

## **A CONFIGURAÇÃO E O MÉTODO DE PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.**

**Carolline Mardegan Schionato RUIZ<sup>1</sup>**

**RESUMO:** A ciência do Direito deve ser entendida de acordo com os preceitos fundamentais da Teoria Geral do Direito, da Constituição Federal e do Direito Material. Serão objetos de elucidação do presente trabalho, a configuração dos Princípios Constitucionais e a ponderação destas normas finalísticas como método de solução dos conflitos principiológicos no momento da resolução das demandas judiciais. Desta maneira, o trabalho apresentará que através das normas jurídicas o Estado disciplina a vida em sociedade, e que estas normas não se referem somente às leis e regras, mas também aos chamados “princípios”. Por fim, o trabalho manifestará um panorama geral sobre a importância dos princípios dentro da esfera legal, bem como, sobre a atuação de tais normas finalísticas no momento da resolução da lide, versando sobre a aplicação do método de ponderação como forma de solução para os conflitos entre princípios constitucionais.

**PALAVRAS - CHAVE:** Princípios Constitucionais. Princípios e Regras. Aplicação dos Princípios. Ponderação de Princípios.

### **1 INTRODUÇÃO**

O estudo desenvolvido buscou traçar os contornos assumidos pelas normas finalísticas (chamadas de princípios) frente aos preceitos constitucionais pátrios, bem como, frente à Magna Carta e ao Direito Material nacional. Assim, tratou-se, primeiramente, acerca do conceito dos princípios sob uma perspectiva constitucional, abordando seus diversos e mais interessantes significados dentro e fora do saber jurídico, passando, posteriormente, a analisar as diferenças entre as regras e princípios constitucionais, conceituando suas configurações e explicando sobre suas estruturações e comportamentos comuns e particulares dentro do ordenamento jurídico. Após, dada a noção sobre os princípios e regras constitucionais e, explicadas suas funções no estudo da ciência jurídica, versou-se sobre a atuação das normas finalísticas e das normas regras no momento da resolução da lide.

Por fim, deu-se enfoque especial ao uso da ponderação dos princípios

---

<sup>1</sup> A autora é graduanda em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente.

constitucionais como método de solução entre as colisões principiológicas dentro das demandas judiciais, explicando as etapas da denominada “Teoria da Ponderação”.

## **2 A CONCEPÇÃO DE PRINCÍPIO SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL**

Na ânsia de definir as atribuições dos princípios constitucionais dentro da ciência do Direito, se faz primordialmente necessário buscar quais são seus significados além do âmbito do saber jurídico.

Desta maneira, explicam juristas que os princípios possuem conjectura em diferentes ramos do saber (das ciências em geral), como, por exemplo, no sistema geométrico, como é o caso de Luis Díez-Picazo, citado na obra de Paulo Bonavides (2004, p. 255), preceituando o primeiro citado que é exatamente por estarem no princípio que os princípios são chamados assim. Ou, ainda, na concepção de juristas constitucionalistas, como o caso da ministra e vice-presidente do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia Antunes Rocha, citada na obra de Ruy Samuel Espíndola (2002, p.53) a qual sustenta que o princípio é o Verbo que jaz no âmago de uma ordem parametrizada por direitos fundamentais e direcionadores do sistema jurídico.

E, apegando-se a obra do último autor citado (Espíndola, 2002), a conclusão que se pode tirar sobre o assunto versado é que, tratar-se-ão de princípios, em qualquer dos campos científicos e não científicos conhecidos atualmente, a estruturação de um complexo de convicções, conhecimentos e normas, realizados através de um pensamento mestre ou padrão normativo, de onde todos os demais pensamentos ou padrões normativos se derivarão, se conduzirão e/ou se submeterão.

Sobre o exposto e defedido supra, observou Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 1991, p. 230) que:

Princípio- já averbamos alhures- é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por

nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Passando estritamente ao ramo das ciências jurídicas, o termo “princípio” assume, em sua essência, natureza polissemântica, utilizado vezes para apontar os conceitos sobre o direito positivo, vezes para constituir certa norma jurídica e vezes para definir os postulados normativos.

