

PONDERAÇÃO E PROPORCIONALIDADE: O USO DA TEORIA E DA TÉCNICA DIANTE DE COLISÕES ENTRE PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

ISSN Eletrônico

2236-5842

Vol. 15 | N° 12

Jul-Dez | 2023

Resumo

O presente artigo objetivou-se a uma descrição e reflexão sobre o uso da técnica de ponderação de princípios como instrumento útil em processos de interpretação constitucional, a partir da análise acerca da aplicabilidade dessa técnica em julgamentos envolvendo colisão de princípios constitucionais e direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. O seu uso eficaz corrobora a sua importância em dar ao dever de justificação racional de decisões judiciais mecanismos para produzir soluções justas, legítimas e mais equilibradas, mediante o desbravamento de delicadas questões éticas, proeminentes no conteúdo dos princípios e de normas constitucionais em nossa contemporaneidade. E de sobremaneira, proteger e garantir eficácia de direitos fundamentais para a sociedade brasileira.

Palavras-chave: constitucionalismo; Direitos Humanos; direitos fundamentais; interpretação jurídica; hermenêutica; ponderação.

Alex Sousa de Oliveira (Autor)

Vínculo Institucional: UNIVERSIDADE
ESTÁCIO DE SÁ

Submetido em OUT/2022

Aceito em ABR/2023

Revisado em SET/2023

Publicado em OUT/2023

INTRODUÇÃO

Compreende-se, a princípio, que as temáticas Estado, Constitucionalismo e Direitos Humanos fundamentais estão, intimamente, imbricadas pelo fato de suas origens estarem relacionadas por objetivos próximos. A gênese destes fenômenos sócio – jurídicos surge com um propósito único: garantir as liberdades individuais do homem perante a força estatal. O fenômeno do constitucionalismo moderno emerge, por exemplo, do Iluminismo e do jusnaturalismo racional, sendo sacramentada, nesse contexto, tanto a separação dos poderes estatais, de forma a conter a arbitrariedade absolutista, quanto a proteção dos direitos fundamentais, reconhecidos pela ordem jurídica.¹

Em pleno século XXI, depois de muitas lutas e conquistas, ainda persiste certa timidez quanto à materialização de direitos humanos, positivados nas diversas constituições, tanto modernas quanto nas contemporâneas. Em muitos Estados Democráticos de Direito, a constitucionalização de direitos considerados fundamentais do homem não passa do papel.

Uma preocupação de muitos estudiosos é como proceder para que o Estado garanta a efetividade destes direitos, que são considerados direitos mínimos do homem. A inércia do Executivo em providenciar meios e políticas públicas para a sua consecução, a omissão do Legislativo em não legislar de forma que garanta a eficácia de certos direitos constitucionalizados em normas contidas e o cerceamento a que o Judiciário está condicionado, pelo Constituinte, em agir, genericamente, somente pela observação da Lei e a verificação de sua execução são percalços a serem superados, para tanto.

No Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, os constitucionalistas têm dedicado especial atenção ao fortalecimento dos seguintes ideais constitucionais: a) a supremacia da Constituição, que deixou de ser vista como mero estatuto de distribuição de competências, tendo sua força normativa reconhecida; b) a possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos normativos (jurisdição constitucional) e c) a necessidade de aplicação da técnica de ponderação quando houver tensão entre princípios constitucionais, no caso concreto.

As teses acima têm amplo assento e aceitação no ordenamento jurídico brasileiro, embora para alguns estudiosos da área jurídica, os ideais neoconstitucionalistas sejam considerados como um fenômeno ou modismo perigoso capaz de comprometer, a propósito, a soberania até dos estados democráticos de direito.²

Para outros estudiosos do Direito Constitucional Brasileiro³, não obstante, muitas das novas concepções e técnicas jurídicas surgidas em decorrência do Neoconstitucionalismo manifestam-se como instrumentos jurídicos inovadores que favorecem ao intérprete constitucional elaborar melhores julgamentos, principalmente, no tocante a casos concretos em que se vislumbra a defesa de direitos humanos constitucionalizados. A ponderação de princípios constitucionais é um dentre eles.

¹ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 11.ed. São Paulo: Método. 2016.p.57 -62.

² ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE). Salvador.nº 17. Jan a mar, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=316> . Acesso em: 10, abr. 2020.p.19.

³ Ver Barcellos (2005); Cunha Júnior (2012); Barroso (2015).

Convém ressaltar que nesse contexto, Luís Roberto Barroso⁴ assevera que na vanguarda do pensamento jurídico constitucional moderno é necessário dedicar-se, na quadra atual, à busca de parâmetros que garantam alguma objetividade, a fim de que a ponderação não se torne uma fórmula vazia, legitimadora de escolhas arbitrárias, juridicamente.

O presente artigo objetivou a partir de uma descrição acerca dessa temática, propor uma reflexão crítica sobre o uso da técnica de ponderação como instrumento de interpretação constitucional e o cuidado ao sopesamento de valores, decorrentes de decisões ponderadas, no fito da garantia do controle democrático em processos decisórios dessa natureza jurídica. Assim, foi essa a intenção após demonstrar a aplicabilidade do uso da teoria e da técnica da Ponderação de Princípios em processo de julgamentos em que envolvem colisão de direitos e princípios fundamentais constitucionais do Direito brasileiro. E analisar como tais técnicas favorecem a defesa dos direitos fundamentais a partir do aspecto jurisdicional da Suprema Corte.

Tratou-se de uma pesquisa de abordagem qualitativa, com técnica bibliográfica, análise documental e de nível descritivo. Foi necessário, para tanto, levantar informações sobre o surgimento do Neoconstitucionalismo, suas origens, características e importância na consecução da efetividade de direitos humanos fundamentais. Além disso, situar a partir da constituição federal brasileira o que são e como os direitos fundamentais estão positivados na Carta Magna brasileira vigente; descrever a teoria e a técnica da Ponderação de princípios, no âmbito do Direito Constitucional e, por fim, identificar o uso da técnica de ponderação em julgamentos do Supremo Tribunal Federal em que envolvem colisão e defesa dos direitos fundamentais.

Direitos fundamentais constitucionais: conceito, estrutura, classificação e relatividade.

Os Direitos Fundamentais, juridicamente, têm a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões⁵. Vislumbram proteger uma pluralidade de direitos que são de suma importância para o homem e que têm sido conquistados ao longo dos séculos.⁶ Tais direitos surgem com uma concepção de direitos mínimos do Homem. Compreendem os direitos individuais, sociais, econômicos e que se relacionam com a fraternidade e a solidariedade. Eles se encontram afixados em diversas constituições, na forma positivada de direitos⁷. É uma maneira que o Estado possui de garanti-los, constitucionalmente, de forma vertical, aos seus cidadãos.

Assim, pode-se afirmar, conforme Sarlet⁸, que direitos fundamentais é o termo que se aplica para aqueles direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado. Isso decorre do avanço de novas concepções de

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 331.

⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano Júnior. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 109.

⁶ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 11.ed. São Paulo: Método. 2016.p 43 – 55.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.p 35 e 36.

⁸ *Idem, ibid.*

constitucionalismo, advindo de ideais emergidos a partir da constituição da Alemanha de 1949, e que, mais tarde, com suas evoluções, estudiosos do Direito vieram a chamar de constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo⁹

Desde a constitucionalização do Direito até o surgimento do neoconstitucionalismo¹⁰, verifica-se, também, ser meta primordial do Estado Democrático de Direito, a concretização dos Direitos Fundamentais, tornando-os como objeto de uma preocupação especial por parte do Poder Judiciário. Mesmo que o processo de judicialização não esteja restrito somente a esses direitos, eles adquiriram uma atenção diferenciada. Hodiernamente, a atuação judicial, fundada na previsão constitucional, persegue uma pretensão objetiva e uma pretensão subjetiva de concretização desses direitos¹¹ de forma cada vez mais contundente.

No âmbito do sistema jurídico brasileiro, os Direitos Fundamentais foram inseridos na Constituição Federal de 1988, período esse conhecido como redemocratização. Tais direitos, dentro de um contexto jurídico e sócio-político, com o fito de evitar o arbítrio do Estado e de seus prepostos, já vivenciados no período de regime militar, passaram a ser previstos de forma legal e expressa no bojo textual da Carta Magna vigente. Veja-se constar no seu Título II - “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”¹².

