

DIREITOS FUNDAMENTAIS E PONDERAÇÃO – APONTAMENTOS A PARTIR DA DOCTRINA DE ROBERT ALEXY.

Pedro Henrique Nunes Fernandes¹

Wanderson Gomes de Oliveira²

RESUMO

O delineamento da construção da ponderação (balanceamento) é estudado neste artigo a partir do caso Luth, ocorrido na Alemanha do final dos anos 50, dentro da perspectiva de Robert Alexy; que foi capaz de atribuir força a argumentação e elaborar um meio racional para se solucionar a colisão entre princípios constitucionais fundamentais, empregando sempre a premissa de que a não satisfação de um princípio somente poderá ocorrer com a devida fundamentação para a satisfação do outro. Não foi uma construção livre de críticas, que precisou demonstrar que as alegações de que este seria um processo irracional, destituído de força normativa e fora do direito, não se sustentariam frente a uma estrutura que pode ser desenvolvida e aplicada dentro de um discurso prático racional.

Palavras Chave: Ponderação. Caso Luth. Princípios Constitucionais. Colisão. Direitos Fundamentais

ABSTRACT

The design of the weighting construct (balancing) is studied in this article from the Luth case, which occurred in Germany in the late 1950s, from the perspective of Robert Alexy; who was able to give force to the argument and to devise a rational means to solve the collision between fundamental constitutional principles, always using the premise that the non-satisfaction of a principle can only occur with due foundation for the satisfaction of the other. It was not a construct free of criticism that had to demonstrate that the claims that this would be an irrational process, devoid of normative force and outside the law, would not be sustained before a structure that can be developed and applied within a rational practical discourse.

Keywords: Advisement. Case Luth. Constitutional Principles. Collision. Fundamental Rights.

¹ Professor Universitário. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (2021). Advogado.

² Professor Universitário – ASMEC - Ouro Fino – MG. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano - UNISAL (2008). Advogado.

INTRODUÇÃO

Para que se faça o melhor percurso dos caminhos que se pretendem investigar neste trabalho é necessária a passagem por alguns conceitos que permeiam as ideias de um princípio, seja no campo das causas ou das consequências deste princípio, ou mesmo dos antecedentes e subsequentes dele, não num sentido que se volta à sua história ou projeta seu futuro, mas na referência àqueles conceitos que se fazem presentes em qualquer momento de sua aplicação.

Quanto aos princípios, sua presença no ordenamento jurídico não é uma novidade. Essa técnica legislativa, caracterizada por termos de maior abstração sempre prevaleceu na redação dos Direitos Fundamentais.

A importância da presença dos princípios, no entanto, se faz pela atribuição de força normativa àqueles comandos que encerram. A técnica legislativa, caracterizada pela maior abstração dos preceitos, não é mais utilizada como designação de metas.

A força normativa dos princípios surge a partir do constitucionalismo o que inicialmente é demonstrado no presente trabalho. A partir do reconhecimento dessa mencionada força, antes atribuída somente às regras, é que se passa a encontrar dentro dos casos concretos a possibilidade de sua resolução com base em um princípio, bem como, a existência de conflito entre dois ou mais princípios aplicáveis ao mesmo caso, o que impediria de se chegar a uma solução de modo direito.

Na resolução dos conflitos entre princípios aplicáveis ao mesmo caso concreto, em especial aos chamados “casos difíceis”, Robert Alexy que seguiu um caminho procedimentalista, passa a definir que os princípios são “mandados de otimização”, culminando-se, desta forma, na possibilidade de realização de um princípio dentro do caso concreto e da não realização de outro.

Contudo foi necessária a criação de um método, de critérios a serem aplicados de modo que, a decisão jurídica proferida justifique a escolha de uma solução jurídica que seja possível em abstrato ao caso, ou seja, fundamentar a aplicação de um princípio em detrimento a outro, da mesma forma, aplicável ao caso concreto.

A criação e a aplicação destas regras, preocupada com a racionalidade da ponderação não foram isentas de críticas, daqueles que entenderam existir no seu bojo uma contradição lógica. Contudo, mesmo diante de tais considerações, a teoria desenvolvida por Alexy consegue, conforme já afirmado por Simioni, 2014, p. 322, “combinar a racionalidade lógico-formal dos discursos técnicos do direito com a racionalidade mais intuitiva e material dos discursos morais”.

1. A FORÇA DOS PRINCÍPIOS A PARTIR DO CONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo pode ser definido, de forma tão clara quanto breve, por “doutrina do regime constitucional” (ABLIJ, 2006, p. 204), a carga de informações que dessa simples definição se obtém, no entanto, é muito mais complexa do que daquele substantivo. Insistindo em uma definição, deparamo-nos não com um constitucionalismo, mas com experiências constitucionais várias, pelas múltiplas feições que assume nos caracteres de tempo, lugar, nacionalidade, etc.