E, sobre a polissemia afirmada no item acima, adverte-se que, quando da análise dos casos fáticos, a utilização variada do termo é prejudicial à aplicação do Direito, uma vez que a confusão sobre os conceitos do instituto dos princípios podem suprimir a prática jurídica correta e adequada, condizendo a situação à aplicação de uma prática desacertada de direitos, ainda que ambos sejam protegidos pelo sistema jurídico posto.

Neste diapasão, a passada noção jurídica sobre princípios constitucionais é diferente da configuração que estas normas finalísticas assumem atualmene no ordenamento jurídico brasileiro. Vale ressaltar que, antes, imaginava-se e pregava-se a ideia de que os princípios não tinham força normativa e não vinculavam às partes, considerando-se os princípios como “meras recomendações”. No passado, não era permitido, por exemplo, peticionar ao Juízo baseando a causa de pedir ou o pedido somente em Princípios, situações em que, o juiz, de igual modo, não poderia decidir valendo-se única e exclusivamente dos conceitos e premissas trazidos pelas normas finalísticas.

Contudo, no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988 (completamente baseada em princípios), começou-se a perceber que tais normas deveriam ser respeitadas e exigidas, inclusive em âmbito internacional, como prevê o artigo 4º da Carta Magna.

### **3 A SEPARAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS**

Em geral, o objetivo da ciência do Direito é alcançar a mudança de comportamento dos indivíduos com a adoção de diretrizes previstas nas “normas jurídicas” nacionais (o chamado ordenamento jurídico brasileiro).

No atual cenário jurídico brasileiro, sabe-se que as normas não se tratam apenas do texto trazido pela legislação positivada. O texto refere-se a mero dispositivo legal e a norma, por sua vez, é o resultado obtido a partir do que se extrai da interpretação do texto positivado.

Assim, é possível a existência de dispositivo legal (texto) sem norma, como é o caso do preâmbulo da Constituição Federal, texto que não vincula ninguém a nada. Também é possível a existência de um dispositivo legal do qual se derivarão várias normas, como é o caso do artigo 5º, “*caput*”, da Constituição Federal e, ainda na esteira do sustentado acima, é possível concluirmos que, no campo do provável, existem normas que são construídas a partir da conjugação de vários dispositivos legais, como é o caso do princípio da segurança jurídica, por exemplo, que não é construído através de um único dispositivo, e sim de um conjunto deles.

Portanto, o que podemos concluir, em inicial, é que dispositivo legal é diferente de norma e que as normas assumem a roupagem de Normas Princípios ou Normas Regras, a depender das situações que estarão inseridas.

E, assim, as normas jurídicas tem como função a realização do domínio prescritivo legal, visando à concretização da conduta almejada através da interpretação do texto trazido pela lei.

Repisando o já explicado para dar continuidade ao estudo na seara dos princípios: as normas jurídicas são gêneros, que possuem como espécie as regras, os postulados normativos e os princípios, que, quando descumpridos ou não observados, acarretam a imposição de sanções por parte do Estado e, cientes disso, se faz necessário o estudo individualizado que avalia a as distinções existentes entre ambos os institutos.

Na esteira do já exposto, sustenta-se que há expressiva distinção entre princípios e regras, posto que as regras são, usualmente, os relatos objetivos e descritivos de certas condutas, aplicáveis a um conjunto determinado de situações.

E no que tange à análise das regras, entende o escritor Luís Roberto Barroso (2005, p. 15) que deverão as normas, em sua modalidade “regra”, através do método da subsunção, enquadrarem-se aos fatos de maneira direta e automática para que assim possam produzir os efeitos almejados pelo legislador.

Logo, ou a regra regulamenta integralmente a matéria objeto de disciplina, ou tal regra é considerada como descumprida. Uma norma regra apenas não se aplicará á uma hipótese real se for considerada inválida, se outras regras mais específicas deliberarem sobre o assunto versado ou se as regras que pretendiam ser aplicadas não estiverem mais vigência. Assim, no momento em que as regras forem antagônicas, apenas uma das disputantes prevalecerá. Este fenômeno de aplicação das regras, através dos critérios estabelecidos pelo método da subsunção, que é enquadrar o texto de Lei à situação fática, é didaticamente conhecido como “critério do tudo ou nada”.

