se denominam constitucionalismo discursivo e representação argumentativa no âmbito da jurisdição constitucional, fenômenos característicos da Teoria dos Direitos Fundamentais e do Neoconstitucionalismo.

Em outra perspectiva, tem-se o modelo de tribunal constitucional característico da Áustria e conhecido, hoje em dia, como o modelo do controle de constitucionalidade abstrato. Tal modelo de jurisdição constitucional é fruto do “aparecimento de novas formas de solução

jurisdicional de conflitos constitucionais, na tentativa de harmonizar ou conciliar as ordens centrais e locais de poder” (SAMPAIO, 2002, p. 36). Nesse sentido, advém o sistema de controle de constitucionalidade concentrado exercido por um tribunal constitucional competente e com jurisdição específica para a resolução das demandas desta natureza.

Ademais, feitas as necessárias divagações a respeito de alguns dos modelos de jurisdição constitucional, incumbi denotar a correlação entre a jurisdição constitucional e os direitos fundamentais, precipuamente, no que tange à atividade do STF na efetivação e concretização de tais direitos. Nesse sentido, pontua Sampaio (2002, p. 670) que:

[...] os direitos fundamentais desempenham um papel central de legitimidade da ordem constitucional, não apenas pelo seu catálogo formal, mas sobretudo por sua realização prática. Embora sejam, assim, o centro de gravidade da estrutura orgânica e funcional do sistema, não podem ser considerados como um conjunto fechado de valores, senão como um centro ligado, funcional e normativamente, com as outras partes do Direito Constitucional; [...]

Em outras palavras, os direitos fundamentais possuem extrema importância para a manutenção da ordem constitucional, uma vez que consagram valores historicamente construídos e indispensáveis para a configuração do homem como sujeito de direito. Além disso, tais direitos não se encontram taxativamente no texto constitucional, havendo diversos princípios implícitos que prescrevem direitos fundamentais para o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Entretanto, é a jurisdição constitucional, personificada em seu máximo pelo STF, que realiza o juízo de ponderação quando diante de situações que impliquem na Teoria dos Limites dos Direitos Fundamentais. Trata-se de construção jurisprudencial majoritária que preza, na hipótese de direitos de igual hierarquia, pela otimização e, por conseguinte, sopesamento dos valores mais urgentes de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas.

Nesse diapasão, a alternativa dogmática que se apresenta como critério metodológico para a resolução de colisões envolvendo direitos fundamentais é utilizada “com o emprego de um juízo de ponderação e de adequação dos bens/valores constitucionais, conduzindo a uma “concordância prática” (*praktische Konkordanz*) com outro direito ou bens jurídicos colidentes” (SAMPAIO, 2002, p. 727) (grifos do autor).

Nota-se, portanto, que é a utilização desta alternativa dogmática como critério metodológico que permite a utilização do sopesamento, assim como também a “harmonização de direitos colidentes – pelo legislador ou pelo juiz – num caso concreto e determinado (permitir o aborto em casos de gravidez decorrente de estupro, por exemplo), podendo

conduzir a prevalência de um deles” (SAMPAIO, 2002, p. 728). Ou seja, em virtude da Teoria dos Limites dos Direitos Fundamentais, um princípio não terá precedência absoluta em detrimento do outro, havendo a necessária harmonização com as circunstâncias fáticas e jurídicas.

Ainda nesse sentido, estabelece o citado autor (2002, p. 729) que:

A existência de direitos fundamentais concorrentes entre si ou com princípios ou bens coletivos decorre do pluralismo da sociedade, tornando-se imprescindível a existência de um sistema de arbitragem dos conflitos. Pode-se imaginar que essa arbitragem seja operada em graus: no plano abstrato, competiria ao legislador fixar-lhes os contornos, para concretamente, serem resolvidos pelo juiz, segundo as circunstâncias do caso e as balizas da lei.

Em outros termos, o trato da colisão envolvendo direitos fundamentais deve partir da análise de duas perspectivas: a abstrata e a concreta. Sob a perspectiva abstrata, salienta-se que abarca a margem de discricionariedade já proposta pelo legislador no texto constitucional. Ao passo que, sob a perspectiva concreta, caberia a análise da precedência condicionada em consonância com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

No que se refere à jurisprudência pátria, adverte o já mencionado doutrinador (2002, p. 734) que:

[...] o Supremo, no coro da jurisprudência das Cortes Constitucionais, não reconhece uma hierarquia de direitos, previamente concebida. A mesma precisão não se extrai, todavia, da relação entre direitos e interesse público, coletivo ou social havendo uma nítida prevalência da concepção liberal da Constituição.