Importante, neste momento, o destaque do conceito de constitucionalismo como a teoria (ou ideologia) que eleva “o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade” (Canotilho, 2003, p. 51). O constitucionalismo moderno é uma “técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”, que se identifica como uma “teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo” (Canotilho, 2003, p. 51).

Nesse sentido, pode-se dizer que todos os países têm uma constituição, não necessariamente sob a forma de um documento escrito, mas tomando em consideração a característica de grupo social organizado. O decorrer do tempo demonstrou, então, não significados diferentes, mas formas diferentes a essa “lei”, variando, também, quanto à relevância, dada a primazia da técnica de codificação no período liberal. Assim, em alguns estados, o surgimento da constituição não significou uma imediata superação do absolutismo, houve o que se chamou de despotismo esclarecido, a esse grupo, inclusive, pode-se acrescentar o caso brasileiro, que durante o período do Império viveu, sim, um período de arbítrio praticamente livre dos Pedros de Alcântara, sob a égide, porém, de uma Constituição. Ao caso do Brasil, em específico, pode-se dizer que “viu raiar simultaneamente o constitucionalismo e a Independência”. (Calmon, 1954, p. 8).

De um modo geral, as constituições, todas elas, sempre tiveram entre seus objetos a fixação das normas do governo, nas balizas de sua organização, divisão de poderes e atribuições de seus órgãos, a limitação da autoridade pública e o arrolamento dos direitos fundamentais. (Sarlet, 2011, p. 58).

Ainda segundo Sarlet, as expressões acima transcritas estão em consonância com as disposições previstas no artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, segundo o qual

[...] toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição”. A partir desta formulação paradigmática, estavam lançadas as bases do que passou a ser o núcleo material das primeiras Constituições escritas, de matriz liberal-burguesa: a noção da limitação jurídica do poder estatal, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes. (Sarlet, 2011, p. 58).

É deste último ponto que melhor se observam as transformações que originaram diferentes concepções do constitucionalismo. O regime jurídico dado aos direitos fundamentais revela diferentes graus de prestígio, ora esses direitos são ali (na constituição) colocados de forma fria, formal, declaratória; ora como uma meta a ser, um dia, alcançada; e, por fim, como norma jurídica, eficaz, cogente, efetiva.

Entre essas tantas variáveis, pode-se observar que vários foram e são os usos dados à constituição pelos diversos países. Alguns não a têm sob a forma escrita, e os que a têm sob essa forma nem sempre lhe atribuem um caráter normativo. Esse caráter normativo é, sem dúvida, a marca do atual constitucionalismo.

Não basta um documento para se falar de uma verdadeira constituição, mas que o conteúdo obedeça aos princípios fundamentais, o qual vinculará o “corpo político”, ou seja, o conteúdo material deverá ser respeitado pelos poderes que irão aplica-lo.

Para se tratar de uma verdadeira constituição não basta um documento. É necessário que o conteúdo desse documento obedeça aos princípios fundamentais progressivamente revelados pelo constitucionalismo. Por isso, a constituição *deve* ter um *conteúdo específico*: (1) *deve* formar um corpo de regras jurídicas vinculativas do “corpo político” e estabelecedoras de limites jurídicos ao poder, mesmo ao poder soberano (antidespotismo, antiabsolutismo); (2) esse *corpo de regras* vinculativas do *corpo político* deve ser informado por princípios materiais fundamentais, como o princípio da separação dos poderes, a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, a garantia de direitos e liberdades, a exigência de um governo representativo, o controle político e/ou judicial do poder (Canotilho, 2003, p. 1.130).

Os desdobramentos que levaram a essa atual concepção têm lastro, sobretudo, nos fatos que ocorreram no fechamento da primeira metade do século XX: as barbáries promovidas pelos regimes autoritários, destacando-se o nazismo alemão, e as decorrentes da segunda guerra. (Lacerda, 2012, p. 129 – 131).

A título de exemplo sobre a banalização do mal na Alemanha nazista Hannah Arendt esforça-se por entender o processo mental de Eichmann, homem que, como ela observa, era uma pessoa de “dotes mentais bastante modestos”. Autêntico burocrata, cumpridor de ordens, “perdeu por completo a necessidade de sentir o que quer que fosse”. Foi, antes de tudo, “um cidadão respeitador da lei”. (ARENDR, 1.999, p. 84).

A análise da personalidade de Eichmann feita por Hannah Arendt indica que o grande drama da Alemanha nazista foi que o mal, tornou-se legal e obrigatório, chegando ao ponto de parecer estar intrinsecamente ligado a população, acostumada a cumprir estritamente seus deveres de modo verdadeiramente banal. (Lacerda, 2012, p. 129 – 131).

