

PONDERAÇÃO DE INTERESSES NO CONTROLE BRASILEIRO DE CONSTITUCIONALIDADE

MONITOR: Luis Antonio Gonçalves Pires
ORIENTADORA: Regina Quaresma

I - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

I.1 - Efêmeras considerações iniciais

O ordenamento jurídico consiste num sistema. E este pressupõe unidade e coerência entre os elementos que o compõe. A partir do momento em que um desses elementos entra em desarmonia com o sistema, logo, deverá ser o mesmo retirado.

Assim, existirão mecanismos que serão deflagrados, quando configurado o respectivo “elemento desarmônico”, e aptos a retirá-lo o quanto antes do sistema. Um desses mecanismos, senão o mais importante, é o Controle de Constitucionalidade.

O Controle de Constitucionalidade será, portanto, a verificação *vertical* da adequação da norma infraconstitucional com a lei maior. A finalidade desse mencionado Controle consiste em atacar a validade da norma acoimada (apontada) de inconstitucional, com repercussão sobre os seus efeitos, paralisando, destarte, sua eficácia.

No entanto, para existir o Controle de Constitucionalidade necessário se faz a existência de três pressupostos, quais sejam: 1) Constituição escrita (isto é, deve ser constituída em um documento formal); 2) Supremacia da Constituição (Esta deve ser suprema, hierarquicamente superior em relação a todas as demais normas jurídicas existente no sistema); e, finalmente 3) Órgão para proceder ao Controle de Constitucionalidade (No Brasil, no modelo concentrado de Constitucionalidade, é o Supremo Tribunal Federal; daqui por diante STF. Vide Art. 102, *caput*, da CRFB/88).

Visto brevemente o que é o controle de constitucionalidade, agora vamos elucidar o que venha a ser essa técnica de resolução de conflitos entre princípios que se convencionou chamar de *ponderação de interesses*.

Assim, ao final, explicado cada um dos temas aqui propostos, quais sejam, o que é (de maneira muito breve) o controle de constitucionalidade e o que é ponderação de interesses, iremos confluir os respectivos temas e

entender como o Poder Judiciário, mormente o STF, realiza, na atualidade, a ponderação de valores (interesses), quando no exercício desse controle de constitucionalidade.

II - PONDERAÇÃO DE INTERESSES

II.1 - Introdução

Inicialmente, devemos evidenciar que a nossa Carta Magna se consubstancia numa Constituição compromissória ou dirigente (classificação da Constituição quanto à finalidade ou extensão¹). Neste sentido, quer isso significar que a nossa lei fundamental é fruto da falta de consenso entre os diversos segmentos políticos que integraram o poder constituinte criador da Constituição de 1988. Noutra giro, a nossa Constituição traduz-se numa “síntese dialética de concepções e ideais políticos diversificados” (SARMENTO. 2000)

Sendo a Constituição de 1988 filha dessa falta de consenso dos diversos ideais políticos, que a consubstanciam, resulta daí a freqüente eclosão de conflitos entre as normas constitucionais, pois, que albergam valores distintos².

Em outras palavras, as Constituições compromissórias são oriundas de uma sociedade pluralista e heterogênea. Irão se constituir num sistema normativo aberto de regras e princípios. Em suma, essa modalidade de Constituição é resultado de compromissos, “fato que leva a abrigar normas potencialmente conflitantes, que podem entrecrocarse”³.

II.2 - Princípio da Unidade da Constituição

Embora a nossa *lex fundamentalis* hospede normas potencialmente colidentes, conquanto consubstanciam valores (interesses) distintos e, muitas vezes, antagônicos entre si, é certo que a Constituição deve ser interpretada como um todo orgânico, isto é, a Constituição se constitui numa unidade, formada por elementos que devem coexistir entre si de maneira harmônica e coerente. E é aí que entra o princípio da unidade da Constituição.

Tamanha é a relevância desse princípio, simplesmente pelo fato de o direito moderno se fundar na unidade do ordenamento jurídico.

¹ - Vide Alexandre de Moraes. *Direito Constitucional*, 2005, 17ª ed., p. 3.

² - Vide Daniel Sarmento. *Ponderação de Interesses na Constituição*, 2000.