Já no tocante aos princípios, sabe-se que se tratam de normas imediatamente finalísticas, que não especificam uma conduta a ser seguida. A forma correta de se aplicar os princípios nos casos fáticos é através do método de ponderação, haja vista que tais normas finalísticas repetidamente se encontram em situações de tensão dialética.

Quando na análise dos princípios, o julgador ou aplicador do direito, diante dos casos concretos, deverá atribuir a importância ou relevância que cada princípio assumirá dentro do caso debatido, buscando conservar o máximo das atribuições de cada princípio.

Segundo o doutrinador Robert Alexy, citado na obra “***A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação***”, de Edilson Pereira Farias (2000), a diferença entre princípios e regras fica evidenciada nos casos em que tais institutos entram em colisão, vezes em que a maneira de solucioná-los é diferente.

No caso de conflito entre regras, quando, no momento da decisão, uma das regras em debate for determinada, a outra será considerada inválida. Já na colisão de princípios, como só entram em colisão aqueles princípios tidos como válidos, gera, no momento de seu sopesamento/aplicação, as delimitações de seu peso e importância.

Desta forma, nos casos em que mais de um princípio entrar em colisão, algum destes em debate se sobressairá sobre o outro debatido. Tais situações não significam, porém, que o princípio “vencido” seja considerado inválido, uma vez que as normas finalísticas convivem conflituosamente sem que se anulem. Acontece

que, sob certas e determinadas condições, a prevalência de um princípio sobre o outro traduz somente a ideia de que o princípio escolhido para vigorar possui maior peso ou importância do que aquele deixado de lado, podendo, em outras circunstâncias, suceder o inverso, onde aquele deixado de lado se sobressairá se comparado ao primeiro que se destacou.

Com efeito, princípio é um juízo, porém, não é um juízo individual, e sim coletivo, um juízo certificador e fundador do sistema jurídico nacional.

E, repisando o já comentado: os princípios se diferenciam das regras pelo fato de poderem ser aplicados em diferentes graus e de diferentes maneiras, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas existentes no momento de sua efetivação (cognição/aplicação judicial).

As regras, por sua vez, não apresentam a mesma sistemática dos princípios, se colocadas dentro do sistema jurídico. Assim, as regras, ou são aplicadas em suas integralidades (regras válidas ou certificadas) ou não (regras inválidas ou não certificadas), diferentemente dos princípios, que convivem conflituosamente, uma vez que a aplicação ou realce de algum dos princípios invocados no momento da resolução da lide não aniquila o que era objeto de oposição anteriormente.

E, ainda consoante à transcrição feita anteriormente, tratam-se os princípios de normas jurídicas de maior amplitude (abertas) se comparado às regras jurídicas em geral, havendo divergência na maneira com que essas duas espécies se comportam dentro do sistema normativo.

As normas jurídicas finalísticas tratam-se de elementos constitucionais que correspondentes a direitos fundamentais, motivos pelos quais cabe ao intérprete e aplicador do Direito, ao concretiza-los no mundo dos fatos, observar a importância e predominância dos direitos fundamentais, no que prediz a Constituição Federal.

#### **4 A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS NA RESOLUÇÃO DA LIDE**

Sabe-se que há algum tempo os princípios eram conceituados como “cartas de bom propósito” e “declaração de boas intenções”, situações em que não vinculavam os aplicadores do direito aos preceitos trazidos pela norma finalística.

Hoje, porém, os princípios certamente possuem força normativa. Atribuir força normativa aos princípios significa dizer que atualmente um litígio pode ser solucionado exclusivamente com fundamento nas premissas trazidas pelos princípios gerais de Direito.

E, a exemplo do explanado acima, pensemos em um caso aleatório, em que o Superior Tribunal Federal - STF (intérprete do direito, nessa ocasião), vê-se obrigado a julgar uma demanda referente à prática do crime de nepotismo. Os ministros designados para atuar frente ao caso podem se assim o quiserem decidir com base nos fundamentos do Princípio da Moralidade, que veda a prática de tal ato.