Dessa forma, o STF corrobora com o entendimento de outras Cortes Constitucionais não atribuindo hierarquia entre os direitos fundamentais. Tal entendimento é pressuposto para a aplicação do juízo de ponderação, haja vista o fato de que, sem os postulados da cronologicidade, hierarquia e especialidade, faz-se necessária a harmonização de valores e a concordância prática entre os princípios postos em contraposição no âmbito da discricionariedade estrutural característica da dogmática dos direitos fundamentais. Vale dizer, o juízo de ponderação é técnica metodológica apta à resolução da colisão de direitos fundamentais em conformidade com as circunstâncias fáticas e jurídicas apresentadas na situação hipotética.

4.2 A ponderação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)

A técnica da ponderação de interesses no trato da colisão entre direitos fundamentais é amplamente utilizada pela Corte Constitucional brasileira. Trata-se de posição jurisprudencial embasada na concepção de princípios como mandamentos de otimização, assim como também no sopesamento e na discricionariedade estrutural dos direitos fundamentais.

Tem-se como exemplo de adoção desta técnica de resolução do referido conflito o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo de número 801.676, do Estado de Pernambuco, em 2014, cuja relatoria foi do Ministro Roberto Barroso, do STF. À vista disso, sintetiza a ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO DO TRATAMENTO ADEQUADO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. **COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA. PRECEDENTES.** A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. **O Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida.** Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - ARE: 801676 PE, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 19/08/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 02-09-2014 PUBLIC 03-09-2014) (grifos nossos)

Trata-se de julgado referente à situação jurídica na qual estão postos em contraposição o direito à saúde – consagrado no artigo 6º da CRFB/1988 – e o direito à vida – encartado no artigo 5º, *caput*, da CRFB/1988. Depreende-se da análise do caso em voga que o Egrégio Tribunal, utilizando na colisão de direitos fundamentais da técnica da ponderação de interesses, concebe prevalência ao direito à vida em detrimento do direito à saúde.

Em situação jurídica diferente, a Corte Constitucional, em sede de Recurso Extraordinário de número 1.164.576, do Estado de São Paulo, da relatoria do Ministro Roberto Barroso, em 2018, adotou a ponderação de valores na hipótese de concessão da aposentadoria especial com proventos integrais para policiais civis. Assim estabelece a ementa do referido julgado:

APELAÇÃO. INVESTIGADORA DE POLÍCIA. Pretendida aposentadoria especial (com paridade e integralidade), nos termos do artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar Federal nº 51, de 20 de dezembro de 1985, com a redação da LC 144, de 15 de maio de 2014. Reconhecimento parcial. [...] **Nessa linha é pertinente a doutrina de Ana Paula de Barcellos no sentido de que quando se trabalha com a constituição, ‘não é possível simplesmente escolher uma norma em detrimento das demais: o princípio da unidade, pelo qual todas as disposições constitucionais têm a mesma hierarquia e devem ser interpretadas de forma harmônica não admite essa solução’.** Provento integral, portanto, que pela **técnica de ponderação de valores constitucionais** (cotejando-se as regras da EC 41/2003 em harmonia com a ressalva do artigo 40, § 4º, da Constituição Federal) pode sim ser interpretado como sinônimo de integralidade. É o mesmo raciocínio adotado pelo STF, por exemplo, nos casos de aposentadoria por invalidez (decorrente de acidente do trabalho, moléstia profissional ou doença grave), quando se tem reconhecido que o benefício deve ser concedido „com proventos integrais, considerada a última remuneração, ainda que após a vigência da EC 41/2003“. (STF - RE: 1164576 SP - SÃO PAULO, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 08/11/2018, Data de Publicação: DJe-242 16/11/2018) (grifos nossos)

Nota-se, portanto, o entendimento de que, em se tratando de normas constitucionais, não há que se falar em hierarquia entre elas, mas sim concordância prática e harmonização. Dessa forma, no caso em voga, o Supremo entende que as disposições previstas no artigo 40 da CFRB/88 devem ser harmonizadas e ponderadas com o estabelecido pela Emenda Constitucional (EC) 41 de 2003, norma que, apesar de ser fruto do Poder Constituinte Derivado, goza de status constitucional semelhante ao das demais normas do Poder Constituinte Originário.