Dentro do contexto acima, com a promulgação da Lei fundamental vigente, houve um alargamento do rol de legitimados para ingressar com ações de controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal¹³, dentre outros procedimentos judiciais vigentes, e assim, diversas formas de garantias foram elencadas para a consecução dos direitos fundamentais.

Desde que positivados a partir da Carta Magna vigente, os direitos fundamentais se apresentam nas duas formas dimensionais, citadas acima. Na dimensão objetiva, tais direitos se manifestam pela forma de organização e atuação do Estado.¹⁴ Já na perspectiva subjetiva, esses podem ser definidos como direitos a uma prestação (direitos subjetivos), i.e., são situações jurídicas onde o titular tem a prerrogativa de exigir de alguém determinada conduta. De um lado, existe um direito a uma prestação, do outro deve existir um dever a ser prestado.

Jellinek¹⁵ (in Novelino, 2016) desenvolveu uma teoria pela qual expõe que os direitos fundamentais garantem aos indivíduos várias posições jurídicas em relação ao Estado. Por

⁹ O termo “neoconstitucionalismo” foi empregado pela primeira vez por Susanna Pozzolo, em 1997, no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Social e Jurídica, em Buenos Aires, na apresentação de trabalho intitulado “A especificidade da interpretação constitucional”. Neste, a autora afirma que denominava de neoconstitucionalismo a corrente de pensamento atuada por juristas e filósofos que compartilhavam de uma especial maneira de se aproximar do direito, como Dworkin, Zagrebelsky e Alexy. (Novelino, 2016. p. 59).

¹⁰ CUNHA JÚNIOR. Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2012.p.634 – 652.

¹¹ MAGALHÃES, Daniella Santos. A judicialização dos direitos sociais como consequência da falta de efetividade das políticas públicas apresentadas pelos poderes legislativo e executivo. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=1252> Acesso em maio 2020.p.

¹² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹³ *Idem*.

¹⁴ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 11.ed. São Paulo: Método. 2016.p 43 – 55.

¹⁵ *Idem*, p. 269.

essa teoria, esses direitos são divididos em três grupos: os direitos de defesa, direitos prestacionais e direitos de participação. Nas lições de Novelino¹⁶, assim podem ser classificados tais direitos:

Quadro nº 1: Grupos de direitos fundamentais.

Grupos de direitos fundamentais	Descrição	Exemplos
Direitos de defesa	Caracterizam-se por exigir do Estado, preponderantemente, um dever de abstenção, caráter negativo, no sentido de impedir a ingerência na autonomia dos indivíduos. São direitos que limitam o poder estatal com o intuito de preservar as liberdades individuais, impondo-lhe o dever de não interferir, não intrometer, não reprimir e não censurar.	Liberdade de locomoção, de imprensa, de expressão, de crença etc.
Direitos prestacionais	Possuem um caráter essencialmente positivo, impondo ao Estado o dever de agir. Objetivam a realização de condutas ativas por parte dos poderes públicos, seja para a proteção de certos bens jurídicos contra terceiros, seja para a promoção ou garantia das condições de fruição desses bens. Englobam o direito à prestação materiais e jurídicas.	Direito de acesso à justiça, à propriedade, ao devido processo legal, direitos à educação, saúde etc.
Direitos de participação	Pretendem garantir a participação de cada cidadão na formação da vontade política da comunidade, conferindo-lhe caráter ativo do indivíduo como cidadão.	Direitos políticos, à nacionalidade etc.

Fonte: Elaborado pelo autor. 2020.

Estudos tanto da doutrina estrangeira como pátria, ao longo do século passado e atual, lançaram diversas críticas sobre a classificação acima. Mesmo assim, o lado positivo de tais críticas fizeram permanecer vivas tais categorias de classificação dos direitos fundamentais. Isto porque em sua gênese, esses direitos apresentam como objetivos primordiais garantir defesas, prestação de serviços estatais (e de particulares, também) e direitos à participação ativa na política e na construção da nação por todo cidadão.

Os direitos fundamentais ganharam toda essa dimensão pelo fato de serem considerados como inerentes à condição do Homem. Eles gravitam em torno do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁷, ao passo que este princípio norteia os processos de aplicação e restrição de todos os direitos fundamentais.

Nesse contexto, de acordo com as lições de Vidal Serrano Nunes Júnior¹⁸, os direitos fundamentais se assemelham a um sistema aberto de princípios e regras que, ora se conforma como direitos subjetivos a seus destinatários, ora faz o Estado ser agente ativo de maneira a reconhecer esses direitos na sua forma objetiva, promovendo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões (liberdade, necessidades e preservação humana).

Desta forma, os direitos fundamentais funcionam como um sistema, em que suas normas se encontram em permanente interação e, não raro, em constante colisão. Dada a generalidade nesse sistema, (as normas devem ser obrigatoriamente interpretadas de acordo com o contexto político, econômico e social vigente) é essa abertura que promove a

¹⁶ *Idem, ibid.*

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.201.

¹⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano Júnior. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.p.15.

integração entre a norma e a realidade, favorecendo, em alguns momentos, ao fenômeno da mutação constitucional.¹⁹

No que se refere à aplicabilidade dos direitos fundamentais, no âmbito do sistema jurídico brasileiro, esses têm aplicação imediata²⁰. Há, entretanto, normas constitucionais definidoras desses direitos que, a depender do seu enunciado e do seu objeto, obrigará ao Legislador regulamentar matérias de direito fundamental para alcançar maior plenitude para sua eficácia.²¹

Outra característica dos direitos fundamentais é a sua relatividade em decorrência de sua natureza principiológica. Por serem positivados na sua maioria na forma de princípios constitucionalmente previstos, esses direitos não se revestem de caráter absoluto. Razão essa intencional do Legislador porque havendo colisão ou conflitos entre dois ou mais direitos fundamentais, numa situação de caso concreto, caberá, entre eles, o sopesamento de um sobre o/s outro/s. Os direitos e garantias fundamentais fulcrados na Carta Magna não são, portanto, ilimitados. Um direito fundamental limita o outro, igualmente, consagrado na Constituição Federal vigente.²²

Da colisão entre princípios e direitos fundamentais. Concepções, categorias jurídicas, princípios e regras: distinções.

A colisão de princípios e Direitos Fundamentais se dá quando valores e/ou princípios constitucionais se chocam em casos concretos, evidenciando uma contradição concreta²³. Visto haver uma gama de direitos fundamentais previstos na Carta Vigente, é frequente, portanto, a existência de conflitos dessa natureza jurídica. É notório, nessas situações, saber identificar o que é um direito fundamental. E, hodiernamente, compreender a diferença entre regras e princípios é de suma importância para a resolução de casos acima.

Marmelstein²⁴ assevera que as colisões entre direitos fundamentais ocorrem porque as normas constitucionais são potencialmente contraditórias e refletem uma diversidade ideológica típica de qualquer Estado democrático de Direito. Dentre vários direitos fundamentais que podem colidir entre si, tem-se, como exemplo: Direito à informação X Direito à intimidade; Direito à liberdade de expressão X Direito ao sigilo; Direito à liberdade de imprensa X Direito à privacidade, etc. E, diferentemente das técnicas de hermenêutica jurídica tradicional, para elidir soluções envolvendo colisão ou aparente conflitos dessa natureza, é utilizada a técnica da ponderação de princípios, quando esgotadas as outras formas constitucionais de resolução.

O fato de os Direitos Fundamentais possuírem natureza normativa deontológica e

¹⁹ Fenômeno de interpretação jurídica que modifica determinada norma da Constituição Federal sem que haja qualquer alteração no seu texto. É considerada alteração informal porque não são cumpridos os requisitos formais necessários à modificação do seu conteúdo textual. (BARROSO, 2015.p.152 – 154).

²⁰ A Constituição Federal em seu art. 5º, parágrafo 1º, estabelece que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata.

²¹ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 11.ed. São Paulo: Método. 2016.p.105 – 108.

²² MORAIS, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.p.94

²⁴ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.p 365.

principiológica²⁵ faz com que esses apresentem características específicas que os diferem das regras. Diante disso, há critérios interpretativos utilizados como instrumentos facilitadores para o processo de distinção entre esses dois tipos de normas dentro do Direito Constitucional.

Existe uma diferença básica entre princípios e regras²⁶. Essa distinção foi objeto teórico-estrutural da norma, explicado a partir da teoria dos direitos fundamentais, nos moldes teóricos de Robert Alexy²⁷. Para ele, os princípios são normas ordenadoras a que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Ao passo que as regras, sendo válidas, devem fazer exatamente aquilo a que se propõe, a partir de seu enunciado normativo. Elas contêm determinação e limitação. Os princípios, por sua vez, são mandados de otimização, podendo ser satisfeitos em graus variados possíveis.