Contudo, embora os princípios tenham ganhado certo valor nos últimos tempos, consigna-se que, dentro de comunidade jurídica atual, critica-se (e muito) a chamda “supervalorização da norma finalística”, que, em geral, causam diversos problemas no ordenamento jurídico, uma vez que a má utilização das normas finalísticas conferem efeitos opostos e nefastos ao pretendido em sua gênese.

Superficialmente esclarece-se que, à época de supervalorização de princípios tratada acima, inicou-se a chamda crise do “Pan-Principiologismo”. Essa crise baseia-se nas diversas situações em que as decisões judiciais passaram a ser tomadas apenas e principalmente com base em uma aleatória escolha do órgão julgador, contornando os requisitos das decisões judiciais propriamente ditas e fundamentadas nas prescrições e interpretações das normas legislativas. Destarte, na era do Pan-Principiologismo, a aplicação das normas finalísticas no momento em que o interprete profere sua decisão é legitimada somente com base em suas conclusões, quando inexistirem dispositivos legais que a justifiquem.

Logo, adverte-se que os excessos na utilização dos princípios para a resolução da lide podem conduzir as partes à insegurança jurídica, uma vez que, se literalmente e isoladamente aplicados, cercam o direito positivado, trazidos pela finalidade legislativa, ao passo que, o excesso e cumprimento isolado das regras positivas conduzem as partes à injustiça do decidido, já que os casos fáticos permeiam as mais diversas e impensadas situações, muitas vezes não previstas pelo legislador no momento da elaboração da regra, cabendo aos princípios e demais formas de cognição sanar tais omissões.

E, afinilando o estudo sobre a aplicação das normas na modalidade “princípio”, à oposição do que ocorre nas relações quando existentes conflitos entre regras, a colisão de princípios é resolvida levando em consideração o peso ou a importância relativa de cada espécie de princípio em conflito, para que seja determinado qual deles prevalecerá no caso concreto, a chamada ponderação.

Veja a explicação pelo viés de Daniel Sarmiento (SARMENTO, 2004, p.55):

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.

Na sequência do exposto, deverá o aplicador do direito, para alcançar a extrema qualidade da decisão, sopesar a relevância de cada princípio discutido no caso fático e proceder à suas ponderações. Certo é que nas situações em que houverem colisão entre princípios, um deverá, como dito anteriormente, sobressair-se em relação ao outro, sendo, portanto, uma maneira diferente daquela estabelecida pelo critério do “tudo ou nada”, empregado no momento da utilização das regras na resolução da lide.

#### **4.1 A PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Trata-se de ponderação o método jurídico pelo qual se resolvem os conflitos envolvendo valores principiológicos em tensão. As tensões, porém, devem ser insuperáveis pelas formas de interpretação tradicional (critérios de solução de antinomias jurídicas).

Ainda tratando-se do conceito de ponderação, discorre a autora Ana Paula Barcellos que (BARCELLOS, 2005, p. 23):

A ponderação será entendida, neste estudo, como a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.

E prossegue a autora Ana Paula de Barcellos que (2008, p. 55):

[...] a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês ‘hard cases’), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre premissa menor – fatos – e



produzindo como conseqüência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso.

Ainda com base nos pilares traçados acima, desta vez, nas palavras de Luis Roberto Barroso (BARROSO, 2004, p. 358):

A decisão do intérprete do Direito pelo uso da ponderação consiste em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas

E arremata Humberto Ávila (ÁVILA, 2005, p. 94/95):

A ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento.

Os bens jurídicos são situações, estados ou propriedades essenciais à promoção dos princípios jurídicos. Por exemplo, o princípio da livre iniciativa pressupõe, como condição para sua realização, liberdade de escolha e autonomia. Liberdade e autonomia são bens jurídicos, protegidos pelo princípio da livre iniciativa, algum sujeito pode ter, em função de determinadas circunstâncias, condições de usufruir daquela liberdade e autonomia. Liberdade e autonomia passam, então, a integrar a esfera de interesses de determinado sujeito. Os valores constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado. Nessa perspectiva, a liberdade é um valor, e, por isso, deve ser buscado, determinam que esse estado de coisas deve ser promovido.