Em mais um julgamento de colisão entre direitos fundamentais, o STF, em sede do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo de número 772.855, do Estado do Ceará, da relatoria do Ministro Luiz Fux, em 2013, não deu provimento ao recurso interposto. Assim dispõe a ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CIVIL. DANO MORAL. DIREITO DE IMAGEM. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF NO ARE Nº 739.382. CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. 1. O dano moral, quando aferido pelas instâncias ordinárias, não revela repercussão geral apta a dar seguimento ao apelo extremo, consoante decidido pelo Plenário virtual do STF, na análise do ARE nº 739.382, da Relatoria do Min. Gilmar Mendes. 2. In casu, o acórdão recorrido assentou: “CONSTITUCIONAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REPARAÇÃO DE DANOS. REPORTAGEM VEICULADA POR EMISSORA DE TELEVISÃO. FRAUDE EM CONCURSO PÚBLICO. **COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. VIOLAÇÃO À HONRA E IMAGEM DO AUTOR.** EXPOSIÇÃO VEXATÓRIA. ATO IMPUTADO A PREPOSTO DA PROMOVIDA. DANO MORAL CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA”. 3. Agravo regimental

DESPROVIDO. (STF - ARE: 772855 CE, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 03/12/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-250 DIVULG 17-12-2013 PUBLIC 18-12-2013) (grifos nossos)

Na situação tratada, ocorre a colisão entre a liberdade de imprensa, prevista expressamente no artigo 139, III, da CRFB/1988 e os direitos à honra e à imagem constantes do artigo 5º, X, da CRFB/1988. Na decisão recorrida, o Ministro Gilmar Mendes sopesou os direitos contrapostos, a fim de que, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, tivesse precedência o direito mais urgente.

Sob a perspectiva das ações do controle de constitucionalidade concentrado, tem-se outra hipótese na jurisprudência pertinente à colisão entre normas fundamentais. Nesse sentido, tem-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de número 518, do Distrito Federal, da relatoria do Ministro Edson Fachin, em 2018, cuja decisão trata da utilização da técnica da ponderação de interesses no conflito entre princípios jurídicos, conforme elucida a ementa da decisão:

Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizada pelo Instituto Anjos da Liberdade e pela Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM contra “os parágrafos primeiro, segundo e terceiro, e o artigo 2º da Portaria 718 de 28/08/2017, de responsabilidade do Ministro da Justiça e Segurança Pública”, que regulamenta a visita íntima no interior das Penitenciárias Federais, tendo em vista a “necessidade de uma interpretação conforme à Constituição e aos Tratados Internacionais Sobre Direitos Humanos do artigo 41 da Lei de Execuções Penais, Lei 7.210 de 1984, cujo controle de constitucionalidade em conformidade aos preceitos fundamentais insculpidos na forma de direitos e garantias fundamentais da Constituição, combinados, sem esquecer os artigos 1 e 2 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos combinados com os artigos 26 e 27 da Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados, podem levar a declaração, por arrastamento, de inconstitucionalidade, de incompatibilidade com a Constituição Federal e com os Tratados Internacionais de decretos e atos normativos infralegais [...] **Inexistência de direitos absolutos. Técnica da ponderação de valores. Harmonização entre os princípios da segurança/soberania e harmonia nacionais e liberdade/intimidade de presos. Primazia dos dois primeiros, ante a característica das penitenciárias de segurança máxima.** Inexistência de tratamento cruel, na medida em que preservadas as visitas a familiares. Improcedência dos pedidos. [...] (STF - ADPF: 518 DF - DISTRITO FEDERAL, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 07/11/2018, Data de Publicação: DJe-238 09/11/2018) (grifos nossos)

Nota-se da análise do supracitado julgado que, em virtude da inexistência de direitos fundamentais absolutos, adota-se, por parte da Corte Constitucional, a técnica da ponderação de interesses que, na situação concreta, sopesará os princípios da segurança, soberania e harmonia nacionais com o direito fundamental à liberdade e intimidade dos presos. Advém-se deste sopesamento a conclusão de que, mediante a precedência

condicionada, os primeiros princípios possuem primazia em detrimento dos demais direitos fundamentais arguidos. Não há que se falar na hipótese tratada em suplantação de um direito fundamental por outro, mas sim em harmonização dos direitos fundamentais contrapostos.

Adotou-se também a técnica da ponderação de interesses no tocante ao conflito de princípios constitucionais sensíveis. Tal adoção se deu em sede de Ação Cautelar Inominada, do Estado do Amazonas, cujo relator foi o Ministro Luiz Fux, em 2012, consoante dispõe a ementa:

[...] AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. TRABALHISTA. AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA EM ALEGAÇÃO DE FRAUDE. TERMO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL. RELEVÂNCIA CONSTITUCIONAL DA MATÉRIA. **PONDERAÇÃO DE INTERESSES CONSTITUCIONALMENTE SENSÍVEIS**. RECONSIDERAÇÃO DO VOTO JÁ PROFERIDO. AGRAVOS REGIMENTAIS PROVIDOS PARA DETERMINAR A SUBMISSÃO DO FEITO À REPERCUSSÃO GERAL. 1. A definição do termo inicial para a propositura da ação rescisória em casos de alegada fraude contra o Erário e contra a administração da Justiça em matéria trabalhista é debate impregnado de índole constitucional, na medida em que contrapõe, de um lado, o valor segurança jurídica, materializado na necessidade de marcos temporais para ajuizamento da ação rescisória; e de outro lado, princípios republicanos e democráticos sensíveis como moralidade, eficiência na gestão dos recursos coletivos, amplo acesso a Justiça e devido processo legal, os quais apontam para a necessidade de instrumentos jurídicos que não embarquem a efetividade do controle estatal direcionados à boa gestão dos recursos coletivos. 2. Agravos regimentais a que se dá provimento. [...] (STF - AC: 3706 AM, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 02/09/2014, Data de Publicação: DJe-172 DIVULG 04/09/2014 PUBLIC 05/09/2014) (grifos nossos)