As regras “são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações”²⁸. Elas, por subsunção, devem incorrer na hipótese prevista no seu relato enunciativo, enquadrando-se os fatos na previsão abstrata e produzindo uma conclusão, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Em síntese, ou a regra regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Havendo conflito entre regras, só uma irá prevalecer. Mediante o uso de uma das técnicas de interpretação hermenêutica, chegar-se-á à conclusão em que uma regra anulará a outra, quando não for possível a inserção de uma cláusula de exceção.

Numa colisão de princípios, a resolução dá-se de forma diversa. Pela razão de serem relatos com maior grau de abstração, não ser especificada em seus enunciados normativos a conduta a ser seguida e se aplicarem a um conjunto amplo de situações, havendo uma colisão ou aparente conflito entre ambos, deverá, utilizada, quando viável, a técnica do sopesamento de princípios, vez que numa situação fática e jurídica dessa natureza, um princípio nunca será anulado.

Assim, verifica-se que a característica deontológica e principiológica dos direitos fundamentais torna complexa suas formas de judicialização e resolução. Por isso, é imprescindível compreender não somente os princípios erigidos a partir do Direito Constitucional Contemporâneo bem como seus novos paradigmas e categorias de interpretação constitucional²⁹.

Barroso assevera que na moderna fase do Direito Constitucional, com as novas formas de interpretação de princípios constitucionais como valores e seu status de norma, houve uma singularidade jurídica, isto é, o reconhecimento de sua normatividade e de sua força normativa imediata. Assim, torna-se imprescindível compreender como esta nova

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.p. 98.

²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.p. 87.

²⁷ *Idem*, p.90.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p.230.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p.330

normativa se desenvolve e seja aplicada da maneira correta.

Os métodos clássicos de interpretação hermenêutica como o gramatical, histórico, sistemático e teleológico³⁰, a técnica do uso subsuntivo³¹ e a metodologia (seguindo os princípios) da interpretação constitucional tradicional³² não apresentam elementos técnicos suficientes para aplicação de normativas constitucionais vigentes, quando envolvem os típicos *casos difíceis*, por exemplo. O atual intérprete constitucional, portanto, deve estar apto a superar os desafios emergidos a partir das novas concepções acerca do novo papel do sistema normativo constitucional, do seu problema e do papel do próprio intérprete, (grifos nossos) advindas das nuances do Direito Constitucional Contemporâneo.³³

Conforme Barroso³⁴, os casos difíceis são situações de conflitos jurídicos de árdua resolução, gerados em decorrência de três grandes imbrólios que podem se suceder durante a aplicação do Direito Constitucional: *ambiguidade da linguagem, desacordos morais razoáveis e colisões de normas constitucionais ou de direitos fundamentais*. Tem-se que os casos difíceis são aqueles, ainda, que, por razões outras, não dispõem, dentro das normas de interpretação do Direito Constitucional tradicional, alguma solução abstrata, previsível e elaborada no ordenamento jurídico. Eles dependem de uma construção pontual e artesanal da decisão que irá findá-los, a partir de uma argumentação robusta, a legitimar e justificar as razões postas pelo intérprete constitucional, no caso concreto.

Nesse diapasão, algumas categorias jurídicas foram criadas e utilizadas pela nova interpretação constitucional para auxiliar na resolução de casos difíceis dentre as quais cabe destacar termos como *normatividade dos princípios, colisões de normas constitucionais, a ponderação* e o aprofundamento sobre a *argumentação jurídica*. Surge, também, a Teoria e a técnica da Ponderação de Princípios, explicitado adiante.

Na resolução de casos difíceis, argumentação e técnica são imprescindíveis. A argumentação jurídica, por exemplo, é parte fundante e estrutural na composição de julgamentos. Como uma atividade caracterizada pela racionalidade e objetividade ao convencimento, ela deve ser capaz de fornecer razões para a defesa do ponto de vista do intérprete constitucional, garantir a presença da justificação de sua tese defendida. A técnica da ponderação, por sua vez, busca garantir o controle da racionalidade e, imprescindivelmente, nas decisões jurídicas oriundas dos *casos difíceis* que envolvem conflitos de normas dessa natureza. No âmbito do Direito Constitucional, ela tem, como base fundante e justificadora, princípios como o da proporcionalidade.

³⁰ *Idem*, p. 309.

³¹ *Idem*, p. 333.

³² *Idem*, p. 334.

³³ *Idem*, p. 331

³⁴ *Idem*, p. 335 e 336.

Do Princípio da proporcionalidade à técnica da ponderação: conceitos e formas de aplicações.

Numa colisão entre normas constitucionais, hermeneuticamente, o intérprete constitucional é levado a invocar vários princípios desse ramo do Direito. Princípios da unidade constitucional, da concordância prática, da supremacia da Constituição e princípio da proporcionalidade são os mais invocados diante de casos em que há conflitos entre princípios constitucionais, sendo este último um dos mais importantes, quando há, principalmente, colisões dessa natureza.

Guerra Filho³⁵ leciona que a essência e a destinação do princípio da proporcionalidade é a preservação dos direitos fundamentais. Seu posicionamento é corroborado pelo fato desse princípio se caracterizar pela presunção da existência da relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios que são escolhidos e considerados para tais fins.

Este princípio é muito antigo nos ordenamentos jurídicos. Primeiramente, foi invocado no ramo do Direito administrativo. Com o advento do Constitucionalismo Moderno³⁶, converteu-se em princípio constitucional e, também, por obra da Doutrina e da Jurisprudência, sobretudo, da alemã e da suíça. No ordenamento pátrio, em específico, na Constituição Federal de 1988, a proporcionalidade configura-se implicitamente e pode se entrever em diversos dispositivos, a saber, os incisos V, X, XXV do art. 5º; os inc. IV, V, XXI do art. 7º; § 3º do art. 36 e inc. IX do art. 37.

Ingo Sarlet³⁷ afere que a premissa da proporcionalidade logrou grande importância no ordenamento jurídico brasileiro a partir da visão de que, por essa principiologia, se pôde vislumbrá-lo como instrumento de controle dos atos do Poder Público. Ele é amplamente estudado por doutrinas estrangeiras. Doutrinadores brasileiros (Bonavides³⁸, Ávila³⁹, Barroso⁴⁰, Mendes *et* Branco⁴¹, Novelino⁴², Sarmento⁴³, Marmelstein⁴⁴, Sarlet⁴⁵, dentre outros) estudam, também, suas formas de concepções e sobre seu uso no ordenamento processual pátrio. Doutrinas alienígenas como a alemã, a americana, a italiana, a espanhola,

³⁵ FILHO, Willis Santiago Guerra. A doutrina dos princípios jurídicos e a teoria dos direitos fundamentais como partes de uma teoria fundamental do direito. In *Revista de Direito do estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 103.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 396.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.370.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.p.396

³⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴² NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 11.ed. São Paulo: Método. 2016.

⁴³ SARMENTO, Daniel. *Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁴⁴ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

dentre outras, referendam o postulado da proporcionalidade desde o século XIX.⁴⁶ Robert Alexy⁴⁷ leciona esse pressuposto como fundante para o conhecimento da técnica do pesosamento (ponderação). Ele adefere, ainda, que, no âmbito do Direito Constitucional:

Uma das teses fundamentais expostas na teoria dos Direitos Fundamentais é que esta definição implica no princípio da proporcionalidade com seus três subprincípios: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, e vice-versa: que o caráter de princípios dos direitos fundamentais se segue logicamente do princípio da proporcionalidade.⁴⁸

Sua aplicação depende, portanto, da presença dos elementos essenciais sem os quais não pode ser configurado seu uso. O quadro, a seguir, sumariza, descritivamente, as dimensões caracterizadoras do princípio da proporcionalidade, determinantes para a técnica da ponderação.

Quadro nº 2: subprincípios da proporcionalidade.