Logo, à vista do caso concreto, quando for notóriamente possível o emprego de vários princípios constitucionais de mesmo nível, será indispensável à utilização do método de ponderação para alcançar-se a solução de tais colisões.

Sobre o assunto, ensina Luis Roberto Barroso (2004, p.357):

Imagine-se uma hipótese em que mais de uma norma possa incidir sobre o mesmo conjunto de fatos, várias premissas maiores, portanto para apenas uma premissa menor, como no caso clássico da oposição entre liberdade de imprensa e de expressão, de um lado, e os direitos à honra, à intimidade e vida privada, de outro. Como se constata singelamente, as normas envolvidas tutelam valores distintos e apontam soluções diversas e contraditórias para a questão. Na sua lógica unidirecional (premissa maior-premissa menor), a solução subsuntiva para esse problema somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na escolha de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal formula, todavia, não seria constitucionalmente adequada: por força do princípio instrumental da unidade da Constituição, o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas.

E sobre a ponderação como método de solução dos conflitos entre

princípios, de maneira simplificada, em um processo de três etapas que se sucedem, a autora Ana Paula de Barcelos, em seu livro *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, esquematizou as fases do ciclo de ponderação como solução prática do conflito principiológico da seguinte maneira:

#### 4.1.1 PRIMEIRA FASE DA TÉCNICA DE PONDERAÇÃO: IDENTIFICAÇÃO DOS ENUNCIADOS NORMATIVOS EM TENSÃO.

Neste primeiro momento o intérprete tem incumbida a função de assinalar as normas relevantes para a provável solução do conflito de princípios nos casos em concreto.

Desta maneira, tem-se o primeiro estágio da técnica considerado como fase preparatória do processo de ponderação (preliminar), etapa em que se deve analisar, exaustivamente, todos os argumentos e elementos de fundamentação para a concretização do sopesamento/ponderação.

Com efeito, o reconhecimento dos enunciados normativos componentes da colisão, durante a primeira etapa da realização do método de ponderação, é mister na realização e efetivação do procedimento ponderador.

Explica a autora do ciclo de ponderação que *“Esta primeira etapa consiste exatamente em identificar os enunciados normativos aparentemente em conflito: afinal, esta é a circunstância que justifica o recurso à técnica da ponderação”* (BARCELLOS, 2005, p. 92).

Assim, posta a prévia identificação dos enunciados em oposição, verificar-se-à, no objeto do debate, se não é possível que o conflito em questão seja solucionado a partir dos tradicionais e conhecidos critérios de solução de antinomias jurídicas, a saber: critério cronológico, hierárquico e da especialidade. Logo, o processo de ponderação só terá continuidade se não for possível a aplicação dos critérios mencionados anteriormente.

Em sumas palavras, no processo de ponderação, a identificação dos enunciados normativos em conflito possui como função basilar conferir legitimidade ao próprio procedimento, validando as demais fases, bem como, validando os resultados obtidos através do cumprimento das etapas tratadas neste tópico e das etapas que serão tratadas nos tópicos das fases seguintes. Certo é que inadimite-se qualquer discussão de interesses que não tenham relevância ou que não estejam

atrelados ao ordenamento jurídico, eis, então, o porquê da identificação dos enunciados normativos em tensão.

E assevera Ana Paula Barcellos que (2005, p. 99):

A ponderação, como já se mencionou, é uma técnica de decisão jurídica. Se o intérprete a quem cabe decidir considerar, ao lado de elementos normativos pertinentes, e no mesmo nível deste, interesses não qualificados pelos órgãos competentes como juridicamente relevantes e dignos de proteção, isto é, se admite o ingresso de meros interesses no processo, a ponderação acaba por se transformar em uma avaliação puramente política. (...) na ponderação jurídica deverão ser considerados apenas os elementos normativos em conflito. Equiparar disposição normativas e interesses não judicializados é uma forma ilegítima de refazer o ofício do legislador.