Trata-se, pois, de matéria que contrapõe princípios constitucionais, corroborando com a adoção da ponderação de interesses constitucionalmente sensíveis. O Agravo Regimental foi provido e a Corte Suprema prezou pela ponderação entre o princípio da segurança jurídica e princípios republicanos e democráticos sensíveis, dando prevalência condicionada ao mais urgente.

Por outro lado, em sede de *habeas corpus* (HC) de número 94.147, do Estado do Rio de Janeiro, cuja relatoria foi do Ministra Ellen Gracie, em 2008, o STF também se utilizou da técnica da ponderação de interesses para a resolução de colisão entre direitos fundamentais. Nesse sentido, explicita a ementa:

PROCESSUAL PENAL. IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÕES JUDICIAIS (ALTERNATIVAS À PRISÃO PROCESSUAL). POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. **PONDERAÇÃO DE INTERESSES**. ART. 798, CPC;

ART. 3º, CPC. 1. A questão jurídica debatida neste habeas corpus consiste na possibilidade (ou não) da imposição de condições ao paciente com a revogação da decisão que decretou sua prisão preventiva 2. Houve a observância dos princípios e regras constitucionais aplicáveis à matéria na decisão que condicionou a revogação do decreto prisional ao cumprimento de certas condições judiciais. 3. Não há direito absoluto à liberdade de ir e vir (CF, art. 5º, XV) e, portanto, existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto. 4. A medida adotada na decisão impugnada tem clara natureza acautelatória, inserindo-se no poder geral de cautela (CPC, art. 798; CPP, art. 3º). 5. As condições impostas não maculam o princípio constitucional da não-culpabilidade, como também não o fazem as prisões cautelares (ou processuais). 6. Cuida-se de medida adotada com base no poder geral de cautela, perfeitamente inserido no Direito brasileiro, não havendo violação ao princípio da independência dos poderes (CF, art. 2º), tampouco malferimento à regra de competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I). 7. Ordem denegada. (STF - HC: 94147 RJ, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 27/05/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-107 DIVULG 12-06-2008 PUBLIC 13-06-2008 EMENT VOL-02323-05 PP-00921) (grifos nossos)

No julgado exposto, prezou-se por mais uma vez ressaltar que não existe direito fundamental absoluto, o que corrobora com a denominada precedência condicionada, sendo necessária uma eventual ponderação entre os direitos fundamentais contrapostos. Destacou-se, conforme depreende-se da análise do julgado, que não há direito fundamental à liberdade de ir e vir absoluto, restando-se necessária a sua mitigação de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

Denota-se também, em sede de Agravo Regimental no Agravo de Instrumento de número 815.300, do estado do Rio Grande do Sul, da relatoria do Ministro Dias Toffoli, em 2016, a ponderação de interesses entre o direito à livre manifestação e os direitos à honra e à imagem do ofendido. Ressaltando-se a não prescindibilidade da ponderação de interesses, assim assenta a ementa do julgado supracitado:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Direito Civil. Dano moral. Matéria jornalística. Manifestação de opinião tida como ofensiva. Pressupostos da responsabilidade civil demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Ausência de repercussão geral do tema. Precedentes. 1. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que a agravante, ao publicar matéria jornalística em que afirma ser o agravado “incompetente”, teria extrapolado seu direito livre manifestação e ofendido a honra e a imagem do então delegado de polícia, o qual deveria ser indenizado por danos morais. 2. **A ponderação de interesses, in casu, não prescinde do reexame do contexto fático-probatório da causa, o qual é inadmissível em recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279/STF.** 3. O Plenário da Corte, no exame do ARE nº 739.382/RJ-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, concluiu pela ausência de repercussão geral do tema relativo à configuração da responsabilidade civil por danos causados à imagem ou à honra, haja vista que o deslinde da questão não ultrapassa o interesse subjetivo das partes, tampouco prescinde do reexame de fatos e provas. 4. Agravo regimental não provido. (STF -

AgR AI: 815300 RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. DIAS TOFFOLI,
Data de Julgamento: 05/04/2016, Segunda Turma) (grifos nossos)

Ressalta-se que, neste caso, a Corte Constitucional apontou a necessidade de reexame do contexto fático-probatório da causa para a adoção da técnica da ponderação de interesses. Todavia, tal reexame não é admitido em sede de Recurso Extraordinário, o que implica no não provimento do Agravo Regimental interposto. Ademais, a Corte Maior optou, mais uma vez, pelo sopesamento entre o direito à livre manifestação e o direito à honra e à imagem do ofendido, analisando, consoante as circunstâncias fáticas e jurídicas, e estabelecendo, de acordo com a precedência condicionada, qual seria o direito mais urgente no caso concreto.

