



# Teoria dos Direitos Fundamentais

*Celso de Albuquerque Mello*

*Daniel Sarmiento*

*Gustavo Amaral*

*Márcio Monteiro Reis*

*Maurício Andreiuolo Rodrigues*

*Ricardo Almeida Ribeiro da Silva*

*Ricardo Lobo Torres*

*Teresa Negreiros*

*Vicente de Paulo Barretto*

**Organizador**

*Ricardo Lobo Torres*

TEMAS

RENOVAR

## Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens

*Daniel Sarmento*

*“La coesistenza di valore e principi, sulla quale, necessariamente, una costituzione oggi si deve fondare per poter rendersi non renunciataria rispetto alle sue prestazioni di unità e integrazione e, al contempo, non incompatibile con la sua base materiale pluralista, richiede che ciascuno di tali valori e tal principi sia assunto in una valenza non assoluta, compatibile con quelli con i quali deve convivere.” (Gustavo Zagrebelsky<sup>1</sup>)*

### INTRODUÇÃO

A teoria jurídica tradicional concebe o Direito como um sistema unitário, completo e coerente, estruturado em for-

---

<sup>1</sup> *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi, 1992, p. 11.

ma de pirâmide, em cujo vértice é situada a Constituição<sup>2</sup>. O predicado da coerência do ordenamento jurídico impede, segundo tal concepção, a existência de antinomias reais entre as suas normas. Todos os conflitos normativos são considerados como meramente aparentes, devendo ser resolvidos através de critérios formais, definidos de antemão pelo ordenamento. Assim, seria sempre possível precisar, com base em procedimentos puramente lógicos, a norma aplicável a cada caso concreto, de modo que, definidos os fatos, poder-se-ia, através de simples silogismo, extrair todas as suas conseqüências jurídicas.

Sem dúvida, esta imagem rígida e formal do Direito é tributária de uma cosmovisão que teve o seu apogeu no Estado Liberal, e que hoje encontra-se bastante desacreditada. A análise da dinâmica do sistema judicial demonstra que nem sempre é a lógica formal que reina nesta seara, sendo imanente ao fenômeno jurídico a existência de certa dose de criatividade por parte dos seus operadores, sobretudo no campo constitucional. Profundamente infiltrada pela política, a Constituição alberga um grande número de normas enunciadas de modo vago e aberto, franqueando ao intérprete um largo espaço para valorações subjetivas, nas quais inevitavelmente o fator ideológico acaba aflorando.

Neste contexto, torna-se freqüente a eclosão de conflitos entre as normas da Lei Fundamental, máxime em países que, como o Brasil, adotaram constituições compromissórias. Estas são cartas nas quais o processo constituinte não se desenvolveu sob o signo do consenso, traduzindo, ao revés, a síntese dialética de concepções e ideais políticos

---

<sup>2</sup> Ver, a respeito, BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Ed Universidade de Brasília, 1996.

diversificados. Assim, tais constituições acabam abrigando normas derivadas de matrizes ideológicas antagônicas, que, ao incidir sobre casos concretos, podem indicar soluções diametralmente opostas.

Inobstante, é certo que a Lei Fundamental constitui uma unidade. O princípio da unidade da Constituição, encarecido pela Corte Suprema alemã como o cânone mais importante da hermenêutica constitucional<sup>3</sup>, impõe ao intérprete a tarefa, nem sempre trivial, de buscar a harmonia entre os ditames da Lei Maior, solucionando as situações de tensão que tendem a se deflagrar em seu seio.

Em vista disso, torna-se ocioso frisar a importância vital que a questão da colisão entre os cânones constitucionais assume no nosso ordenamento. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência nacionais não têm devotado a este tormentoso problema a atenção merecida.

Sem a pretensão de exaurir o tema, o presente trabalho objetiva estudar o papel do método da ponderação de bens como critério de solução dos conflitos entre princípios constitucionais. Pretende-se, em um primeiro momento, demonstrar a insuficiência dos métodos tradicionais de resolução de antinomias para o equacionamento das tensões entre princípios constitucionais. Em seguida, a partir da constatação de que o método da ponderação é absolutamente necessário para a resolução dos casos mais complexos do Direito Constitucional, almeja-se analisar os seus mecanismos próprios, e verificar a acolhida que tal método tem recebido no direito comparado e em nosso país.

---

<sup>3</sup> BVerfGE 19, 206 (220), *apud* STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Tradução de Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 292.

## I — A INSUFICIÊNCIA DOS MÉTODOS CLÁSSICOS DE RESOLUÇÃO DE ANTINOMIAS PARA A COMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:

### 1 — Os Princípios Constitucionais entram em conflito?

Uma questão que necessariamente vem à tona quando se discute a convivência entre princípios constitucionais, consiste em saber se é possível, através de delimitações rígidas do conteúdo de cada princípio, evitar a eclosão de conflitos entre eles nos casos concretos. Em outras palavras, a indagação que se faz é no sentido da possibilidade de se modelar o perfil dos cânones constitucionais, fora de qualquer hipótese concreta, de tal sorte que se assegure uma coexistência absolutamente harmônica entre eles.

É certo que, em muitos casos, a simples demarcação dos confins do âmbito normativo de cada princípio é suficiente para obstar a deflagração de antinomias. Para tal finalidade, é evidente que o conteúdo de cada princípio constitucional não pode ser inferido apenas do texto normativo que o consagra, com a desconsideração do sistema no qual o princípio se insere. A Constituição não configura um simples repertório de normas isoladas, traduzindo antes um sistema unitário, cujos elementos são interdependentes. Assim, a busca dos limites e significados de cada princípio tem de considerar também as outras normas e valores plasmados na Lei Fundamental.

A demarcação do campo normativo dos princípios constitucionais é de grande importância no estudo dos direitos fundamentais, onde a doutrina formulou o conceito de "limites imanentes". Tais limites, que representam a fronteira externa dos direitos fundamentais, podem estar definidos expressamente na Constituição, ou dela decorrerem implicitamente, sendo neste caso inferidos da análise da proteção outorgada pela Lei Maior a outros direitos e valo-

res da mesma estatura. De qualquer forma, a fixação dos limites imanentes é anterior à resolução dos conflitos, pois só se caracterizará o conflito se a situação concreta se contiver no interior dos limites imanentes de mais de um direito fundamental. José Carlos Vieira de Andrade exemplifica bem alguns casos de limites imanentes:

*"Por exemplo, poder-se-á invocar a liberdade religiosa para efectuar sacrifícios humanos ou para casar mais de uma vez? Ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um actor no palco, para pintar no meio da rua, ou para furtar o material necessário à execução de uma obra de arte? Ou invocar o direito de propriedade para não pagar impostos, ou o direito de sair do país para não cumprir o serviço militar, ou o direito de educar os filhos para os espancar violentamente? (...)*

*Nestes, como em muitos outros casos, não se deve falar propriamente de um conflito entre o direito invocado e outros direitos ou valores, por vezes expressos através de deveres fundamentais. É que se trata de algo a mais ou de algo a menos do que isso. É o próprio preceito constitucional que não protege essas formas de exercício do direito fundamental, é a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, exclui da respectiva esfera normativa esse tipo de situação."*<sup>4</sup>

Porém, pela própria estrutura aberta e flexível dos princípios, que não possuem um campo de incidência rigidamente delimitado, torna-se por vezes muito árdua, senão impossível, a tarefa de estabelecer *a priori* as fronteiras dos seus âmbitos normativos com seus congêneres. Por isto, a

<sup>4</sup> *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 216 e 217.

acomodação das tensões entre os princípios constitucionais nem sempre se exaure na tarefa de demarcação dos respectivos limites imanentes.

Vejam-se, por exemplo, os princípios que regem a ordem econômica brasileira, insertos no art. 170 da Lei Fundamental. Será possível, fora de qualquer contexto fático específico, realizar-se o mapeamento de princípios abertos tais como o da livre iniciativa, da busca de pleno emprego, da defesa do consumidor, etc, de modo a evitar a possibilidade de conflitos no caso concreto? A resposta tem de ser negativa. Em muitos casos, o intérprete constatará que certas situações jurídicas mobilizam concomitantemente a incidência de vários princípios, cada um acenando para uma direção diferente.

Questiona-se então se as situações deste gênero podem ser resolvidas através dos critérios tradicionais de solução de antinomias. Segundo a lição clássica, são três estes critérios<sup>5</sup>: cronológico, hierárquico e de especialidade. O critério cronológico é aquele que postula que entre duas normas incompatíveis, deve prevalecer a posterior: *lex posterior derogat priori*. O critério hierárquico, por seu turno, determina que no confronto entre regras jurídicas inconciliáveis, deve ser aplicada a de estatura superior. E, finalmente, o critério de especialidade impõe que na colisão entre duas regras prevaleça a mais especial, em detrimento da mais geral: *lex specialis derogat generali*.

Examina-se, a seguir, se tais critérios clássicos dão conta da resolução das colisões entre princípios constitucionais, ou se, ao contrário, a tensão entre tais cânones desafia o uso de uma técnica mais aberta e flexível.

<sup>5</sup> NORBERTO BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, cit., p. 92 e seguintes.

## 2 — Critério Cronológico

Com relação ao critério cronológico, beira o truísmo a afirmação de que ele não se presta à solução das tensões constitucionais, uma vez que as normas da Constituição são editadas em um único momento, com a promulgação da Lei Maior.

A única exceção possível é representada pelas emendas constitucionais, que são editadas após o advento da Constituição. É possível que uma emenda à Constituição introduza novo princípio constitucional, que se afigure total ou parcialmente incompatível com outro princípio albergado no texto originário da Lei Maior. Neste caso, o novo princípio poderá revogar, no todo ou em parte, o cânone anterior com ele inconciliável, desde que este não consubstancie cláusula pétrea. Caso, porém, trate-se de cláusula pétrea, prevalecerá para a solução do caso o critério hierárquico, o que desencadeará a rejeição, por inconstitucionalidade, do princípio instituído pela emenda constitucional<sup>6</sup>.

## 3 — Critério da Especialidade

O critério da especialidade também é de reduzida valia no confronto entre princípios constitucionais, já que ele só

<sup>6</sup> A doutrina é indiscrepante no sentido da admissibilidade do controle de constitucionalidade das emendas à Constituição no direito brasileiro, cf. CLÊVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista do Tribunal, 1995, p. 138 e 139; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O Controle de Constitucionalidade no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996, p. 154 e 155. O STF já declarou, pelo menos uma vez, a inconstitucionalidade substancial de emenda constitucional, quando, apreciando a ADIN 939 — 7 DF, julgou que a EC nº 3/93 não podia ter afastado a aplicação do princípio da anterioridade, e de algumas imunidades tributárias com relação ao IPMF, pois os mesmos configurariam cláusulas pétreas (DJ, 18.03.94).

pode ser utilizado quando se evidenciar entre as normas em antagonismo uma relação do tipo *geral* → *especial*.

Observe-se, a propósito, que as antinomias podem ser classificadas, conforme a extensão, em três espécies: *total-total*, *parcial-parcial* e *total-parcial*<sup>7</sup>. A antinomia *total-total* se manifesta quando as normas em contradição possuem exatamente o mesmo âmbito de validade, de modo que qualquer aplicação dada a uma delas contraria necessariamente a outra (é o que ocorre com as supostas normas “É proibido fumar no cinema” e “É permitido fumar no cinema”). A antinomia *parcial-parcial* dá-se, por sua vez, quando as normas em conflito ostentam âmbitos de validade em parte igual e em parte diferente. Neste caso, cada norma tem um campo onde pode ser aplicada sem ocasionar conflito com a outra, e um campo onde o conflito necessariamente ocorre (é o que acontece com as supostas normas “É proibido usar calças brancas nos fins de semana” e “É obrigatório usar roupas brancas nos domingos”). Finalmente, a antinomia *total-parcial* sucede quando o âmbito de validade de uma das normas está compreendido no interior do âmbito de validade da outra. Nesta hipótese, a norma com campo de validade mais extenso pode, em certos casos, ser aplicada sem entrar em contraste com a norma de âmbito mais reduzido, mas esta, sempre que aplicada, entra em colisão com a norma mais extensa (é o que se dá entre com as normas hipotéticas “É proibido pisar na grama” e “É permitido pisar na grama descalço”).