³ - Ob. Cit., p. 131.

Com efeito, o princípio da unidade da Constituição significa dizer que a Constituição se constitui num todo orgânico, devendo, decerto, ser esta interpretada de modo a evitar conflitos entre as suas diversas normas.

O princípio, em comento, pressupõem-se num instrumento hábil, posto a disposição do intérprete, com a finalidade de se buscar harmonizar os dispositivos que estão aparentemente em conflito. Assim, por força desse princípio não poderá se aplicar uma norma constitucional em total detrimento da outra, como se existisse, simplesmente, uma hierarquia entre normas constitucionais.

Isto posto, devemos fazer a seguinte indagação: configurado o conflito entre normas constitucionais, depois de aplicado o princípio da unidade da Constituição, seria viável a utilização dos métodos clássicos de solução de conflitos entre regras⁴ (legislativas)? Vejamos a seguir.

II.3 - Inviabilidade de aplicação dos *critérios clássicos de solução de conflito entre regras* às normas constitucionais.

Os métodos clássicos de solução de conflito entre regras são:

1) Hierárquico; 2) Cronológico; e 3) Especialidade.

- 1) Hierárquico: lei superior derroga lei inferior.
- 2) Cronológico: lei posterior derroga lei anterior.
- 3) Especialidade: lei especial derroga lei geral

Em resposta a pergunta anteriormente feita cabe dizer que esses critérios mostram-se imprestáveis para resolver as colisões reais existentes entre normas constitucionais. Isso porque as normas integrantes da Constituição são, em regra⁵, de igual hierarquia; foram editadas ao mesmo tempo, isto é, são de mesmo grau cronológico; e, por fim, o critério da especialidade queda-se insuficiente à epigrafada resolução⁶.

⁴ - Imprescindível que façamos aqui uma célere distinção entre regras e princípios. Primeiro aspecto que devemos atentar é para o fato de que regras e princípios, atualmente (no Pós-Positivismo) são considerados, majoritariamente, espécies do gênero Norma Jurídica. Neste segmento, os princípios possuem um maior grau de abstração, se comparado com as regras jurídicas. Estas, para Ronald Dworkin, seguem a lógica do "tudo ou nada".

Os princípios jurídicos possuem efeitos relativamente definidos e com uma diversidade de aplicação. Já as regras jurídicas possuem efeitos bem definidos, com uma aplicação concreta.

Em suma, no caso de conflito entre regras jurídicas aplicar-se-ão os métodos clássicos de resolução de conflitos normativos. Em contrapartida, na hipótese de conflito entre princípios será aplicado o método da ponderação de interesses.

⁵ - Daniel Sarmento. *Ponderação de Interesses na Constituição*, 2000, p. 30: "A única exceção é representada pelas emendas constitucionais, que são editadas após o advento da Constituição. É possível que uma emenda à Constituição modifique o texto constitucional anterior, revogando, no todo ou em parte, alguma norma que figurava no corpo originário da Lei Fundamental. Mas, se a alteração que se pretende imprimir no texto magno violar cláusula pétrea implícita ou explícita, ela será inconstitucional, prevalecendo, no caso, o critério hierárquico para a solução da antinomia".

⁶ - Não existe dentro da Constituição normas especiais ou gerais. A Carta Magna pátria alberga normas de equivalente prestígio jurídico.

Portanto, para solver antinomias existentes entre normas constitucionais não podemos aplicar o método clássico de solução entre regras, deveremos, pois, utilizarmo-nos de um método mais dinâmico e flexível, cujo qual denominou-se chamar de *técnica da ponderação de interesses*. Noutras palavras, a ponderação de interesse, no direito constitucional, será utilizada como critério para solucionar eventuais conflitos normativos.

II.4 - Ponderação de Valores Constitucionais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O método da ponderação de interesses constitucionais terá como critério substantivo, para a sua realização, o princípio da dignidade da pessoa humana. E o que representa esse princípio senão o epicentro axiológico de todo o ordenamento jurídico-Constitucional.