Em outra situação jurídica, o Supremo Tribunal em sede de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo de número 681.780, do Distrito Federal, da relatoria do Ministro Dias Toffoli, em 2013, não deu provimento ao recurso interposto em virtude das mesmas razões apontadas na decisão anterior. Dessa forma, tratou a ementa do referido julgado:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Servidor público. Remoção de ofício. Impossibilidade de continuar frequentando curso superior na nova lotação. Impossibilidade de remoção do cônjuge para acompanhá-lo. Circunstâncias fáticas que nortearam a decisão da origem em prol do princípio da proteção à família. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. A Corte de origem concluiu, em razão de circunstâncias fáticas específicas, que o princípio da proteção à família deveria prevalecer em relação ao princípio da supremacia do interesse público, ante o evidente prejuízo que a remoção acarretaria ao servidor e à sua família. 2. **Ponderação de interesses que, in casu, não prescinde do reexame dos fatos e das provas dos autos, o que é inadmissível em recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279/STF**. 3. Agravo regimental não provido. (STF - ARE: 681780 DF, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 27/08/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-209 DIVULG 21-10-2013 PUBLIC 22-10-2013) (grifos nossos)

No caso exposto, após a análise das circunstâncias fáticas e jurídicas que deram ensejo à adoção da técnica da ponderação de interesses, a Corte Suprema ponderou o princípio da proteção à família com o princípio da supremacia do interesse público. Desta ponderação decorreu a prevalência da proteção da entidade familiar em detrimento do interesse público para a diminuição dos prejuízos que seriam causados ao servidor público e sua família.

Outro exemplo de jurisprudência segundo a qual o STF adota a técnica da ponderação no trato de conflito de princípios é a do Agravo de Instrumento de número

822.429, do Estado de Santa Catarina, da relatoria do Ministro Dias Toffoli, em 2014. Tal decisão também reflete a adoção da técnica ponderativa, conforme se vê da análise da ementa:

[...] Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Servidor público. Remoção de ofício. Impossibilidade de continuar frequentando curso superior na nova lotação. Impossibilidade de remoção do cônjuge para acompanhá-lo. Circunstâncias fáticas que nortearam a decisão da origem em prol do princípio da proteção à família. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. A Corte de origem concluiu, em razão de circunstâncias fáticas específicas, que o princípio da proteção à família deveria prevalecer em relação ao princípio da supremacia do interesse público, ante o evidente prejuízo que a remoção acarretaria ao servidor e à sua família. 2. **Ponderação de interesses que, in casu, não prescinde do reexame dos fatos e das provas dos autos, o que é inadmissível em recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279/STF**. 3. Agravo regimental não provido. [...] (STF - AI: 822429 SC, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 09/04/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 29-05-2014 PUBLIC 30-05-2014) (grifos nossos)

No caso tratado, o Egrégio Tribunal optou também por não prover o recurso, haja vista o fato de que seria necessário um reexame necessário em conformidade com a adoção da técnica da ponderação, o que não é possível em sede de Recurso Extraordinário. Além disso, percebe-se que houve o juízo de ponderação, sopesando o direito fundamental à propriedade com o princípio da função social da propriedade que estava sendo plenamente atendido.

Nesse diapasão, convém salientar um caso bastante emblemático envolvendo a temática ora exposta, o caso Ellwanger, que consiste no *habeas corpus* de número 82.424, do estado do Rio Grande do Sul, da relatoria do Ministro Moreira Alves, em 2003. Tal julgado reflete a adoção da ponderação de valores constitucionais, conforme se depreende da análise da ementa:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). [...] 13. **Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.** 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao

racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. (STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19 -03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524) (grifos nossos)

Nota-se, portanto, que, na situação abordada, o direito fundamental à liberdade de expressão, assim como os demais direitos fundamentais, não é absoluto, devendo ser sopesado com o direito fundamental contraposto. Denota-se, da análise da decisão, que o direito fundamental à liberdade de expressão não pode ferir o direito fundamental de não incitação ao racismo e demais formas de discriminação, sejam elas de sexo, cor, raça e religião.