Ocorre que o método de especialidade só pode ser utilizado nas antinomias do tipo *total-parcial*, pois só nestas se estabelece entre as normas em confronto uma relação do

<sup>7</sup> Este critério foi criado por Alf Ross em sua obra *On Law and Justice*, conforme notícia NORBERTO BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, cit., p. 88.

tipo *geral* → *especial*<sup>8</sup>. Tal espécie de antinomia não é comum no campo constitucional, sendo muito mais usual a ocorrência de “interseção parcial” entre os domínios normativos dos cânones constitucionais, configurando antinomia do tipo *parcial-parcial*, a qual não enseja a aplicação do método de especialidade.

#### 4 — O Critério Hierárquico

O critério hierárquico tampouco pode ser utilizado<sup>9</sup>, pois todas as normas constitucionais desfrutam formalmente da mesma estatura, afigurando-se arbitrário atribuir a qualquer uma delas a primazia absoluta com relação às demais. Não se pretende negar, com esta afirmação, o fato de que algumas normas cintilam com maior destaque no ordenamento constitucional, ocupando posições estruturalmente mais importantes dentro do sistema.

Porém, daí não decorre que, sem autorização expressa da Constituição, se possa escalonar em diferentes graus hierárquicos as normas editadas pelo poder constituinte originário. Neste sentido, Luis Roberto Barroso<sup>10</sup> salientou, com propriedade, que “ (...) em direito, hierarquia traduz a idéia de que uma norma colhe o seu fundamento de validade em outra que lhe é superior. Não é isso que se passa entre normas promulgadas originariamente com a Constituição”.

<sup>8</sup> Cf. NORBERTO BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, cit., p. 96 e 97.

<sup>9</sup> Excepciona-se apenas o caso das normas introduzidas pelo poder constituinte derivado, as quais estão sujeitas aos limites materiais, formais e circunstanciais impostos pelo poder constituinte originário. Neste sentido, pode-se afirmar que existe hierarquia entre as emendas à Constituição e algumas normas inscritas na lei fundamental.

<sup>10</sup> *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 187.

Demais, é bem de ver que a inexistência de hierarquia absoluta entre as normas radicadas na Lei Fundamental configura corolário inafastável do princípio da unidade da Constituição, pois, como observou Canotilho, a pretensão de validade absoluta de certos princípios acarreta o sacrifício completo de outros, com o conseqüente comprometimento da unidade normativa da Lei Maior<sup>11</sup>.

Existem basicamente duas concepções distintas da hierarquização das normas constitucionais: uma estática e a outra dinâmica.

#### 4.1. Hierarquia estática: normas constitucionais inconstitucionais?

A concepção estática preconiza que se duas normas constitucionais colidirem, a de estatura inferior deve ser eliminada do sistema, decretando-se a sua invalidade. Um exemplo desta concepção é fornecido pela polêmica tese das normas constitucionais inconstitucionais, que teve em Otto Bachof o seu maior arauto.

Bachof formulou a sua controvertida teoria a partir de aula inaugural proferida na Universidade de Heidelberg, em 1951, que se transformou no livro intitulado, no original, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen*?<sup>12</sup>. Sustentou o professor germânico que existe uma hipótese em que a norma da Constituição pode afigurar-se inconstitucional: quando ela contrariar princípios transcendentais supralegais, positivados no texto da Constituição. Neste caso, competiria à Corte Constitucional declarar a inconstitucionalidade da norma constitucional em questão.

Transparece dos ensinamentos de Bachof uma concepção jusnaturalista, segundo a qual existiriam certos direitos

superiores ao ordenamento positivo, cuja enunciação na Constituição não teria caráter constitutivo, mas meramente declaratório. Tais direitos não poderiam ser violados sequer pelo poder constituinte originário, sob pena de inconstitucionalidade.

Na Alemanha, a Corte Constitucional chegou a admitir, na hipótese aventada por Bachof, a possibilidade teórica da declaração de inconstitucionalidade de norma constitucional, ao salientar:

*“A adoção do postulado segundo o qual o constituinte pode tudo pode significar uma recaída na concepção intelectual de um positivismo despidido de valores, há muito superado pela jurisprudência. Exatamente a experiência com o regime nazista ensinou-nos que o legislador é capaz de perpetrar injustiças graves, de modo que a prática do exercício do direito não pode ficar indiferente a esses desenvolvimentos históricos, sendo-lhes lícito, nos casos extremos, preservar a idéia de justiça material diante do princípio da segurança jurídica. Também o constituinte originário pode ultrapassar os limites da justiça.”<sup>13</sup>*

Porém, é mister ressaltar que neste próprio acórdão, a Corte alemã frisou a absoluta excepcionalidade desta situação nos Estados de Direito, afirmando que a declaração de inconstitucionalidade das normas constitucionais originárias nas democracias liberais é quase uma impossibilidade prática.

O tema suscitou e ainda suscita candentes debates na doutrina, nos quais afloram questões profundas de Teoria da Constituição e de Filosofia do Direito. No nosso entendimento, a razão está com Jorge Miranda<sup>14</sup>, quando salienta

11 *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 196 e 197.

12 Neste trabalho, foi consultada a tradução portuguesa intitulada *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Atlântica, 1977.

13 BVerfGE 3, 225, cf. Gilmar Ferreira Mendes, *op. cit.*, p. 116.

14 *Manual de Direito Constitucional. Introdução à Teoria da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998, t. II, p. 290 e 291.

que as constituições também se sujeitam a valores éticos transcendentais, que lhes impõem limitações intransponíveis. Porém, a vulneração de tais limites não traduz questão de inconstitucionalidade, mas de ilegitimidade da norma constitucional, não devendo ser aferida por órgãos jurisdicionais internos, cuja fonte de competência radica na própria Constituição, o que não lhes permite rejeitar um dos seus dispositivos por inconstitucionalidade<sup>15</sup>.

Ademais, o modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil é um fator que desaconselha, na prática, a adoção da teoria de Otto Bachof, pois soa a temeridade atribuir a juízes de 1ª instância a faculdade de julgar inconstitucional qualquer norma oriunda do poder constituinte originário, com base nas tênues e metafísicas pautas de valores fornecidas pelo direito natural.

Aqui tem prevalecido o entendimento mais ortodoxo, contrário à possibilidade de decretação da inconstitucionalidade das normas da Constituição originária. Existem, é certo, manifestações doutrinárias e jurisprudenciais isoladas em sentido contrário<sup>16</sup>. Porém, o STF, apreciando a ADIN 815-DF, na qual se impugnava a constitucionalidade do art. 45, parágrafo 1º, da C.F., que estabelece o número mínimo e máximo de deputados federais por Estado, ao

---

<sup>15</sup> Com a progressiva posituação dos direitos humanos no âmbito internacional, aliada à erosão do conceito clássico de soberania decorrente do processo de globalização, surge uma tendência universal à atribuição de competência para decisão de questões de quilate a cortes internacionais de justiça. Vide, a respeito, CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della Giustizia nelle Società Contemporanee*. Bologna: Il Mulino, 1994, p. 39 e seguintes.

<sup>16</sup> DINIZ, Maria Helena. *Conflito entre Normas*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 61 a 64; Agravo de Instrumento n. 475.819-8, 8ª. Câm. Cív. TJ/SP, RT 680/125, ambos sustentando a inconstitucionalidade do art. 33 do ADCT, que previu o parcelamento em até oito vezes dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição.

argumento de que dito dispositivo contrastaria com os princípios supraleais da igualdade de voto e da democracia prestigiados pelo constituinte, rejeitou a tese por unanimidade de votos, julgando juridicamente impossível o pedido de declaração da inconstitucionalidade de norma constitucional. Em seu voto condutor, o Ministro Moreira Alves averbou:

*“Assim, na atual Carta Magna ‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição’ (art. 102, caput) o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do poder constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios do direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição.”<sup>17</sup>*

#### 4.2. A hierarquia dinâmica

A concepção dinâmica da hierarquização dos princípios da Lei Maior não aceita a possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais, preconizando a subsistência no ordenamento de todas as regras e princípios albergados na Lei Fundamental, ainda que potencialmente conflituosos entre si.

As conseqüências da hierarquização, para os que adotam tal teoria, emergem apenas no momento de decisão do caso concreto em que tenha aflorado o contraste entre normas da Constituição. Aí o conflito é sempre resolvido independentemente das variáveis fáticas, em favor da norma considerada de superior estatura, impondo-se o sacrifício incondicionado das prescrições da norma constitucional

---

<sup>17</sup> *In* Informativo STF n. 43, p. 4.

reputada de escalão inferior. Trata-se da projeção, na esfera constitucional, do que o filósofo político John Rawls designou como ordem léxica entre princípios, que opera, segundo o eminente professor de Harvard, da seguinte forma:

*"This is an order which requires us to satisfy the first principle in the ordering before we can move on to the second, the second before we consider the third, and so on. A principle does not come into play until those previous to it are either fully met or do not apply. A serial ordering avoids, then, having to balance principles at all; those earlier in the ordering have an absolute weight, so to speak, with respect to later ones, and hold without exception."*<sup>18</sup>

Exemplo desta formulação encontra-se no magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que sustenta existir uma hierarquia normativa entre os direitos fundamentais consagrados no texto magno, situando no topo os direitos da propriedade privada e da liberdade individual<sup>19</sup>.

Desnecessário frisar que a aplicação de dita concepção, sobre assentar-se em bases teóricas extremamente frágeis, acarreta, na prática, o total amesquinamento dos princípios constitucionais reputados de hierarquia inferior, que se tornam "letra-morta" sempre que confrontados com outros que tenham sido situados pelo intérprete em um plano mais elevado.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1994, p. 43.

<sup>19</sup> Os Direitos Fundamentais. Problemas Jurídicos, Particularmente em Face da Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Administrativo* 203: 1-10, 1996.

<sup>20</sup> Cf. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *A Constituição Aberta e Atualidades dos Direitos Fundamentais do Homem*. Tese ainda não publicada, aprovada em concurso público para Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ. Rio de Janeiro, 1995, p. 50

Ademais, cumpre ter em mira que a tentativa de tornar absolutos e incontrastáveis certos direitos e valores constitucionais, através do escalonamento rígido das normas da Lei Maior, acoberta, no mais das vezes, propósitos ideológicos bem definidos. A história revela que um dos maiores empecilhos à instituição dos direitos sociais foi uma concepção absoluta e radical de certos direitos individuais, tais como a propriedade e a liberdade contratual. Um exemplo eloqüente é fornecido pela jurisprudência norte-americana, que, do final do século passado até meados da década de 30, julgou sistematicamente inconstitucional toda a legislação social e econômica editada pelo governo norte-americano, elevando à estatura constitucional os dogmas políticos e econômicos do liberalismo clássico. Tal orientação da Suprema Corte americana marcou um período de sua história que ficou conhecido como *Lochner Era*, que só veio a ser superado após 1937, depois de tremendas pressões políticas exercidas pelo Presidente Roosevelt contra a Suprema Corte, para que esta não inviabilizasse a implementação do *New Deal*<sup>21</sup>.