ORD	NOME DA DIMENSÃO	CARACTERIZAÇÃO	PERGUNTA INDUTORA
1.	Adequação	Escolha de medidas apropriadas (adequadas) ao alcance da finalidade prevista no mandamento normativo que pretende cumprir.	o meio escolhido foi o adequado e pertinente para atingir o resultado almejado?
2.	Necessidade	Verificação se a/as medida/as ou a decisão tomada, dentre as aptas (disponíveis), à consecução do fim pretendido, é a que produz menor prejuízo, menos gravoso aos cidadãos envolvidos ou a coletividade.	Dentre os meios/ as medidas disponíveis e igualmente adequadas para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?
3.	Proporcionalidade em sentido estrito	Análise das vantagens e desvantagens que a medida trará.	o benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes do que os que a medida buscou preservar?

Fonte: Elaborado pelo autor, com base em Cristovam (2010).⁴⁹

Humberto Ávila⁵⁰ aduz que o exame de proporcionalidade sempre será aplicado quando houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse íterim, diante de um caso de conflito entre princípios constitucionais e direitos fundamentais, deverão ser analisadas as possibilidades de a medida escolhida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido escolhidas para atingir a finalidade (exame de necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.p.396.

⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 588.

⁴⁸ *Idem, ibid.*

⁴⁹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A resolução das colisões entre princípios constitucionais. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 62, 1 fev. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3682>. Acesso em: 13 maio 2020.

⁵⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. Brasil. 2005.p.133.

Ponderação

Barroso⁵¹ e Marmelstein⁵² lecionam definições basilares acerca da ponderação de princípios. O ministro do Supremo Tribunal Federal afirma que a ponderação se constitui de uma técnica decisão jurídica aplicável a *casos difíceis* (explicitado alhures), em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. George Marmelstein apresenta um conceito mais abrangente acerca da ponderação:

A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia de valores.⁵³

Com um conceito mais amplo, Ana Paula Barcellos⁵⁴ ensina que a ponderação de princípios é uma técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais. E que essa técnica pode ser aplicada a qualquer norma constitucional em conflito, independentemente de localização manifesta dessa normativa no ordenamento jurídico. Necessário, apenas, haver a presença ou a latente ameaça a um princípio e/ou direito constitucional fundamental numa situação fática e jurídica, na sua forma material e/ou abstrata para que seja adequado o sopesamento de princípios. Até mesmo em leis infra é possível vislumbrar algum tipo de norma, em situação de conflito, apresentar colisão entre princípios constitucionais.

A ponderação, nesse sentido, configura-se em um método jurídico pelo qual se atribui pesos a elementos (valores, bens ou objetos jurídicos) que se entrelaçam, num dado julgamento, precisamente, fundamentado, sem referência a pontos de vista materiais (posicionamentos carregados de sobremaneira com subjetividade e pessoalidade, seja do intérprete constitucional ou de outras partes) que possam orientar, eivadamente, ao sopesamento, do qual um valor se sobrepõe a outro na melhor e mais ajustada medida possível.

Os bens jurídicos⁵⁵, tratados acima, são as situações, estados ou propriedades essenciais que promovem e materializam os princípios jurídicos. O princípio da livre iniciativa, por exemplo, pressupõe, como condição para sua realização, liberdade de escolha e autonomia. Ambas são bens jurídicos, protegidos pelo princípio da livre iniciativa. Liberdade e autonomia integram a esfera de interesses de determinados sujeitos. Nesse contexto, a liberdade é um valor e determina que esse estado de coisas deve ser promovido. Os valores

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 360.

⁵² MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

⁵³ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.p.386.

⁵⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p.23.

⁵⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. Brasil. 2005. p. 95.

constituem o aspecto axiológico das normas, vez que indicam que algo é benigno e que deve ser buscado e/ ou preservado.

Outra situação hipotética, jurídica, e, indubitavelmente, de possibilidade fática, cuja resolução prevê o uso da técnica da ponderação, são casos clássicos da oposição entre liberdade de imprensa e de expressão X direitos à honra, à intimidade e à vida privada. Tais normas envolvidas amparam valores distintos e apontam soluções variadas e contraditórias para a questão. Veja-se que pelo método da subsunção (premissa maior/premissa menor), de escolher uma das normas, premissa maior, descartando-se as demais, no âmbito constitucional, não seria adequado. Por força do princípio instrumental da unidade da Constituição, *in casu*, o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas. Cada um desses elementos deve ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que, na solução final, as considerações possam ser percebidas, embora uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Isso é um resultado do uso de técnica da ponderação, classicamente, esperado.

Barcellos⁵⁶ apresenta, também, de forma simples, uma maneira de descrever a ponderação como um processo a ser realizado em três etapas básicas e sucessivas.

Quadro nº03: Etapas do processo de ponderação conforme Barcellos.

ETAPA	CARACTERIZAÇÃO	PROCEDIMENTOS
1ª etapa	Identificação dos enunciados normativos em tensão.	Análise de todos os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível, identificando todos os enunciados normativos que aparentemente se encontram em conflito ou tensão e agrupá-los em função da solução normativa que sugerem para o caso concreto.
2ª etapa	Identificação de fatos relevantes.	Exame dos fatos e dos reflexos sobre eles que as normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.
3ª etapa	Decisão	Exame conjunto dos diferentes grupos de enunciados, a repercussão dos fatos sobre eles e as diferentes normas que podem ser construídas, a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa.

Fonte: Elaboração própria com base em Barcelos (2005).

Barcellos⁵⁷ assevera que a importância da primeira etapa no processo da ponderação se dá pelo fato de levar o intérprete a quem cabe decidir, considerar, ao lado de elementos normativos pertinentes, e no mesmo nível deste, interesses não qualificados pelos órgãos competentes como juridicamente relevantes e dignos de proteção. E assim, evitar o ingresso de meros interesses não jurídicos no processo, pendendo, por exemplo, para uma avaliação puramente política do caso concreto. Essa etapa constitui fundamentos, na ponderação jurídica, que deverão ser considerados apenas os elementos normativos em conflito. Alerta, ainda, que equiparar disposição normativa e interesses não judicializados é uma forma

⁵⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p.91.

⁵⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p.99.

ilegítima de refazer o ofício do legislador.

A segunda etapa, conforme Barcellos⁵⁸, justifica-se pela razão de a ponderação depender substancialmente do caso concreto e de suas particularidades, pela necessidade de examinar as circunstâncias concretas desse e suas repercussões ante os elementos normativos. É preciso destacar as circunstâncias de fato relevantes, vez que essas terão influência sobre o peso ou a importância a ser reconhecida aos enunciados identificados na fase anterior e às normas por eles propugnadas.

Por fim, a terceira etapa é aquela em que uma vez determinado os valores/bens jurídicos, será resolvida a colisão de princípios, seja conciliando ou indicando qual deles deverá preponderar, *in casu*, sem declarar a invalidade de nenhum. Nessa fase da ponderação, já observados que elementos fáticos e circunstanciais tiveram maior repercussão jurídica, deverá ser feito o sopesamento entre os princípios em colisão. Resta evidente que a ponderação é apenas uma técnica instrumental, não valorativa. A organização do raciocínio ponderativo, todavia, facilita o processo decisório a tornar visíveis os elementos que não somente participam desse processo, como permite o controle da decisão em melhores condições.⁵⁹

Barcellos⁶⁰, em linhas gerais, ao lado de diversos doutrinadores, aduz, ainda, que toda a atividade do intérprete do Direito, na fase de decisão da ponderação, deverá primar em perseguir três diretrizes: Isto é, que a conclusão extraída durante a ponderação busque pela pretensão de universalidade, pela concordância prática e pela construção de núcleo essencial de direitos fundamentais. Tais diretivas não somente permitem uma interpretação do Direito cada vez mais equilibrada, constitucionalmente, como fomenta a criação de instrumentos de proteção aos direitos fundamentais.

Feitas as considerações teóricas acima, serão analisados dois julgados do Supremo Tribunal Federal/STF em se que utilizou da técnica da ponderação para auxílio na resolução de seus julgamentos

O uso da técnica da ponderação no julgamento da ADC nº 41/DF: a constitucionalidade da Lei de cotas no Serviço Público Federal.

Uma Ação Declaratória de Constitucionalidade/ADC tem por objetivo declarar a constitucionalidade de leis federais que, juridicamente, têm apresentado controvérsias no ordenamento jurídico.⁶¹ A ADC, objeto de análise deste trabalho, protocolada em 26 de janeiro de 2016, no Distrito Federal de Brasília, junto ao STF, recebeu a sequência numérica e nome processual de ADC nº 41/DF, doravante. Foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil/OAB, um dos sujeitos processuais com legitimidade, para

⁵⁸ *Idem, Ibid.*

⁵⁹ *Idem*, p.124.