Especificamente para o Direito, o segundo pós-guerra promoveu a incorporação dos direitos da chamada terceira geração, ou dimensão, àquele rol já composto pelos direitos individuais, ou de

primeira geração, e sociais, ou de segunda geração. Cada uma dessas gerações correspondia a um papel estatal, ordenador e limitador do arbítrio com referência à primeira geração, promovedor com relação à segunda. As barbáries presenciadas na segunda guerra e reveladas no período imediatamente posterior, no entanto, todas perpetradas sob o império da lei, demonstraram a insuficiência da antiga concepção constitucionalista.

Ora, aos códigos era reconhecida toda a força normativa, mas às constituições era relegada uma concepção programática³ (Streck & Morais, 2000. p. 39), sobretudo quanto aos direitos e garantias individuais e coletivos como metas a serem, um dia, alcançadas. Foi a consternação diante dos fatos da guerra que levaram à superação desse conceito para a construção de um novo, um constitucionalismo que, de fato, atribuísse direitos e não apenas criasse metas. (Streck & Morais, 2000. p. 39).

A ordem jurídica era, então, impregnada dos ideais individualistas. A concepção de indivíduo, no entanto, já não era suficiente para servir de eixo à nova estrutura que se fazia.

2. O RECONHECIMENTO DO INDIVÍDUO E DA SUA DIGNIDADE

O individualismo pode ser compreendido como a doutrina moral ou política que reconhece no ser humano um valor de fim em relação às comunidades de que faz parte. Como oposto deste pensamento é a tese que defende ter o indivíduo um valor infinito enquanto que a comunidade teria um valor nulo, que culminaria com o *anarquismo*. (Abbagnano, 1998. p. 554-555).

Seguindo nessa mesma doutrina, encontramos a afirmação de que habitualmente o termo individualismo possui um conceito tendente a moderação, que serviria como o fundamento teórico que foi assumido pelo liberalismo a partir de seu surgimento no mundo moderno, “é de fato o pressuposto do jusnaturalismo, do contratualismo, do liberalismo econômico e da luta contra o Estado, que constituem os aspectos fundamentais da primeira fase do *liberalismo*”. (Abbagnano, 1998. p. 554-555).

Não se pode negar, porém, a importância que teve essa concepção de indivíduo, sobretudo na evolução da família. Pela ideia anterior a vinculação a um grupo era natural, inerente, dando-se, assim, a esse grupo toda a primazia. Suportada por essas mesmas raízes está a ideia da autoridade absoluta do pai perante os filhos.

Em síntese: enquanto os indivíduos eram considerados como sendo originalmente membros de um grupo social natural, como a família (que era um grupo organizado hierarquicamente) não nasciam

³ As ditas normas programáticas são de dubia configuração, passando de simples instituidoras de programas a serem desenvolvidos e dependentes de posterior colocação em prática até a conteúdos passíveis de usufruição pelo cidadão, implicando intrincado debate teórico constitucional. Cabe registrar que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito adota a posição de que a Constituição é dirigente e vinculativa, de onde exsurge que todas as normas possuem eficácia, não tendo mais sentido falar em “normas programáticas”, em sua acepção negativa.

nem livres, já que eram submetidos à autoridade paterna, nem iguais, já que a relação entre pai e filho é a relação de um superior com um inferior. Somente formulando a hipótese de um estado originários sem sociedade nem Estado, no qual os homens vivem sem outras leis além das leis naturais (que não são impostas por uma autoridade externa, mas obedecidas em consciência), é que se pode sustentar o corajoso princípio contra-intuitivo e claramente anti-histórico de que os homens nascem livres e iguais. [...] Nunca será suficientemente sublinhada a importância histórica dessa inversão. (Bobbio, 2004, p. 107-109)

Assim, não foi apenas na insurgência perante os poderes do Estado, em muito simbolizada pelas primeiras constituições, que o individualismo semeou seus grãos, mas também no grupo social primeiro: a família. Dessa semente brotam os ideais de liberdade. Sob essa liberdade, no entanto, muitas distorções foram perpetradas: o indivíduo já não era suficiente. É mister um novo eixo, um novo centro em torno do qual todos os direitos fundamentais gravitem: a pessoa humana.

Esse novo centro do ordenamento jurídico virá, sempre, acompanhado por seu atributo de dignidade, baseado no pensamento de Immanuel Kant, ao analisar a sua existência, afirmando que “no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se, em vez dela, qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”. (Kant, 2005, p. 65).

Ora, a pessoa não pode servir de meio à consecução de um fim, seja político, seja econômico: as pessoas não têm preço, têm dignidade. Nessas afirmações as constituições assentarão a pedra angular, a sustentar todo o arco de um novo constitucionalismo, erigido para evitar que a técnica legalista – que servira àquela fase do predomínio dos códigos, mas que já patentemente provada insuficiente – não mais levasse a interpretar os direitos fundamentais como meros programas, mas como normas jurídicas dotadas de efetividade.

Quanto ao Brasil, há aqui tempos e modos peculiares nas transformações. Enquanto no mundo viu surgir essa nova noção do constitucionalismo logo após o fim da segunda guerra, o Brasil só partilhou dessa experiência com a Constituição agora vigente, de 1988.