## 5 — Conclusão

Enfim, observa-se que os critérios cronológico, de especialidade e hierárquico são de reduzida serventia para a solução das tensões entre princípios constitucionais. Tais questões desafiam o uso de método mais dinâmico e flexível, que possa dar conta das infinitas variáveis fáticas que ditos confrontos podem ostentar.

---

<sup>21</sup> Cf. TRIBE, Lawrence. *American Constitutional Law*. New York: The Foundation Press, 1988, p. 567 e seguintes.

## II — CRITÉRIOS DE RESOLUÇÃO DAS TENSÕES ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: A PONDERAÇÃO DE BENS

### I — Distinção entre Princípios e Regras Jurídicas

Conforme a doutrina mais autorizada, as normas jurídicas que compõem o ordenamento positivo podem assumir duas configurações básicas: regras (ou disposições) e princípios.

Os princípios, na acepção clássica, constituem os mandamentos nucleares do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o setor do ordenamento em que radicam<sup>22</sup>. Revestem-se de um grau de generalidade e de abstração superior ao das regras, sendo, por conseqüência, menor a determinabilidade do seu raio de aplicação. Ademais, os princípios possuem um matiz axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam.

Os princípios assumem no ordenamento múltiplas funções: por um lado, operam como alicerces do sistema jurídico, cimentando as suas diferentes partes e fornecendo a pauta de valores nas quais o intérprete deve se basear para solução das questões mais controvertidas (função hermenêutica); por outro, na ausência de regras cuidando da hipótese, os princípios podem também exercer a função de normas de conduta, regulando imediatamente o comportamento dos seus destinatários (função regulativa)<sup>23</sup>. Segundo

22 Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 299 e 300.

23 Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 577 e seguintes.

Canotilho, eles também “podem desempenhar uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a ratio legis de uma disposição ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito”<sup>24</sup>.

Dentro do sistema jurídico, os princípios passam por um processo de concretização e densificação sucessiva, através de princípios mais específicos e subprincípios, até adquirirem a concretização das regras. Tal concretização não se dá através de um simples processo lógico-formal, no qual sejam os princípios mais específicos deduzidos dos mais gerais. O que ocorre na verdade é um procedimento dialético, no qual cada subprincípio em que se desdobra o princípio original adiciona a este novas dimensões e possibilidades, subsistindo o princípio original no papel de vetor exegético dos cânones mais específicos. Há um “esclarecimento recíproco”: o princípio se ilumina através das suas concretizações, as quais, por sua vez, só assumem seu sentido pleno ao lume do princípio que lhes engendrou.<sup>25</sup>

Segundo Canaris<sup>26</sup>, outra distinção fundamental entre princípios e regras jurídicas relaciona-se ao fato dos primeiros, ao contrário das segundas, não permitirem, pela insuficiência do seu grau de concretização, a subsunção. Segundo tal autor, no plano da fluidez, os princípios situam-se entre os valores e as regras jurídicas. Excedem os valores, em termos de concretização, por já delinearem indicações sobre as suas conseqüências jurídicas, mas ainda não alcançam o grau de densidade normativa das regras, pois não

24 *Op. cit.*, p. 173.

25 Cf. Karl Larenz, *op. cit.*, p. 579.

26 *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 86 e 87.

têm delimitada com a precisão necessária as respectivas hipóteses de incidência e conseqüências jurídicas.

Sem embargo, leciona Ronald Dworkin que a principal distinção entre os princípios e as regras é de caráter lógico, e diz respeito aos respectivos mecanismos de aplicação. As regras, segundo o citado Professor, incidem sob a forma do “*all or nothing*”, o que não sucede com os princípios. Em outras palavras, presentes os seus pressupostos fáticos, ou a regra é aplicada ao caso a ela subsumido, ou é considerada inválida para o mesmo. Na dicção de Dworkin, “*if the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision.*”<sup>27</sup>

Já os princípios jurídicos atuam de maneira diversa, pois, presentes as condições de fato enunciadas como necessárias à sua incidência, daí não decorre necessariamente a sua aplicação ao caso concreto.

Isto ocorre porque, ao contrário das regras, os princípios são dotados de uma dimensão de peso. Tal característica se revela quando dois princípios diferentes incidem sobre determinado caso concreto, entrando em colisão. Nesta hipótese, o conflito é solucionado levando em consideração o peso relativo assumido por cada princípio dentro das circunstâncias concretas que presidem o caso, a fim de que se possa precisar em que medida cada um cederá espaço ao outro.

Assim, é possível que um princípio seja válido e pertinente a determinado caso concreto, mas que suas conseqüências jurídicas não sejam deflagradas naquele caso, ou não o sejam inteiramente, em razão da incidência de outros princípios também aplicáveis. Há uma “calibragem” entre os princípios, e não a opção pela aplicação de um deles, em detrimento do outro.

<sup>27</sup> *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 24.

Já com as regras jurídicas, tal fenômeno não se opera, pois quando duas delas aparentemente incidirem sobre determinada hipótese fática, a questão é solucionada através do recurso aos critérios hierárquico, cronológico e de especialidade, que acarretam a opção por uma das regras, com a completa desconsideração da outra.

Em outras palavras, se é verdade que, como corolário do postulado da coerência interna, o ordenamento jurídico não tolera antinomias entre as suas regras, isto não sucede no plano dos princípios. Princípios jurídicos podem sinalizar soluções diametralmente opostas para determinados casos concretos, sem que tal fato denote qualquer inconsistência sistêmica na ordem jurídica.

Sem divergir em essência de Ronald Dworkin, o renomado jurista alemão Robert Alexy formulou sua fecunda teoria segundo a qual os princípios encerram “mandados de otimização”. Segundo Alexy,

*“(...) los principios son mandatos de optimizacion, que estan caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.”*<sup>28</sup>

Esclarece o doutrinador germânico que o conflito entre regras é resolvido de modo completamente diverso do conflito entre princípios. O primeiro só pode ser solucionado através da introdução de uma cláusula de exceção (a regra mais especial regulará o caso, em detrimento da mais geral), ou mediante o reconhecimento da invalidade de alguma

<sup>28</sup> *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

das regras confrontadas. Já o conflito entre princípios não se desenrola no campo da validade, mas sim na dimensão do peso. Não há, uma hierarquia *a priori*, entre os princípios, pois a prevalência de cada um deles na solução do problema jurídico dependerá das circunstâncias específicas do caso concreto.<sup>29</sup>

Adite-se, outrossim, que os princípios constitucionais não são apenas aqueles diretamente enunciados no texto magno. A doutrina é indiscrepante ao admitir a existência de princípios constitucionais implícitos, que, embora não estatuidos expressamente no texto constitucional, defluem do sistema adotado pelo constituinte, podendo dele ser inferido através de um processo de abstração. Tais princípios desfrutam da mesma estatura e dignidade dos cânones explicitamente albergados na Lei Fundamental, também podendo entrar em tensão com estes, em face de casos concretos.

No plano constitucional, a distinção entre regras e princípios possui especial relevância, já que normalmente as cartas constitucionais valem-se destas duas espécies de normas. É natural que assim seja. Por um lado, a adoção de um sistema constitucional que se alicerçasse exclusivamente sobre princípios, carregaria ao ordenamento uma dose inaceitável de incerteza e insegurança, já que a aplicação dos princípios opera-se de modo mais fluido e menos previsível do que a das regras. De outra banda, a instituição de um modelo que se fundasse unicamente sobre regras, não daria conta da crescente complexidade das situações que a Constituição propõe-se a tutelar, pois engessaria o intérprete e o legislador infraconstitucional, subtraindo-lhes a maleabilidade necessária à acomodação dos conflitos que naturalmente se estabelecem, em casos concretos, entre diversos interesses concorrentes.

<sup>29</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 89.

## 2 — A Ponderação de Bens

Conforme se constatou no item precedente, a resolução dos conflitos entre princípios constitucionais requer uma análise da situação concreta em que emergiu o conflito. O equacionamento das tensões principiológicas só pode ser empreendido à luz das variáveis fáticas do caso, as quais indicarão ao intérprete o peso específico que deve ser atribuído a cada cânone constitucional em confronto. E a técnica de decisão que, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, atribui especial relevância às suas dimensões fáticas, é o método de ponderação de bens.

Tal método, como observou o constitucionalista espanhol Raúl Canosa Usera<sup>30</sup>, não deixa de ser uma projeção algo temporã da “jurisprudência dos interesses” sobre o direito constitucional. Dita linha jusfilosófica, que floresceu no início do século e teve em Philipp Heck o seu maior expoente, promoveu uma verdadeira “revolução copernicana” na metodologia do Direito, ao pugnar pela substituição do método clássico de subsunção lógico-formal, baseado em conceitos jurídicos dogmáticos e estáticos, por uma técnica muito mais fecunda de avaliação dos interesses em jogo, refratária ao formalismo e aberta à realidade da vida social.<sup>31</sup>

O método da ponderação de bens está intimamente ligado ao princípio de hermenêutica constitucional da “concordância prática”, o qual, na dicção de Canotilho, “*impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito ou em concorrência de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros*”<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> *Interpretación Constitucional y Formula Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 214.

<sup>31</sup> Sobre a jurisprudência de interesses, consultar REALE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1990, p. 102 e seguintes.

<sup>32</sup> *Op. cit.*, p. 234.

Ao realizar a ponderação, deve o aplicador do Direito, em um primeiro momento, verificar se o caso concreto está efetivamente compreendido na esfera de proteção de mais de um princípio, o que pode ser feito através da interpretação dos cânones em jogo. Caso se constate que a hipótese realmente é tutelada por mais de um princípio, passa-se a fase ulterior, da ponderação propriamente dita: aí o intérprete, à luz das circunstâncias concretas, impõe “compressões” recíprocas sobre os bens jurídicos protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, onde a restrição a cada bem seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro.

O nível de restrição de cada bem jurídico será inversamente proporcional ao peso que se emprestar, no caso, ao princípio do qual ele se deduzir, e diretamente proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protetor do bem jurídico concorrente. Assim, o grau de compressão a ser imposto a cada princípio envolvido na questão dependerá da intensidade com que o mesmo venha afetado no caso concreto. A solução do conflito terá de ser casuística, pois estará condicionada pelo modo com que se apresentarem os interesses em disputa, e pelas alternativas pragmáticas viáveis para o equacionamento do problema.<sup>33</sup>

*Despiciendo* registrar que o método em questão não envolve cálculos aritméticos, já que não estão em jogo grandezas quantitativamente mensuráveis. Por isso, a ponderação de bens não pode ser controlada exclusivamente mediante o uso de critérios de lógica formal, uma vez que o que impera neste domínio é a “lógica do razoável”.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 222 e 223.

<sup>34</sup> SICHES, Luís Recaséns cunhou a expressão lógica do razoável, definindo-a assim: “*La lógica de lo humano o de lo razonable es una razón impregnada de puntos de vista estimativos, de critérios de valorización, de pautas axiológicas, que además lleva a sus espaldas como alleccionamiento las enseñanzas recibidas de la experiencia (...)*”. (*Tratado General de Filosofía del Derecho*. Cidade del Mexico: Porrúa, 1959, p. 642).

Adite-se, finalmente, que a ponderação de bens não deve ser orientada numa única direção, como ocorre, por exemplo, para os que sustentam a prevalência, como princípio de hermenêutica constitucional, da máxima *in dubio pro libertate*. É indubitoso que a liberdade configura um bem jurídico extremamente valioso em nossa ordem constitucional. Mas, na ponderação de bens, ela, assim como qualquer outro bem jurídico, pode eventualmente ceder passagem a outros interesses da comunidade, tais como o de proteção da segurança e da ordem pública<sup>35</sup>.