⁶⁰ *Idem*, p.124. - 140

⁶¹ O artigo 103 da Constituição Federal/88 e a lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade/ADI e da ação declaratória de constitucionalidade/ADC perante o Supremo Tribunal Federal/STF.

tanto⁶², com o objetivo de conferir constitucionalidade à Lei Federal nº 12.990/2014, dada a existência de controvérsias judiciais relevantes sob o aspecto quantitativo e/ou qualitativo de seu objeto jurídico, em instâncias não somente federais como também em estaduais.

A Exordial em análise originou-se pela preocupação a várias decisões judiciais denegatórias do direito aludido na Lei federal apreciada em diversas jurisdições do país, com fulcro na inconstitucionalidade do teor da norma questionada na ADC 41/DF.⁶³

Escolhido como Relator da ADC 41/DF, o Ministro Luís Roberto Barroso, a partir de seu voto, apresentou uma delimitação ao tema em debate proposto pela ADC acima sob três fundamentos, a seguir, extraídos de sua compreensão e do relatório acerca do caso e que, segundo ele, são os elementos fundantes que geraram o questionamento acerca da lei federal em apreço. Ei-los:

(...)

a reserva de vagas para negros em concursos públicos *violaria o direito à igualdade e a vedação à discriminação* (CF/1988, arts. 5º, caput, e 3º, IV), por representar a criação de critério discriminatório – a raça – para seleção de servidores públicos. Em segundo lugar, tal política de *ação afirmativa constituiria afronta aos princípios da eficiência e do concurso público* (CF/1988, art. 37, caput e II), que exigiriam que os candidatos mais qualificados fossem recrutados, independentemente de suas características pessoais. Por fim, *a medida encontraria óbice no princípio da proporcionalidade*, uma vez que a origem da dificuldade no acesso de negros a cargos públicos estaria, em verdade, na educação (para o que já foi instituída a devida política de ação afirmativa), e não nos processos de seleção para provimento de cargos efetivos e empregos públicos.⁶⁴ (Grifos nossos).

Observa-se, de forma aclarada, nessa ADC, ser o direito fundamental à igualdade posto em contestação, na sua forma material⁶⁵, vez que no âmbito formal já é garantido desde algumas constituições brasileiras anteriores à atual⁶⁶. De forma mais específica, questiona-se um dos meios/instrumentos legais políticos criados/utilizados pelo Poder Executivo Federal para garantir mais materialidade a esse direito fundamental, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, vez que, aparentemente, por esse instrumento, o direito fundamental aludido colide com outros princípios constitucionais (princípios da eficiência, do concurso público e da proporcionalidade).

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº. 41/DF. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Íntegra do acórdão:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4917166>. Acesso em: 02. Maio. 2020. 186 páginas. p. 07.

⁶³ *Idem*, p. 9 a 15.

⁶⁴ *Idem*, p.30.

⁶⁵ Esse direito fundamental emergiu dos direitos humanos civis e políticos desde a sua primeira dimensão. Surgiu para marcar uma “limitação jurídico-legal negativa” do Estado Absolutista sobre o cidadão. Sua consecução formal é dada no surgimento do Estado Liberal de Direito. Evoluiu seu conceito primeiro (antes compreendia igualdade apenas na aplicação da lei), ampliando de sua dimensão formal para a dimensão material, juntando à concepção formal de direito de defesa uma concepção prestacionista. O Estado como forma de garantir esse direito, além de limitar seu poder estatal com o intuito de preservar o direito legal da igualdade dos cidadãos, perante a Lei, também passou a ser um agente condutor ativo por parte dos poderes públicos, capaz de construir meios de desconstrução de elementos de desequiparação sociocultural e econômico que impedem certos grupos sociais de gozar, materialmente do direito fundamental aludido. Essa nova dimensão decorreu da passagem dos modelos liberal e social de Estado para o chamado Estado Democrático de Direito.

⁶⁶ Constituição Federal do Brasil/1988. art. 5º, caput: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...)

Em princípio, mediante a análise do pedido e objetivo da ADC 41/DF e, verificados o voto e o relatório do ministro relator dessa Ação, vislumbra-se a presença de um conflito de normas oriundas de um mesmo direito fundamental. Aclaramente, há um aparente conflito entre uma norma infra com algumas normas constitucionais, cujo teor, por estarem adstritas ao direito fundamental de igualdade, trazem à baila a necessidade de discussão sobre a aplicabilidade desse direito no âmbito material, no caso em apreço.

Trata-se de um caso difícil⁶⁷, no âmbito do Direito Constitucional, vez que, embora seja um julgamento abstrato, a razão da Ação está amparada, objetivamente, em afastar a controvérsia judicial acerca da constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, que tem decisões contraditórias a respeito da sua validade em diversas instâncias do país, principalmente, em decisões que afastaram a sua aplicação, em controle difuso, por considerarem que a política de reserva de vagas para negros em concursos públicos viola o direito à igualdade.

A partir de uma análise documental e apurada dos votos dos ministros participantes, cujos registros constam no acórdão desta ADC, verificou-se que todos apresentaram uma estrutura argumentativa baseada em premissas que, uma vez, defendidas, concluíram pelo acompanhamento da decisão apresentada no voto do ministro relator, seguindo-o, portanto. Nenhum deles, com exceção ao ministro Luís Roberto Barroso, usou-se da técnica da ponderação de princípios.

O ministro relator do caso, adepto do conceito sobre ponderação de princípios de Ana Paula Barcellos, justificou da necessidade de se buscar, a partir do princípio da ponderação, elementos argumentativos propícios ao reequilíbrio e pacificar opiniões divergentes no âmbito jurídico, no tocante a temas constitucionais dessa natureza.⁶⁸ Em seu voto, o eminente ministro, além de construir premissas para organização de sua argumentação, utilizou-se, também, durante a aplicação do princípio da proporcionalidade, dos elementos ponderativos da teoria de Robert Alexy.⁶⁹

Dos parágrafos 59 a 63, constantes nas páginas 59 a 60 do acórdão em análise, é verificado, de forma sistemática, o desdobramento descritivo de uso e interpretação argumentativa das categorias jurídicas da técnica da ponderação: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, utilizadas pelo votante.

O ministro relatou em seu voto que:

a reserva de vagas instituída pela Lei nº 12.990/2014 é *adequada* para garantir a igualdade material entre os cidadãos, uma vez que se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira e visa promover a melhor distribuição de bens sociais e a promoção do reconhecimento da população afrodescendente. A existência de uma política de ação afirmativa para ingresso de negros em universidades públicas *não afeta a adequação da presente medida*.⁷⁰ (Grifo nosso)

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: *os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 335.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Constitucionalidade nº. 41/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Íntegra do acórdão: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4917166>. Acesso em: 02. Maio. 2020. 186 páginas.p.59.

⁶⁹ *Idem*, p. 59 a 92.

⁷⁰ *Idem*, p. 59, par. 60.

Barroso argumentou que mesmo a existir a política afirmativa de cotas para as universidades públicas, não é o suficiente para o ⁷¹processo razoável de desequiparação e reparação social e econômica e, assim, garantir eficácia ao direito de igualdade, no sentido material. A partir da Lei nº. 12.990/2014, com a utilização do sistema de cotas para pessoas negras em concursos públicos, o Estado mostra-se como agente ativo, de forma crucial e acertada, no combate ao denominado “racismo estrutural”, existente na sociedade brasileira.⁷² Substancialmente, trata-se de uma medida como mecanismo de justiça e reparação às violações históricas e institucionalizadas aos direitos da população negra diante de séculos de exploração, desde de um sistema escravagista de produção refletido e imposto até a atualidade, sustentando uma estigmatização do negro no Brasil.