O Estado contemporâneo se estrutura na dignidade do homem, considerando esta como valor supremo de toda ordem jurídica existente. Neste segmento, o princípio da dignidade da pessoa humana possuirá duas funções básicas. A primeira diz respeito à própria legitimação ética da Constituição. A segunda atenta para um caráter inibitório acerca dos atos do Estado. Assim, se um ato estatal violar o supramencionado princípio, logo, será o mesmo desprovido de sua eficácia, ainda que não confronte diretamente com o texto Constitucional.

Com o advento do Estado social, oriundo inicialmente com a Constituição mexicana de 1917, em substituição do Estado Liberal, o homem terá a sua dignidade atentada não apenas quando o Estado viola uma de suas garantias individuais, mas também quando a pessoa não tem acesso aos direitos básicos de sobrevivência, como por exemplo: acesso à educação, saúde, alimentação, moradia.

Constatado, portanto, um conflito entre dois (ou mais) princípios constitucionais que se aplicam na resolução de um mesmo caso concreto, o aplicador do direito terá que, obrigatoriamente, adotar uma solução que tenha por paradigma (critério) o respeito maior à dignidade humana, assim, “nenhuma ponderação pode implicar em amesquinamento da dignidade da pessoa humana uma vez que o homem não é apenas um dos interesses que a ordem constitucional protege, mas a matriz axiológica e o fim último desta ordem”⁷.

II.5 - Princípio da Proporcionalidade⁸

⁷ - Ob. Cit., p. 76.

⁸ - Atualmente existe divergência, mormente na seara doutrinária, quanto ao fato de se entender o princípio da proporcionalidade e razoabilidade como coisas idênticas, ou terminantemente distintas. A corrente majoritária (Luis Roberto Barroso, Daniel Sarmento, Diogo de Figueiredo) entende que não existe diferença substancial entre o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, mas apenas uma diferença meramente ontológica. Em contrapartida, Virgílio Afonso da Silva, entre outros, entende que existe diferenças entre ambos os princípios. Aqui nos filiaremos à corrente majoritária, isto é, trataremos ambos os princípios de maneira similar.

“Ab initio”, o princípio da proporcionalidade, ou também chamado de princípio da proibição do excesso, ou razoabilidade, tem por escopo maior conter os eventuais arbítrios do Estado contrários à Constituição ou aos direitos dos cidadãos.

De maneira bem breve, sem adentrar às suas questões históricas e teóricas (divergências etc.) - pois isso deixaremos para uma próxima oportunidade - vale dizer que adotamos esse princípio do direito alemão e do Norte-Americano. E hoje é majoritário, senão unânime, o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) é um princípio implícito que decorre diretamente do princípio do Estado de direito.

Será esse princípio o critério procedimental para se proceder à realização da ponderação de interesses.

Com efeito, o princípio da proporcionalidade se torna essencial para o exercício dessa técnica de sopesamento de valores, na medida em que a estrutura trifásica (3 fases) desse princípio será utilizada no raciocínio e realização da técnica de decisão por ponderação.

Portanto, vamos verificar quais são as três fases (ou elementos) que caracterizam o princípio da proporcionalidade/razoabilidade.

1ª) ADEQUAÇÃO: significa dizer que o Estado deve se utilizar de meios adequados para atingir a finalidade pública. Isto é, os atos do poder público devem ser apropriados aos fins estabelecidos pela Constituição.

2ª) NECESSIDADE: requer dentre os diversos meios adequados à utilização de meio menos oneroso ao particular.

3ª) PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO: Requer-se uma avaliação de custo-benefício, significando dizer que deve-se aplicar as normas que gerem benefício maior que os ônus.

Em conclusão, a ponderação de interesses tem o seu método pautado pelo princípio da proporcionalidade, auferindo-se, desta maneira, uma certa objetividade.

II.6 - Técnica da Ponderação no Direito Comparado

A ponderação de interesses é realizada em diversos países, tais como: Itália, Portugal, Espanha, França, e principalmente nos Estados Unidos da América e Alemanha.

Nos EUA vige o sistema da *common law*, que significa a produção judiciária do direito positivo⁹. Nesse sistema norte-americano a técnica da ponderação de valores é muito utilizada como critério de controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, ainda mais quando o litígio envolve princípios do devido processo legal (*due process of law*) e da igualdade.