### 3 — O Princípio da Proporcionalidade e a Ponderação de Bens

Na ponderação de bens, assume importância ímpar o princípio da proporcionalidade, sob a égide do qual devem ser efetivadas todas as restrições recíprocas entre os princípios constitucionais.

Este princípio desempenha um papel extremamente relevante no controle de constitucionalidade dos atos do poder público, na medida em que ele permite de certa forma a penetração no mérito do ato normativo, para aferição da sua razoabilidade<sup>36</sup> e racionalidade, através da verificação da relação custo-benefício da norma jurídica, e da análise da adequação entre o seu conteúdo e a finalidade por ela perseguida.

<sup>35</sup> Cf. KLAUS STERN, *op. cit.*, p. 295.

<sup>36</sup> O princípio da proporcionalidade apresenta ostensivas semelhanças com o princípio da razoabilidade das leis, cuja matriz histórica radica na compreensão substantiva que a Suprema Corte norte-americana adota da cláusula do *due process of law*. As semelhanças são tão intensas que LUIZ ROBERTO BARROSO chega a sustentar a existência de relação de fungibilidade entre ambos os princípios (*op. cit.*, p. 204).

Conforme a doutrina mais autorizada<sup>37</sup>, o princípio da proporcionalidade é passível de divisão em três subprincípios: (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas tenham aptidão para conduzir aos resultados almejados pelo legislador; (b) da necessidade, que impõe ao legislador que, entre vários meios aptos ao atingimento de determinados fins, opte sempre pelo menos gravoso; (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que preconiza a ponderação entre os efeitos positivos da norma e os ônus que ela acarreta aos seus destinatários. Assim, para conformar-se ao princípio da proporcionalidade, uma norma jurídica deverá, a um só tempo, ser apta para os fins a que se destina, ser a menos gravosa possível para que se logrem tais fins, e causar benefícios superiores às desvantagens que proporciona.

Discute-se em sede doutrinária qual a específica sede constitucional do princípio da proporcionalidade no direito brasileiro. Há quem o derive do princípio da legalidade, do princípio do Estado de Direito, do devido processo legal, e até da norma inserta no art. 5º, parágrafo 2º, da Lei Magna, que proclama a existência de outros direitos fundamentais não expressos no texto da Constituição, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Porém, a discussão se cifra à localização topográfica do princípio no corpo da Constituição, já que a sua vigência no nosso ordenamento constitucional se afigura hoje incontroversa.

Assinale-se, por oportuno, que em diversas decisões o STF acolheu a idéia do princípio da proporcionalidade, embora não tenha aludido expressamente ao dito cânone: por exemplo, quando reputou inconstitucional, por irrazoá-

---

37 Veja-se BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional São Paulo: Malheiros, 1993, p. 318 e seguintes; e BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 72 e seguintes.

vel, a regulamentação da profissão de corretor de imóveis (Rep. nº 930-DF, DJU de 02.09.97); quando julgou inconstitucional o aumento da Taxa Judiciária cobrada no Estado do Rio de Janeiro, por considerá-lo desproporcional à capacidade econômica da população daquele Estado, e por isto incompatível com a garantia constitucional do amplo acesso à Justiça (Rep. nº 1.077, RTJ 112: 34 ss.); quando declarou inconstitucional, porque desarrazoada, a restrição constante no antigo Estatuto dos Advogados, que vedava o exercício da advocacia nos dois anos subsequentes ao afastamento da ativa de magistrados e membros do Ministério Público (Rep. nº 1054, RTJ 110: 937 ss.). Sem embargo, o Pretório Excelso só veio a reconhecer explicitamente o princípio da proporcionalidade na decisão do pedido de liminar da ADIN nº 855-2, assim ementada<sup>38</sup>:

*“Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato da eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e parágrafos, 25, parágrafo 2º, e 238, além de violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da argumentação que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade. Liminar deferida.”*

A ponderação de bens deve assim reverenciar ao princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. Desta sorte, a compressão de cada interesse em jogo, num caso de conflito entre princípios constitucionais, só se justificará

---

38 Publicada no DJU de 01.10.93

na medida em que: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico<sup>39</sup>.

#### 4 — O Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Ponderação de Bens

Outro limite que a doutrina impõe à ponderação de bens é o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Considera-se que existe um conteúdo mínimo destes direitos, que não pode ser amputado, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do Direito. Assim, o núcleo essencial traduz o “limite dos limites”, ao demarcar um reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição. Segundo Ignacio de Otto y Pardo, “*la garantía del contenido esencial es límite de los límites porque limita la posibilidad de limitar, porque señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*”<sup>40</sup>.

Note-se, contudo, que existem duas orientações doutrinárias acerca da natureza do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que conduzem a resultados pragmáticos muito diferentes: a teoria absoluta e a teoria relativa<sup>41</sup>.

A teoria absoluta preconiza que o conteúdo essencial deve ser delimitado abstratamente, não podendo os seus confins ser ultrapassados em nenhuma hipótese, nem mesmo quando a invasão possa ser justificada pela proteção a outros direitos fundamentais de mesma hierarquia. Dita

<sup>39</sup> Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 223.

<sup>40</sup> MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo & PARDO, Ignacio de Otto y. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Ed. Civitas, 1992, p. 126.

<sup>41</sup> Cf. Canotilho, *op. cit.*, p. 631 e seguintes

teoria é perfilhada, entre outros autores, por Canotilho<sup>42</sup> e José Carlos Vieira de Andrade<sup>43</sup>.

A teoria relativa sustenta, por sua vez, que o núcleo fundamental só pode ser delineado à luz do caso concreto, mediante a ponderação dos direitos em jogo. Dita teoria acaba reconduzindo a proteção ao núcleo fundamental ao próprio princípio da proporcionalidade. Entre seus adeptos, figuram Robert Alexy<sup>44</sup> e Peter Häberle<sup>45</sup>.

Observe-se, a propósito, que certas questões concretas podem afetar ao mesmo tempo o cerne de dois direitos fundamentais contrapostos, levando o juiz ao dilema de ter de optar por um deles em detrimento do outro. Para casos desta espécie, a teoria absoluta cria uma situação insustentável para o julgador, que se não a flexibilizar, é forçado a proferir o odioso *non liquet*. Formulemos um exemplo: um jornal descobre que certo político importante é homossexual e planeja publicar reportagem sensacionalista a tal respeito. O político toma conhecimento deste plano, e, antes da publicação, propõe medida judicial postulando a proibição da reportagem, ao argumento de que ela viola o seu direito de privacidade, e que se for publicada ocasionará dano moral impassível de recomposição por via patrimonial. O jornal defende-se com base no princípio que assegura a liberdade de imprensa. Ao juiz do caso, então, restarão duas alternativas: vedar a reportagem, prestigiando o direito à privacidade em desfavor da liberdade de imprensa, ou permitir a publicação, consagrando a liberdade de imprensa em detrimento do direito à privacidade. *Tertium non datur*.

<sup>42</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 633

<sup>43</sup> *Op. cit.*, p. 234 e 235.

<sup>44</sup> *Op. cit.*, p. 286 e seguintes

<sup>45</sup> *Le Libertà Fondamentali nello Stato Costituzionale*. Tradução de Alessandro Fusillo e Romolo W. Rossi. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1993, p. 85 e seguintes

Portanto, nos parece que a teoria relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais é a mais correta, por ser a que mais se adapta à dinâmica do processo decisório das questões constitucionais mais complexas.

### 5 — Ponderação de Bens e o Método Hermenêutico Concretizador de Interpretação Constitucional

Uma das polêmicas hoje mais acesas no campo constitucional consiste na disputa entre os diversos métodos de interpretação da Constituição. Segundo Canotilho<sup>46</sup>, os métodos principais hoje discutidos pelos doutrinadores são o clássico, o tópico, o científico-espiritual, o concretizador e o normativo estruturante<sup>47</sup>. Dentre estes, interessa-nos mais de perto o método hermenêutico concretizador, dada a coincidência dos seus pressupostos com o método da ponderação de bens, ora estudado<sup>48</sup>.

O método em questão, que tem em Konrad Hesse o seu principal expositor, sustenta que toda interpretação constitucional é concretização. Tal método vislumbra a interpretação como um processo criativo, no qual o sentido da norma interpretada só se obtém em face do problema con-

46 *Op. cit.*, p. 218 e seguintes.

47 O espaço limitado deste estudo não permite que se descrevam e analisem aqui tais métodos. Aconselha-se aos interessados no tema a leitura de BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Tradução de Juan Luis Cagés e Ignacio Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 13 e 43.

48 Sem embargo, é mister reconhecer que Konrad Hesse tece críticas à técnica da ponderação de bens, alegando que a possibilidade que ela consagra, de realização de um bem a custa do outro, pode sacrificar a própria unidade da Constituição. Porém, este mesmo autor admite a validade da ponderação, desde que orientada exclusivamente a partir da própria Constituição (*Escritos de Derecho Constitucional*, 1992, p. 45/46).

creto sobre o qual ela incide, pois, segundo Hesse, “no existe interpretación desvinculada de los problemas concretos.”<sup>49</sup>

A concretização da norma constitucional pressupõe a sua pré-compreensão, que consiste na formulação de uma idéia antecipada sobre o seu conteúdo e limites, de modo abstrato. A partir da pré-compreensão, o intérprete aproxima-se do caso concreto, através de uma atuação tópica, orientada ao problema mas limitada pela norma. Porém, não se trata de um processo composto de duas fases sucessivas, onde primeiro se alcance o sentido da norma para só depois aplicá-la à hipótese concreta, e sim de um procedimento unitário, coeso e “circular”.

Na concretização, os elementos fornecidos pelos métodos clássicos de interpretação — literal, sistemático, histórico e teleológico — bem como pelos princípios específicos de interpretação constitucional, — da unidade da Constituição, da efetividade, da concordância prática, etc, — são considerados como *topoi* (pontos de vista), devendo ser submetidos à discussão, e “*al juego de las opiniones en favor y contra y fundamentar la decisión de la manera más clarificadora y convincente posible*”<sup>50</sup>. Tais elementos prestam-se à solução do caso concreto, apenas na medida em que fornecerem premissas justas e razoáveis para o problema.

Nesse sentido, o método concretizador aproxima-se do método tópico de Theodor Viehweg<sup>51</sup>, que também volta as

49 *Op. cit.*, p. 42.

50 *Id.*, *ibid.*, p. 43.

51 A formulação teórica do método tópico encontra-se no livro de Viehweg *Tópica e Jurisprudência*, publicado na Alemanha em 1953, que gerou intensas discussões, ao pretender recuperar para o Direito uma forma de pensamento desprezada pela dogmática tradicional. A tópica contesta o monopólio do raciocínio sistemático no Direito, salientando que este deve basear-se antes em técnicas argumentativas voltadas para a busca do “justo” no caso concreto. Segundo a tópica, o importante no Direito é “pensar o problema”. Vale consultar a

suas atenções para o caso concreto, considerando a hermenêutica constitucional como “ (...) um processo aberto de argumentação entre os vários participantes (pluralismo de intérpretes) através da qual se tenta adaptar ou adequar a norma constitucional ao problema concreto.”<sup>52</sup> Porém, a hermenêutica concretizadora distingue-se da tópica, pois enquanto esta preconiza o primado do problema perante a norma, aquela se assenta no pressuposto do primado da norma em face do problema<sup>53</sup>. Com efeito, ao contrário do que ocorre na tópica, na hermenêutica concretizadora a liberdade do intérprete na formulação e eleição dos *topoi* move-se apenas dentro do campo franqueado pelo texto da norma.<sup>54</sup>

Enfim, o método da ponderação de bens tem em comum com a hermenêutica concretizadora o fato de se alicerçarem ambos sobre os mesmos pilares: a preocupação especial com o caso concreto (problema), sem descuido das dimensões normativas da Constituição. Ambos partem das normas constitucionais postas, mas só se aperfeiçoam em vista do problema concreto sobre o qual são chamados a atuar.