O argumento do ministro relator para a justificativa da *necessidade*, acertada, e escolha do meio foi não haver outra medida alternativa menos gravosa e igualmente idônea à promoção dos objetivos constantes na Lei nº 12.990/2014. A instituição de cotas para o acesso de negros à educação superior, garantirá, a priori, um diploma de curso superior. Tal fim, não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública federal desnecessária. Segundo ele, nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; os beneficiários das cotas no serviço público não precisam ter sido necessariamente beneficiários das cotas nas universidades públicas. Por fim, ainda que nos casos em que o concorrente pelas vagas reservadas em concurso público tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de sistema de cotas, há outras razões que justificam a política de reserva de vagas para negros discutida a partir da norma em apreço.⁷³

No sentido estrito, demonstrou ser *proporcional a medida* apontada pela Lei nº 12.990/2014, vez que a determinação de uma reserva de 20% das vagas para negros engendra mais benefícios para os princípios tutelados do que custos decorrentes da sua implementação nos concursos públicos. Uma parcela relevante das vagas nos concursos públicos ainda continua destinada à livre concorrência (a reserva de vagas somente será aplicada quando o número de vagas em disputa for igual ou superior a três). E a política instituída, além de ser transitória, com apenas 10 (dez) anos de duração, ainda estabelece um modelo de monitoramento anual dos resultados e emprega métodos de identificação do componente étnico-racial compatíveis com o princípio da dignidade humana, e, com a previsão de controle de fraudes.⁷⁴

Pelo seu voto, percebe-se que o eminente ministro versou toda a sua argumentação tendo como fulcro a necessidade de uma análise merecida de caráter ponderativo pelo envolvimento de uma lide invólucra de princípios constitucionais. Estruturalmente, o intérprete constitucional organizou sua construção de voto baseado em elementos ponderativos clássicos oriundos da teoria de Robert Alexy (2015) e Barcellos (2005).

Sob esses argumentos, seu voto findou pela conformação de procedência do pedido da ADC /DF41, de modo a declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, endossando-o com uma tese de julgamento.

⁷¹ *Idem*, p. 59, par. 55

⁷² *Idem*. p.55.

⁷³ *Idem*, p. 61.

⁷⁴ *Idem*, *ibid*.

O uso da técnica da ponderação no julgamento da ADPF nº 187/DF: criminalização de manifestação pública pela descriminalização do uso de entorpecentes.

Sendo um instrumento jurídico processual, estruturante do modelo concentrado de constitucionalidade, uma Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental/ADPF, doravante, tanto pode dar ensejo à impugnação ou questionamento direto de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, como pode acarretar uma provocação a partir de situações concretas, que levam à impugnação de lei ou ato normativo⁷⁵, pré-constitucionais.

A ADPF em análise foi protocolada em 21 de julho de 2009, no Distrito Federal de Brasília, junto ao STF, e que, no ato, recebeu a sequência numérica e nome processual de ADPF nº 187/DF. Foi ajuizada pela Procuradoria Geral da República/PGR, doravante, um dos sujeitos processuais com legitimidade, para tanto, conforme lhe confere o art. 103, VI, da Constituição Federal/CF/1988, objetivando trazer à baila um debate envolvendo possíveis afrontas a princípios fundamentais constitucionais como o direito à manifestação de pensamento e à liberdade de reunião, na medida em que foi questionado se a participação de pessoas em eventos populares como "Marcha da Maconha", implicaria incidência do tipo penal previsto no art. 287⁷⁶ do código criminal brasileiro, a constituir algum dos delitos como apologia a crimes ou atos criminosos.

Naquela feita, o principal pedido da PGR era o provimento da Suprema Corte, no sentido de se atribuir ao referido dispositivo do Código Penal, a partir da técnica da subsunção, a chamada interpretação conforme à Constituição, de forma a excluir qualquer exegese que pudesse ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos⁷⁷. A referida pretensão declaratória fundamentou-se nos direitos de liberdade de expressão (art. 5º, incisos IV e IX, e 220 CF)⁷⁸ e de reunião (art. 5º, inciso XVI, CF).

A Exordial em análise originou-se pela preocupação a diversas decisões judiciais⁷⁹ tomadas em que, cujas fundamentações, invocaram o preceito do art. 287 do Código Penal

⁷⁵ Versa a lei nº 9.882, de 1999, no seu artigo 1º, o seguinte: Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

⁷⁶ Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

⁷⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187/DF*. Rel. Min. Celso de Mello. j. 15/6/2011. Íntegra do acórdão <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182091>. Acesso em: 01. Maio. 2020. 198 páginas.p.14.

⁷⁸ IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187/DF*. Rel. Min. Celso de Mello. j. 15/6/2011. Íntegra do acórdão <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182091>. Acesso em: 01. Maio. 2020. 198 páginas.p.09 a 15.

que prevê apologia de crime ou ato criminoso, para a aplicação de sentenças condenatórias em processos que a PGR entendeu apresentarem decisões proibindo atos públicos em favor da legalização das drogas. E, para tanto, empregaram um argumento interpretativo da norma equivocadamente, vez que a defesa desta ideia (legalização do uso de drogas) não constitui apologia de crime. E por essa razão, evidenciou-se a necessidade da interpretação conforme requerida na ADPF 187/DF.

Primeiramente, da análise do acórdão em tela, verifica-se, a partir do voto do Relator, Ministro Celso de Mello, uma delimitação ao tema em debate proposto pela ADPF 187/DF como sendo a proteção de duas liberdades individuais, sendo o direito à liberdade de reunião e o direito à livre manifestação do pensamento, e, ainda, sobre qualquer limite a ser aceito a esses direitos estabelecidos, senão o que já estão expressos no texto constitucional⁸⁰. Portanto, é um direito fundamental, caracterizado como direito de defesa.⁸¹

Em seu voto, Celso de Mello invoca o inciso XVI do artigo 5º da CF/88 em que aufero o direito de reunião estar garantido, prevendo que “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido o prévio aviso à autoridade competente”⁸². Acrescenta que a liberdade de reunião, conforme a carta Magna vigente, para merecer a proteção constitucional, deve ser pacífica, vale dizer, ser realizada sem armas, sem violência ou incitação ao ódio ou discriminação.

Em síntese, mediante a análise do pedido e objetivo da ADPF/187 e, verificados o voto e o relatório do ministro relator, não se vislumbra a presença de colisão entre direitos fundamentais. Aclaradamente, há apenas um conflito entre uma norma de lei infra com uma norma constitucional, cujo teor normativo traz à baila dois direitos fundamentais ameaçados.

Notoriamente, percebe-se, depois de analisado o teor da ADPF, que também se está diante de um caso difícil⁸³, dada as características jurídicas dos fatos, cuja situação fática aventada na Lide carece de uma fundamentação bem robusta para aclarar a justificativa dos votantes. O quadro decisório tratou-se de descriminalizar um fato jurídico, contido no artigo 287 do código penal ou desmerecer o exercício de um direito fundamental, bem assentado na Constituição/88.

A partir de uma análise documental e apurada dos votos dos ministros participantes, cujos registros constam no acórdão desta ADPF, verificou-se que todos os votantes expuseram uma estrutura argumentativa baseada em premissas que, uma vez defendidas, concluíram pelo acompanhamento da decisão apresentada no voto do ministro relator, seguindo-o, portanto. Nenhum deles, com exceção ao ministro Luiz Fux, usou da técnica da ponderação de princípios.

⁸⁰ *Idem*, p. 61

⁸¹ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 11.ed. São Paulo: Método. 2016.p.223.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187/DF*. Rel. Min. Celso de Mello. j. 15/6/2011. Íntegra do acórdão <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182091>. Acesso em: 01. Maio. 2020. 198 páginas.p.62

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.335.

Como dito, Fux embasado, também, em lições de Ana Paula Barcellos, justificou a notoriedade da necessidade de se buscar, a partir do princípio da ponderação, elementos argumentativos propícios ao reequilíbrio e para pacificar opiniões divergentes no âmbito jurídico, no tocante a temas constitucionais⁸⁴ dessa natureza. A partir dos itens 12, 13, 14 e 15 da ementa do voto do eminente ministro, é verificado o uso de categorias jurídicas como técnica da ponderação⁸⁵, razoável desacordo moral⁸⁶, limite dos limites⁸⁷ e núcleo essencial da liberdade de expressão⁸⁸. Tais termos expõem não somente o seu conhecimento técnico como o seu entendimento acerca do uso da ponderação de princípios diante de situações fáticas ou aparente de conflitos entre princípios fundamentais.

Acredita-se que Fux, adepto das proposições e orientações teóricas de Ana Paula Barcellos, acerca da ponderação de princípios, entende, também, que as colisões entre princípios constitucionais podem se dar não somente entre direitos fundamentais ou normas explícitas ou implícitas constitucionalmente. Para a autora, é possível a existência de conflitos entre normativas constitucionais, decorrentes de leis infraconstitucionais. Basta versarem sobre normas de conteúdos adstritos à manutenção de normativas eivadas de valores ou opções políticas, por exemplo.