Fazendo uma comparação entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, constata-se inovações importantes na seara dos direitos fundamentais, ou seja, pela primeira vez na história do constitucionalismo, a matéria foi tratada com relevância se mostrando inédita a outorga aos direitos fundamentais. (Sarlet, 2011, p. 63).

De fato, a evolução do constitucionalismo no Brasil se ressentiu do recrudescimento político, com o movimento autoritário que implantou militarmente uma ditadura arbitrária que se arrastaria por vinte anos. A Constituição de 1988 é marco jurídico importantíssimo, mas também marco político de redemocratização.

No novo *status* conferido aos direitos fundamentais a dignidade humana tem papel de protagonista, não só como centro em torno do qual todos os outros direitos gravitam, mas como fundamento da República.

A dignidade da pessoa humana, princípio estruturante e fundamental da República Federativa do Brasil, demonstra uma ordem constitucional que se concretiza através dos outros princípios e regras constitucionais em um sistema harmônico que vai de encontro a ideia de prevalência de um individualismo atomista do Direito, de forma que qualquer preceito que com ele conflitar estará sujeito a ser declarado inconstitucional. (Fachin, 2006, p. 179 - 180).

O que se observa, além da influência que o pós-guerra exerceu mundialmente, é que o Brasil também encontrou na Constituição a segurança e o abrigo contra novas arbitrariedades. E sob o signo da dignidade humana, a compor o sentido de todo o sistema jurídico, o Brasil entra não apenas em uma nova ordem constitucional, mas em uma nova fase do constitucionalismo. A principal marca dessa nova fase é a normatividade da Constituição.

Como resultado da evolução das ideias de constituição, como resultado da insuficiência que representou a ideia, ou as ideias, do individualismo, como resultado das barbáries perpetradas sob o império da lei e sob uma ordem constitucional, surgem, hoje, novas perspectivas para essa “norma”.

Qualquer menção que se quisesse fazer à constituição só poderia se valer da palavra *norma* entre aspas. Essas aspas designariam de alguma forma a imprecisão desse termo. Na verdade, a constituição não era uma norma, na medida em que não tinha força normativa, não era aplicada como uma norma do código civil ou penal, mas era apenas uma meta.

Essa diferença se refere à eficácia das normas constitucionais. Uma eficácia programática é aquela desprovida de qualquer força vinculativa, ou seja, não vincula o aplicador, tampouco o intérprete.

Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que “impõem uma actividade” e “dirigem” materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: “simples programas”, “exortações morais”, “declarações”, “sentenças políticas”, “aforismos políticos”, “promessas”, “apelos ao legislador”, “programas futuros”, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às “normas programáticas” é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. (Canotilho, 2003, p. 1.176).

Portanto, ainda que uma disposição constitucional se assemelhe, na técnica legislativa, nas palavras que use em sua redação, àquelas normas programáticas, em nada se parecerão quanto à eficácia. É nesse sentido que se pode dizer, quanto à eficácia, da morte das normas programáticas, uma vez que não se pode relegar ou postergar a eficácia por uma vindoura disposição legal.

Essa mudança de perspectiva se faz sentir, claramente, quanto aos direitos fundamentais já que, dentre os temas contemplados pelas constituições, foram sempre aqueles os mais relegados à eficácia

de meros programas. É na busca da superação dessa concepção constitucionalista ultrapassada que a Constituição de 1988 encerra, em seu próprio texto, um mandamento de efetividade, plasma do artigo 5º, em seu parágrafo primeiro, sob o termo de aplicação imediata. É no mesmo sentido que o artigo 18º/1 da Constituição da República Portuguesa dispõe que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas” (Sarlet, 2011, p. 261), e ainda outros artigos de outras constituições estrangeiras que influenciaram o constituinte brasileiro.

Um estágio de consenso, no entanto, ainda não foi alcançado para esse tema, de modo que diverge a doutrina sobre os vários problemas ocasionados pela aplicabilidade direta dos direitos fundamentais. Essa questão é ainda mais problemática quando se tem em conta aqueles direitos que demandam do Estado não apenas uma abstenção, mas sobretudo aqueles que demandam prestações, algumas bastante onerosas. Não se pretende analisar todos esses problemas de eficácia, pois não dizem respeito direto ao tema abordado nesta investigação, mas apenas evidenciar o problema, para que não pareça ao leitor uma questão totalmente superada.

Sobre a eficácia dos direitos fundamentais ressalta-se o caráter principiológico da norma contida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, a qual impõe seja aos órgãos estatais, seja aos particulares, a obrigação de outorgarem a máxima eficácia e efetividade aos direitos fundamentais, sabedores de que em favor dos quais milita uma “presunção de imediata aplicabilidade e plenitude eficazional”. (Sarlet, 2011, p. 459).