## 6 — Constituição Aberta e Ponderação de Bens

A “abertura” da Constituição é um dos temas recorrentes da moderna teoria constitucional, fruto sobretudo da obra dos juristas germânicos Peter Häberle e Konrad Hesse<sup>55</sup>. Em apertada síntese, o conceito de abertura constitu-

---

respeito, além do próprio Viehweg, *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, as críticas formuladas a tal método por Claus Wilhelm Canaris, *op. cit.*, p. 243 e seguintes.

<sup>52</sup> Canotilho, *op. cit.*, p. 219.

<sup>53</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 220.

<sup>54</sup> Cf. KONRAD HESSE, *op. cit.*, p. 44.

<sup>55</sup> No campo filosófico, a teoria da constituição aberta é tributária

cional exprime a necessidade da Lei Fundamental não regular de forma rígida e minuciosa todas as matérias a que se dedica, para não enclausurar em “camisa-de-força” o legislador e as demais instâncias políticas. A Constituição não deve traduzir-se num código global da sociedade, sob pena de se converter em instrumento totalitário, que sufoca as forças sociais, ao amputar-lhes o espaço vital de atuação.

O epicentro da idéia de constituição aberta é o pluralismo<sup>56</sup>. A Lei Fundamental deve ser dotada de elasticidade material suficiente para abrigar sob o seu manto ideologias e cosmovisões diferentes, sem optar de modo definitivo por nenhuma delas. O constituinte não deve engessar a sociedade, mas antes fomentar o embate entre idéias e projetos divergentes, convertendo-se com isso em agente catalizador do ideal democrático e pluralista.

Com efeito, é indispensável que a Constituição franqueie aos seus destinatários um razoável espaço de acomodação, outorgando-lhes certa liberdade política de ação. Como observou Konrad Hesse,

*“El Derecho constitucional crea reglas de actuación y decisión políticas; proporciona a la política directrices y puntos de orientación, pero sin que pueda sustituirla. Por ello la Constitución deja espacio para la actualización de las fuerzas políticas. Cuando la Constitución no regula numerosas cuestiones de la vida política, o lo hace sólo a grandes rasgos, no hay que ver en ello solamente una renuncia a su regulación o una remisión de la misma al*

---

do racionalismo crítico, sobretudo da obra de POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*, cujos trechos principais estão reproduzidos no volume sobre Popper da coleção *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

<sup>56</sup> PETER HÄBERLE, *Verfassung als Öffentlicher Prozess*, apud BONAVIDES, Paulo. *Política e Constituição: os Caminhos da Democracia*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985, p. 154.

*proceso de actualización y concretización, sino que, además de ello, hay que ver con frecuencia también en dicha actitud una garantía constitucional de la libre discusión y de la libre decisión de estas cuestiones.”<sup>57</sup>*

Na Constituição aberta, a interpretação constitucional torna-se plástica o bastante para permitir a acomodação harmônica dos valores divergentes plasmados na Lei Maior. São incompatíveis com o seu ideário as hierarquias rígidas entre princípios constitucionais, que sacrificam integralmente alguns valores para salvaguarda de outros (*v.g.*, considerar que em hipóteses de colisão, os direitos individuais têm preferência absoluta sobre os direitos sociais, ou vice-versa).

Daí se vê que o método da ponderação de bens pontencializa em alto grau a idéia da Constituição aberta, na medida em que tal método objetiva justamente possibilitar o convívio entre valores e princípios constitucionais antagônicos. Na ponderação de bens, a decisão judicial é tomada através de um processo em que são examinadas todas as normas e valores envolvidos na questão, sendo o objetivo maior do intérprete o de lograr, na medida do possível, a “concordância prática” entre os mesmos, de modo a que cada um deles só seja restringido no estrito limite necessário à garantia dos demais. Calha, a propósito, a lição de Antonio E. Perez Luño que, conquanto formulada tendo em mira a Constituição espanhola, vale igualmente para a nossa Carta:

*“Nuestro estatuto de derechos y libertades se halla, de este modo, fundado en un orden político pluralista, acorde con una sociedad abierta. Esta estructura pluralista es la que legitima a los representantes parlamentarios para una concretización y desarrollo legislativo de los derechos funda-*

<sup>57</sup> *Op. cit.*, p. 20

*mentales, acorde com las aspiraciones expresadas por las mayorías. De igual modo, el propio proceso hermenéutico actúa como un cauce abierto a las distintas exigencias y alternativas prácticas, es decir, como una instancia crítica capaz de ‘ponderar los bienes’, afín de resolver y canalizar los conflictos que puedan darse entre los diversos valores e intereses tutelados por la normativa constitucional.”<sup>58</sup>*

## 7 — Críticas à Ponderação de Bens

Em que pese a sua franca aceitação pela doutrina e jurisprudência estrangeiras, a teoria da ponderação de bens não está isenta de críticas. Poderíamos sintetizar as mais comuns em três argumentos básicos.

O primeiro argumento relaciona-se com o alegado esvaziamento dos direitos fundamentais que o método da ponderação acarretaria, ao torná-los relativos e subordinados a uma espécie de “reserva de ponderação”. Entre os que o sustentam estão os juristas alemães Peter Lerche e Richard Thoma.<sup>59</sup>

O segundo argumento volta-se contra a pretensa inconsistência metodológica da ponderação de bens, aduzindo que esta traduz apenas um procedimento formal, que não oferece ao intérprete pautas materiais para solução dos casos concretos. Segundo esta linha de argumentação, o método da ponderação de bens não impõe critérios racionais e objetivos de decisão, conferindo ao juiz uma margem exagerada de discricionariedade na eleição dos princípios que devem prevalecer no caso concreto. Esta argumentação é esposada, entre outros, por Friedrich Müller.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 134 e 135.

<sup>59</sup> Cf. CARA, Juan Carlos Gavara de. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo — La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 293.

Finalmente, o terceiro argumento sustenta que o método da ponderação de bens implica na outorga de um poder excessivo ao Judiciário, em detrimento do Legislativo, engendrando por isso um déficit de legitimidade democrática no processo decisório, uma vez que os membros do Poder Judiciário em regra não são eleitos. Segundo tal entendimento, a ponderação de bens transfere para o juiz o poder de realizar opções políticas acerca dos valores e interesses a serem prestigiados nos conflitos entre princípios constitucionais, sendo tal atribuição essencialmente legislativa. Entre os críticos desta linhagem, é possível apontar todos aqueles que integram a corrente do "interpretivism"<sup>61</sup> nos Estados Unidos, assim como Ernst Forsthoff<sup>62</sup> na Alemanha.

O primeiro argumento, relativo ao suposto "esvaziamento" dos direitos fundamentais, não procede, pois o

---

60 *Le Discours de la Méthode Juridique*. Tradução de Olivier Jonanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 89.

61 Nos Estados Unidos, a polêmica mais intensa no Direito Constitucional é a que divide os juristas entre "interpretativistas" e "não interpretativistas". Em termos muito gerais, pode-se dizer que os "interpretativistas" defendem que a Constituição deve ser interpretada com prudência e especial atenção ao seu sentido literal, devendo predominar, na ausência de uma diretriz constitucional clara, a vontade do legislador. Os "não interpretativistas", por sua vez, sustentam a possibilidade e a necessidade do uso de valores substantivos (justiça, igualdade, liberdade), no controle de constitucionalidade, reconhecendo um papel mais ativo para Judiciário na ordem política. A posição "interpretativista" está hoje fortemente associada ao conservadorismo no Direito, e entre os seus defensores figura William Rehnquist, o atual Presidente da Suprema Corte norte-americana. A visão "não interpretativista", a seu turno, está ligada aos defensores do ativismo judiciário, e aos setores mais progressistas do pensamento constitucional norte-americano. Sobre o tema, vale consultar a obra específica de ELY, John Hart. *Democracy and Distrust — A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

62 *Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre*, 1968, p. 160, apud ROBERT ALEXI, *op. cit.*, p. 171.

método da ponderação de bens tem justamente a preocupação de evitar a possibilidade deste fenômeno, que decerto ocorreria caso se adotasse uma hierarquia normativa entre os princípios constitucionais. Como já se disse antes, a hierarquização absoluta dos princípios tornaria quase letárgica os cânones que o intérprete, por predileção pessoal, situasse em um escalão mais baixo.

O fato é que a coexistência de diversos direitos fundamentais, ao lado de outros princípios constitucionais igualmente relevantes, impõe inexoravelmente a relativização de cada um, como imperativo da convivência harmônica entre os mesmos. Tal circunstância nenhuma teoria séria pode deixar de reconhecer, como não o faz a teoria da ponderação dos bens.

As objeções de ordem metodológica (segundo argumento) contra a ponderação de bens são mais consistentes. De fato, seria negar o óbvio pretender que a ponderação de bens não concede certa discricionariedade ao julgador, carreando alguma dose de insegurança à ordem jurídica. Porém, não se vislumbra outra saída melhor para solução dos conflitos entre os princípios constitucionais.

Com efeito, a realidade dos fatos desmente a crença, algo pueril, de que seja possível equacionar *more geometrico* todos os contrastes potenciais entre as normas da Constituição, delimitando rigidamente os campos normativos de cada uma. Por isto, está certo Klaus Stern ao afirmar que "(...) *en ninguna parte un ordenamento jurídico puede prescindir de la ponderación de bienes jurídicos.*"<sup>63</sup>

De resto, a discussão sobre o subjetivismo na aplicação do Direito não é nova, nem está adstrita à questão da ponderação de bens. Rios de tinta já correram e continuarão a correr a este respeito. A idéia do juiz neutro e passivo, aplicador mecânico e servil das normas editadas pelo Poder

---

63 *Op. cit.*, p. 294.

Legislativo, nada mais é do que um mito do Estado liberal, que não retrata nem nunca retratou a realidade. Já o clássico Ferrara advertia que" (...) *se não deva acreditar que a actividade judicial se reduz a uma simples operação lógica, porque na aplicação do direito entram ainda factores psíquicos e apreciações de interesses, especialmente no determinar o sentido da lei, e o juiz nunca deixa de ser uma personalidade que pensa e tem consciência e vontade, para se degradar num autômato de decisões.*"<sup>64</sup>

No plano constitucional, é natural que esta carga de subjetivismo das decisões judiciais torne-se ainda mais acentuada do que nos outros ramos jurídicos, seja porque se lida com questões coloridas por um forte matiz político, seja por predominarem na Constituição as normas abertas, cuja estrutura franqueia ao intérprete um espaço mais amplo para as valorações pessoais. Tal circunstância, porém, não permite que se dissolva a normatividade da Lei Fundamental num mero voluntarismo do exegeta. Conquanto nunca possam realizar-se plenamente, a objetividade e a racionalidade das decisões jurisdicionais são metas que devem ser perseguidas.

De qualquer forma, é certo que no método de ponderação de bens, a validade da decisão pode ser aferida através de critérios racionais e, tanto quanto possível, objetivos, a partir da fundamentação decisória. A legitimidade da decisão deve ser aquilatada através da justificação das restrições impostas a cada bem jurídico em confronto, que têm de observar o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. Ademais, o resultado final do processo pode ser analisado sob o prisma da sua conformidade com a tábua de valores consagrados na Constituição. É evidente que jamais se atingirá a objetividade plena no processo de pon-

---

<sup>64</sup> Ferrara, Manuel Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*, 1937, p. 2.

deração, mas daí a afirmar-se que tal processo é puramente subjetivo e irracional, vai uma longa distância.