Contudo, o mesmo se diga em relação à Corte Constitucional Alemã. Esta utiliza-se frequentemente do método ponderativo para solucionar, à luz de um dado caso concreto, eventuais conflitos existente entre princípios e valores Constitucionais. Impende evidenciar que a Constituição Alemã é dotada de uma acentuada preocupação axiológica; onde existe uma hipotética escala hierárquica de princípios constitucionais, conforme o seu maior ou menor grau de proximidade com o princípio da dignidade da pessoa humana.

II.7 – Considerações Finais

No direito brasileiro a técnica da ponderação de valores sai de uma posição tímida, ao longo dos anos, e vem ganhando cada vez mais importância no “dia-a-dia da atividade jurisdicional”¹⁰. No entanto, ainda não é muito freqüente o emprego dessa técnica no Brasil, diferentemente do que ocorre nos EUA, na Alemanha, e outros países. Até porque o modelo da ponderação empregada nestes países “estão condicionados a algumas variáveis que não estão presentes no cenário brasileiro”¹¹.

Quanto às críticas, a doutrina atenta para o fato de que, na atualidade, a ponderação não possui ainda um grau de objetividade desejável e seguro, dotada de uma amplo subjetivismo (ou discricionariedade) por parte do julgador¹². Entre as diversas críticas existentes, essa é a que ganha maior dimensão¹³.

Em resumo, a ponderação de valores (interesses) constitucionais é a técnica utilizada pelo Poder Judiciário, aplicável aos casos difíceis (do inglês *hard cases*)¹⁴, quando se mostrarem insuficientes para tal os “elementos clássicos de hermenêutica jurídica (semântico, lógico, histórico, sistemático e teleológico)” e a “moderna hermenêutica constitucional (princípios de interpretação propriamente constitucional, interpretação orientada pelos princípios,

⁹ - V. Norberto Bobbio. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. 1999.

¹⁰ - V. Luis Roberto Barroso. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 2004, p. 358.

¹¹ - V. *Ponderação de Interesses na Constituição*, ob. Cit., p. 154.

¹² - Ob. Cit. p. 362.

¹³ - V. Daniel Sarmiento. *Ponderação de Interesses na Constituição*, 2000, p. 203. A respeito dessa discricionariedade judicial o autor tece as seguintes elucidações: “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 prudência e de bom senso.”

¹⁴ - *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Ob. Cit., p. 358.

etc.)”¹⁵. Portanto, tendo por critério substantivo o respeito maior ao princípio da dignidade da pessoa humana e por critério procedimental a técnica imanente ao princípio da proporcionalidade. Ainda, devendo toda ponderação, quando da sua realização, ser obrigatoriamente motivada (fundamentada), pois, com isso, permitir-se-á um maior controle das decisões judiciais.

III - A APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES NO CONTROLE BRASILEIRO DE CONSTITUCIONALIDADE

Em princípio, o Poder Judiciário poderá realizar a *técnica da ponderação* em duas hipóteses:

1ª) Quando inexistir regra legislativa específica, mas existindo *a priori* dois princípios, que são simultaneamente aplicáveis à resolução do caso, todavia ensejando soluções diversas, e colidentes entre si. Aqui a equação da lide depende do sopesamento entre os princípios constitucionais envolvidos. Neste caso lacunoso, o julgador estará obrigado a proceder à ponderação para avaliar qual princípio deverá ser aplicado, haja vista não estar o mesmo autorizado a eximir-se de decidir o caso antinômico¹⁶ ¹⁷ (Vide art. 126 do CPC c/c art. 4º da LICC).

2ª) Quando existindo regra legislativa específica, mas sendo a sua constitucionalidade questionada, quer no controle difuso, quer no controle concentrado de constitucionalidade. Será essa 2ª hipótese que aqui nos será relevante.

Então, o Poder Judiciário brasileiro realiza a ponderação de interesses (ainda que não muito frequentemente), quando diante de um “caso difícil”, em que se está questionando uma regra legislativa específica, quer no controle de constitucionalidade por via incidental, quer por via de ação direta.