3. A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Pela lição de Ingo Sarlet, tomado o mandamento da aplicação imediata como um princípio, o que se busca dele é a maior eficácia possível. Essa formulação se obtém da distinção entre regras e princípios, tema que interessa, principalmente quanto aos seus efeitos, na análise de sua aplicação nas relações entre particulares. (Sarlet, 2011, p. 459).

A distinção entre regras e princípios pode ser encontrada em várias doutrinas, dentre as quais destacamos o autor Virgílio Afonso Silva, que aprofundou nessa distinção com foco nas obras Ronald Dworkin e Robert Alexy e no âmbito do constitucionalismo destacam-se, ainda, Canotilho e José Afonso da Silva. (Silva, 2003, p. 607 a 630)

À medida que a Constituição ganha força normativa, a distinção entre regras e princípios deixa de ser uma preocupação meramente classificatória. Não nos interessa dissecar todos os pormenores das distinções e classificações, mas evidenciar o que se pretende dizer por maior eficácia possível.

A principal contribuição de Alexy à teoria forte sobre a distinção entre princípios e regras foi o desenvolvimento do conceito de mandamento de otimização. Segundo Alexy, *princípios* são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. (Silva, 2011, p. 32).

É nesse sentido que Sarlet busca compor o problema da efetividade dos direitos fundamentais, tomando o mandamento contido no artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição como um princípio, a ele aplicada a ideia de um mandamento de otimização, ou seja, a ele será dada a maior realização que for possível. Assim, ficam, também, elucidadas as diferenças entre as duas categorias normativas, tomada a norma como um gênero, encampano suas duas espécies: as regras e os princípios.

Então, os princípios se distinguem das regras, pois estas, devem sempre ser realizadas por completo, já o grau de realização dos princípios ao contrário, poderá sempre variar, especialmente diante da existência de outros princípios que imponham a realização de outro direito ou dever que colida com aquele exigido pelo primeiro (Silva, 2011, p. 32).

A Constituição, dessa forma, envolverá todo o ordenamento jurídico, valendo-se, para isso, das possibilidades novas trazidas pela força normativa e pela configuração de um sistema composto normativamente por regras e princípios.

Admitir um sistema formado somente por princípios ocasionaria problemas de coordenação já que não se teria formas claras de comportamento, de propagação do conhecimento, de controle dos custos e limitação de poder. Lado outro, um sistema somente de regras seria muito rígido, “pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos”. (Ávila, 2007, p. 120-121).

Assim, os princípios servem, também, à melhor adaptação do direito ao caso concreto. Os princípios são compostos pelo direito em toda sua extensão e abrangência. A positividade dos textos constitucionais alcança a esfera decisória dos tribunais de forma que uma jurisprudência de valores acaba por servir de sustento ao “constitucionalismo contemporâneo, a ponto de fundamentar uma nova hermenêutica nos tribunais” (Rosenthal, 2005, p. 45-46)

Não se pretende afirmar que o sistema jurídico se amoldará a qualquer situação, ou que o sistema perdeu sua força e caráter regulatório para uma perspectiva apenas legitimadora. Na verdade, o sistema jurídico ganha flexibilidade maior – não total – para melhor atender (máxima efetividade possível) àquele seu fundamento da dignidade da pessoa humana.

4. DAS REGRAS DA PONDERAÇÃO

A interpretação dos princípios exige mais do agente intérprete do que as regras e, tendo em vista a sua amplitude (e vaga, em alguns casos), a possibilidade desses preceitos colidirem se torna quase inevitável. Para Alexy *apud* Simioni, somente a teoria jurídica é capaz de oferecer resposta para às questões de direitos fundamentais, fazendo necessária a distinção de regras e princípios, que viabilizará uma metodologia para a ponderação a ser aplicada no sentido de se afastar ou não a aplicação de um dos princípios que estão em choque. (Simioni, 2014, p. 272)

Dois construções principias sobre direitos fundamentais se apresentam: uma estrita, defendendo o cidadão contra o estado, entendendo que todas as normas do sistema têm a mesma estrutura fundamental; e outra ampla, que prevê que os direitos constitucionais em um quadro mais amplo, como ocorrido no caso Luth, na Alemanha do final dos anos 50 (Alexy, 2003, p. 132).

Contextualizando, Luth convoca o público alemão, donos de casas de cinema e produtores a boicotarem os filmes produzidos pelo diretor nazista Veit Harlan. Questionado judicialmente, sua conduta é vedada pelo tribunal distrital, que entendeu que a conduta de Luth seria uma ação violadora de políticas públicas, uma vez que “contrária às convicções do direito e da moral do povo alemão” (Alexy, 2003, p. 132-133).

Em queixa à corte constitucional alemã, Luth tem sua conduta entendida como protegida pela liberdade de expressão, havendo, a partir de então, a dicotomia regras e princípios: a conduta do queixoso estaria realmente enquadrada na liberdade de expressão? Dever-se-ia aplicar a regra do código civil alemão que previu a violação da política pública ou prevaleceria a norma constitucional da liberdade de expressão? (Alexy, 2003, p. 132-133).