Outro caso jurídico que trata da temática da ponderação de valores constitucionais na colisão entre direitos fundamentais foi o *habeas corpus* de número 71.373, do Estado do Rio Grande do Sul, da relatoria do Ministro Francisco Rezek, em 1994. Na referida situação, coloca-se em questão até que ponto a investigação de DNA fere ou não o direito fundamental à intimidade. Assim dispõe a ementa do referido julgado:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (STF - HC: 71373 RS, Relator: FRANCISCO REZEK, Data de Julgamento: 10/11/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-11-1996 PP-45686 EMENT VOL-01851-02 PP-00397)

Ou seja, a condução forçada do sujeito à coleta de material genético para a feitura de exame de DNA, embora seja mecanismo necessário para a verificação da condição de paternidade ou não, fere os princípios constitucionais da dignidade humana, da intimidade e

da intangibilidade do corpo humano. Trata-se de direitos que devem se sopesados tendo em vista o atendimento das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso em específico.

Sendo assim, percebe-se que a jurisprudência do STF, no tocante ao trato das colisões entre direitos fundamentais, aponta para a adoção da ponderação de valores constitucionalmente assegurados, uma vez que não há hierarquia entre as normas contrapostas, mas sim uma precedência condicionada de acordo com as possibilidades da casuística jurídica. Ademais, nota-se que a aplicação das normas constitucionais, por vezes, “convergem para o caso concreto impondo ao intérprete maior a técnica da ponderação, sobremodo diverso da simples incidência de uma regra jurídica a um caso concreto” (FUX, 2012, p. 32).

Diante do exposto, o entendimento da Corte Constitucional brasileira caminha para a consolidação da técnica metodológica da ponderação de interesses para a resolução do conflito de princípios, adotando-se uma precedência condicionada que reflete a lei da colisão proposta por Alexy na sua Teoria dos Direitos Fundamentais. Trata-se de técnica que, apesar das críticas apontadas, mostra-se como conciliadora dos mandamentos constitucionais seja por meio da concordância prática, seja por meio da harmonização.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As normas de direitos fundamentais elencadas na Carta Magna apresentam forte conteúdo axiológico e são de grande importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, possuindo, por essa razão, natureza de princípios. Entretanto, nota-se que, atualmente, tornou-se costumeira a ocorrência de colisões entre direitos fundamentais. Sendo assim, em virtude de não haver hierarquia entre tais direitos, faz-se necessária a análise de uma solução para dirimir tais conflitos mediante a compreensão de técnicas interpretativas advindas da flexibilização da hermenêutica constitucional, a exemplo da técnica da ponderação de interesses, que se operacionaliza através do princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, a técnica da ponderação consiste no método necessário ao equacionamento das colisões entre princípios, segundo o qual se busca alcançar um ponto ótimo, em que a restrição a cada um dos direitos fundamentais envolvidos seja a menor possível, na medida exata à salvaguarda do direito contraposto. Desse modo, evidencia-se a importância da compreensão da ponderação de interesses sob o prisma da proporcionalidade no âmbito do conflito entre normas de direitos fundamentais.

Dessa forma, a evolução histórica dos direitos fundamentais, perpassando pelas gerações ou dimensões de direitos, denota uma das características intrínsecas a esta categoria normativa: a historicidade. Mediante a compreensão histórico-evolutiva de tais direitos, sobrevém à natureza principiológica deles, que se configuram como elementos embaixadores da ordem constitucional brasileira e de extrema importância para o pleno funcionamento do ordenamento jurídico.

Ademais, para a plena cognição do sopesamento, tem fundamental importância a distinção entre regras e princípios jurídicos. Tal distinção se mostra essencial, haja vista o fato de que, para a análise da técnica metodológica aplicável em uma situação de conflito aparente, a distinção entre estas espécies de normas jurídicas é premissa básica para a adoção da mais adequada a depender do caso concreto. Vale dizer, diferenciar regras e princípios em situação de colisão é fundamental para a eventual adoção ou não do juízo de ponderação.

A colisão de direitos fundamentais é um fenômeno característico do Neoconstitucionalismo que dá ensejo a uma flexibilização da hermenêutica constitucional mediante o uso de uma técnica decisória aberta à discricionariedade do julgador. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais, que guardam conteúdo axiológico-valorativo, devem ser aplicados como mandamentos de otimização, uma vez que possuem limitações quando

aplicados em concorrência com outros direitos hierarquicamente equivalentes. Dessa forma, não há que se falar, portanto, no âmbito do conflito de princípios, em aplicabilidade absoluta e irrestrita dos direitos fundamentais quando presentes limitações fáticas e jurídicas.