E sobre o tratado acima, eis o exemplo da autora (BARCELLOS, 2005, p.99):

Imagine-se que os vizinhos de um edifício em construção-regularmente licenciado- preferissem que nada fosse edificado no lote ao lado , para preservar a tranqüilidade atual da área. O simples interesse ou desejo, porém, não é um elemento normativo. Há algum fundamento jurídico capaz de respaldar esse interesse? O advogado do grupo talvez pudesse cogitar, na esfera constitucional, dos princípios que consagram os direitos difusos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e á sadia qualidade de vida, previstos no art. 225 da Constituição.

Assim um hipotético conflito entre, de um lado, as disposições normativas que regulam o direito de construir e a autorização para edificar na cidade e, de outro, o desejo dos vizinhos de não verem coisa alguma construída no local deve ser descrito, nessa primeira fase do processo ponderativo, como um conflito entre as disposições normativas que tutelam o direito de construir e concedem a autorização para edificar na cidade e os princípios constitucionais que tratam do meio ambiente e da qualidade de vida, inscritos no caput do art.225 da Carta.

Com lastro nas considerações feitas acima, pode-se concluir que, ao final da primeira fase teremos identificado os elementos normativos controversos que tutelam o direito postulado pelas partes e, fixadas tais disposições normativas antagônicas, iniciar-se-a a fase seguinte.

#### 4.1.2 SEGUNDA FASE DA TÉCNICA DE PONDERAÇÃO: IDENTIFICAÇÃO DOS FATOS RELEVANTES

Em sequência á primeira fase, deve-se, neste momento, analisar os fatos de acordo com os elementos normativos identificados. É, em resumo, a realização da ponderação *stricto sensu*, fundamentando-se a relação estabelecida no caso fático entre os elementos objeto do sopesamento.

Para o doutrinador Daniel Sarmiento (SARMENTO, p. 103 e 104), o aplicador (intérprete do direito na ocasião do sopesamento) deverá averiguar a

relevância (genérica) de cada princípio em conflito, observando os efeitos e consequências práticas da ponderação de tal princípio no respectivo ordenamento jurídico. Ademais, após a definição da importância genérica dos princípios em conflito, o intérprete deverá encontrar a importância específica dos princípios objetos de análise, situações que variam de acordo com o caso prático.

E ainda sobre a segunda fase do processo de ponderação dos princípios, conceitua a autora Ana Paula de Barcellos, segundo sua obra, que “a ponderação depende substancialmente do caso concreto e de suas particularidades, daí a necessidade de examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos” (2005, p.116).

Desta forma, esta etapa do processo de ponderação se destina a averiguar os fatos relevantes ao caso concreto e os reflexos que soluções apontadas, se existirem, pela etapa anterior produzirão. Logo, destina-se a análise dos fatos e os reflexos do enunciado em tensão identificados preliminarmente.

Destarte, considerar-se-ão relevantes aqueles fatos que o clamor social assim os qualificar, ou seja, as características de relevância são atribuídas aos fatos de acordo com aquilo que prevê o “senso comum social”, havendo, também, a necessidade de previsão normativa que deliberem a este respeito. Preenchidas tais lacunas, são seguramente concluídos que tais fatos encontram-se dentre aqueles tidos como relevantes e que estão compreendidos pela lide.

Para melhor compreender o exposto acima, exemplifica Ana Paula de Barcellos (BARCELLOS, 2005, p.117):

Com fundamento apenas no senso comum, e considerando a realidade brasileira, a cor dos cabelos do indivíduo será irrelevante para a decisão acerca da maior ou menor proteção de sua vida privada, quando este bem esteja em confronto com a liberdade de imprensa. Já mesclando o senso comum com fundamento jurídico, à solução desse mesmo conflito normativo será certamente influenciado pelo fato de a pessoa envolvida ser, titular de um mandato eletivo, de modo que este será agora um aspecto de fato relevante. As disposições normativas que tratam da democracia, da obrigação de prestar contas por parte dos agentes políticos e do princípio da publicidade qualificarão a circunstância como relevante nessa espécie de conflito.

Por conseguinte, a “identificação desses fatos permitirá ao intérprete apurar se existe alguma possibilidade fática de atender a todas as soluções em um nível ótimo e, em qualquer caso, servirão de importante subsídio para a última etapa da ponderação” (BARCELLOS, 2005, p.123), passando-se, então, a analisar a

terceira e última fase do processo de ponderação dos princípios: a fase da decisão.