Chegou-se à conclusão de que os valores e princípios constitucionais se aplicam à todas as áreas do direito e não somente do cidadão frente ao estado. Não se pode analisar os fatos de modo isolado, devendo-se estabelecer uma ponderação entre os princípios e as regras aplicáveis ao caso concreto.

Valores e princípios tendem a colidir e, diante de um sopesamento entre os princípios constitucionais e o direito civil, não se poderia admitir uma limitação imposta do primeiro sobre o segundo; a liberdade de expressão teve prioridade, devendo a norma civilista ser interpretada de acordo com essa prioridade. Tal resolução para esse caso difícil somente pode ser atingida, na doutrina de Alexy, após o estudo e o entendimento da estrutura da ponderação/ balanceamento (Alexy, 2003, p. 134).

O doutrinador Simioni, ao tratar da colisão de princípios com base na obra de Robert Alexy - *Teoría de los derechos fundamentales, 1993*, ressalta que:

[...] a decisão jurídica sobre uma colisão de princípios deve estabelecer, de modo justificado, uma “relação de precedência condicionada” (Alexy, 1993, p. 92). Essa relação de precedência condicionada significa a exigência metodológica de que a decisão jurídica deverá indicar, no caso concreto, as condições sob as quais um princípio precede ao outro. (Simioni, 2014, p. 291)

Tínhamos antes desta espécie de colisão, apenas aqueles conflitos⁴ (Simioni, 2014, p. 276) que ocorriam entre as leis, seja no tempo ou no espaço, facilmente resolvidos. No conflito de princípios, principalmente naqueles chamados “casos difíceis”, não poderia ser adotada a simples regra do afastamento de um para a aplicação do outro. Dever-se-ia ter que garantir e justificar a maior aplicabilidade de um deles e a necessidade de não se aplicar no seu todo o segundo (Simioni, 2014, p. 281).

Com a evolução dos estados democráticos de direito, a distinção entre regras e princípios se tornou insuficiente para resolver as relações conflituosas existentes ou aquelas ainda em potencial, encaixando-se a proposição de se entender os princípios como “mandados de otimização”, permitindo-se desta maneira, a sua maior realização, na melhor maneira possível, em face das regras de tudo ou nada e de exclusão (Simioni, 2014, p. 277).

A relação a ser estabelecida entre a ponderação de princípios e a proporcionalidade, que é deduzida de um princípio, mas é uma regra que somente poderá ser cumprida ou descumprida, se dá através da: “adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito” (Alexy, 2003, p. 135). Há na ponderação uma estrutura racional, que pode ser desenvolvida e explicada, servindo como uma forma de se proteger os direitos através de um discurso prático e racional.

A adequação permite que seja estabelecida uma relação de “otimização sobre as possibilidades fáticas da relação entre os meios e os fins exigidos pelos princípios” (Simioni, 2014, p. 284). Nesse sentido, pode-se perguntar se o meio é adequado ou não para atingir a finalidade buscada e se ele interfere ou não em outros princípios.

Nesses casos, o meio considerado adequado para se atingir por completo a finalidade de um princípio, pode fornecer esse resultado quando aplicado a outro caso de colisão ou, ainda, poderá ser o meio adequado e afetar de modo a violar outro princípio. Desta forma “se o meio adequado para a finalidade de um princípio for inadequado para a finalidade de outro princípio, esse meio fica proibido enquanto afetar essa segunda realização” (Simioni, 2014, p. 285).

Por meio da adequação, portanto, a decisão se restringirá a avaliar a aplicação dos meios possíveis de serem aplicados aos casos, não permitindo que esse meio colida com outros princípios, fazendo a sua substituição, caso isso aconteça. Porém, em determinadas situações, essa substituição do meio não se fará possível, razão pela qual será avaliada a necessidade do meio a ser empregado.

⁴ Alexy estabelece uma distinção: regras conflitam e princípios colidem. A contradição estará presente em ambas às situações, para as quais teremos com a aplicação do preceito resultados diferentes. Porém, para as regras, aplicamos critérios tradicionais e, para os princípios, a ponderação.

Dentro da máxima da necessidade teremos a justificação para o afastamento de um dos princípios colidentes, desde que ocorra a maior realização do outro (Simioni, 2014, p. 286).

Havendo interferência negativa de um princípio sobre o outro, afetando a sua finalidade, será buscado um outro meio adequado para a realização da finalidade do princípio. Ocorre que: e se esse meio não existir? E se não for possível se estabelecer um meio faticamente adequado para se resolver a colisão sem interferências negativas? Se não for possível, aplica-se a máxima da necessidade.

Ao se analisar os princípios em colisão, deve-se otimizar a relação entre meios e finalidades, buscando-se um equilíbrio entre o grau de satisfação de um e o de não satisfação do outro. Sendo possível tal estabelecimento, a necessidade justificará a atribuição de valores na exigência de resolução dos princípios em colisão.