Por outro lado, a insegurança jurídica inerente ao método de ponderação de bens tende a diminuir com o passar do tempo, na medida em que casos semelhantes vão aflorando na jurisprudência, e esta vai consagrando soluções e cristalizando certas regras de preferência condicionada entre os princípios. Conforme observou Karl Larenz, em passagem especialmente feliz,

*" (...) também aqui é de se esperar que, com o acréscimo de sentenças dos mais altos tribunais, se não de criar possibilidades de comparação, mediante as quais serão tornadas mais estreitas as margens residuais de livre apreciação. Mas, posto que de cada vez se requererá a consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, que nunca são iguais, não se deve esperar que, com o tempo, se venham a formar regras fixas que possibilitem uma subsunção simples do caso concreto. A comparação de casos possibilita analogias e porventura uma certa tipificação dos casos; a 'ponderação de bens' será desse modo aliviada, mas não se tornará supérflua."*<sup>65</sup>

Com relação ao terceiro argumento, de que o método de ponderação traduz uma usurpação de poderes tipicamente legislativos pelo Judiciário, é preciso esclarecer um ponto: o uso do método de ponderação pressupõe a inexistência de regra legislativa específica resolvendo o conflito entre princípios constitucionais. A presença de norma infraconstitucional deste teor inibe o juiz de efetuar a ponderação, uma vez que ele terá de acatar àquela realizada de

---

<sup>65</sup> *Op. cit.*, p. 502 e 503.

antemão pelo órgão legiferante, a não ser que a considere inconstitucional. É evidente que o Judiciário poderá controlar a razoabilidade do critério de ponderação adotado pelo legislador, mas aconselha-se redobrada cautela nesta tarefa, para evitar-se que o juiz, que não é eleito, possa impor, por vias oblíquas, as suas opções políticas e ideológicas, em detrimento daquelas feitas pelos representantes do povo.

Portanto, a teoria da ponderação de bens não põe em questão a primazia do Poder Legislativo na tarefa de concretização dos ditames constitucionais.

Assentada esta premissa, cumpre salientar que a ponderação de bens nada mais é do que uma forma de aplicar a Constituição a casos concretos litigiosos, e esta é tarefa típica e essencialmente jurisdicional.

De resto, a negação da dimensão criadora e criativa da atividade judicial tem um certo sabor de anacronismo. Ninguém hoje discute que, principalmente após o advento Estado Social, o papel do juiz na sociedade vai muito além do de ser “a boca que pronuncia as palavras frias da lei”. Mauro Cappelletti é contundente a este respeito, ao salientar que “(...) quando se fala dos juizes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truismo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária ‘law-making’.”<sup>66</sup>

Portanto, entendemos que o método da ponderação de bens não é irracional, anti-democrático, nem tampouco amesquinha o valor e a dimensão dos direitos fundamentais. Muito pelo contrário, trata-se de mecanismo legítimo e indispensável para o bom funcionamento de uma Constituição que se pretende aberta.

---

<sup>66</sup> *Juizes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1993, p. 24 e 25.

### III — A PONDERAÇÃO DE BENS NA JURISPRUDÊNCIA AMERICANA, ALEMÃ, ESPANHOLA E BRASILEIRA

Embora a ponderação de bens constitua método amplamente utilizado em quase todos os países dotados de contencioso constitucional, os tribunais brasileiros dela não se valem freqüentemente, pelo menos de modo explícito. A seguir, analisaremos em breves linhas alguns casos de ponderação na jurisprudência norte-americana, alemã e espanhola. Em seguida, tentaremos explicar as razões pelas quais o método da ponderação não vem sendo acolhido abertamente pela jurisprudência nacional.

#### 1 — A Ponderação de Bens na Jurisprudência Norte-Americana

O perfil casuístico do sistema do *common-law*, a que se filia o direito norte-americano, contribui para tornar a jurisprudência daquele país um solo fértil para o florescimento do método da ponderação de bens.

A ponderação é extremamente utilizada como critério de controle de constitucionalidade das normas, sobretudo nas questões que envolvem as cláusulas constitucionais do *due process of law* e da *equal protection of laws*.

O grande marco na ponderação de bens na jurisprudência americana foi a decisão proferida no caso *United States vs. Carolene Products Co.*<sup>67</sup>, julgado em 1938, que considerou constitucional certa lei federal que regulamentava a comercialização de leite, cuja validade fora impugnada com base em alegada violação ao devido processo legal substantivo. Na nota de rodapé nº 4 aposta em dita decisão pelo Juiz Stone, foram consagrados certos parâmetros para pondera-

---

<sup>67</sup> 304 U.S. 144 (1938)

ção de bens, que, em linha geral, se mantêm até os nossos dias. Na citada nota, o referido magistrado ressaltou:

*"4. There may be a narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten Amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth ...*

*It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation ...*

*Nor need we enquire ... whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry..."*

A partir de então, estabeleceu-se na jurisprudência constitucional norte-americana que, com relação à legislação social e econômica, deveria haver grande deferência às opções traçadas pelo legislador, e as normas só deveriam ser reputadas inconstitucionais se as restrições que impusessem não ostentassem qualquer base racional ou não atendessem a nenhum interesse governamental legítimo.

Por outro lado, passou-se a entender que as liberdades civis tuteladas nas dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos, que correspondem aos direitos individuais clássicos, desfrutam de uma posição privilegiada no ordenamento constitucional daquele país, de modo que, no confronto com outros interesses também protegidos na Carta americana, dever-se-ia atribuir relativa primazia à proteção daquelas liberdades.

A partir de tal precedente, a jurisprudência americana desenvolveu critérios diferenciados para aferir a inconstitucionalidade das normas. Quando se trata de norma editada para regulamentar alguma atividade econômica, exerce-se um controle jurisdicional menos rigoroso, mais tolerante com os critérios adotados pelo Legislativo e Governo na formulação das políticas públicas. Porém, quando se cuida de legislação que interfira com os direitos civis básicos, tais como a liberdade de comunicação e liberdade de religião, o controle é muito mais rígido (*strict scrutiny*), sendo consideradas suspeitas todas as restrições a tais liberdades. Não basta mais a simples razoabilidade da legislação para justificar a sua constitucionalidade. Só as restrições absolutamente indispensáveis para o atendimento de necessidades públicas essenciais e indeclináveis (*compelling*) são toleradas.

Portanto, em ambos os casos é realizada uma ponderação de bens, só que com as normas que regulam direitos sociais e econômicos atribui-se certa primazia aos interesses abraçados pelo legislador, enquanto que nas normas que interferem com o exercício das liberdades clássicas, o peso maior vai recair sobre estas próprias liberdades, criando praticamente uma presunção de inconstitucionalidade em desfavor das leis que as restringirem. No mesmo diapasão, considerou-se que deveriam existir *standards* diferentes para aferir a constitucionalidade das normas que instituísem discriminações, à luz do princípio da *equal protection of laws*.

Em geral, basta a razoabilidade do critério de distinção estabelecido na norma, e a sua vinculação a algum interesse estatal legítimo, para caracterizar a sua constitucionalidade. Usa-se, nestes casos, um *standard* de controle pouco rígido chamado de *rational relationship*.

Entretanto, quando o critério esposado pelo legislador para desigualar as pessoas fundar-se em parâmetros suspeitos, tais como raça, religião, descendência, etc, a legislação é submetida a um controle mais rigoroso do que o da simples razoabilidade. Quando o legislador adota tais crité-

rios suspeitos, o Judiciário americano sujeita a norma que os consagrar a testes extremamente rígidos e minuciosos de *judicial review*, impondo ao Estado o ônus de demonstrar que a legislação discriminatória era absolutamente necessária para a promoção de algum interesse constitucional de extrema relevância, sob pena de declaração de inconstitucionalidade. Segundo John E. Novak e Ronald D. Rotunda, nestes casos “... *the Justices will require the government to show a close relationship between the classification and promotion of a compelling or overriding interest.*”<sup>68</sup> Este *standard* mais rigoroso é chamado de *strict scrutiny*.

Mais recentemente, o Judiciário norte-americano criou um terceiro *standard* para análise de possível violação ao princípio da igualdade, mais leve que o *strict scrutiny* e mais exigente que o *rational relationship*, que é rotulado de *intermediate test*, sendo empregado sobretudo nas normas que criam discriminações em razão do sexo em geral, e da legitimidade da prole. Nestas hipóteses, exige-se a prova da existência de uma relação “substancial” entre a discriminação adotada e um interesse governamental considerado “importante”<sup>69</sup>.

Sem embargo, é mister reconhecer que, se por um lado, a adoção do método da ponderação de bens imprimiu grande dinamismo e riqueza à jurisprudência constitucional norte-americana, por outro, a flexibilização de certos princípios que ela ensejou causou alguns resultados nefastos.

Um dos exemplos mais eloqüentes é o julgamento proferido no caso *Korematsu vs. United States*<sup>70</sup>. Discutia-se naquele processo a constitucionalidade da lei federal que estabeleceu severas limitações à liberdade de locomoção de

<sup>68</sup> *American Constitutional Law*. St. Paul: West Publishing Co., 1995, p. 602.

<sup>69</sup> Cf. JOHN E. NOVAK e RONALD D. ROTUNDA, *op. cit.*, p. 602 e 605.

<sup>70</sup> 323 U.S. 214 (1944).

cidadãos norte-americanos de descendência japonesa, possibilitando o seu confinamento em “*centros de relocação de guerra*”. Embora a jurisprudência em vigor se inclinasse no sentido da inconstitucionalidade das discriminações fundadas em critério racial, neste caso, a Suprema Corte manteve a validade da lei impugnada, após ponderar a magnitude da restrição à liberdade gerada pela norma, com a proteção à segurança nacional que ela ensejava, já que à época era grande o receio de que os sino-americanos pudessem conspirar contra os Estados Unidos, na guerra então travada com o Japão.

Nesta lamentável decisão, o uso do método da ponderação prestou-se à finalidade de coonestar juridicamente o confinamento de cidadãos americanos em campos de concentração, emprestando legitimidade constitucional a um verdadeiro crime de guerra.

Enfim, os exemplos acima demonstram a relevância que a Suprema Corte americana confere às variáveis fáticas na resolução de casos que agitam, ao mesmo tempo, valores e princípios constitucionais antagônicos.

## 2 — A Ponderação de Bens na Jurisprudência Alemã

O pensamento jurídico alemão representa atualmente a vanguarda do Direito Constitucional, pelo menos para os países filiados ao sistema romano-germânico. As principais polêmicas no campo teórico constitucional originam-se, via de regra, de questões suscitadas em primeira mão pela doutrina e jurisprudência tedescas, as quais lograram hoje um nível de profundidade sem par no panorama mundial.

Com a ponderação de bens não é diferente. A jurisprudência alemã é a que fornece os exemplos mais ricos deste método, dos quais tentaremos pinçar alguns casos representativos da orientação geral da Corte Constitucional germânica sobre o tema.

Uma das hipóteses mais emblemáticas do uso do método em apreço ocorreu no chamado caso *Lebach*<sup>71</sup>. Questionava-se o direito de uma emissora de televisão de exibir um documentário acerca do assassinato dos soldados de *Lebach*, em circunstâncias que haviam escandalizado o país. Um dos condenados como cúmplice em tal crime, e que se encontrava então cumprindo o final de sua pena, insurgiu-se contra a exibição do programa, alegando que ela violaria o seu direito à honra e à privacidade, e, ademais, dificultaria muito a sua ressocialização. A questão chegou à Corte Constitucional alemã, que, após realizar minuciosa ponderação de bens no caso concreto, vedou a difusão do programa, mesmo reconhecendo a elevada estatura do princípio constitucional da liberdade de imprensa.