Os arremates necessários para o encerramento da segunda fase estão empregados na identificação dos fatos relevantes, baseando estes fatos na experiência social, no senso comum social, para que o intérprete consiga, se não atender todas as soluções em nível ótimo, optar por aquela solução que cause menos restrições às demais.

#### 4.1.3 TERCEIRA FASE DA TÉCNICA DE PONDERAÇÃO: DECISÃO

O momento postimeiro caracteriza-se pela apuração dos “pesos” (relevância) atribuídos aos elementos em disputa na relação de sopesamento.

É nesta etapa que se estará examinando conjuntamente os diferentes grupos de enunciados, a repercussão dos fatos sobre eles e as diferentes normas que podem ser construídas, tudo a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa. (BARCELLOS, 2005, p.123).

Serão analisadas, aqui, as normas que deverão prevalecer no caso concreto, devendo existir, se possível, disposições quanto à graduação da intensidade da solução prática escolhida, determinando-se, por consequência, o grau em que a solução será aplicada (BARROSO, Luís Roberto, p. 336).

Aduz Luis Roberto Barroso, nos moldes da citação indireta feita anteriormente que:

[...] nessa fase dedicada á decisão, os diferentes grupos de normas e repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas-e a solução por ele indicada- deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo este processo tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.

Portanto, após encerradas as duas primeiras etapas da aplicação do método da ponderação, ou seja, depois de identificadas os enunciados normativos em tensão, depois de fixados os fatos relevantes ao caso em concreto, deverá, nesta fase do ciclo, ser emitida conclusão versando sobre o decidido no decorrer do processo ponderador. Esta, por sua natureza decisória, é a fase mais complexa de toda a operação.

E para melhor compreensão de sua complexidade vejamos a

explicação de Ana Paula de Barcellos (BARCELLOS, 2005, p.124):

As questões que são colocadas nesta fase são várias. Que peso deve ser atribuído a cada elemento normativo? Por que uns receberão um peso maior que outros? Por qual razão uma solução indicada por determinados elementos normativos deve prevalecer sobre outra? A técnica da ponderação não oferece respostas definitivas para essas perguntas. Em si mesmas, a ponderação é apenas uma técnica instrumental, vazia de conteúdo. É bem de ver que essa limitação não retira o valor de aprimorar-se a técnica da ponderação propriamente dita. A organização do raciocínio ponderativo facilita o processo decisório, torna visíveis os elementos que participam desse processo e, por isso mesmo, permite o controle da decisão em melhores condições.

E no objetivo de conferir um entendimento mais nítido acerca da fase decisória dentro da técnica da ponderação, cita-se um pertinente exemplo apresentado por Ana Paula de Barcellos (BARCELLOS, 2005, p. 121) sobre o caso da cantora Glória Trevi que, ao descobrir sua gravidez apontou os policiais que trabalhavam na carceragem prisional de tê-la estuprado, sendo a criança, portanto, o resultado da prática de tal crime. Logo, quando a criança nasceu, os acusados pela cantora apresentaram seus padrões de DNA, solicitando que fossem realizados o exame no rebento, de modo que, assim, a veracidade das acusações pudessem ser submetidas à prova.

Acontece que, no caso citado supra, coube ao Supremo Tribunal Federal - STF decidir a despeito do pedido (ponderação de princípios), uma vez que a cantora negava submeter-se ao exame, arguindo a violação de sua integridade física (e da criança).

Com efeito, eram conflitantes à honra dos policiais acusados e a integridade física da cantora e da criança.

Desta maneira, no momento da deliberação sobre o conflito, deve-se analisar o bem tutelado e também o bem que sofrerá restrição.

A opinião sobre o exemplo trazido por Ana Paula Barcellos é que o ponto definidor do conflito está baseado na limitação insignificante que a integridade física da cantora sofreria se colocada em comparação a provável violação à honra dos acusados. Se considerado que a restrição do direito da cantora é apta a restituir o ultrajado direito dos policiais acusados, vez que a prova produzida é suficiente para confirmar ou refutar as alegações iniciais, parece razoável a predominância ao direito à honra dos acusados.