A partir da compreensão conceitual sobre a ponderação de princípios supracitada, Fux vislumbrou a possibilidade de uso dessa técnica durante a construção de seu raciocínio e de sua argumentação. O item 12 da ementa de seu voto deixa evidente seu posicionamento de que “a proeminência axiológica do princípio da liberdade de expressão não elimina a técnica da ponderação diante da regra penal que sanciona a apologia de crime, muito embora reclame, pela sua posição hierárquica na pirâmide Kelseniana das normas”⁸⁹

O ministro defende que o valor hierárquico do princípio da liberdade de expressão, por estar assentado na Constituição, não pode desconsiderar a possibilidade de, a partir do uso da técnica de ponderação, ter seus limites questionados numa situação de conflito de seu próprio valor adstritamente constante em uma norma infraconstitucional.

O ministro segue no encadeamento de suas ideias com o uso racional da técnica ponderativa, alinhando os termos categóricos da ponderação apontados por ele e explicitando, descritivamente, a razão do uso. Observa-se que nos itens 13 e 14, a seguir, da ementa do votante, Fux interpela que numa situação de questões de “razoável desacordo moral da sociedade”⁹⁰, o Interesse Público pode influenciar e determinar do aplicador da lei uma “reequilibrada ponderação”, fazendo-o afastar-se da preferência de um determinado direito fundamental pretendido. Segundo ele, deve-se, todavia, ao tentar atender a um clamor social, permanecer atento à preservação do núcleo essencial do direito fundamental diminuído, *in casu*, Veja-se:

⁸⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187/DF*. Rel. Min. Celso de Mello. j. 15/6/2011. Íntegra do acórdão <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182091>. Acesso em: 01. Maio. 2020. 198 páginas.p.126.

⁸⁵ *Idem*, p. 132.

⁸⁶ *Idem, ibid.*

⁸⁷ *Idem*, p. 133

⁸⁸ *Idem, ibid.*

⁸⁹ *Idem*, p. 132.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.333.

Alex Sousa de Oliveira

(...)

13. O Interesse Público nas questões de *razoável desacordo moral* da sociedade determina do aplicador da lei uma “*reequilibrada ponderação*” afastando-se a preferência do direito fundamental, por isso que a liberdade de reunião e a de expressão bem como a restrição trazida a lume pelo artigo 287 do Código Penal preserva o “*limite dos limites*” (Shanken-Schranken), como recomenda GILMAR MENDES (Ob. Cit., p.239). 14. À luz do exposto e da coexistência normativa ora descrita, resta preservado o *núcleo essencial* da liberdade de expressão, que se traduz, in casu, na livre manifestação do pensamento favorável à descriminalização do uso de substância entorpecente, vedando-se apenas o estímulo, a incitação, o incentivo a esse uso. O indivíduo é livre para posicionar-se publicamente a favor da exclusão da incidência da norma penal sobre o consumo de drogas, mas não ao consumo do entorpecente propriamente dito.⁹¹ (Grifos nossos)

(...)

A expressão “*reequilibrada ponderação*” remete ao que o ministro Fux tratou ao afirmar que diante de um razoável desacordo moral da sociedade (a aceitação de uns e de outros não sobre a liberação da maconha no Brasil), fê-lo buscar, de forma ponderada, uma justificativa que tornasse válido seu raciocínio de ser favorável ao pedido proposto na ADPF 187, sem, contudo, desmerecer o clamor de uma parcela social contrária ao tema deliberado nos eventos como a Marcha da Maconha. A invocação que ele fizera a partir da categoria jurídica “limite dos limites”, constantes em todos os direitos fundamentais, a considerar o núcleo essencial de cada um, foi outro tópico argumentativo de caráter ponderativo que fundamentou a interpretação do artigo 287 do código Penal conforme a Constituição, na tese de seu voto. E assim, votar pela manutenção desse tipo penal no ordenamento jurídico.

Também, aduz-se que, de forma criativa, Luiz Fux não desmereceu, em momento algum, no seu voto, a carga valorativa insondável do direito à liberdade de expressão. Conseguiu vislumbrar, em sua análise, a existência de uma norma possível de ser extraída do artigo 287 do Código Penal sem que, por ela, houvesse depreciação do direito fundamental aludido.

Pelo seu voto, percebeu-se que o eminente ministro versara toda a sua argumentação tendo como fulcro a necessidade de uma análise merecida de caráter ponderativo pela existência de uma lide invólucra de princípios constitucionais. Estruturalmente, o intérprete constitucional não organizou sua construção de voto baseado em elementos ponderativos clássicos oriundos da teoria de Robert Alexy. Recorreu-se, nesse caso, a notações de Barcellos (2005). Organizou suas ideias identificando os enunciados normativos em tensão; situando fatos relevantes e chegando a uma decisão (tese). Trata-se das três etapas propostas pela ilustre autora.⁹²

Ao final, Fux restou que do artigo 287 do Código Penal há, claramente, a norma sobre a criminalização da apologia a ato criminoso com a qual dialoga com o princípio constitucional da liberdade de expressão, no sentido subjacente de limitação desse direito num caso concreto específico ao que estabelece a regra nesse artigo (serão crimes os atos sejam quais forem, pelos quais seja caracterizado apologia a atos criminosos constantes no

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187/DF*. Rel. Min. Celso de Mello. j. 15/6/2011. Íntegra do acórdão <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182091>. Acesso em: 01. Maio. 2020. 198 páginas.p.133

⁹² Ver quadro nº 03 deste artigo. p.12.

Código Penal).

De forma relevante, o ministro levantou considerações fáticas que possivelmente poderiam ocorrer em marchas como a da maconha que ao invés de ser um ato apenas para defender um ponto de vista (portanto, liberdade de expressão), houvesse incentivo ao uso de drogas. Diante disso, umas das teses levantadas neste voto é o avistamento da norma de que “o indivíduo é livre para posicionar-se publicamente a favor da exclusão da incidência da norma penal sobre o consumo de drogas, mas não (é livre) ao consumo do entorpecente propriamente dito⁹³”. Vê-se, por final, a partir desse entendimento, que a norma contida no artigo aludido vislumbra um aparente conflito de norma infra com um princípio constitucional. Nela, há apenas um limitador, não ultrapassando, contudo, a extensão de limite dos limites do núcleo essencial do direito fundamental analisado.

Sob esses argumentos, seu voto findou pela conformação de procedência do pedido da ADPF 187, de modo a que, mediante a interpretação conforme a Constituição do art. 287 do Código Penal, fosse afastada a incidência do mencionado dispositivo legal sobre as manifestações e eventos públicos realizados em defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente, com ressalvas.

CONSIDERAÇÕES.

O presente trabalho partiu do objetivo de demonstrar a aplicabilidade do uso da teoria e da técnica da Ponderação de Princípios em processo de julgamentos envolvendo colisão de princípios e direitos fundamentais constitucionais no Direito Brasileiro. A problemática central apontada foi verificar como essa teoria e técnica contribuem no processo de julgamentos envolvendo conflitos entre as normas citadas acima. E que reflexões podem ser levantadas acerca do seu uso por tribunais superiores como o STF em relação à sua aplicabilidade e contribuições juntos aos mecanismos de interpretação do Direito Constitucional, principalmente, no tocante à efetividade e manutenção dos direitos fundamentais nessa contemporaneidade.

Compreendeu-se que, hodiernamente, os Direitos Fundamentais, dada à sua relevância constitucional e contemporaneidade para a consecução de uma vida digna aos membros de uma dada sociedade, por possuírem o status de princípio, e por sua relatividade, podem entrar, constantemente, em colisão entre si, por inúmeras situações, cuja frequência de incidência está diretamente relacionada ao seu âmbito de proteção, suporte fático e efetividade.

Além disso, sob suas várias formas de manifestação e aspectos na qualidade como direitos de defesa, direitos prestacionais e direitos de participação, e posição hierárquica constitucional, os princípios e direitos fundamentais trazem consequências distintas no ordenamento jurídico, devido sua aplicabilidade, trazendo, não raro, conflito normativo entre eles mesmos. Tais conflitos, decorrentes por se viver em um Estado Democrático de Direito, e, por pressuposto, numa constituição refletidora da pluralidade de convivência com

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187/DF*. Rel. Min. Celso de Mello. j. 15/6/2011. Íntegra do acórdão <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182091>. Acesso em: 01. Maio. 2020. 198 páginas.p.133

inúmeras ideologias sob diferentes direitos fundamentais positivados, fez tornar carente, dentro das formas de interpretação e integração do Direito Constitucional, uma metodologia que permita presumir uma resolução a esse tipo de conflitos normativos cada vez mais comuns.