Outra decisão importante em que se usou a ponderação de bens foi a proferida no caso *Lüth*<sup>72</sup>. Discutia-se naquele processo a possibilidade de se impedir uma manifestação pública incitando à realização de boicote a um filme de determinado diretor. A Corte alemã considerou no caso que o art. 826 do BGB, que veda os boicotes contrários à moral, constitui uma lei geral, que poderia eventualmente limitar o exercício de direitos fundamentais, tais como o de liberdade de expressão, conforme o art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição alemã. Porém, ponderando os interesses em jogo, o Tribunal decidiu que deveria prevalecer no caso o princípio da liberdade de expressão, dada a relevância que tal liberdade desfruta na ordem constitucional alemã, aliada ao fato de que a manifestação incitando o boicote não poderia no caso acarretar efeitos tão prejudiciais a outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

O terceiro caso que merece ser citado refere-se à decisão da Corte Constitucional relativa à publicação do livro *Mep-*

71 BVerfGE 35, 203

72 BVerfGE 7, 198

*histo*, de Klaus Mann<sup>73</sup>. No caso em questão, o descendente da pessoa já falecida, cuja vida fora o objeto do romance, opôs-se à sua publicação, alegando que a obra continha inverdades que denegririam a memória do seu antepassado. A Corte alemã empreendeu então uma ponderação de bens, tendo de um lado a liberdade artística, e do outro a proteção à honra e a dignidade do *de cuius*. Por maioria, decidiram os juízes autorizar a publicação de *Mephisto*, por considerar que no caso específico tinha maior peso o princípio da liberdade artística, máxime porque a obra, conquanto pudesse eventualmente não retratar com fidelidade a realidade histórica dos fatos, não havia sido inspirada pelo propósito de macular a imagem de quem quer que fosse.

Enfim, tais casos ilustram o fato de que a Corte Constitucional alemã vale-se com frequência do método da ponderação de bens, para solucionar questões envolvendo princípios e valores constitucionais que se revelem antagônicos em face do caso concreto.

### 3 — A Ponderação de Bens na Jurisprudência Espanhola

O método de ponderação de bens é amplamente empregado pela jurisprudência espanhola, conforme assinala Enrique Alonso García<sup>74</sup>.

O Tribunal Constitucional espanhol reconheceu a necessidade de recorrer a tal método, ao apreciar a arguição de inconstitucionalidade da lei catalã que impedia o exercício de qualquer atividade mineradora, sempre que esta acarretasse danos ao meio ambiente que não pudessem ser integralmente reparados<sup>75</sup>. Na ocasião, o Tribunal afirmou

73 BVerfGE 30, 173.

74 *La Interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 436 e seguintes.

75 STC 64 / 1982, BOE de 10 de dezembro de 1982.

a constitucionalidade em tese da lei em questão, mas ressaltou que a sua aplicação em alguns casos poderia revelar-se inconstitucional, e que, para aferição desta possível inconstitucionalidade, afigurava-se indispensável que os tribunais ordinários efetivassem uma ponderação dos bens no caso concreto, tendo de um lado da balança o interesse no progresso e crescimento econômico, e do outro o interesse no meio ambiente protegido.

Outra decisão semelhante foi proferida em sede de controle abstrato de inconstitucionalidade, em processo onde se discutia a validade da norma que exigia, como pressuposto para interposição de recurso trabalhista pela reclamada, o depósito em dinheiro do valor da condenação imposta em 1ª instância<sup>76</sup>. Apesar de reconhecer a legitimidade constitucional, em tese, desta norma, a Corte espanhola ressaltou que, nos casos concretos, a jurisdição ordinária deveria realizar uma ponderação entre o direito do empregado a um processo célere, e o direito constitucional ao recurso por parte do empregador. Assim, dever-se-ia verificar casuisticamente se a empresa demandada possui capacidade contributiva para efetuar o depósito exigido, sendo, na hipótese negativa, reputado inconstitucional o citado pressuposto recursal.

Um campo onde é freqüente o recurso à ponderação de bens é aquele dos conflitos entre a liberdade de imprensa e o direito à honra e à privacidade. Nesta seara, o Tribunal Constitucional Espanhol já assentou alguns fatores que devem ser sopesados na ponderação, tais como a intenção da publicação, a aptidão do seu veículo para atingir uma audiência expressiva, a diligência empregada pelo meio de comunicação na apuração da veracidade da informação difundida, o caráter de personagem público ou não da pessoa afetada, etc. A partir destes dados, e de outros que

<sup>76</sup> STC 3/1983, BOE de 17 de fevereiro de 1983.

se apresentarem relevantes, deve-se efetuar uma ponderação casuística, sendo certo que a tendência da jurisprudência espanhola é de atribuir uma certa primazia à liberdade de imprensa no confronto com o direito à honra e à privacidade<sup>77</sup>.

#### 4 — A Ponderação de Bens na Jurisprudência Brasileira

No Brasil, o tema da ponderação de bens é quase um desconhecido, tanto para a doutrina<sup>78</sup> quanto para a jurisprudência. De um modo geral, o pensamento jurídico nacional é refratário à idéia de conflitos normativos no seio da Constituição, predominando largamente o entendimento da viabilidade da harmonização de todas as normas constitucionais, através da exegese sistemática.

A análise da jurisprudência dos nossos tribunais superiores revela que a técnica da ponderação de bens no caso concreto não é usada abertamente. Em regra, a fundamentação das decisões é apresentada como se os julgadores houvessem se balizado exclusivamente por raciocínios lógico-formais. Nota-se uma forte inclinação dos tribunais à ocultação da dimensão retórica<sup>79</sup> das suas decisões, mesmo

<sup>77</sup> Cf. Fernando Herrero Tejedor, *Honor, intimidad y propia imagen*, 1990, p. 118 / 119, *apud* Farias, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos — A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1996, p. 145 e 146.

<sup>78</sup> Na doutrina nacional, algumas obras mais recentes aludem à técnica da ponderação de bens, como por exemplo, LUIS ROBERTO BARROSO, *op. cit.*, p. 185 e 186, EDILSON PEREIRA DE FARIAS, *op. cit.*, p. 98 e 100 e COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1997, p. 87 e seguintes.

<sup>79</sup> A predominância do método retórico no campo do Direito é defendida pela corrente jusfilosófica da Teoria da Argumentação. Os adeptos desta linha sustentam, em síntese muito apertada, que os

em hipóteses em que o recurso a tal técnica se evidencie nitidamente. Os juízes tendem, conscientemente ou não, a escamotear os fatores não dogmáticos dos seus julgamentos, como se isto fosse indispensável para legitimá-los aos olhos da sociedade. Contudo, o efeito alcançado é inverso ao pretendido, pois sempre que a fundamentação deixa de retratar fielmente as razões da decisão jurisdicional, esta torna-se obscura, incontrolável, e por isto mesmo ilegítima.

Tal tendência talvez explique em parte porque o método da ponderação de bens ainda não “vingou” na jurisprudência brasileira. Como tal método pressupõe uma certa margem para valoração subjetiva do julgador, a sua consagração explícita implicaria no reconhecimento desta acentuada dose de discricionariedade judicial, o que, com todas as vênias, parece que assusta um pouco aos nossos juízes.

O outro fator que ousamos aventar consiste no atraso metodológico que tem vitimado os estudos jurídicos no Brasil. Nossa doutrina publicística predominante só agora começa a se levantar do “poço” de positivismo jurídico em

---

argumentos jurídicos não são corretos ou incorretos, mas que valem pela aptidão que possuem para convencimento do “auditório”. Não há teses jurídicas verdadeiras ou falsas, mas sim teses razoáveis ou irrazoáveis, de acordo com a possibilidade que contêm de motivar a adesão do interlocutor. A decisão das questões jurídicas não é o resultado de um simples silogismo, sendo antes a síntese de um processo dialético no qual as partes expõem e discutem os seus argumentos, prevalecendo o de maior força persuasiva. A Teoria da Argumentação está profundamente ligada à Tópica, e assim como ela, pretende substituir a lógica matemática, que impera na tradição formalista do Direito, pela retórica, salientando a impropriedade do uso dos métodos das ciências naturais no campo jurídico. Consulte-se, a respeito, a obra clássica de PERELMAN, Chaim & OLBRECHTS-TYTECA, L. *The New Rhetoric – A Treatise on Argumentation*. Tradução de John Wilinson e Purcell Weaver. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1971. Ver também, na doutrina brasileira, MENDONÇA, Paulo Roberto Soares de. *Argumentação nas Decisões Judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

que vinha mergulhada. Certas concepções anacrônicas, — como a de que o direito é “uma ciência pura”, e a solução das questões jurídicas deve desprezar olímpicamente os fatores históricos, políticos e sociológicos envolvidos —, ainda são apregoadas aqui como verdades axiomáticas, e aí de quem delas discordar. Neste contexto, técnicas e institutos menos rígidos e mais “arejados”, como a ponderação de bens, tendem a ser rejeitadas como extravagâncias, ou simplesmente desconsideradas pela linhagem jurídica mais ortodoxa.

Porém, a natureza dos conflitos que se deflagram a todo momento na sociedade contemporânea, aqui como alhures, torna imprescindível o recurso ao método da ponderação de bens. O exemplo mais notável é o das demandas gravitando em torno de interesses difusos. Muitas vezes, defrontam-se no caso concreto interesses contrapostos, cuja conciliação exige ao mesmo tempo criatividade e bom senso por parte do juiz. Em uma ação proposta com o objetivo de determinar o fechamento de uma fábrica poluidora, por exemplo, o magistrado tem, de um lado, a preocupação com a preservação do meio ambiente, e do outro, a necessidade de manutenção dos empregos dos funcionários da fábrica, sendo ambos os interesses igualmente valiosos para nossa ordem constitucional. Caberá a ele ponderar os bens em jogo, preservando-os, nos limites do possível, na solução da lide.

Assinale-se, todavia, que em algumas decisões jurisprudenciais mais recentes, já se pode vislumbrar, ainda que de forma um tanto embrionária, a idéia da ponderação de bens.

É o que acontece no aresto do Pretório Excelso proferido no julgamento da ADIN n. 319 — DF<sup>80</sup>, na qual se questionava a constitucionalidade da Lei 8.039/90, que

---

80 RIJ 149: 666 / 692.

atrelara o reajuste das mensalidades escolares ao percentual de correção mensal dos salários. A autora da ação impugnavia dita norma com base, entre outros argumentos, na alegação de violação ao princípio da liberdade de iniciativa econômica, consagrado na Lei Fundamental. Porém, o Supremo rejeitou a argüição, entendendo que o princípio em questão era relativo e deveria ser ponderado com outros do ordenamento constitucional, tais como o da justiça social, o qual poderia periclitara no caso de eventuais aumentos abusivos das mensalidades escolares. Há um trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence bastante elucidativo, onde fez-se expressa referência à necessidade de ponderação de valores nas constituições compromissórias:

*“Senhor Presidente, temos, ao menos desde 1934, e marcadamente no texto de 88, uma típica Constituição compromissória, como de resto, sói serem quase todas as Constituições contemporâneas. De tal modo que é sempre arbitrário que a afirmação de um dos valores, de um dos vetores axiológicos do projeto de sociedade veiculado pela Constituição, se faça com abstração de outros valores, de outros vetores axiológicos (...)*

*Um instrumento constitucional de concretização desta função permanente de ponderação de valores, que, em termos absolutos, se contradiriam, Senhor Presidente, é precisamente, na ordem econômica, a competência do Estado para intervir como agente normativo e regulador da atividade econômica (...)*”

Sem embargo, ressalvados alguns raros exemplos contrários, a regra em nosso país continua sendo a da não utilização explícita da técnica de ponderação de bens. A ponderação permanece dissimulada nas decisões, oculta sob um véu artificial de formalismo. Ao invés de tornar explícitas as verdadeiras razões de decidir, muitos juízes preferem praticar um verdadeiro “silogismo às avessas”:

escolhem o resultado que pretendem atingir, com base no seu senso subjetivo de justiça, e em seguida procuram justificar o resultado alcançado, buscando alguma tese jurídica que possa ampará-lo. Com isto, a fundamentação decisória torna-se um imprestável simulacro, por não retratar minimamente a efetiva motivação do julgado.