Por fim, encerrando a terceira fase (e o processo ponderador) a citada

autora propõe três preceitos comuns norteadores da atividade do interprete do direito na última fase do processo de ponderação. A saber que a primeira diretriz é a pretensão de universalidade; a segunda diretriz é a busca pela concordância prática e a terceira diretriz é a construção do núcleo dos direitos fundamentais. (BARCELLOS, 2005)

E, neste momento, encerrando o tópico da “ponderação dos princípios constitucionais”, partindo-se da anterior tri-classificação de fases para obter o melhor resultado através da ponderação, explica o autor Robert Alexy (ALEXY, 2008, p.68):

Segundo a lei da ponderação, a ponderação deve realizar-se em três graus. No primeiro grau deve ser determinada a intensidade da intervenção. No segundo grau trata-se, então, da importância dos fundamentos que justificam a intervenção. Somente no terceiro grau realiza-se, então, a ponderação em sentido restrito e verdadeiro.

Para o autor, a lei da ponderação desaponta como um reflexo dos efeitos do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, é formado por três princípios paralelos, a saber: princípios da idoneidade, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito. À vista disso, na qualidade de princípios paralelos (parciais) e de composição do princípio da proporcionalidade, eles compõem as definições passadas acerca dos mandados de otimização.

Nesse diapasão, o princípio da proporcionalidade funciona como limite da atividade de sopesamento de valores, cristalizando a atividade do intérprete do Direito no momento da decisão sobre a ponderação de princípios jurídicos.

Assim, em apertada síntese, deduz-se que o princípio da proporcionalidade eclode no processo de ponderação como limite (mecanismo de vedação aos excessos) para o poder decisório, diante das colisões de princípios, regras e direitos fundamentais no caso fático, controlando uma provável discricionariedade em excesso no provimento jurisdicional.

## **5 CONCLUSÃO**

Pela observação dos aspectos tratados na totalidade do trabalho, o que se infere sobre a definição de Princípios Jurídicos é que estes elementos são o alicerce do sistema jurídico/legal.

Ademais, restou amplamente demonstrada a importância de distinguir as normas finalísticas das normas regras, posto que a técnica de solução, em situações de colisão entre princípios ou conflitos entre regras é substancialmente diversa; sendo a colisão de princípios resolvida através do sopesamento da importância atribuída a cada norma principiológica e o conflito entre regras através do método da subsunção, enquadrando à conduta ao elemento normativo.

Por fim, cristalina a ideia de que a colisão entre princípios é resolvida, da melhor forma, através do processo chamado de “ponderação”. A ponderação acontece quando as técnicas tradicionais de solução de antinomias jurídicas são insuficientes ou inoperantes. O processo de ponderação baseia-se na imputação de pesos aos interesses que entram em oposição, determinando-se, através de minuciosa análise, qual é o interesse de maior importância no caso concreto. A ponderação de princípios é alcançada, com bom aproveitamento, se submetida à um processo de três etapas que se sucedem (1ª Identificação dos enunciados normativos em tensão; 2ª Identificação dos fatos relevantes; 3ª Decisão).

Feitas tais considerações e através dos conhecimentos obtidos pelo estudo, foi possível obter um melhor e mais claro entendimento sobre quais são as premissas basilares a serem seguidas para que, na atuação do Direito, possa-se aplicar de forma mais justa e legal os princípios e as regras dentro do contencioso.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2º. Ed. Brasil: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4º. Ed. Brasil: Malheiros, 2005.

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

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 6º. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 14º Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.



ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais: Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2º. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARIAS, Edílson Pereira de. Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade e Expressão e Informação. 3º Ed. Brasil: SafE, 2000.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 3º. Ed. São Paulo: PC Editorial, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de Direito Administrativo. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1991.

OLIVEIRA NETO, Olavo de e CASTRO LOPES, Elizabeth de, Princípios Processuais Cíveis na Constituição. 1º Ed. São Paulo: Elsevier Editora Ltda, 2008.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.