No controle difuso de constitucionalidade - que é aquele controle que pode ser realizado por qualquer órgão do Poder Judiciário - estará o julgador diante de um caso concreto, em que há a incidência de norma legislativa específica, porém, colidente com princípios Constitucionais. Neste caso, as instâncias julgadoras inferiores (Juízos monocráticos, Tribunais de Justiça) poderão se utilizar dessa técnica, desde que haja fundamentação na decisão respectiva. Ainda aqui, também poderá vir a acontecer a seguinte hipótese: o caso concreto, pendente de decisão última, poderá chegar até o STF. E chegando neste, verificado que existe uma regra legislativa que se aplica ao caso *sub judice*, mas que essa regra não está em consonância com a Constituição, por violar

¹⁵ - V. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, 2006, 2ª edição, p. 117-118.

¹⁶ - *Ponderação de Interesses na Constituição*. Ob. Cit. p. 114-115.

¹⁷ - Não poderão existir lacunas no sistema, conquanto este se caracteriza por ser completo (Teoria da completude do Ordenamento Jurídico). Neste sentido, V. Norberto Bobbio. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. 1999.

algum princípio Constitucional, logo, deverá o STF, ponderar com cautela se se aplica a regra legislativa específica ao caso, ou se afasta a sua incidência em relação ao mesmo, destarte, aplicando o princípio constitucional (ensejador de solução diversa da regra específica) na resolução da lide.

Em contrapartida, no controle concentrado de constitucionalidade¹⁸, podemos vislumbrar a seguinte hipótese: por via de ação direta, questiona-se a constitucionalidade, em tese ou em abstrato¹⁹, de determinada norma infraconstitucional, porquanto desconfia-se que a mesma seja incompatível com a Constituição. Aqui o STF, quando diante de uma regra legislativa específica confrontante com princípios constitucionais, deverá agir com muita cautela, sob pena de violar o princípio da separação dos poderes.

Tanto no controle de Constitucionalidade difuso quanto no abstrato, poderá ocorrer o risco de violação ao princípio da separação de poderes, sempre que se configurar uma indevida invasão do Poder Judiciário no campo de discricionariedade do Poder Legislativo. Isto é, “sempre que o julgador, sob o pretexto de dar cumprimento à Constituição, substituir o juízo de conveniência e oportunidade do legislador pelo seu, ficará comprometida a própria legitimidade democrática do controle de constitucionalidade”²⁰.

Assim, o poder judiciário deverá adotar uma postura cautelosa perante os demais poderes (*Judicial self-restraint* = autolimitação judicial), principalmente perante a ponderação empreendida pelo poder legislativo, em decorrência do respeito maior que se deve, em regra, à legitimidade democrática dos atos emanados dos representantes eleitos pelo povo.

Conclusão

Em suma, o Poder Judiciário quando na aplicação do método da ponderação de interesses, no exercício do controle de constitucionalidade, deverá acatar, obrigatoriamente, a ponderação já empreendida pelo Poder Legislativo, somente estando autorizado a sua não observância quando tal ponderação legislativa configurar-se manifestamente arbitrária ou contrária aos valores constitucionais²¹. Portanto, neste caso o Poder Judiciário deverá atuar em última *ratio*, isto é, quando a regra legislativa se mostrar teratológica (monstruosa) ao ordenamento jurídico.

¹⁸ - O controle concentrado de constitucionalidade é aquele realizado, no Brasil, pela cúpula do Poder Judiciário, notadamente o STF. No modelo Austríaco, entre outros, existirá uma Corte Constitucional, que não será órgão pertencente do Judiciário. Neste último caso figurará essa Corte como uma espécie de 4º Poder do Estado.

¹⁹ - o controle de Constitucionalidade do direito em tese, ou também chamado em abstrato, é o controle em que não existe um caso concreto.

²⁰ - *Ponderação de Interesses na Constituição*. Ob. Cit. p. 114-115.

²¹ - Idem.

IV – BIBLIOGRAFIA

1 – BARROSO, Luis Roberto. **Controle de Constitucionalidade no direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

2 - BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

3 – BARROSO, Luis Roberto, BARCELLOS, Ana Paula, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, SARMENTO, Daniel, SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2006.

4 – BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1999.

5 – MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

6 – SARMENTO, Daniel. **Ponderação de Interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

7 – SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.