Nesse sentido,

[S]abemos que o direito a saúde é um direito de todos [...] somente pelo princípio do direito à saúde poderíamos justificar uma pretensão contra o estado de custear um tratamento médico sofisticado no exterior. Mas os custos podem comprometer a realização de outros princípios igualmente fundamentais. [...] a necessidade permite a seguinte pergunta: [...] é necessário que o tratamento seja feito no exterior? Não dá para cumprir satisfatoriamente o princípio custeando um tratamento mais barato (Simioni, 2014, p. 287).

O juízo de necessidade servirá, portanto, para fundamentar uma graduação que possa ser capaz de solucionar a colisão entre os princípios. Porém, não sendo possível se resolver por completo a colisão estabelecida, a própria necessidade será capaz de permitir a redução do cumprimento de um princípio, para o maior cumprimento do outro.

Evoluindo dentro dessa sistemática, se estivermos diante de várias soluções possíveis juridicamente para determinado caso concreto, o que é possível já que o próprio direito não é isento de colisões e exige sempre uma única resposta correta, a proporcionalidade em sentido estrito será a exigida para a realização de uma ponderação entre essas respostas possíveis.

Nesse sentido, no momento em que se instaurar uma colisão de princípios, que não sejam passíveis de resolução pela adequação e necessidade, realizar-se-á a ponderação, que será o meio capaz de solucionar a colisão entre esses princípios neste caso (Alexy, 2003, p. 136). Para a delimitação da escolha nestas situações a ponderação se torna um dever a ser seguido, que permitirá uma única resposta dentre as várias possíveis.

A ponderação é um processo racional, que determinada que seja realizada uma justificação precisa dos motivos pelos quais se optou por realizar um princípio no seu máximo e não realizar ou preterir o outro. (Alexy, 2003, p. 136).

A lei da colisão estabelece para a decisão jurídica a necessidade de se estabelecer, fundamentadamente, uma metodologia capaz de demonstrar as causas para um princípio preceder ao outro, “deverá indicar na situação fática do caso concreto, sob quais condições um princípio deve prevalecer sobre o outro” (Alexy, 2003, p. 136) e a maior satisfação de um princípio deve ser justificada diante da menor satisfação do outro.

Nesse sentido,

A ponderação então pode ser sistematizada nas seguintes cinco etapas: a) identificação dos princípios em estado de colisão; b) comprovação do grau de não satisfação de um princípio diante da satisfação do outro; c) comprovação da importância da satisfação de todos os princípios em colisão no caso concreto; d) comprovação dos motivos que justificam a consideração de uma maior importância na satisfação de um dos princípios em colisão no caso concreto e uma menor importância na satisfação do outro [...]; e) indicação das consequências sobre as condições de precedência, quer dizer, indicação das consequências da dotação de maior peso para um princípio e não para o outro. (Simioni, 2014, p. 292).

A indicação dos princípios em colisão demonstrará o alcance e qual a contradição existente, sendo este o ponto de partida que tornará possível todo o processo da ponderação. São as soluções indicadas como possíveis, porém de modo opositor, ou seja, a apresentação de duas possíveis soluções juridicamente aceitáveis, porém, consideradas contraditórias, no sentido de ser uma aplicada e outra não.

Demonstrado o alcance da colisão, deve-se partir para o entendimento do grau de satisfação, ou seja, justificando a exigência de afastamento de um princípio para a maior realização do outro. O que se exigirá também a demonstração da satisfação de todos os princípios em colisão, permitindo-se, assim, que sejam retirados do processo decisório aqueles que, apesar de importante e colidentes, não representariam algo fundamental para o caso específico.

Seguidas as etapas anteriores poderá se chegar a demonstração e fundamentação dos motivos que levaram a atribuir uma maior importância a um princípio, satisfazendo-o, e uma menor satisfação para o outro. A decisão deverá aplicar, no caso concreto, o princípio com maior peso, o que será possível a partir da análise de intervenção, medida em graus, de um princípio sobre o outro, optando-se por aquele princípio que interferisse o menos possível na esfera do outro.

Por fim analisa-se as consequências sobre a operação de precedência e satisfação/não satisfação. Qual a justificativa para a escolha de um princípio com o consequente afastamento do outro. Esse é o ponto. Determinar e justificar as condições utilizadas, buscando demonstrar que, apesar da preterição de um princípio, há justificativas dentro do caso concreto para este ocorrido.

5. A CRÍTICA DE JÜRGEN HABERMAS

O esforço empreendido por Alexy na construção doutrinária para a resolução da colisão de princípios, principalmente em casos difíceis, não é isenta de críticas.

Segundo Jürgen Habermas *apud* Alexy, a abordagem do balanceamento ou ponderação em sentido estrito retiraria dos direitos fundamentais constitucionais o seu poder normativo, afetando a sua prioridade. Haveria um risco de se ter uma diluição dos direitos constitucionais e uma irracionalidade nas decisões, pois, inicialmente não existiriam critérios aplicáveis, ou aqueles apresentados seriam irracionais. (Alexy, 2003, p. 134).