Nesse desiderato, a técnica da ponderação de interesses propriamente dita, com todas as suas peculiaridades no que tange ao seu modo de operacionalização, denota uma metodologia útil no trato de conflitos entre normas não sanáveis pelos critérios clássicos da antinomia jurídica. A referida técnica possui como desdobramentos a lei da colisão, que racionaliza o seu procedimento, juntamente com a concepção de precedência condicionada, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

Contudo, alguns argumentos contrários ao uso indiscriminado da ponderação de interesses merecem destaque, a exemplo do alto grau de subjetividade na construção da decisão jurídica, da insegurança jurídica derivada da sua adoção e da irracionalidade do seu procedimento. O alto grau de subjetividade é apontado quanto ao fato de que cabe ao julgador, no âmbito das suas convicções, determinar qual direito fundamental terá precedência em detrimento do outro. A insegurança jurídica advém da concepção de que, em relações jurídicas semelhantes, pode haver decisões diferentes a depender das possibilidades fáticas do caso concreto. Por conseguinte, a irracionalidade do seu procedimento consiste na crítica referente à inexistência de um padrão a ser seguido, sobretudo no tocante à influência dos valores pessoais do julgador na tomada da decisão.

Dedicou-se o trabalho ao destaque da presença do juízo de ponderação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Foram analisadas variadas decisões, em sede de jurisdição constitucional, que tratam da ponderação de valores constitucionais no conflito de princípios. Da análise realizada, depreendeu-se que o posicionamento da Corte Constitucional é favorável à adoção da referida técnica, sopesando os valores mediante a utilização da precedência condicionada e consoante as limitações fáticas e jurídicas peculiares da casuística.

Além disso, inferiu-se o importante papel que o Egrégio Tribunal possui no tocante à decisão definitiva nos casos que são de sua competência, seja como Corte responsável pelo controle de constitucionalidade de normas, adequando-as aos parâmetros constitucionais, seja como instituição responsável pela realização dos direitos fundamentais. Assim sendo, a Corte Constitucional brasileira vem adotando, mesmo que de maneira adaptada, a ponderação de interesses na colisão de direitos fundamentais em conformidade com os princípios da concordância prática e da harmonização.

Nesse diapasão, a colisão de direitos fundamentais na jurisdição constitucional denota uma necessidade de, mediante a análise concreta das limitações fáticas e jurídicas, estabelecer qual direito terá prevalência com relação ao direito contraposto. Tal fenômeno, denominado como ponderação de interesses, abarca discussões acerca da representação argumentativa concernentes à construção da decisão jurídica mais justa e em consonância com os comandos constitucionais.

Deduz-se, portanto, que a colisão de direitos fundamentais é um fenômeno que não pode ser dirimido pelos critérios clássicos da antinomia jurídica, carecendo de uma técnica metodológica mais adequada e efetiva para a sua resolução. Tal técnica é denominada como ponderação de interesses e, apesar das críticas apontadas, é a adotada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de jurisdição constitucional. Além disso, o juízo de ponderação se configura como desdobramento do princípio da proporcionalidade e deve ser aplicado em conformidade com os princípios da harmonização e da concordância prática.

Conforme fora visto, a técnica da ponderação de interesses, empregada em diversos julgados da Corte Constitucional brasileira, deve ser a aplicada no conflito de princípios, uma vez que não há que se falar em hierarquia entre normas previstas no texto constitucional. Sendo assim, não há a possibilidade de se escolher uma norma de direito fundamental em detrimento de outra, uma vez que ambas possuem a mesma hierarquia, fazendo-se necessário o juízo de ponderação por meio da ideia de precedência condicionada para a definição de qual norma prevalecerá e qual será contida no âmbito da sua aplicabilidade ao caso concreto.

Com vistas à problemática anteriormente apresentada, qual seja: a técnica da ponderação de interesses é a medida mais efetiva para solucionar a contenda entre direitos fundamentais perceptível na casuística jurídica? Tem-se como hipótese o fato de que o juízo de ponderação é o mais adequado no trato de conflito entre princípios, assim como também é a técnica metodológica adotada pela Corte Constitucional brasileira.