## CONCLUSÕES:

O presente trabalho objetivou enfocar o método da ponderação de bens como o instrumento mais hábil para o equacionamento dos conflitos entre princípios constitucionais. Procurou-se salientar a riqueza deste método, e as suas potencialidades como mecanismo catalizador do pluralismo na dimensão constitucional.

A premissa epistemológica deste estudo, que se deixa entrever em múltiplas passagens, é de que o Direito, e muito especialmente o Direito Constitucional, tem conexões profundas e inextirpáveis com a Política, a História e a Sociologia, fato que não o desacredita como ciência, mas antes o enriquece, tornando-o menos árido e mais humano. Os dados históricos, políticos e sociológicos têm de ser considerados para a resolução dos problemas constitucionais mais complexos, sob pena de se transmudar a Lei Fundamental em déspota ilegítima, ou pior ainda, em mero pedaço de papel<sup>81</sup> que ninguém respeita. Sob este prisma, pode-se dizer que o método da ponderação de bens apre-

---

81 Esta expressão foi cunhada por LASSALE, Ferdinand, em célebre conferência proferida na Alemanha em 1863, para referir-se à Constituição escrita, em oposição à Constituição real, que consistiria, segundo tal autor, nos fatores efetivos de poder presentes em dada sociedade. Em português, a conferência está publicada sob o título *A Essência da Constituição*. Tradução de Walter Stöner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

senta esta importante faceta multidisciplinar, na medida em que busca colher subsídios em outras ciências sociais conexas para solução dos problemas jurídicos, sem por isto despir-se da sua tecnicidade.

Subjaz a este trabalho, por outro lado, uma aposta na capacidade do Judiciário de fazer frente aos novos conflitos que eclodem em uma sociedade cada mais mais complexa e fragmentada. Acredita-se, porém, que para enfrentar estes novos desafios, ele terá de superar uma concepção formalista do fenômeno jurídico, ainda hoje profundamente arraigada no senso comum dos operadores do Direito.

Porém, cumpre agir com prudência. A discricionariedade judicial, pressuposta no método de ponderação, convola-se em pura arbitrariedade quando o julgador, sob o pretexto de ponderar, aniquila direitos e interesses que a sua ideologia pessoal não favoreça. Afinal, é preciso não esquecer que, no vernáculo, ponderação é sinônimo de equilíbrio e de bom senso. Entre a anarquia da criatividade judicial ilimitada e o imobilismo conservador do positivismo formalista, a virtude, como sói acontecer, está no meio.

Sem qualquer pretensão de repetir aqui todas as conclusões alcançadas no curso deste estudo, o que seria excessivamente enfadonho para o leitor, passa-se a compendiar algumas das teses mais importantes, que refletem a idéia geral do trabalho:

1) As constituições compromissórias, por consagrarem normas e valores com matizes ideológicos muito distintos, estão freqüentemente sujeitas aos conflitos entre princípios constitucionais.

2) Não é possível, através do uso dos métodos clássicos de interpretação, traçar rigidamente as fronteiras de todos os princípios, de modo a evitar completamente a possibilidade de eclosão de conflitos entre eles em casos concretos.

3) Os critérios tradicionais de resolução de antinomias não são suficientes para solucionar as situações de tensão entre conflitos constitucionais. O critério cronológico é in-

servível, pois, ressalvadas as emendas constitucionais, as normas da Constituição são editadas no mesmo momento. O critério de especialidade também tem reduzida valia, pois é raro, no plano constitucional, a existência de antinomias do tipo *total-parcial*, que são as únicas que podem ser resolvidas através deste método.

4) Não há hierarquia absoluta entre as normas editadas pelo poder constituinte originário. O escalonamento rígido entre os princípios constitucionais é incompatível com o Princípio da Unidade da Constituição, na medida em que destrói a possibilidade de coexistência entre as diferentes normas constitucionais

5) A hierarquização estática das normas constitucionais conduz à aceitação da teoria das normas constitucionais inconstitucionais. Tal teoria, sobre revelar-se em descompasso com o próprio Princípio da Unidade da Constituição, afigura-se muito perigosa, na medida em que importa na outorga ao Judiciário do poder desmedido e incontrastável de rejeitar as valorações feitas pelo próprio poder constituinte originário. No Brasil, a doutrina e jurisprudência dominantes não aceitam a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de normas contidas na Constituição originária.

6) O reconhecimento da existência de hierarquização dinâmica entre os princípios constitucionais implica na aceitação de que o princípio de estatura mais elevada sempre deverá prevalecer sobre o de escalão mais baixo, independentemente do caso concreto. Tal entendimento não possui bases científicas sólidas, e o escalonamento se assenta, normalmente, apenas sobre as preferências pessoais do intérprete. Ademais, ele tem se revelado historicamente como instrumento da ideologia conservadora, servindo freqüentemente como pretexto para a redução da efetividade dos direitos sociais.

7) Os princípios e as regras jurídicas apresentam diferenças estruturais marcantes. As regras são aplicadas sob a

forma do “tudo ou nada” (Dworkin), já que, presentes os seus pressupostos fáticos, ou a regra incide sobre o caso, e as suas consequências jurídicas são inteiramente deflagradas, ou ela é considerada inaplicável, sendo totalmente desconsiderada para a solução do problema. Já com os princípios isto não acontece, pois, traduzindo “mandados de otimização” (Alexy), eles são aplicados dentro das possibilidades fáticas e jurídicas oferecidas pelo caso concreto.

8) Os princípios possuem uma dimensão de peso que as regras não ostentam. Com efeito, se várias regras entram em conflito em um caso, o intérprete deverá optar por uma delas, através dos critérios clássicos de resolução de antinomias, desprezando as demais. Porém, vários princípios não convergentes podem ser aplicados simultaneamente, tornando-se necessário verificar o “peso específico” assumido por cada um no caso concreto, para verificar em que medida cada qual cederá passagem ao outro.

9) O método da ponderação de bens é efetivado à luz das circunstâncias concretas do caso. Deve-se, primeiramente, interpretar os princípios em jogo, para verificar se há realmente colisão entre eles. Verificada a colisão, devem ser impostas restrições recíprocas aos bens jurídicos protegidos por cada princípio, de modo que cada um só sofra as limitações indispensáveis à salvaguarda do outro. A compressão a cada bem jurídico deve ser inversamente proporcional ao peso específico atribuído ao princípio que o tutela, e inversamente proporcional ao peso específico conferido ao princípio oposto.

10) A ponderação de bens deve observar o Princípio da Proporcionalidade em sua tríplice dimensão: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

11) A ponderação de bens reflete de certa forma o método da hermenêutica concretizadora, que preconiza que a interpretação da Constituição deve ser realizada ao lume das circunstâncias específicas do caso, mas sem descuidar dos aspectos normativos do problema.

12) O método da ponderação de bens potencializa o ideal da Constituição aberta, uma vez que ele procura conciliar, no caso concreto, as tensões entre princípios constitucionais, sem estabelecer hierarquias rígidas entre estes. Assim, tal método propicia o convívio entre valores e princípios antagônicos, fomentando o pluralismo em sede constitucional.

13) O método da ponderação, embora conceda ao juiz certa margem de discricionariedade, não é puramente subjetivo ou irracional. Existem pautas substantivas que podem ser utilizadas para a aferição da legitimidade de cada decisão, tais como o princípio da proporcionalidade, e a comparação do resultado da ponderação com a axiologia perfilhada na Lei Maior.

14) A atividade jurisprudencial é essencialmente criativa. Ao aplicar o Direito, o juiz não se limita a declarar algo preexistente, pois, principalmente nos casos “difíceis”, ele sempre põe um pouco de si, de seus valores e de suas crenças. Com a ponderação de bens não é nem poderia ser diferente.

15) O método da ponderação de bens é amplamente utilizado nos países que possuem contencioso constitucional, notadamente nos Estados Unidos, na Alemanha e na Espanha. No Brasil, a jurisprudência dominante não se vale explicitamente do método da ponderação, usando-o porém de forma velada, no afã de mascarar as condicionantes da decisão que não pertençam ao domínio da lógica-formal.

16) A recalcitrância do Judiciário em reconhecer as dimensões não dogmáticas da atividade jurisdicional é prejudicial à transparência e legitimidade do processo judicial. A fundamentação das decisões jurisdicionais, quando não retrata com fidelidade as efetivas motivações dos julgadores, torna-se um mero simulacro.

17) É necessária redobrada cautela por parte do Judiciário no exercício da ponderação de bens, para que tal

método não se torne um instrumento de imposição da ideologia pessoal do julgador, em detrimento dos valores consagrados na Constituição.

## BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Liv. Almedina, 1987.
- BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Atlântida, 1977.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.
- BIN, Roberto. *Diritti e Argomenti — Il Bilanciamento degli Interessi nella Giurisprudenza Costituzionale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Ed., 1993.
- \_\_\_\_\_. *Política e Constituição: Os Caminhos da Democracia*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985.

- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Tradução de Juan Luis Pagés e Ignacio Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Liv. Almedina, 1992.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della Giustizia nelle Società Contemporanee*. Bologna: Il Mulino, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Juizes Legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1993.
- CARA, Juan Carlos Gavara de. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo — La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *A Constituição Aberta e Atualidades dos Direitos Fundamentais do Homem*. Tese aprovada em concurso público para Professor Titular de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da UERJ, ainda não publicada. Rio de Janeiro: 1995.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1997.
- DINIZ, Maria Helena. *Conflito entre Normas*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust — A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos — A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1996.
- FERRARA, Manuel Francisco. Interpretação e Aplicação das Leis.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves de. Os Direitos Fundamentais. Problemas Jurídicos, Particularmente em Face da Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Administrativo* 203, p., 1996.
- GARCIA, Enrique Alonso. *La Interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- HÄBERLE, Peter. *Le Libertà Fondamentali nello Stato Costituzionale*. Tradução de Alessandro Fusillo e Romolo W. Rossi. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1993.
- HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Tradução de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Tradução de Walter Stöner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.
- MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo PARDO, Ignacio de Otto. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas, 1992.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional — O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Argumentação nas Decisões Judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional., Introdução à Teoria da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1988, t. II.
- MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*. Tradução de Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- NOWAK, John E. ROTUNDA, Ronald D. *American Constitutional Law*. St. Paul: West Publishing. Co., 1995.
- PERELMAN, Chaim & OLBRECHTS-TYTECA, L. *The New Rhetoric — A Treatise on Argumentatio*. Tradução de John Wilkinson e Purcell Weaver. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1971.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995.
- POPPER, Karl Raimund. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Tradução de Paulo de Almeida. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1994.
- REALE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1990.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofia del Derecho*. Cidade del México: Porrúa, 1959.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.
- STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Tradução de Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. New York: The Foundation Press, 1988.
- USERA, Raúl Canosa. *Interpretacion Constitucional y Formula Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi, 1992.