Ao intérprete constitucional brasileiro da atualidade, a partir das doutrinas alienígenas e também pátria, tem sido apresentado o princípio da proporcionalidade como meio através do qual se pode operacionalizar o método da ponderação entre direitos fundamentais e ser mecanismo para solucionar colisões normativas constitucionais dessa natureza. Seu grande teor de abstração, definição e uso metodológico favorece à aplicação da técnica da ponderação. E que seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) oferecem o desenho de uma estrutura a uma análise ponderativa com robustez, a possibilitar, fundamentadamente, atribuição de pesos a interesses opostos e definir, dentre eles, por um interesse de maior importância no caso concreto.

A concretude acerca do posto acima foi verificada a partir da análise de julgados do Supremo Tribunal Federal. Foi analisado se aquela suprema corte adota sistematicamente a regra da ponderação nos exames de constitucionalidade de leis brasileiras diante de colisões entre normas de direitos fundamentais e, em caso positivo, de que maneira se dá a aplicação dessa razão prática. Perseguiu-se por uma descrição qualitativa e estrutural dos votos dos ministros daquela suprema corte, diante o julgamento de duas ações: ADPF 187/DF e a ADC 41/DF, por análise documental.

Foi, objetivamente, constatado o uso da técnica de ponderação por ministros do STF. As ações verificadas trouxeram em seu bojo e pedido causas jurídicas e fáticas envolvendo conflito entre princípios e direitos fundamentais. Todavia, em cada um dos acórdãos estudados, constatou-se, a partir de todos os votos analisados, apenas dois ministros daquela suprema corte terem utilizado a técnica em comento. Na ADPF 187/DF, somente o ministro Luís Fux amparou-se na técnica de ponderação de princípios. E na ADC 41/DF, somente o ministro Luís Roberto Barroso, eminente relator daquela Ação.

Tanto na ADPF como na ADC acima havia como objeto jurídico apenas uma análise quanto a ofensa a um preceito fundamental (na primeira) e, declarar a constitucionalidade de lei (na segunda), por cujo meio de solução do problema jurídico detectado, poderia ser elidido com aplicação técnica de interpretação conforme a constituição. No entanto, os dois ministros votantes citados, na busca da construção de um voto constituído de uma argumentação racional, mais robusta e bem fundamentada e que didaticamente teria uma orientação mais clara possível da justificativa do voto, fizeram-nos utilizar-se da ponderação como mais outro procedimento técnico jurídico que tornasse mais evidente a justiça nos seus votos, ao lado do uso de uma das técnicas de interpretação constitucional tradicional.

Percebeu-se, também, ser possível o uso da técnica da ponderação diante conflitos de normas constitucionais presentes em leis infraconstitucionais, dada a observação e adesão ao conceito evoluído acerca dessa técnica jurídica (Barcellos, 2005), por parte dos ministros supracitados, de maneira a se verificar uma inovação sobre o uso da técnica em comento.

Sabe-se que a ponderação entre princípios constitucionais é uma técnica metodológica complexa, porém, uma das mais importantes no processo de manutenção da ordem constitucional. Diante de uma possibilidade fática e jurídica de uso da técnica da

ponderação, pôde-se constatar, dada a liberdade de construção de voto, da escolha sobre a forma de argumentação e de técnica considerada adequada que os votos dos ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux foram, deverasmente, bem didáticos e de justificativas bastante fundantes.

Ambos os ministros estiveram diante de dois típicos *casos difíceis* (presença de colisão de normas constitucionais e o contexto social e jusfilosófico de *desacordos morais razoáveis*).

Sem dúvida, a técnica da ponderação como metodologia jurídica para solução da colisão entre princípios e direitos fundamentais, sem exaurir os estudos sobre essa temática, com efeito, é de grande valia, baseada no princípio da proporcionalidade, como forma de resolver conflitos dessa natureza; e, conferir mais racionalidade à escolha de qual direito deve prevalecer no caso concreto, sem tal opção aparente ser feita de forma arbitrária ou de acordo, exclusivamente, com o interesse do julgador/ intérprete constitucional.

Vive-se numa sociedade democrática e pluralista. É certo não poder esperar de todos os aplicadores do direito interpretarem um conflito de direitos fundamentais sempre da mesma maneira e/ou retórica semelhante. Todavia, é possível exigir, pelo menos, ser demonstrado o seu raciocínio de forma transparente e possibilitar haver posterior avaliação e controle desses atos por parte de toda sociedade e dos Poderes constituídos. Principalmente, em tempos de ascensão institucional do Poder Judiciário e de uma maciça judicialização de questões políticas e sociais no atual Estado Democrático de Direito.

Pôde-se perceber que a solução nos dois casos jurídicos tratados neste trabalho apresentou um exemplo prático jurídico do exercício processualista do judiciário brasileiro em buscar a garantia e efetividade da aplicação de direitos fundamentais, a partir de sua perspectiva subjetiva, tendo como um dos fulcros a sua perspectiva objetiva. Uma das técnicas de interpretação constitucional utilizada foi a da conformação com a Constituição, isto é, afirmar que dada norma está em consonância com o disposto na Lei Fundamental, portanto, na sua forma objetivada.

O uso da técnica de ponderação amplia horizontes e possibilita dar mais segurança jurídica diante da resolução de casos em que há conflitos extremamente importantes na seara dos direitos fundamentais. As constituições modernas e contemporâneas tornaram-se terreno de sementeiras mais sinceras e esperançosas de uma realidade social melhor.

Nesses contextos, aos juízes é dada maior responsabilidade para lidar e resolver certas demandas com base em princípios, mais próximos do ideal de justiça e de valorização da pessoa humana. É-lhes dado, assim, nesse século, a missão de superar a análise meramente formalista e positivista do ordenamento constitucional e saber atribuir-lhe o conteúdo ético das normas constitucionais. E minimizar o sentimento de frustração constitucional marcante nas sociedades, diante, ainda, da pouca efetividade dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

Este estudo buscou contribuir a visibilizar a eficácia que o uso da técnica da ponderação pode dar ao dever de justificação racional de decisões judiciais, aptas a produzir soluções justas, legítimas e, possivelmente, mais equilibradas. É notório o domínio da técnica de sopesamento de valores ser requisito para enfrentar *casos difíceis*, pois esses

exigem o desbravamento das delicadas questões éticas proeminentes no conteúdo dos princípios e normas constitucionais, dentre eles direitos fundamentais, principalmente.

REFERÊNCIAS.

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALVES, André Luís Dornellas. *Colisão e ponderação entre princípios constitucionais* Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/21731/colisao-e-ponderacao-entre-principios-constitucionais>. Acesso em: 13 maio. 2020.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano Júnior. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE). Salvador.nº 17. Jan a mar, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=316> . Acesso em: 10, abr. 2020.
- _____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. Brasil. 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- _____. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2020.
- _____. **LEI nº 12.990/2014**, de 09 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm>. Acesso em: 10 abr. 2020.
- _____. **LEI Nº 9.868, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 10 abr. 2020.
- _____. **LEI Nº 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 10 abr. 2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Constitucionalidade nº. 41/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Íntegra do acórdão: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4917166>. Acesso em: 02. Maio. 2020. 186 páginas.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187/DF*. Rel. Min. Celso de Mello. j. 15/6/2011. Íntegra do acórdão <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182091>. Acesso em: 01. Maio. 2020. 198 páginas.
- COSTA, Hantony Cassio Ferreira da. *A igualdade como reconhecimento: a nova dimensão do princípio isonômico segundo o STF na ADC 41/DF*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/51843/a-igualdade-como-reconhecimento-a-nova-dimensao-do-principio-isonomico-segundo-o-stf-na-adc-41-df>. Acesso em: 08 maio 2020.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *A resolução das colisões entre princípios*

- constitucionais*. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 62, 1 fev. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3682>. Acesso em: 13 maio 2020.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2012.
- FILHO, Willis Santiago Guerra. A doutrina dos princípios jurídicos e a teoria dos direitos fundamentais como partes de uma teoria fundamental do direito. In *Revista de Direito do estado*. Rio de janeiro: Renovar, 2006. p. 103.
- MAGALHÃES, Daniella Santos. A judicialização dos direitos sociais como consequência da falta de efetividade das políticas públicas apresentadas pelos poderes legislativo e executivo. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=1252 > Acesso em maio 2020.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MORAIS, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 11.ed. São Paulo: Método. 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARMENTO, Daniel. *Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.