Portanto, depreende-se que a ponderação de interesses é a técnica metodológica mais efetiva para a resolução da colisão de direitos fundamentais com a discricionariedade, por parte do operador do Direito, para sopesar com embasamento na proporcionalidade e apurando a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito em face de determinado caso concreto. Esse posicionamento, com a devida vênia, é o adotado pela Suprema Corte brasileira e almeja, primordialmente, a obtenção do máximo aproveitamento dos direitos contrapostos, tendo prevalência o mais urgente e apropriado para a solução da relação jurídica litigiosa.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vírgilio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011a.
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 217, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>. Acesso em: 30 abr. 2019.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b.
- ALVES, Nadia Castro. Colisão de direitos fundamentais e ponderação. **Revista Meritum**. Belo Horizonte, v. 5, n.1, p. 01-319, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.fumec.br>. Acesso em 30 abr. 2019.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Subjetividade judicial na ponderação de valores: alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 267, p. 41-65, set./dez. 2014. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br>. Acesso em: 30 abr. 2019.
- ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre princípios e regras. Tradução de Renata Quinaud Pedron e Flávio Quinaud Pedron. **Revista Eletrônica Acadêmica de Direito Panóptica**. Vitória, v.4, n. 3, p. 49-68, nov. 2009. Disponível em: <http://www.panoptica.org>. Acesso em: 30 abr. 2019.
- BÄCKER, Carsten. Regras princípios e derrotabilidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 102, p. 55-82, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br>. Acesso em: 30 abr. 2019.
- BARROS, Juliana Augusta Medeiros de; PIMENTA, José Roberto Freire. A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v. 11, n. 22, 2008. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br>. Acesso em: 30 abr. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BELCHIOR, Germana Parente Neiva. A natureza principiológica dos direitos fundamentais e a proteção do seu conteúdo essencial. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza, v. 7, n. 11, p. 152-174, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br>. Acesso em: 2 abr. 2019.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar Inominada n. 3706**. Partes: Banco do Brasil S/A e outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Amazonas, 2 de setembro de 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25261146/acao-cautelar-ac-3706-am-stf>. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n. 822.429**. Partes: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA. Relator: Ministro Dias Toffoli. Santa Catarina, 30 de setembro de 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24210450/agravo-de-instrumento-ai-822429-sc-stf>. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 815.300**. Agravado: Márcio de Jesus Zachello. Rio Grande do Sul, 5 de abril de 2016. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340030155/agreg-no-agravo-de-instrumento-agr-ai-815300-rs-rio-grande-do-sul?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 681.780**. Agravado: Álvaro da Natividade Júnior. Relator: Ministro Dias Toffoli. Distrito Federal, 27 de agosto de 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24348402/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-681780-df-stf/inteiro-teor-112011612?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 772.855**. Agravado: Jairo Pereira Pequeno Neto. Relator: Ministro Luiz Fux. Ceará, 3 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24803156/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-772855-ce-stf/inteiro-teor-112272679>. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo n. 801.676**. Agravada: Patricia Morais Dantas de Souza. Relator: Ministro Roberto Barroso. Pernambuco, 19 de agosto de 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25260092/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-801676-pe-stf/inteiro-teor-137914732?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 518**. Requerentes: Instituto Anjos da Liberdade e outros. Relator: Ministro Edson Fachin. Distrito Federal, 7 de novembro de 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/646473921/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-518-df-distrito-federal>. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 71.373**. Paciente: José Antonio Gomes Pinheiro Machado. Relator: Ministro Francisco Rezek. Rio Grande do Sul, 10 de

novembro de 1994. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747033/habeas-corporus-hc-71373-rs>. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.424**. Paciente: Siegfried Ellwanger e outros. Relator: Ministro Moreira Alves. Rio Grande do Sul, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corporus-hc-82424-rs>. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 94.147**. Paciente: João Carlos Ferreira e outros. Relator: Ministra Ellen Gracie. Rio de Janeiro, 27 de maio de 2008. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/753009/habeas-corporus-hc-94147-rj>. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.164.576**. Reclamada: Wanda Ainda Crepaldi de Souza. Relator: Ministro Roberto Barroso. São Paulo, 8 de novembro de 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/651888830/recurso-extraordinario-re-1164576-sp-sao-paulo>. Acesso em: 10 maio 2019.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*. Dissertação (Dissertação em Direito) – UFSC – Florianópolis. 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e garantia de direitos**. Natal, v. 10, n. 2, p. 137-155, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br>. Acesso em: 30 abr. 2019.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31 ed. Malheiros, 2015

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GARRIDO, Rafael Juan Giorgi. Colisão de direitos fundamentais. **Revista FMU Direito**. São Paulo, v. 24, n. 34, p.128-137, 2010. Disponível em: <http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/100>. Acesso em: 30 abr. 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2012.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 19. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LINHARES, Marcel Queiroz. O método da ponderação de interesses e a resolução de conflitos entre direitos fundamentais. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**. Toledo, v. 4, n.1, p. 49-91, jan./jun. 2001. Disponível em: <http://revistas.unipar.br>. Acesso em: 30 abr. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

PEDRON, Flávio Quinaud. A ponderação de princípios pelo STF: balanço crítico. **Revista CEJ**. Brasília, n. 40, p. 20-30, jan./mar. 2008. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br>. Acesso em: 21 maio 2019.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 192, p. 95-109, out./dez. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br>. Acesso em: 2 abr. 2019.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Dissertação (Dissertação em direito) – UFPR – Curitiba. 2000.