A ponderação retira das decisões jurídicas os conceitos de certo e errado, correto e incorreto, levando a decisão para um campo da aplicação daquilo que seria mais ou menos adequado para o caso concreto; obtendo-se um resultado, impossível de ser racionalmente justificado (Alexy, 2003, p. 134).

Segundo a crítica formulada os motivos definidos para eliminar a colisão entre os princípios poderiam ser entendidos como argumentos políticos, o que poderia causar uma diluição dos direitos constitucionais, bem como, o que Habermas intitula como o “risco de decisões irracionais (*“irrational rulings”*)”. (Alexy, 2003, p. 134)

Ainda segundo Habermas *apud* Alexy o balanceamento não é dotado de critérios ou padrões racionais, mas sim de arbitrariedades do interprete/ aplicador que agiria segundo padrões e hierarquias que entendesse corretos. (Alexy, 2003, p. 135). A crítica mencionada trata das consequências ou dos efeitos que a aplicação do balanceamento poderia gerar quando adotada em detrimento da normatividade decorrente do princípio.

A segunda crítica apontada por Habermas e tratada diretamente pelo próprio autor Alexy, tem viés conceitual, abordando questões de certo e errado e de correção e incorreção. Neste sentido aquele autor afirma que “o enfoque da ponderação subtrairia as decisões judiciais do reino definido por conceitos como os de certo (*right*) e errado (*wrong*), de correção e incorreção, do domínio da justificação, para o reino definido por conceitos como adequado e inadequado, para o campo da descrição”. (Alexy, 2003, p. 136).

Habermas vislumbrou a possibilidade do “sopesamento de valores” gerar um resultado pelo Tribunal, no julgamento do caso concreto, que não poderia ser justificado já que não passaria de um juízo de valor emitido pelo julgador, ou seja, a “decisão não mais se relaciona com as alternativas de uma decisão correta ou errada (*a right or wrong decision*)”. (Alexy, 2003, p. 135).

De outro lado Alexy afirma que “Se isso for verdade, certamente o enfoque do balanceamento sofreria uma implosão fatal. O Direito vincula-se necessariamente à uma pretensão de correção” (Alexy, 2003, p. 136).

Em que pese todas as considerações, a ponderação ou balanceamento é compatível com a correção e a justificação, caso contrário o “Direito Constitucional alemão nos últimos 50 anos estaria contaminado pelo erro, bem em seu próprio cerne” (Alexy, 2003, p. 135). Não é o balanceamento intrinsecamente irracional, nem mesmo capaz de gerar o sacrifício dos direitos individuais, posto que corresponde a um método passível de aplicação aos casos concretos no qual há colisão de princípios.

CONCLUSÃO

Na teoria de Robert Alexy pode-se encontrar uma racionalidade na argumentação e nas decisões jurídicas, fazendo com que as doutrinas e os tribunais, em que pese os nacionais, encontrassem um esteio para a fundamentação das suas posições.

O balanceamento ou ponderação integram o princípio da proporcionalidade, juntamente com a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito; todos expressando uma ideia de otimização, entendendo que os direitos constitucionais, enquanto princípios são mandados de otimização.

Nesse sentido, podemos entendê-los como normas que requerem que algo seja realizado na maior medida dentre as possibilidades fáticas e jurídicas. Que a partir da adequabilidade e necessidade poder-se-ia definir aquilo que é factualmente possível, otimizando-se todas as possibilidades jurídicas.

Nesse sentido, não se pode esquecer que quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro.

Temos, portanto, a fixação de regras racionais que permitem estabelecer o grau de satisfação/não satisfação, e a justificação para a escolha de um preceito em detrimento do outro. Somente se não houvessem essas condições é que se poderia dizer que tal doutrina seria irracional ou capaz de retirar o poder normativo dos direitos constitucionais.

Existem juízos sobre a proporcionalidade, que buscam a correção através dos graus de intensidade. Não há que se dizer em certo ou errado na colisão principiológica e nem mesmo em arbitrariedades, pois através das etapas estabelecidas tem-se a possibilidade de se explicar fundamentadamente o porquê da escolha da realização de um princípio, pela não realização integral do outro.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

- ABLIJ – ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS, *Dicionário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, Balanceamento e Racionalidade*. Revista Ratio Juris. v. 16, n.2, junho de 2003.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. Malheiros, 2011.
- ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. São Paulo: Companhia das Letras, 1.999.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004
- BRASIL. *Constituição Federal do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- CALMON, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- LACERDA, Gabriel. *Nazismo, cinema e direito*. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012.
- ROSEVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SILVA, Virgílio Afonso. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Políticos 1 (2003).
- _____. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico aos pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.
- STRECK, Lenio** Luiz; **MORAIS**, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.